UNIVERSITE D'ABOMEY-CALAVI

UNIVERSITE PARIS-EST

Chaire Unesco des droits de la personne et de la démocratie

ORGANISATIONS, MARCHÉS, INSTITUTIONS

Thèse en cotutelle pour l'obtention du grade de docteur en Droit

Champ disciplinaire : Droit privé

LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ EN DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE

Présentée et soutenue publiquement le 16 avril 2016

par :

Simone Kossiba HONVOU

JURY

Président :

Monsieur **Noël A. GBAGUIDI**, Professeur Titulaire, Université d'Abomey-Calavi

Directeurs de thèse :

Monsieur **Roch Gnahoui DAVID**, Maître de conférences, Agrégé, Université d'Abomey-Calavi

Monsieur **Frédéric BICHERON**, Professeur des Universités, Univsersité Paris-Est

Rapporteurs :

Monsieur **Nanga SILUÉ**, Maître de conférences, Agrégé, Université de Bouaké/Côte d'Ivoire

Monsieur **Akodah AYÉWOUADAN**, Maître de conférences, Agrégé, Université de Lomé/Togo

Membre :

Monsieur **Romain BOFFA**, Professeur des Universités, Université Paris-Est

Les Facultés de Droit et de Sciences Politiques des Universités Paris-Est et d'Abomey-Calavi n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

DÉDICACE

À vous qui m'avez soutenu

REMERCIEMENTS

Ce travail ne peut se réaliser sans l'aide précieuse de certaines personnes que nous ne saurions assez remercier.

Nos humbles remerciements s'adressent :

- aux professeurs Roch Gnahoui DAVID et Frédéric BICHERON qui ont accepté malgré leurs multiples occupations, de diriger cette recherche. Vous n'avez ménagé aucun effort à nous accorder toute l'assistance nécessaire. Trouvez ici l'expression de notre profonde gratitude ;
- aux membres du jury pour avoir accepté de consacrer de leur précieux temps à l'évaluation de cette recherche ;
- au professeur Noël GBAGUIDI, Titulaire de la Chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie, pour ses conseils avisés et pour la facilitation dans les procédures administratives pendant toute cette recherche ;
- à Madame Gisèle DANTINNON et à tout le personnel de la Chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie de l'Université d'Abomey-Calavi, de l'Institut des recherches en droit privé de la Faculté de droit et de sciences politiques de l'Université de Nantes et du laboratoire Obligations-Biens-Marchés de la Faculté de droit de l'Université Paris-Est.
- à M. le Doyen Djedjro MÉLÈDJE pour son parrainage, son soutien, ses conseils et orientations ;
- à M. Jérôme BENZIMRA-HAZAN, pour son soutien, sa disponibilité et ses relectures ;
- à Sar ELIEL et à Sgan YEKESKIEL pour leurs encouragements au travail, leurs prières et leurs soutiens ;
- à M. Éric DÉWEDI, pour ses encouragements et son soutien ;
- à Pierre TOGBÉ, pour son soutien et ses prières
- à nos parents, nos frères et sœurs et à tous nos amis, en espérant qu'ils nous pardonneront pour notre état pendant cette fin de recherche obstinée ;
- à tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, nous ont aidé, soutenu, stimulé et écouté.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

aff.	Affaire
AFJB	Association des femmes juristes du Bénin
AJ fam	Actualité juridique famille.
al.	Alinéa
AN.	Assemblée Nationale
Ann. afr.	Annale africaine
art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
avr.	Avril
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)
C. civ	Code civil
C.	Code
c.	Contre
Cass. 1ere civ.	arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2e civ.	arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3e civ.	arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. ass. plén.	arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. civ.	chambre civil de la Cour de cassation
Cass. crim.	chambre criminel de la cour de cassation
Cass. mixte	chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. req.	chambre des requêtes de la Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDEF	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEFORP	Centre de Formation et de Recherche en matière de Population
CEPREMAP	Centre pour la recherche économique et ses applications
cf.	*Confer*
ChADHP	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
chap.	Chapitre
chron.	Chronique de doctrine
cir.	Circulaire

CJCE	arrêt de la Cour de justice des communautés européennes
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
coll.	collection
comm.	Commentaire
comm.	Communication
concl.	Conclusions
Cons. const.	arrêt du Conseil constitutionnel
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPF	Code des personnes et de la famille
CREDIJ	Centre de recherches et d'Etudes en droit et Institutions judiciaires en Afrique
crit.	Critique
D.	recueil Dalloz
dec.	Décembre
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
DH	recueil Dalloz (hebdomadaire)
dir.	Direction
doctr.	Doctrine
Dr. et patr.	Droit et Patrimoine
Dr. fam.	Revue droit de la famille
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
éd.	Édition
etc.	*et cetera*
FES	Friedrich Ebert Stiftung
fév.	Février
FIVETTE	Fécondation *In Vitro* et Transfert des Embryons.
GAJ. civ.	Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal	*Gazette du Palais*
IA	insémination artificielle
Ibid.	*au même endroit*
ICSI	*Intra Cytoplasmic Sperm Injection*
infra	ci-dessous (plus bas)
INSAE	Institut national de statistique d'analyse économique
IVG	Interruption volontaire de grossesse

J. -Cl.	Juris-Classeur
JAF	Juge aux affaires familiales
janv.	Janvier
JCP G	Jurisclasseur périodique. La semaine juridique, édition générale
JCP N	Jurisclasseur périodique. La semaine juridique, édition notariale
JCP	Juris-classeur périodique
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JO	Journal officiel (décrets et lois)
juil.	Juillet
Jurispr.	Jurisprudence
lég.	Législation
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Sirey	Librairie du Recueil Sirey
loc. cit	*loco citato (à l'endroit cité)*
LPA	Les Petites Affiches
M.	Monsieur
Mme	Madame
n°	Numéro
not.	Notamment
nov.	Novembre
obs.	Observations
oct.	Octobre
ONG	organisation non gouvernementale
op. cit.	*opere citato* (ouvrage précité)
p.	Page
pp.	Pages
Pacs	Pacte civil de solidarité
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politique
PMA	Procréation médicalement assistée
préc.	Précité
préf.	Préface
Prés. afr.	Présence africaine
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France

PUS	Presses Universitaires du Septentrion
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport ou Rapporteur
RBSJA	Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives
RDFA	Revue française de droit administratif
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil
Rép. civ.	Répertoire de droit civil, éditions Dalloz
Rép. com.	Répertoire de droit commercial, éditions Dalloz
req.	Requête
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. société	Revue société
Rev.	Revue
RID comp.	Revue international et de droit comparé
RJPF	Revue juridique personne et famille
RJPIC	Revue juridique et politique indépendance et Coopération
RLDC	Revue Lamy droit civil
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RRJ.	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RSD	Revue sénégalaise de droit
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTD sanit. soc.	Revue trimestrielle de droit sanitaire et social
RTDH	revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
S.	Recueil Sirey
s.	suivant (s)
sept.	Septembre
SIDA	Syndrome d'Immuno-Déficience Acquise
soc.	société de législation comparée
spéc.	spécialement
supra	ci-dessus
t.	Tome

TGI	tribunal de grande instance
TI	Jugement du Tribunal d'instance
TPI	Jugement du Tribunal de première instance
Trav. Assoc. Capitant	Travaux de l'association Henri Capitant
trib.	Tribunal
UCL	Université Catholique de Louvain
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture
UNICEF	Fonds des Nations Unies pour l'Enfance
VIH	Virus de l'Immuno-déficience Humaine
vol.	Volume
voy.	Voyez

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE SOUS LE PRISME DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ : *DE LEGE LATA*

TITRE I
LA TRADITION COMME OBSTACLE Á L'ÉGALITÉ EN DROIT DE LA FAMILLE

CHAPITRE I. Le maintien de traditions inégalitaires dans le mariage au Bénin

CHAPITRE II. Le maintien de traditions inégalitaires quant aux éléments identifiant les personnes

TITRE II
LA LOI COMME OUVERTURE Á PLUS D'ÉGALITÉ EN DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE

CHAPITRE I. L'égalité résultant de la suppression des options

CHAPITRE II. L'égalité dans les relations au sein des couples

SECONDE PARTIE

LE DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE SOUS LE PRISME DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ : *DE LEGE FERENDA*

TITRE I
LES MUTATIONS SOCIALES, VECTEUR DE PLUS D'ÉGALITÉ EN DROIT DE LA FAMILLE

CHAPITRE I. La marche inachevée vers une égalité consacrée dans les différentes formes de couples

CHAPITRE II. Les conséquences embryonnaires d'une égalité consacrée au sein des couples

TITRE II

LES PROGRÈS DE LA MÉDECINE, VECTEUR DE PLUS D'ÉGALITÉ EN DROIT DE LA FAMILLE

CHAPITRE I. La revendication de l'égalité visant la maîtrise positive de la procréation

CHAPITRE II. La revendication de l'égalité visant la maîtrise négative de la procréation

CONCLUSION GÉNÉRALE

RÉSUMÉ EN FRANÇAIS

L'égalité a investi le champ du droit béninois de la famille depuis plus d'une décennie. Elle a ainsi permis la suppression du pluralisme juridique et judiciaire qui prévalait jusqu'en 2004. Elle a aussi permis la suppression de la polygamie et la fidélité est ainsi devenue une obligation envers un conjoint unique. La discrimination dans l'appréciation et la répression de l'adultère aussi a disparu. La puissance maritale, et son corollaire, l'incapacité de la femme mariée ont aussi été retirées du droit béninois. Les enfants bénéficient désormais d'une protection presque égale de la loi quel que soit leurs sexes et l'origine de leurs filiations.

En dépit de cette grande ouverture du droit de la famille à l'égalité, il y demeure d'importants points d'ombre. Il s'agit notamment du nom des époux, de la transmission du nom aux enfants, de l'acquisition et de la transmission de la nationalité, du choix du domicile conjugal et du délai de viduité.

En marge de ces inégalités, les mutations sociales et les progrès de la médecine constituent un tremplin pour de nouvelles revendications de l'égalité. Il est possible de prédire, dans un avenir très proche, l'organisation d'un statut du concubinage, des luttes pour le mariage des homosexuels et des transsexuels en vertu du principe d'égalité. De même, le droit à l'avortement et le droit à l'enfant pourraient avoir les mêmes bases.

RÉSUMÉ EN ANGLAIS

Equality invested field of Benin family law for over a decade. It has enabled the removal of legal and judicial pluralism that existed until 2004. It also allowed the suppression of polygamy and loyalty has become an obligation to a single joint. Discrimination in the appreciation and punishment of adultery also disappeared. The marital power and its corollary, the inability of married women were also removed from the Beninese law. The children now have an almost equal protection of the law regardless of their gender few and origin of their affiliations.

Despite the openness of family law to equality, there remain significant gray areas. These include the name of the spouses, the name of the transmission to children, acquisition and transmission of nationality, the choice of the marital home and the waiting period.

Besides these inequalities, social changes and medical advances are a stepping stone for new claims of equality. It is possible to predict, in the very near future, the organization of a status of concubinage, struggles for marriage of homosexuals and transsexuals under the principle of equality. Similarly, the right to abortion and the right to the child might have the same bases.

INTRODUCTION

1. L'égalité, un impératif démocratique. Selon Hobbes, « *la nature a fait les hommes si égaux pour les facultés du corps et de l'esprit que bien que l'on puisse parfois trouver un homme manifestement plus fort physiquement ou d'esprit plus agile qu'un autre, somme toute la différence entre un homme et un autre n'est pas si considérable qu'un homme puisse en se fondant sur elle réclamer un quelconque avantage auquel un autre ne puisse prétendre aussi bien que lui* »[1]. Il existe certes un déséquilibre naturel entre les personnes humaines qui tient à leurs caractéristiques personnelles. Les inégalités naturelles ne sauraient toutefois justifier une prise en compte inégale par le droit. L'égalité « *sentiment passionné* »[2], constructeur de notre identité personnelle autant que d'être humain, entretient une relation très intime avec chacun. Elle est l'un des « *principes particulièrement nécessaires à notre temps* »[3] et elle tend à « *réguler l'organisation et l'activité étatique* »[4]. Son intégration dans le droit devient alors un impératif démocratique puisque l'expansion rapide de la démocratie est associée à l'acceptation universelle de l'idée d'égalité[5] qui garantit, avant tout, l'État de droit[6]. Or la famille est le premier terrain d'éclosion de la démocratie.

2. La famille, le premier champ d'éclosion de la démocratie. La configuration à donner à une nation dépend de celle attribuée à la famille. Ce constat a été déjà fait depuis le XIVe par Jean Bodin lorsqu'il affirmait qu'« *il est impossible que la République vaille rien si les familles qui sont les piliers d'icelle sont mal fondées* »[7]. Or la famille est l'élément naturel et fondamental de la société[8]. Depuis les années 1980, l'Assemblée Générale, le Conseil Économique et Social et la Commission du développement des Nations Unies considèrent la famille comme « *la plus petite démocratie au cœur de la société* »[9] puisque c'est au sein de la famille que naît la culture démocratique. L'égalité

---

[1] Th. HOBBES, *Léviathan ou matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, par Gérard MAIRET, Paris, Gallimard, 2000, chap. XIII, p. 220.
[2] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 802.
[3] Voy. le Préambule de la Constitution française de 1946.
[4] V. MARTENET, *Géométrie de l'égalité*, Paris, LGDJ, 2003, n° 389.
[5] C. J. FRIEDRICH, « La crise de l'égalitarisme », in *L'égalité, Travaux du centre de philosophie du droit de l'Université Libre de Berlin*, Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 306.
[6] V. MARTENET, *op. cit.,* n° 392, p. 173.
[7] J. BODIN, *De la République*, Paris, Librairie de Médicis, 1949, livre I, chapitre 2, p. 7 ; H. MAZEAUD, « Une famille "dans le vent", la famille hors mariage, (le projet de loi relatif à la filiation) », *D.* 1971, chron. p. 99.
[8] *Cf.* art 16.3 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, art 23§1er du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, voy. également art. 18.1 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.
[9] *Cf.* Résolution 44/82 du Conseil de sécurité des Nations Unies du 8 décembre 1989.

entre les individus doit être ainsi étudiée dans le cadre familial parce que c'est là que gisent les origines des inégalités[10].

Avant d'exposer la démarche et le plan à suivre dans cette recherche (VI), il convient d'abord de faire observer la permanence de la question de l'égalité à travers son historique (I). Ensuite, on ne saurait valablement discuter de l'égalité sans convenir de son contenu (II) et préciser le domaine dans lequel elle sera étudiée (III). Á travers la permanence de la question de l'égalité, on pourrait croire que sa problématique est résolue avec le temps. Or son actualité dans le droit de la famille prouve tout le contraire et justifie la nécessité de la présente recherche qui a un intérêt certain tant au plan théorique que pratique (IV). Une fois ces précisions apportées, il conviendra enfin de dégager la problématique de la présente recherche (V).

I. LA PERMANENCE DE LA PROBLÉMATIQUE DE L'ÉGALITÉ

3. La formalisation du concept d'égalité. Dans l'Antiquité, « *les premières tentatives de formalisation du concept d'égalité* »[11] se retrouvent dans l'œuvre de Platon qui associe l'idée de justice à celle d'égalité. Aristote aussi considère que la démocratie est essentiellement caractérisée par « *l'égalité selon le nombre* » [12]. Ensuite, il y a eu l'apport de la tradition judéo-chrétienne à travers l'œuvre de Saint Thomas d'Aquin qui peut être considérée comme un prolongement de la pensée d'Aristote. Il estime comme Aristote que « *la forme générale de la justice est l'égalité* »[13].

Malgré ces réflexions, l'égalité n'est entrée dans les textes juridiques qu'au siècle des lumières dont « *l'originalité [...] fut de transporter le concept d'égalité sur le terrain du droit* »[14]. Cette transformation du concept philosophique d'égalité en norme juridique ou, plus précisément sa juridicisation[15], n'a pu se réaliser que parce qu'au début du XVIIe siècle, des penseurs comme Thomas Hobbes et John Locke ont posé comme postulat que dans « *l'état de nature* »[16] les hommes étaient égaux entre eux et que les inégalités étaient créées essentiellement par la loi. Ils dégageaient ainsi les bases du raisonnement que Montesquieu et Rousseau mèneront en affirmant que, puisque les hommes naissent égaux

---

[10] F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, Paris, Dalloz, 1998, p. 17.
[11] F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris, Économica, 1997, n° 23 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *op. cit.*, p. 5.
[12] ARISTOTE, *Politique*, Trad. Par J. Aubonnet, Paris, Les belles lettres, 1971, p. 156.
[13] THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, tome III, Paris, éd. du Cerf, 1990, question 61, p. 407.
[14] S. GOYARD-FABRE, « *L'égalité des droits en 1789. Un rêve d'impossible sur un horizon d'espérance »,* in *Égalité uguaglianza*, éd. par J. Ferrari et A. Postigliola, Rome, Liguori, 1990, p. 113.
[15] O. DUHAMEL et Y. MÈNY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 544.
[16] J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement*, Paris, PUF, 1994, chapitre 2, p. 6.

dans l'état de nature et qu'ils sont devenus inégaux par la loi, c'est à la loi qu'il appartient de rétablir l'égalité originelle. Cette idée novatrice qui donne un nouveau sens au principe d'égalité est clairement exprimée dans l'œuvre de Montesquieu lorsqu'il souligne que « *dans l'état de nature, les hommes naissent bien dans l'égalité ; mais ils n'y sauraient rester. La société la leur fait perdre, et ils ne redeviennent égaux que par la loi* »[17]. Cependant, c'est surtout avec les écrits de Rousseau et en particulier *Du Contrat social* que « *l'idée d'égalité quitte le domaine de l'utopie où elle était confinée jusqu'alors pour entrer dans celui du Droit* »[18].

En France, l'aboutissement de ce processus a été l'inscription de l'égalité dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont l'article premier dispose que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit* »[19]. L'égalité est alors entrée dans la plupart des textes constitutionnels français depuis 1789 puisqu'elle est considérée comme « *la force agissante de la Révolution* »[20]. Cependant la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ne consacra nullement l'égalité des sexes. Il s'agissait d'une égalité entre les personnes de sexe masculin.

4. Une égalité limitée aux personnes de sexe masculin. Même si les premières réflexions sur l'idée d'égalité se trouvent dans l'Antiquité, il ne s'agissait que de l'égalité entre les citoyens. Les femmes n'étaient évidemment pas considérées comme des citoyens. Le monde antique était tout entier construit sur un modèle d'inégalité. Dans la *Politique* d'Aristote, la femme se situe à un niveau intermédiaire entre l'esclave et le citoyen. On peut aussi noter dans l'Ancien Testament le discours inégalitaire issu d'une civilisation sémite où le père de famille concentrait tous les pouvoirs en ses mains, y compris celui de sacrifier ses enfants[21]. Il n'était donc pas question d'une égalité entre les hommes et les femmes. Le contenu de l'égalité a ainsi varié d'une période à l'autre. Il serait donc important de fixer son contenu dans la présente recherche afin de mieux en discuter. Que peut-on alors entendre par égalité ?

---

[17] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, t 1, 1979, livre III, chapitre III, pp. 245 et 246.
[18] F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Thèse, PUAM, 1997, n° 31.
[19] *Cf.* art. 1er de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.
[20] M. HAURIOU, *La science sociale traditionnelle*, Paris, Larose, 1896, p. 80.
[21] Voy. par exemple 1 Corinthien 13. 3-15 ; Ephésiens 5. 22-33.

II. LA NOTION D'ÉGALITÉ

5. Il est indispensable de déterminer d'emblée le contenu de la notion d'égalité avant tout autre développement, ce qui permettra d'établir plus tard le lien entre le droit de la famille et l'égalité pour en déduire l'intérêt de la présente recherche. Sera donc étudié le contenu du principe d'égalité et de ses notions voisines (A) avant de le distinguer d'autres notions opposées (B).

A. L'égalité et les notions voisines

6. L'égalité. L'égalité, notion omniprésente dans presque tous les domaines de l'activité humaine, répond à une définition complexe parce que c'est une notion à contenu variable. Elle est définie de manière classique comme le « *principe d'après lequel tous les individus ont, sans distinction de personne, de race ou de naissance, de religion, de classe ou de fortune, ni, aujourd'hui, de sexe, la même vocation juridique aux régimes, charges et droit que la loi établit* »[22]. L'égalité est souvent employée dans un groupe de mot qui simplifie ou complexifie parfois sa compréhension. On rencontre ainsi souvent les expressions égalité devant la loi, égalité de droit, égalité juridique, égalité en droit, égalité des droits, égalité abstraite, égalité formelle, égalité matérielle, égalité des sexes, égalité concrète, égalité réelle, égalité de genre, égalité de chance, parité, discrimination et non-discrimination. Chacune de ces notions a un contenu propre mais on peut toutefois rapprocher quelques unes d'entre elles.

7. L'égalité devant la loi. L'égalité devant la loi renvoie principalement à l'application de la loi[23] par les tribunaux[24] et fait obligation aux autorités en charge d'exécuter ou d'appliquer les lois, notamment le pouvoir judiciaire et exécutif, qu'elles le fassent de manière égale pour tous[25] et non de manière arbitraire. L'égalité devant la loi imposerait donc la rigueur dans l'application de la loi en obligeant l'autorité en charge de l'application de la loi à se conformer à la légalité. L'égalité devant la loi reviendrait donc à

---

[22] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique*, Paris, PUF, 2014 : voy. l'entrée « égalité ».

[23] H. KELSEN, *La théorie pure du droit*, traduction en français par C. EINSENMANN, Paris, 2è éd, Dalloz, 1962, p. 190 ; C. LEBEN, « Le conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP* 1982, pp. 285 et s. ; P.-Y. VERKINDT, « L'égalité au risque de la diversité », in *Archive de philosophie de droit*, t. 51, *L'égalité*, Paris, Dalloz, 2008, p. 144 ; *Conseil d'État, Sur le principe d'égalité, Extrait du Rapport public* 1996, Paris, La documentation française, 1998, p. 81 ; Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1972, p. 187.

[24] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, ST. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, *op. cit*., p. 358 ; F. SUDRE, *art. préc*., p. 128.

[25] L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies – Le pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuel*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 314.

la légalité[26]. Elle est également désignée « *égalité matérielle* »[27] qui est « *un principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon* »[28]. Elle est sensiblement différente de l'égalité dans la loi.

8. L'égalité dans la loi. L'égalité dans la loi s'adresse au législateur et lui interdit de « *fonder une différence de traitement sur certaines distinctions très déterminées telles que celles qui ont trait à la race, à la religion, à la classe sociale ou à la fortune* »[29]. L'égalité dans la loi apparaît alors dans la création du droit[30] et serait une « *égalité formelle* ». En revanche pour le Doyen Cornu, au sens large du terme, l'égalité civile, l'égalité juridique, l'égalité de droit, l'égalité devant la loi, l'égalité de chance de départ, l'égalité théorique et l'égalité abstraite ont un même contenu[31] et signifieraient l'« *égale aptitude des* citoyens a jouir *des droits politiques et des droits civils* »[32].

9. Rapprochement de la non-discrimination de l'égalité abstraite. La prise en considération de certains critères dits sensibles en raison du fait qu'ils se rapportent à des caractéristiques personnelles des individus constitue des discriminations directes. Ces critères sont énumérés par la loi. La discrimination consisterait alors à la prise en compte de certains éléments sensibles visés par les normes dans le traitement des individus. La non-discrimination vise la correction du désordre qu'engendrent certaines inégalités. Il y a alors une interchangeabilité, quoique limitée entre le principe d'égalité et la non-discrimination.

10. Les critères de discriminations retenus. L'article 26 de la Constitution béninoise fait une liste de ces éléments que sont l'origine, la race, le sexe, la religion, l'opinion politique ou la position sociale. Toute distinction fondée sur ces critères constitue une violation du principe d'égalité et une discrimination. La Constitution intègre la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples[33], les critères de discrimination retenus par

---

[26] H. KELSEN, *La théorie pure du droit*, traduction en français par Ch. Einsenmann, Paris, 2è éd, Dalloz, 1962, p. 190 ; O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Thèse, Paris, Économica, 1992, p. 10 ; Ch. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, p. 303.
[27] O. JOUANJAN, *Thèse préc*., p. 10 ; Ch. LEBEN, *art. préc*., p. 301 ; Ch. PERELMAN, *op.* et *loc. cit.*
[28] Ch. PERELMAN, *op. cit*., p. 190.
[29] H. KELSEN, *op. cit.*, p. 190.
[30] O. JOUANJAN, *Thèse préc*., p. 10.
[31] G. CORNU, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 90 ; F.-C. BERNARD, « L'égalité d'accès aux services publics », in *Archive de philosophie de droit*, t. 51, *L'égalité*, Paris, Dalloz, 2008, p. 64. Pour une opinion opposée, voy. O. JOUANJAN, *Thèse préc*., p. 11 : « *une égalité devant la loi ne peut être une égalité dans la loi* ».
[32] G. CORNU, *art. préc*., p. 90.
[33] En raison du fait que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples fait partie de la Constitution béninoise par le renvoi de l'article 7 de cette dernière aux dispositions de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, l'article 3 de celle-ci fait partie intégrante de la Constitution du Bénin. Or le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes est une

cette dernière ne figurant pas dans la Constitution viennent s'y ajouter. Dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples[34], les critères visés sont l'ethnie, la couleur, la langue, toute autre opinion – en dehors des opinions politiques –, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

11. Un élargissement infini du domaine de l'égalité juridique. Par combinaison, toute inégalité résulterait de toute discrimination en raison des critères suivants : l'origine, la race, le sexe, la religion, l'opinion politique, toute autre opinion, la position sociale, l'ethnie, la couleur, la langue, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. Or le contenu de certains critères d'inégalité s'étend vaguement – toute autre situation, toute autre opinion – au point que la question se pose de savoir si toute discrimination n'est pas une inégalité. On sait en effet que les hommes sont différents et que les critères de discriminations cités sont des questions réelles et sérieuses. Les situations personnelles à comparer ne sont pas identiques, la question de l'égalité débouche ainsi sur une « *valeur* »[35].

12. Une stricte égalité en dépit des situations personnelles. La mesure de toute chose tend aussi à être égale en raison du nombre et de la portée des critères d'inégalités pris en compte par la Constitution. L'égalité exprime alors « *l'essence dès lors qu'au-delà de la distinction des sexes et des races, elle retient en tout être sa raison, unique titre de participation à la vie civile* »[36]. Elle serait ainsi « *une mesure des relations humaines* »[37]. On peut donc affirmer avec le Doyen Cornu que l'égalité « *consiste à traiter également en droit des êtres différents en fait, abstraction faite de leurs dissemblances naturelles* »[38] et l'égalité civile dite abstraite est ainsi construite sur la « *négation de la nature* »[39]. L'égalité est alors obtenue dans la généralité ou l'universalité de la règle de droit applicable à des sujets de droit abstraits[40]. Pour éviter de créer des discriminations, le législateur doit alors

---

prolongation de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes fait donc partie de la Constitution. Les dispositions de la Charte africaine des droits de droits de l'homme et des peuples et du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif au droit des femmes ont ainsi une valeur constitutionnelle.

[34] *Cf*. art. 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

[35] Ch. PERELMAN, « égalité et valeurs », in *L'égalité*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 1971 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), *op. cit*., p. 358.

[36] G. CORNU, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », *préc*., p. 99.

[37] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al., *op. cit*., p. 357.

[38] G. CORNU, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », *préc*., p. 96.

[39] *Ibid.*, p. 99.

[40] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al., *op. cit*., p. 355.

en légiférant se placer derrière le « *voile d'ignorance* »[41]. Mais, il ne peut toutefois pas s'empêcher de procéder par catégorisation.

13. La formation des catégories juridiques. L'égalité ne confère toutefois pas un droit à tout sur tout, même lorsqu'on décide de respecter scrupuleusement les critères de discrimination visés. L'application de l'égalité appelle aussi à des jugements de valeurs sur des situations précises et implique que les mêmes règles soient appliquées dans des situations identiques. C'est une forme de distinction autorisée par la loi elle-même afin de consacrer l'égalité entre des personnes se trouvant dans des situations identiques. La loi peut ainsi organiser, par exemple, le statut des enseignants, des magistrats, des policiers mais il ne peut être question d'une assimilation totale de toutes les personnes quelle que soit leur position. Comme l'écrit M. Charles Leben, « *il existe toujours dans n'importe quel système juridique des "distinctions" autorisées par les lois elles-mêmes* »[42]. Ces catégories sont initialement formées librement puisque chacun choisit par exemple sa profession. On ne saurait alors envisager l'égalité entre des catégories différentes comme entre enseignants et policiers sur la rémunération en raison du fait que les charges ne sont pas les mêmes. En revanche, les personnes d'une même catégorie doivent être également traitées par le droit sans discrimination aucune liée aux critères sus-citées qui sont des caractéristiques personnelles des individus. L'égalité formelle tient donc compte des situations, professionnelles, familiales ou autres dans l'élaboration des lois spécifiques. L'égalité est aussi avant tout un droit fondamental.

14. L'égalité comme droit fondamental autonome. L'égalité et la non-discrimination constituent à la fois des droits fondamentaux[43] de la personne humaine et des valeurs sociales et politiques essentielles du système démocratique puisque l'article 26 de la Constitution fait partie de ce qui est désigné dans la Constitution « *droits et*

---

[41] L'hypothèse du voile d'ignorance selon laquelle les principes organisateurs de la société sont choisis derrière un voile qui cache à chacun sa place dans la société répond à la nécessité de débarrasser le contrat de toutes les partialités qui l'empêcheraient de produire l'effet que l'on attend de lui, à savoir fonder l'obligation morale des citoyens de se plier aux règles communes. Il faudrait donc que ces représentants y réfléchissent dans l'ignorance de la manière dont leurs choix les affecteront personnellement et, pour cela, il faut qu'ils ne sachent pas quelle sera leur place au sein de la société future ; voy. J. RAWLS, *Théorie de la Justice* (trad. Française)*, Paris, Le seuil, 1989) ;* J. RAWLS, *La justice comme équité* (trad. Française), Paris, La Découverte, 2006 ; J.-F. SPITZ, « John Rawls et la question de la justice sociale », *Études*, 2011/1, t. 414, p. 57 ;

[42] Ch. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, p. 300.

[43] L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, A. PENA, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI et J. TREMEAU, *Droits des libertés fondamentales*, Paris, 6è éd. Dalloz, 2012, n° 69. Pour ces auteurs, il convient d'entendre par droits fondamentaux les « *droits et libertés constitutionnellement garantis* ». Autrement dit, les droits fondamentaux sont l'« *ensemble de droits et de garanties que l'ordre constitutionnel reconnaît aux particuliers dans leurs rapports avec les autorités étatiques* » ; voy. R. BADINTER et B. GENEVOIS, « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux, Rapport d'Ankara », *RFDA* 1990, p. 317. L'insertion de l'égalité à l'article 26 de la Constitution en fait un droit fondamental au Bénin.

devoirs de la personne humaine »[44]. L'égalité peut alors être revendiquée comme un droit fondamental protégé par la Constitution. Un individu serait alors capable de se prévaloir de l'égalité même s'il n'est pas en mesure de la coupler avec une norme qui lui attribue un droit subjectif[45]. L'égalité peut donc être indépendante car elle dispose d'une « *intensité normative suffisante pour être invoquée de manière indépendante* »[46]. L'égalité est ainsi perçue comme un droit autonome. Elle peut aussi être un principe transversal.

15. L'égalité comme principe transversal. L'égalité peut dépendre d'un autre droit ou d'une liberté. Il s'agira alors du principe d'égalité qui permet de se prévaloir de la jouissance de tous les droits et libertés reconnus. Elle transcende le cadre de la Constitution et serait une valeur, un principe à prendre en compte dans toutes les réglementations. Le domaine de l'égalité abstraite se déterminerait ainsi par un principe. En tant que principe, l'égalité ou la non-discrimination permettent d'assurer le respect des droits et libertés garantis par la Constitution et par tous les autres textes, elle s'applique alors aux droits civils, politiques, économiques et socio-culturels et aucune parcelle de l'activité de l'État ne peut être à l'abri de ses foudres[47]. Elle s'impose également à toutes les autorités. L'article 26 alinéa 1 et 2 de la Constitution et les articles 2 et 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples n'ajoutent donc pas, dans ce cas, à la liste des droits garantis, mais renforcent leur protection[48]. On pourrait donc appliquer sur ce point le principe « *pas d'égalité sans droits subjectifs* »[49]. Il ne faut toutefois pas oublier que l'égalité n'est pas une coquille vide dépendant des autres droits[50]. La dualité du principe d'égalité[51] s'exprime ainsi puisqu'elle est à la fois un droit fondamental et un principe régissant la structure, l'organisation et l'ensemble des activités de l'État. L'égalité se retrouve ainsi dans la jurisprudence constitutionnelle qui en donne un contenu bien précis.

16. L'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle. La Cour constitutionnelle est le juge de la constitutionnalité de la loi. Elle garantit les droits fondamentaux de la

---

[44] Voy. Titre II de la Constitution intitulé « *Des droits et des devoirs de la personne humaine* » qui comprend les articles 7 à 40.
[45] V. MARTENET, *op. cit*., n°s 197 et s.
[46] V. MARTENET, *op. cit*., n° 199.
[47] V. MARTENET, *op. cit*., n° 376.
[48] F. SUDRE, « Commentaire sous l'article 2 de la ChADHP », in M. Kamto, (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 127.
[49] O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Thèse, Paris, Économica, 1992, pp. 401-402.
[50] R. BRUNET, *Le principe d'égalité en droit français*, Thèse, Paris, Félix Alcan éditeur, 1910, p. 146 et s. ; O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Thèse, Paris, Économica, 1992, p. 74.
[51] V. MARTENET, *op. cit*., n° 387.

personne humaine et les libertés publiques[52]. En vertu de ce pouvoir, elle se prononce sur les violations des droits de la personne. Ses décisions sur l'égalité sont des plus abondantes. Elle est ainsi souvent saisie sur des questions liées à l'égalité, que ce soit avant la promulgation des lois[53] ou après leur entrée en vigueur[54]. Du 7 juin 1993, date de son installation, au 12 août 2010, sur les 921 décisions rendues par la Cour constitutionnelle relatives aux droits de la personne humaine, 127 ont porté sur le principe d'égalité[55]. Ce chiffre place le principe d'égalité en deuxième position par rapport aux décisions rendues sur la garde à vue, la détention préventive et les traitements inhumains et dégradants qui sont au nombre de 391. Ces recours fondés sur le non-respect du principe d'égalité portent sur des domaines variés du droit, comme le droit du travail, le droit pénal, les lois électorales, mais aussi et surtout le droit de la famille.

17. Les principales décisions du juge constitutionnel sur l'égalité en droit de la famille. Trois décisions[56] retiennent particulièrement l'attention puisqu'elles changent tout entier le paysage du droit béninois de la famille. Il s'agit des décisions DCC 02-144 du 23 décembre 2002[57], DCC 09-081 du 30 juillet 2009[58] et DCC 14-172 du 16 septembre 2014[59]. Dans l'ensemble de ces décisions, le juge constitutionnel a fait référence à l'égalité. Dans la première décision, il était question du contrôle de constitutionnalité de la loi n° 2002-07 portant Code des personnes et de la famille du Bénin. Le juge constitutionnel a considéré qu'« *il y a traitement inégal entre l'homme et la femme en ce que l'option prévue à l'alinéa 2 de l'article 143 permet à l'homme [. . .] alors que la*

---

[52] *Cf.* art. 114 de la Constitution : « *la Cour constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'État en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics* ».

[53] La Constitution du Bénin donne le pouvoir à la Cour constitutionnelle de se prononcer, à la demande du Président de la République ou de tout membre de l'Assemblée Nationale, sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation en son article 121.

[54] Les citoyens tiennent ce pouvoir des articles 3 et 122 de la Constitution du Bénin.

[55] S. M. R. DOSSOU, « Les droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », in *Liber amicorum Michel Melchior*, *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme*, Bruxelles, Anthémis, 2010, p. 326.

[56] L'ensemble des décisions de la Cour constitutionnelle citées sont disponibles sur son site officiel : [http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/].

[57] Par cette décision, le juge constitutionnel saisi du contrôle de constitutionnalité du Code des personnes et de la famille a déclaré une large partie de cette loi contraire à la Constitution.

[58] Le juge constitutionnel a, par cette décision, déclaré les 336 à 339 du Code pénal appliqué au Bénin qui définissent le régime pénal de l'adultère, contraires à la Constitution sur saisine par voie d'exception d'inconstitutionnalité. Il s'agit de la plainte d'un époux contre son épouse et son présumé complice d'adultère. Après abandon du domicile conjugal, elle introduit une demande en divorce devant le tribunal de première instance de Porto-Novo en 2007. Après deux ans de séparation de fait, le mari engage une procédure pénale en adultère devant le Tribunal de première instance de Cotonou sur la base des articles 336 à 339 du Code pénal.

[59] Le juge constitutionnel a eu l'occasion de déclarer les dispositions des articles 8, 12.2, 13 et 18 de la loi n° 65-17 du 23 juin 1965 portant Code de la nationalité béninoise contraire à la Constitution.

femme ne peut être [. . .]»[60]. Dans la seconde décision, le juge constitutionnel a déclaré les articles 336 à 339 du Code pénal appliqué au Bénin qui définissent le régime pénal de l'adultère contraires à la Constitution sur saisine par voie d'exception d'inconstitutionnalité en considérant que « *toute différence de traitement [. . .] entre l'homme et la femme est contraire aux articles 26 de la Constitution, 2 et 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* »[61]. Dans la troisième décision, il confirme sa jurisprudence sur l'égalité en droit lorsqu'il affirme qu'« *en offrant [. . .] la faculté de répudier la nationalité béninoise [. . .] alors qu'elle n'offre pas les mêmes facultés [. . .] dans les mêmes conditions . . . introduit une inégalité ; la loi offre à la femme étrangère qui épouse un homme béninois la possibilité d'acquérir la nationalité béninoise sans que la même possibilité ne soit offerte à l'homme étranger qui épouse une femme béninoise [. . .], il s'ensuit que les articles [. . .] introduisent sans les justifier des distinctions [. . .] en raison soit de la naissance au Bénin, soit de la filiation ou du mariage [. . .], qu'ils sont donc discriminatoires* »[62]. L'égalité ainsi définie serait l'égale considération par le droit objectif, l'égalité de droit ou égalité devant la loi, égalité juridique ou même égalité formelle ont les mêmes contenus[63]. Elle consisterait à traiter également en droit des êtres différents en fait, abstraction faite de leurs dissemblances naturelles[64]. Il est donc possible d'employer indifféremment toutes ces expressions. Il existe toutefois des notions qui, bien qu'étant des formes d'égalités, sont diamétralement opposées à l'égalité en droit.

B. L'égalité et les notions opposées

18. L'égalité réelle. Bien qu'étant des formes d'égalité, certaines notions ont un sens opposé à celui de l'égalité de droit. L'égalité, envisagée au sens de l'égalité réelle, serait une évolution de l'égalité abstraite[65]. Elle s'entend de toutes les politiques tendant à rompre l'égalité des droits pour atteindre l'égalité de résultat au bénéfice d'individus ou groupe d'individus ou de groupes défavorisés[66]. Elle permet alors de donner « *à chacun*

---

[60] *Cf*. DCC 02-144 du 23 décembre 2002.
[61] *Cf*. DCC 09-081 du 30 juillet 2009.
[62] *Cf*. DCC 14 172 du 16 septembre 2014.
[63] P. MARIN PEREZ, « Rapport sur la notion d'égalité en droit civil espagnol », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, p. 166.
[64] G. CORNU, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », *préc*. p. 96 ; P.-Y. VERKINDT, « L'égalité au risque de la diversité », in *Archive de philosophie de droit, t. 51, L'égalité*, Paris, Dalloz, 2008, p. 151.
[65] F.-C. BERNARD, *art. préc*., p. 64.
[66] *Conseil d'État, Sur le principe d'égalité, Extrait* du *Rapport public* 1996, Paris, La documentation française, 1998, p. 81-82 ; De SAINT PULGENT MARYVONNE, « Déclin de l'idée d'égalité ? », *Le Débat*, 2012/2 n° 169, p. 1344 ; G. CALVÈS, *La discrimination positive*, Paris, 3è éd. PUF, 2004, p. 7 ; E. FOREY,

selon ses besoins, à chacun selon ses moyens ».[67] Elle vise à offrir à tous, la possibilité d'un même accès aux biens de la société[68]. L'égalité réelle emprunte parfois la voie des discriminations positives.

19. L'égalité réelle et les discriminations positives. L'égalité réelle est à la base des discriminations positives[69] désignée par l'École du droit américaine par *affirmative action*[70] qui recommande une égalité plus équitable[71]. Une discrimination positive peut être définie comme étant « *une différenciation juridique de traitement, créée à titre temporaire, dont l'autorité normative affirme expressément qu'elle a pour but de favoriser une catégorie déterminée de personnes physiques ou morales au détriment d'une autre afin de compenser une inégalité de fait préexistante entre elles* »[72]. Á l'origine, les discriminations positives étaient des mesures prises en faveur des minorités ethniques au États-Unis. L'idée qui la sous-tendait est de réduire les inégalités de fait[73] dans certaines situations[74]. Apparaîtra ainsi les discriminations justifiées[75] plus larges que la notion de discrimination positive. La discrimination justifiée recouvre « *toutes les différences de traitement que la jurisprudence admet lorsqu'elles sont décidées pour un motif d'intérêt général en rapport avec l'objet de la règle* »[76]. La discrimination positive est donc une catégorie particulière de discrimination justifiée mise en œuvre par une politique volontariste dont l'objectif est la réduction d'une inégalité.

20. La discrimination positive, un oxymore. Toute discrimination pourrait constituer une violation de l'égalité dans la mesure où la disparité créée est justifiée par un critère de discrimination prohibée, la discrimination positive devient alors une

---

« L'égalité des cultes : un principe en évolution », in C. Courvoisier et P. Charlot, (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Paris, Nouvelle imprimerie Laballery, 2003, p. 55.

[67] G. CORNU, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », *préc*. p. 90.

[68] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS ET F. SUDRE (dir.), *op. cit*., p. 355 ; F.-C. BERNARD, *art. préc*., p. 65 ; G. CALVÈS, *op. cit.*, p. 7.

[69] G. CALVÈS, *op. cit*., 7 ; P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Paris, 7è éd., Dalloz, 2013, n° 304.

[70] G. CALVÈS, *op. cit* p. 11.

[71] J. RAWLS, *Théorie de la Justice* (trad. française), Paris, Seuil, 1989 ; J. RAWLS *La justice comme équité* (trad. française), Paris, La Découverte, 2006) ; J.-F. SPITZ, « John Rawls et la question de la justice sociale », in *Études*, 2011/1, t. 414, p. 59 ; J.-P. Vernant, *Les origines de la pensée grecque*, Paris, PUF, 1995, p. 93 ; O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits* n° 16, 1992, p. 131 ; S. GOYARD-FABRE et R. SÈVE, *Les grandes questions de philosophie du droit*, Paris, PUF, 1986, p. 198.

[72] F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Thèse préc.,* n° 466.

[73] G. CALVÈS, *op. cit*., p. 7. L'*affirmative action* à l'Américaine est légèrement différence de la discrimination positive en France puisqu'elle vise à corriger les inégalités passés notamment celles liées aux mouvements migratoires.

[74] *Conseil d'État, Sur le principe d'égalité, Extrait* du *Rapport public* 1996, Paris, La documentation française, p. 82.

[75] M.-C. LAVAL-REVIGLIO, « Égalité et éducation : les discriminations justifiées », in C. Courvoisier et P. Charlot (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Paris, Nouvelle imprimerie Laballery, 2003, p. 115.

[76] *Conseil d'État, Sur le principe d'égalité, Extrait* du *Rapport public* 1996, Paris, La documentation française, 1998, p. 82.

discrimination à rebours[77]. La notion de discrimination positive est donc un oxymore dans la mesure où toute discrimination est négative[78]. Malgré la veille du juge constitutionnel, on observe des cas de discriminations positives au Bénin.

21. La scolarisation gratuite des filles au Bénin. Depuis quelques années, il est mis en œuvre une politique d'incitation à la scolarisation des filles par l'exonération des frais de scolarité[79]. Celle-ci vise à corriger l'inégalité qui existe au sujet de la scolarisation puisque le taux de scolarisation des filles est plus faible[80] que celui des garçons en raison des pesanteurs socio-culturels qui ont fait de la femme l'être inférieur, l'appendice de l'homme[81]. Ces mesures de discrimination positive ont pour but de faire parvenir à une égalité réelle en matière d'éducation scolaire. Or pendant que toutes les filles peuvent désormais accéder à l'instruction – s'il était en cause les moyens financiers –, tous les garçons ne le peuvent pas et peut-être, à long terme, cette discrimination dite positive, conduira à l'inversion de sexe de l'inégalité qu'on essaye de corriger. On peut aussi s'interroger sur la situation de certaines personnes visées à l'alinéa 3 et 4 de l'article 26 de la Constitution du Bénin.

22. Une discrimination positive en raison d'une situation prédéfinie. La mère, l'enfant, les handicapés et les personnes âgées[82] sont des catégories pour lesquelles la loi recommande une protection spéciale. La Cour constitutionnelle incite au respect d'une telle discrimination lorsqu'elle constate par exemple le préjudice causé aux handicapés par les traitements discriminatoires dans l'organisation des concours pour le recrutement des agents permanents de l'État[83]. Elle a décidé que « *le législateur peut déroger au principe d'égalité en ce qui concerne les personnes handicapées en matière de droit de la fonction publique pour des raisons d'intérêt général et de continuité du service public, quitte à prendre en leur faveur des mesures spécifiques comme prévu par la Constitution, et à*

---

[77] P. WACHSMANN, *op.* et *loc cit*.
[78] Voy. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Thèse préc.,* n° 464.
[79] Après la Conférence mondiale sur l'éducation tenue en Thaïlande en 1990 et au Forum mondial sur l' « Éducation Pour Tous » tenu à Dakar en avril 2000, la loi d'orientation de l'éducation nationale a été votée en 2003 au Bénin. En 2004, le gouvernement béninois a adopté le plan d'action nationale en faveur de l'Éducation pour tous dont l'objectif est de limiter l'augmentation sans cesse du nombre des filles non scolarisées en procédant par la gratuité de l'enseignement pour les filles. Il s'agit d'une mesure de discrimination positive
[80] En 2002, 45,3 % des filles de 6-14 ans sont scolarisées contre 56,9 % des garçons de 6-14 ans, voy. Synthèse des analyses du troisième recensement général de la population et de l'habitat de février 2002, p. 28, disponible sur le site [http://www.insae-bj.org/].
[81] A.-F. NGOMO, « Commentaire sous l'article 18 de la ChADHP », in M. Kamto, (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 417.
[82] *Cf*. article 26 al. 3 et 4 de la Constitution : « *l'État protège la famille et particulièrement la mère et l'enfant. Il veille sur les handicapés et les personnes âgées* ».
[83] *Cf*. la décision DCC 01-005 du 11 janvier 2001.

condition d'administrer la preuve qu'ils remplissent les obligations légales et sont aptes à la fonction pour laquelle ils postulent »[84]. Il est ainsi nettement montré que les discriminations positives sont parfois encouragées pour des raisons d'intérêt général et de continuité du service public[85] alors même qu'elles supposent la mise à l'écart du principe d'égalité. L'égalité implique donc l'absence de discrimination pour des personnes se trouvant dans des situations identiques. Toute inégalité doit ainsi être justifiée par des raisons d'intérêt général ou de continuité du service public. La logique de la parité est pareille avec une certaine distinction.

23. La parité et l'égalité de droit. La parité est une « *égalité numérique* ».[86] Elle est une forme de discrimination qui vise l'égale représentation des hommes et des femmes. Pendant longtemps, les femmes étaient absentes des instances de décisions, la parité vise donc à la représentation égale des sexes. Elle est un modèle d'une politique de rattrapage entre les hommes et les femmes[87]. L'égalité de droit ne s'entend donc pas comme la parité qui est une sorte de discrimination justifiée par le sexe. Le juge constitutionnel a en effet les mêmes conceptions de la parité.

24. La lecture de la parité par le juge constitutionnel. Le juge constitutionnel béninois considère que la parité constitue une violation du principe d'égalité et l'a clairement affirmé dans sa décision DCC 10-117 du 8 septembre 2010. En effet, le 24 août 2010, l'Assemblée nationale a voté une loi portant règles particulières pour l'élection des membres de l'Assemblée nationale. L'alinéa 4 de l'article 3 de ladite loi a prévu que « *la liste d'un parti politique ou groupe de partis politiques pour être valable doit comporter vingt pour cent (20 %) au moins de candidats féminins* »[88]. Le juge constitutionnel s'y est opposé en décidant « *qu'en réservant aux femmes un quota de vingt pour cent (20 %) au moins sur les listes de candidature, le législateur établit une disparité fondée sur le sexe entre les candidats masculins et féminins éligibles à une même fonction* »[89]. Il réaffirme ainsi que le sexe ne doit pas constituer un critère de discrimination et toute question de *quota* est contraire à la Constitution. La parité n'est donc pas l'égalité. La même question

---

[84] *Cf*. la décision DCC 01-005 du 11 janvier 2001 de la Cour constitutionnelle du Bénin.
[85] *Cf*. décision DCC 01-005 du 11 janvier 2001.
[86] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, ST. RIALS ET F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p. 355.
[87] A. LE BRAS-CHOPARD, « Égalité, droits : la puissance du référent animal », in C. Courvoisier et P. Charlot, (dir.)*, Actualité politique et juridique de l'égalité*, Paris, Nouvelle imprimerie Laballery, 2003, p. 21 et s. ; G. CALVÈS, *op. cit*., p. 82 ; E. LÉPINARD, *L'égalité introuvable. La parité, les féministes et la République*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007, p. 81 et s.
[88] *Cf*. art. 3. al 4 de la loi portant règles particulières pour l'élection des membres de l'Assemblée nationale au Bénin.
[89] *Cf*. la déc. DCC 10-117 du 8 septembre 2010.

s'est posée en France et il a fallu introduire une disposition spéciale[90] dans la Constitution pour la mise en œuvre de la parité[91].

En somme, la discrimination positive procède de trois manières. *Primo*, elle procède par la technique du *quota* et vise la parité. *Secundo*, elle est comme un objectif politique qui permet l'intégration des handicapés et s'assimile à la « *promotion positive* »[92]. *Tertio*, elle s'applique à toute règle d'application sélective ou différenciée. Ainsi cherche-t-on tantôt à tenir compte d'une inégalité de situation, tantôt à résorber une telle inégalité[93]. Les expressions égalité sociale, égalité des chances, égalité économique, égalité concrète, égalité de fait devant la vie, égalité de résultat ou égalité réelle expriment à peu près une même réalité et se définissent comme *« l'égale participation de tous à la jouissance des biens et à la charge des maux* »[94]. Elles peuvent donc être employées indifféremment.

25. Le point de différence entre égalité de droit et égalité réelle. L'égalité de droit ou formelle et l'égalité réelle ou concrète sont différentes dans la mesure où le mode opératoire n'est pas le même[95], la seconde vise une répartition et peut procéder par des discriminations positives alors que la première est une règle générale[96] qui voudrait que l'on accorde les mêmes droits et les mêmes obligations à des personnes placées dans des situations identiques. Ce tour rapide des sens possibles de l'égalité ayant été fait, il convient de dégager clairement la conception de l'égalité retenue ici.

26. Conception retenue de l'égalité. L'égalité visée ici est l'égalité de droit qui signifie que les individus sont soumis aux mêmes droits et aux mêmes obligations et il ne peut y avoir de distinction basées sur des critères que sont l'origine, la race, le sexe, la religion, l'opinion politique, toute autre opinion, la position sociale, l'ethnie, la couleur, la langue, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, critères dégagés de la lecture combinée de l'article 26 de la Constitution et des articles 2 et 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Seuls l'intérêt général et la continuité du service public peuvent néanmoins limiter son application au profit de certaines catégories visées dans la Constitution. Le sens de l'égalité ayant été fixé, il convient de préciser son domaine d'étude.

---

[90] La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a inscrit à l'article 1er de la Constitution que « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* ».
[91] P. WACHSMANN, *op. cit*., n° 311, spéc. p. 345.
[92] G. CALVÈS, *op. cit*., p. 82.
[93] G. CALVÈS, *op. cit*. et *loc. cit*.
[94] G. CORNU, « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », *préc*., p. 90.
[95] J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, ST. RIALS et F. SUDRE (dir.), *op. cit*., p. 355.
[96] G. CORNU, *Droit civil, introduction au droit*, Paris, Montchrestien, 13è éd., 2007, n° 16.

III. DOMAINE D'ÉTUDE DE L'ÉGALITÉ

27. L'étude se concentrera sur l'examen du principe d'égalité en droit de la famille qu'il conviendra de définir (A) afin de montrer la place que l'égalité y occupe au Bénin (B).

A. La notion de famille

28. La notion générale de famille. Au sens large, « *la famille englobe toutes les personnes qui descendent d'un auteur commun, unies par un lien de parenté, une communauté biologique jusqu'aux limites reconnaissables* »[97]. Elle comprend les collatéraux, oncles ou tantes, neveux ou nièces, cousins, mêmes éloignés. Les alliés aussi s'ajoutent au groupe des parents pour former la famille. Assurément, la famille africaine est « *une communauté d'individus qui se réclament d'un ancêtre commun, unis les uns aux autres par des liens de parenté qui ne sont pas nécessairement fondés sur la consanguinité, pratiquant le même culte en observant les mêmes interdits qu'il comporte, soumis à l'autorité d'un chef qui est à la fois représentant du groupe et administrateur de son patrimoine commun* »[98]. La famille africaine est donc la plus élargie possible et ne se définit pas comme l'union formée par les époux et leurs enfants[99]. Le couple et ses descendants ne sont qu'un petit cercle de la famille africaine, le cercle conjugal ne serait donc qu'un petit maillon de la chaîne familiale.

Au sens étroit, la famille se compose des époux et de leurs descendants mineurs. Il s'agit de la famille nucléaire que l'on peut regrouper en trois catégories suivant leur source : la famille légitime qui dérive de l'union des sexes et de la procréation en mariage ; la famille naturelle qui dérive de l'union des sexes et de la procréation hors mariage et la famille adoptive qui dérive d'un acte juridique qui assimile un enfant biologiquement étranger à un enfant biologique. S'il peut exister plusieurs types de familles, laquelle vise le droit béninois ? S'agit-il de la famille étendue ou de la famille au sens étroit ?

29. La famille protégée par le droit béninois. D'abord en disposant que « *chacun des futurs époux, même mineur, doit consentir personnellement au mariage* »[100], la loi essaye de soustraire le mariage à la volonté des parents. Elle fait donc du mariage un engagement entre les époux. Ensuite, dans le fonctionnement du couple, la loi fait

---

[97] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, *introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple,* Paris, PUF, 2004, n° 386, spéc. p. 758.
[98] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 211.
[99] A. G. KOUASSIGAN, *op.*et *loc. cit*.. ; R. DECOTTIGNIES, *art. préc.*, p. 251.
[100] *Cf*. art. 119 du CPF.

obligation aux époux et à eux seuls d'entretenir, d'élever, de nourrir et d'éduquer[101] leur enfant. Elle ne consacre non plus une obligation entre un époux et les membres de la famille de l'autre[102]. Enfin, la dissolution du mariage ne tient compte que des raisons liées aux deux époux, qu'il s'agisse du divorce par consentement mutuel[103] ou du divorce pour faute[104]. La famille serait ainsi fondée sur la volonté et la liberté des époux qui acceptent librement de se marier ou de divorcer. L'aspect contractuel de la famille est aussi ici nettement perceptible. L'esprit de la nouvelle loi serait donc de créer une famille centralisée sur les époux et les enfants. Le Code des personnes et de la famille envisage ainsi de créer une famille nucléaire basée uniquement sur le mariage civil. Ce fut très différent sous les anciens régimes.

30. Le droit béninois de la famille avant la promulgation du Code. Le droit privé au Bénin comme dans les autres pays de l'Afrique Noire francophone était *« caractérisé par la diversité des statuts civils qui avait des effets multiples : elle distinguait la métropole des territoires africains et séparait les populations en groupes distincts à l'intérieur d'un même territoire* »[105]. En conséquence, au sein d'un même État, les individus étaient soumis à des régimes juridiques différents. L'origine du pluralisme juridique remonte ainsi à la période coloniale.

31. L'origine du pluralisme juridique en droit béninois de la famille. Le Dahomey, l'actuel Bénin, a été créé par un décret présidentiel en date du 22 juin 1894. Il

---

[101] *Cf.* art. 158 du CPF : « *le mariage crée la famille légitime. Les époux contractent ensemble, par leur mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever, et éduquer leurs enfants. Les modalités d'exécution de l'obligation d'entretenir les enfants sont réglées en même temps que les charges du mariage par le présent Code* ».

[102] *Cf.* art. 384 à 396 du CPF.

[103] *Cf.* art. 223 du CPF au terme duquel : « *le consentement de chacun des époux n'est valable que s'il émane d'une volonté libre, éclairée et exempte de vice. Ce consentement doit porter non seulement sur la rupture du lien conjugal, mais aussi sur la situation des époux quant aux biens qu'ils possèdent et sur le sort réservé aux enfants issus du mariage. Les époux ont toute liberté pour régler ces questions, sous réserve du respect dû à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Sont considérées comme relevant de l'ordre public, toutes les dispositions concernant l'intérêt des enfants, telles que les obligations qui incombent aux parents quant à l'entretien, la garde, l'éducation, la sécurité et la moralité des enfants* ».

[104] *Cf.* art. 234 du CPF : « *le divorce peut être prononcé pour :*
- absence déclarée de l'un des époux ;
- adultère de l'un des époux ;
- condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante ;
- défaut d'entretien ;
- refus de l'un des époux d'exécuter les engagements résultant de la convention matrimoniale ;
- rupture ou interruption prolongée de la vie commune depuis quatre (4) ans au moins ;
- abandon de famille ;
- mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible. Le divorce peut également être prononcé pour impuissance et/ou stérilité médicalement établie antérieure au mariage et non révélée au moment de la célébration ».

[105] A. G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire francophone,* Paris, éd. Pedone, 1974, p. 44.

devient partie intégrante à l'Afrique occidentale française en 1904[106]. Or le Code civil français y était déjà rendu applicable depuis 1833[107] par la loi du 24 avril 1833 dont l'article 1er dispose que « *toute personne née libre ou ayant acquis légalement la liberté jouit dans les colonies françaises : 1/ des droits civils ; 2/ des droits politiques, sous les conditions prescrites par la loi* »[108]. Le Code civil français était donc appliqué au Dahomey jusqu'à son retrait après le Référendum constitutionnel[109] du 28 septembre 1958. En réalité, l'idée même véhiculée par le colonisateur était d'assimiler les territoires colonisés au territoire du colonisateur et d'y étendre l'application de ses lois. La finalité était d'imposer le Code civil français aux peuples colonisés.

Mais cette assimilation qualifiée d'outrancière[110] n'a pas abouti compte tenu de la résistance des peuples négro-africains à « *l'invasion du droit civil français* »[111]. C'est ainsi qu'on a assisté au maintien des coutumes aux côtés du droit moderne grâce au décret du 20 mai 1857[112] rendu applicable dans la colonie du Dahomey le 16 décembre 1894[113]. Les coutumes internes sont donc applicables depuis cette période. La Circulaire A. P. 128 du 19 mars 1931 portant Coutumier du Dahomey était ainsi rendu applicable. Il y avait alors deux textes qui s'appliquaient en matière civile selon le statut des individus avec une primauté certaine du Code civil français.

Après les indépendances, plusieurs voies s'offraient aux législateurs africains. Ils pouvaient, soit maintenir le *statu quo* en conservant le droit coutumier aux côtés du droit colonial, soit abolir les coutumes en conservant uniquement le droit colonial, soit encore choisir la voie médiane qui consistait à combiner de manière savante le droit moderne et le droit coutumier. Le Bénin a préféré maintenir le *statu quo* jusqu'en 2004, même si ce choix de politique législative est qualifié d'extrême[114]

---

[106] M. AHANHANZO-GLÉLÉ, « La République du Dahomey », in *Encyclopédie politique et constitutionnelle*, série Afrique, Paris, éd. Berger-Levrault, 1969, p. 23

[107] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 16 ; R. DECOTTIGNIES, « L'apport européen dans l'élimination du droit privé sénégalais », *Ann. afr.* 1964, p. 83 ; M. Thioye, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays de l'Afrique noire francophone », *RIDC*, n° 12, 2005, p. 373.

[108] *Cf*. art. 1er du décret du 24 avril 1833.

[109] M. AHANHANZO-GLÉLÉ, *art. préc*., p. 23.

[110] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 25.

[111] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 22.

[112] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 17 ; M. THIOYE, *op. cit*., p. 371.

[113] J. DJOGBÉNOU, « Les personnes et la famille en République du Bénin : de la réalité sociale à l'actualité juridique », in *La personne, la famille et le droit en République du Bénin, Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille*, Cotonou, éd. Juris Ouanilo, 2007, p. 17.

[114] M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays de l'Afrique noire francophone. », *RID Comp.*, n° 12, 2005, p. 381 ; G. CONAC, *op. cit.*, p. XXII.

Le Code civil français avec ses modifications jusqu'en 1958 était donc applicable au Bénin[115] jusqu'en 2004. Il sera désigné ici par le Code civil français rendu applicable au Bénin afin d'éviter les confusions possibles avec le Code civil français actuel. Il existait ainsi au Bénin un système de pluralisme juridique[116] qualifié de pluralisme juridique parallèle[117] caractérisé par la coexistence du droit colonial et du droit traditionnel[118]. Le pluralisme juridique au Bénin serait alors né de l'application parallèle du droit d'origine française appelé droit moderne et des droits africains dits droits traditionnels ou coutumiers[119]. En conséquence de ce pluralisme juridique, il y avait deux cercles de formalisation du mariage.

32. L'existence de deux cercles de formalisation juridique du mariage. Le mariage était soit régie par le droit coutumier, soit par le droit moderne. L'avènement du Code des personnes et de la famille en 2004 a mis fin à ce pluralisme juridique[120] car il ne reconnaît qu'une seule forme de mariage[121] : celui célébré devant l'officier de l'état civil. Les autres formes d'union ne sont plus désormais du mariage, le Code ayant abrogé les coutumes[122]. Il est ainsi nécessaire de distinguer entre les couples depuis quelques années puisqu'il y en a qui ne sont pas mariés au sens de la loi.

33. L'aspect sociologique et psychologique du concubinage. La plupart des personnes vivant hors mariage au Bénin n'y vivent pas par complaisance, mais faute de moyens[123], d'information ou des documents à fournir[124]. Dans la plupart des cas, la vie en concubinage ne résulte donc pas d'un choix délibéré.

---

[115] A. N. GBAGUIDI, *Pluralisme juridique et conflit de lois en Afrique Noire Francophone*, Thèse, Université Bordeaux IV, 1998, p. 101.

[116] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, 2è éd., PUF, 2004, p. 356 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueu*r, *Paris,* 10è éd., LGDJ, 2014, pp. 16 et s. ; A. SOW-SIDIBÉ, *Le pluralisme juridique en droit sénégalais des successions ab intestat*, Thèse, Paris, 1987, p. 11 ; A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., p. 1 ; A. G. KOUASSIGAN, *op. cit.,* p. 44 ; J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », in J. Gilissen (dir.*), Le pluralisme juridique*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1971, p. 19 ; J. VANDERLINDEN, « Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique », in *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, p. 31.

[117] J. VANDERLINDEN, *art. préc.*, pp. 44-45.

[118] J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueu*r, pp. 16 et s. ; A. SOW-SIDIBÉ, *Thèse préc.,* p. 11.

[119] R. DECOTTIGNIES, « *Requiem* pour la famille africaine », *Ann. afr*. 1965*,* p. 259 ; P.-F. GODINEC, *(dir.), Les droits africains : évolution et sources,* t. 1, Paris, LGDJ, 1968, p. 36.

[120] Jusqu'en 2004, le Bénin a conservé la dualité juridique en matière familiale. Le Coutumier du Dahomey et le Code civil étaient encore appliqués.

[121] *Cf*. art. 143 du CPF : « *seul le mariage monogamique est reconnu* ».

[122] *Cf*. art. 1030 du CPF selon lequel « *les coutumes cessent d'avoir force de loi en toutes matières régies par le présent Code* ».

[123] Une bonne partie de la population béninoise est dépourvue de document d'état civil exigée pour contracter le mariage. Ensuite, une certaine somme est exigée. Ces deux éléments font qu'il y a certaines personnes, bien qu'attirer par le mariage, se voient limiter.

[124] *Cf*. les résultats de l'enquête, voy. annexe I, question n° 14.

Aussi la croyance générale dans la formation du mariage par l'accomplissement des formalités coutumières ou religieuses demeure-t-elle vivace. Nombreux sont les couples qui ont l'idée ancrée dans leur conscience que les formalités coutumières suffisent à légitimer le mariage[125]. Il y a eu une mutation qui a consisté à élever le mariage civil au rang de la juridicité, ce qui est encore source d'illusions pour certaines personnes. Le mariage civil, forme de vie en couple reconnu et transposé en droit béninois, semble ne pas perturber les anciennes habitudes. Le mariage coutumier n'est plus juridiquement une forme d'union reconnue alors que des couples continuent de s'unir sur cette base. Il existe ainsi des familles qui ne sont pas basées sur le mariage[126] mais qui ne sont pas non moins reconnues par la loi.

34. La famille basée sur le concubinage. Le législateur béninois porte dans cette mesure une certaine attention au concubinage en tenant compte des enfants. Mais il arrive aussi qu'il vise expressément les concubins. Dans ce cas, la famille considérée n'est pas uniquement celle fondée sur le mariage. Les concubins aussi formeraient une famille et l'on peut ainsi distinguer entre les familles légitimes et celles hors mariage. La définition de la famille évolue donc et ne se limite plus au cadre du mariage. La famille serait alors basée sur le couple.

35. La famille basée sur le couple. Le couple, notion très en vogue a un contenu qu'il convient de préciser. L'origine simple du couple est celle de lien, d'attachement en général[127]. Ce n'est que par la suite qu'elle est devenue « *plus spécialement union entre les êtres et encore plus spécialement, une union entre un homme et une femme* »[128]. Elle est une notion d'une particularité rare en français puisqu'elle est susceptible d'être employée au masculin comme au féminin suivant le sens que l'on retient. Au féminin, le mot couple désigne un lien pour attacher deux ou plusieurs choses pareilles ou de même espèce[129] et le mot couple au masculin désignerait « *deux personnes unies ensemble par amour ou par le mariage ; il se dit de deux animaux unis pour la propagation* »[130]. Traditionnellement

---

[125] *Ibid*.
[126] Un certain auteur qualifie les familles qui ne sont pas fondées sur le mariage de « famille dans le vent », Voy. H. MAZEAUD, « Une famille dans le vent : la famille hors mariage, (le projet de loi relatif à la filiation) », *D*. 1971, chron. p. 99. Cependant, plus récemment, M. Xavier LABBÉE démontre plutôt que l'élément fondateur de la famille est le couple ; X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, Villeneuve d'Ascq, *Presse Universitaire du Septentrion*, 2012, p. 17.
[127] J. HAUSER, « Couple et différence de sexe », in C.Brunetti-Pons, (dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Économica, 1998, p. 95.
[128] *Ibid*.
[129] *Le Grand Littré, Dictionnaire de la langue française*, t. *2*, Monte-Carlo, éd. du Cap, 1999, voy. « couple ».
[130] *Le Grand Littré, Dictionnaire de la langue française*, t. *2*, Monte-Carlo, éd. du Cap, 1999, voy. « Couple ».

appliqué aux êtres humains, le couple se limiterait aux personnes mariées[131] puisque ses racines étymologiques se trouvent dans le terme *copula* qui désigne dans le latin classique « *lien, liaison, groupe de deux personnes liées par l'amitié, l'amour* »[132], le mariage étant jusqu'à un passé récent le seul mode d'union sexuelle reconnue par le droit français. Plus évolutive est la définition proposée par le *Vocabulaire juridique* selon lequel le couple désigne l'« *union que forment un homme et une femme entre lesquels existent des relations charnelles (copula carnalis) et en général une communauté de vie, soit en mariage (couple légitime, union conjugale), soit hors mariage (union libre) ; se dit parfois de deux individus du même sexe qui vivent ensemble* »[133].

La doctrine aussi variée soit-elle, a donné une définition de la notion de couple[134]. Le couple serait classiquement « *un homme et une femme unis par des relations affectives, physiques et le langage commun accepte par extension de qualifier couple deux personnes du même sexe vivant ensembles et unies par des mêmes relations* »[135] . Aussi observe-t-on de nos jours que les ouvrages et même des colloques consacrés au droit de la famille font une part importante au couple[136] qui serait fondé sur les relations charnelles.

36. Le couple fondé sur les relations charnelles. De ces définitions, on peut retenir que les relations charnelles constituent l'élément déterminant et commun[137] aux couples, que ce soit le couple fondé sur le mariage ou sur le concubinage. En revanche, le couple ne se limite plus aux personnes unies par le mariage et la différence de sexe n'est plus déterminante dans le couple. La famille autrefois élargie se réduit au modèle européen de type conjugal[138] construit autour du mariage. Une telle famille a également connu de profondes mutations. Ainsi, la définition de la famille ne se limite pas aux personnes unies par le mariage, il suffit d'être dans les liens de couple pour constituer une famille.

37. La composition de la famille reconnue par le droit béninois. La famille au Bénin n'a plus comme seule base le mariage, les concubins aussi forment une famille avec

---

[131] J. HAUSER, *art. préc*., p. 96.
[132] *Le Grand Robert de la langue française*, t. 2, *2è éd*., 2015, voy. « Couple ».
[133] G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, voy. « Couple ».
[134] Voy. sur la notion de couple, C. BRUNETTI-PONS, « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD civ.* 1999, p. 27. Sur la situation dans les autres États européens, voy. F. GRANET-LAMBRECHTS, « L'enregistrement des couples non mariés en Europe », *Dr. fam.,* Hors-série, déc. 1999, p. 58.
[135] H. LECUYER, « Rapport introductif », in C. Brunetti-Pons (dir.), *La notion juridique de couple,* Paris, Économica, 1998, p. 2.
[136] I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française,* Paris, Odile Jacob, 1998 *;* C. BRUNETTI-PONS, (dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Économica, 1998.
[137] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 405.
[138] A. G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire francophone,* Paris, éd. Pedone, 1974, p. 235.

leur enfant. D'ailleurs une seule personne peut aussi former une famille en adoptant un enfant. La présence de deux personnes suffirait alors à former une famille, qu'il s'agisse de deux époux, de deux concubins ou d'une personne avec un enfant. La famille se réduirait alors à au moins deux personnes liées par le mariage, le concubinage ou la filiation. Le principe d'égalité étant transversal, elle a une influence considérable dans le droit de la famille.

B. La place de l'égalité dans le droit béninois de la famille

38. Le droit de la famille comme droit objectif. Le droit objectif est l'ensemble des règles tendant à régir l'homme dans la vie en société[139]. Il est organisé par branche dont l'une d'elle est le droit de la famille. Le droit en tant que règle organisant la famille est le droit objectif désigné droit de la famille. L'examen de l'égalité revêt un caractère tout particulier dans le droit de la famille.

39. Le caractère particulier des liens de famille. Il est tout à fait délicat de parler du droit au sein de la famille avant même de penser à y intégrer le principe d'égalité. La famille est sensible aux « *influences religieuses, philosophiques, politiques et économiques, au poids de la tradition et de celui des contingences* »[140]. Il n'est donc pas toujours aisé au droit de saisir les relations humaines. Il existe en effet des relations dont l'appropriation échappe à l'individu. Il en est le cas notamment en matière de sentiment. La famille est construite sur des sentiments. Mais que le droit appréhende les sentiments[141], ou l'amour est assez complexe[142]. Le droit ne peut contraindre deux personnes à s'aimer ou le contraire, quel que soit les intérêts ou les inconvénients imminents. Des personnes mariées mettent parfois fin à leur union par le divorce. Dans le même moment, l'inverse est possible car deux personnes divorcées se remarient entre eux parfois. Les relations entre parents et enfants sont tout aussi délicates. Les parents sont souvent guidés par le perpétuel souci du bien-être de leur enfant.

Le pas a été cependant franchi et le droit réglemente désormais les sentiments, parfaitement ou non. La famille paraît en conséquence être désintégrée.

40. La supposée désintégration totale de la famille par le principe d'égalité. La consécration du principe d'égalité dans le droit de la famille a occasionné un débat doctrinal des plus vifs. Une partie de la doctrine s'accorde sur l'institution d'une « *famille*

---

[139] G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, introduction générale à l'étude du droit,* t.1, Paris, 2è éd., Sirey, 1972, n° 2, p. 4 ; G. CORNU, *Droit civil, introduction au droit*, Paris, 13è éd., Montchrestien, 2007, n° 10.
[140] D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 698.
[141] J. ROCHFELF, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, 2è éd., PUF, 2013, n° 18, spéc. p. 103.
[142] R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, 2è éd., LGDJ, 1963, p. 11.

sans chef »[143] ou une famille a deux têtes tandis que d'autres réfléchissent à son avenir[144]. L'intégration du principe d'égalité dans le droit de la famille est ainsi tiraillée entre deux tendances. La première rejette une parfaite égalité en droit de la famille par le maintien de certaines traditions. La seconde prône une égalité de plus en plus grande en droit de la famille. C'est ainsi qu'on constate au Bénin que le juge constitutionnel tend à la reconnaissance d'une plus grande égalité en droit de la famille tandis que le législateur est quant-à lui tourné vers le maintien de la famille traditionnelle par la transposition des traditions dans le nouveau droit de la famille en dépit des inégalités qu'elles peuvent comporter.

41. La tendance du juge constitutionnel vers la consécration d'une égalité parfaite dans le droit de la famille. La modernisation du droit de la famille a été rendue possible grâce au regard perspicace du juge constitutionnel sur le principe d'égalité[145]. Son apport s'est notamment manifesté dans ses décisions DCC 02-144 du 23 décembre 2002, DCC 09-81 du 30 juillet 2009 et plus récemment la décision DCC 14-172 du 16 septembre 2014 par lesquelles une place de choix a été faite au principe d'égalité en droit de la famille. Des questions sur lesquelles aucune égalité des rapports en famille ne pouvait être envisagée sous l'ancien régime ont été éclairées par le faisceau de l'égalité. La puissance maritale[146], la question de la fidélité[147], la puissance paternelle[148] et les successions[149] ont été entièrement revues. La puissance maritale s'est effacée complètement par la

---

[143] H. MAZEAUD, « Une famille sans chef », *D.*, 1951, chron, p. 141 ; C. KUYU, *op cit*, p. 101.

[144] G. SALAMÉ, *Le devenir de la famille en droit international privé, une famille postmoderne*, Thèse, Paris, 2005 ; voy. également F. KAUDJHIS-OFFOUMOU, *L'avenir de la famille à travers des instruments juridiques internationaux et régionaux relatifs aux droits humains*, in D. Maugenest et Th. Holo, (dir.*), L'Afrique de l'Ouest et la tradition universelle des droits de l'homme*, Colloque d'Abidjan, les éd. du CERAP, mars 2006, p. 233.

[145] S. K. HONVOU, « Regard du juge constitutionnel béninois sur le principe d'égalité en droit de la famille », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique ?*, *Mélanges en l'honneur de Maurice* Ahanhanzo-Glélé, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 567-586.

[146] *Cf.* art. 213 du C. civ français de 1958 applicable au Bénin et art. 122 du Coutumier du Dahomey ; voy. aussi R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, 2è éd., LGDJ, 1963, p. 80 ; S. NANGA, *L'égalité entre l'homme et la femme en Afrique noire francophone : essai sur la condition juridique de la femme en droit social ivoirien*, Thèse, Paris-Nanterre, 2008, n° 369 ; M. HOFFERT, *L'évolution des droits des femmes conditionnée par la protection de la famille*, Thèse, Laval, 2007, p. 63 ; R. M'BAYE, *Crises entre époux en droit sénégalais*, Thèse, Dakar, 1988, p. 73.

[147] *Cf.* art. 122 du Coutumier du Dahomey.

[148] R. SAVATIER, *op. cit.*, p. 80 ; J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 414 ; D. HUET-WEILLER, « De la puissance paternelle à la responsabilité parentale », in R. Ganghofer*, Le droit de la famille en Europe*. *Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Strasbourg, PUS, 1992, p. 405 ; R. LEGEAIS, « Les ajustements égalitaires de l'autorité parentale », *Defrénois* 1988, art. 34243, p. 625 ; M.-L. MORANÇAIS-DESMEESTER, « Vers l'égalité parentale », in *D.* 1988, Chron. p. 7 et s ; A. SOW-SIDIBÉ, « L'évolution de l'autorité dans les familles sénégalaises », in *l'Afrique juridique et politique*, *la revue du CERDIP*, vol. 2, n° 1, janv.-juin 2003, p. 126.

[149] R. C. G. DAVID, *Le droit international privé sénégalais des successions*, Thèse, Dakar, 1999, p. 59 ; A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc.*, p. 3 ; A. SOW-SIDIBÉ, *Le pluralisme juridique en droit sénégalais des successions ab intestat*, Thèse, Paris, 1987, p. 19 ; R. SAVATIER, « Le contrôle de la puissance paternelle », *D*. 1947, Chron. p. 21.

consécration de la capacité de la femme mariée[150], le respect au sein de la famille est devenue réciproque[151], la puissance paternelle s'est transformée en autorité parentale conjointement exercée par les deux époux[152], les charges du ménage sont partagées entre les époux en fonction de leurs facultés et ou de leurs activités au foyer[153]. Il existe aussi un nouveau regard sur les successions[154] avec une indifférence totale sur la nature des biens les constituants et le sexe des successibles[155]. La polygamie n'a plus aucun caractère juridique[156] et le droit est unifié[157]. Ces éléments peuvent constituer le « noyau dur » de l'égalité en droit béninois de la famille car la loi est ici comme une ouverture à plus d'égalité en droit de la famille. La libéralisation du droit[158] ainsi observée n'est toutefois pas sans obstacles.

42. Le maintien des traditions par le législateur comme obstacle à l'égalité dans le droit de la famille. L'attachement du législateur à certaines traditions expliquerait le maintien de certaines inégalités en droit de la famille. Il existe certaines institutions du droit traditionnel auxquelles le législateur ne veut pas se détacher, crainte de saper les fondements de la famille. Il s'agit des questions purement sociologiques qui perdent leurs pertinences avec la modernité et le principe d'égalité. Le maintien et la transposition de ces institutions dans le droit moderne constitue le syncrétisme juridique[159] et l'obstacle majeur à la réalisation de l'égalité dans le droit béninois de la famille qui comporte encore pour ce fait des inégalités. La loi constitue dans ce cas un obstacle à plus d'égalité en droit béninois de la famille.

43. Les points d'inégalité dans le droit béninois de la famille. Le maintien des traditions comme la dot[160], le délai de viduité et la prééminence du mari dans le choix du domicile conjugal[161] sont quelques points d'inégalités dans le droit béninois de la famille. Le mari continue de fixer le domicile conjugal même si l'accord les deux époux est suggéré en premier lieu. L'inégalité persiste également sur certains éléments identifiants

---

[150] Voy. *infra* n°s 334 et s.
[151] Voy. *infra* n° 357.
[152] Voy. *infra* n°s 360 et s.
[153] Voy. *infra* n°s 392 et s.
[154] Voy. *infra* n°s 415 et s.
[155] *Cf.* art. 605 du CPF ; voy. *infra* n°s 281 et s.
[156] Voy. déc. DCC 02-144 du 23 décembre 2002 : « *il y a traitement inégal entre l'homme et la femme en ce que l'option prévue à l'alinéa 2 de l'art. 143 permet à l'homme d'être polygame alors que la femme ne peut être que monogame* » ; voy. aussi *infra* n°s 290 et s.
[157] L'idée d'élaborer un Code des personnes a été déjà émise pendant à la Conférence Nationale des Forces Vives de la Nation du 19 au 28 février 1990, voy. *Synthèse des travaux de la commission constitutionnelle et des décisions prises en séances plénière*, p. 6 ; *cf.* art. 1030 du CPF ; voy. aussi *infra* n°s 239 et s.
[158] J. CARBONNIER, *Essais sur les lois,* Paris, Defrénois, 1979, p. 260.
[159] A. SOW-SIDIBÉ, *Thèse préc.*, p. 16 ; A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc.*, p. 8.
[160] Voy. *infra* n°s 75 et s.
[161] Voy. *infra* n°s 124 et s.

comme le nom de famille[162] et la nationalité[163]. Le nouveau régime du nom institué est, à quelque nuance près, le reflet de l'ancien[164]. Le nom du père est en général le nom de l'enfant et la femme mariée, quoi qu'il y ait eu un léger changement, continue de porter le nom de son mari. S'agissant de la nationalité, elle est régie par la loi n° 65-17 du 23 juin 1965 portant Code de la nationalité dahoméenne. Cette loi paraît violer l'égalité des époux tant au sujet de la transmission de la nationalité par la filiation que de l'acquisition de la nationalité par le mariage. Au demeurant, l'étude du régime du nom et de la nationalité dans le droit de la famille mérite des précisions.

44. Le rapport des éléments identifiants les personnes au droit de la famille. Á première vue, les éléments identifiants la personne ne sont pas inclus dans le droit de la famille à proprement parler, ils relèvent du droit des personnes. Or le nom et la nationalité sont fortement influencés par la famille. Très souvent, leurs modes d'attribution et d'acquisition se fondent sur la famille. C'est ainsi que le nom et la nationalité peuvent s'acquérir en raison de la filiation et du mariage. Les questions liées à la nationalité et au nom sont ainsi intimement rattachées au droit de la famille[165]. La détermination de la nationalité comme celle du nom emprunte donc largement au droit de la famille[166]. Cette raison justifie leur prise en compte dans le cadre de la présente recherche. Tiraillé entre le maintien des traditions et la progression dans la consécration de l'égalité, le droit de la famille a pourtant subi des mutations importantes.

45. Les mutations de la famille. Plusieurs facteurs tendent à modifier la structure originelle de la famille et des auteurs pensent à la « *crise de la famille* »[167] générée par de

---

[162] Voy. *infra* n^os^ 145 et s.
[163] Voy. *infra* n^os^ 197 et s.
[164] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1*,* n° 222 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, Paris, Dalloz, 1998, p. 47 ; J. HAUSER, « Le nom des enfants : une législation discriminatoire et obsolète », *RTD civ*. 1994, p. 829 ; G. GOUBEAUX, « Le nom », in *Droit de l'enfant et de la famille*, *Études réunies en hommage à Marie-Josèphe* Gebler, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1998, p. 24 ; É. MICOU, *L'égalité des sexes en droit privé. De quelques aspects essentiels*, Thèse, Préf. Y. Saint-Jours, Paris, Presses Universitaires de Perpignan, 1997, n° 353 ; M. LAMARCHE, « Le nom, l'égalité des époux et le droit suisse, exemple de simplicité ? », *Dr. fam*. n° 1, janv. 2013, p. 1 ; F. DOUJET-THOMAS, « Quelques nouveautés à propos du nom et de l'égalité des sexes », in *Mélanges en l'honneur à la Professeure Françoise* Dekeuwer-Défossez, Paris, Montchrestien, 2012, p. 258 ; M. GOBERT, « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *JCP* 1980, I. 2966.
[165] En Afrique de l'Ouest, les législateurs de certains États comme le Burkina-Faso (art. 134 224 du CPF du Burkina-Faso) et le Mali (art. 218 à 277 du CPF du Mali) l'ont intégré dans le Code des personnes et de la famille ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple,* Paris, PUF, 2004, n° 219.
[166] En France, les articles 17 à 33 du *Code civil* réglementent la nationalité qui est placée dans le livre 1^er^ sur les personnes. Au Burkina-Faso, les articles 22 à 134 du *Code des personnes et de la famille* régissent la nationalité. Également en Côte d'Ivoire, les règles régissant la nationalité sont incorporées au *Code civil*.
[167] Beaucoup d'auteurs ont écrit sur la crise de la famille. En ce sens, voy. notamment C. KUYU, *Écrits d'anthropologie juridique et politique*, Louvain-la-Neuve, 2008, p. 101 ; J. POUSSON-PETIT, *La mutation des principes fondamentaux dans les droits des personnes et de la famille en Europe*, in J. Krynen et M. HECQUARD-THERON (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. 1, 2005, p. 35.

multiples facteurs liés aux changements des mœurs et à l'économie monétaire[168]. Il s'agit notamment de l'urbanisation rapide, de l'explosion démographique, de la paupérisation des parents, de la perte de pouvoir d'achat des maris et de l'évolution marquée du rôle des femmes dans la vie familiale. La crise de la famille entraîne la hausse dramatique du taux de divorces, la baisse du taux de polygamie, la scolarisation des femmes, l'autonomisation professionnelle et financière des femmes, l'augmentation du nombre des unions de fait et des familles monoparentales et les recompositions de famille. Les bouleversements sociaux et le mouvement des idées ont ainsi brisé la famille traditionnelle[169]. L'intégration du principe d'égalité dans le droit de la famille tend aussi à bouleverser les fondements établis de la famille.

Le principe d'égalité peut aussi s'étendre indéfiniment car de nouvelles revendications d'égalité peuvent naître en raison des progrès de la médecine qui s'investissent davantage sur la procréation humaine.

46. L'extension du domaine de l'égalité en raison des progrès de la médecine. Il est de nos jours possible de contrôler la procréation, chacun de ces moyens de contrôle sert de base à la revendication de certains droits par l'évocation de l'application du principe d'égalité. Avoir un enfant au monde a toujours été « *un des grands paris de l'existence* »[170]. Ainsi, « *dans le domaine de la procréation comme dans d'autres, l'homme a cherché à aider la nature ou à y suppléer quand elle était défaillante* »[171]. D'où une maîtrise aussi bien négative que positive de la procréation[172].

47. La quête de la procréation. La procréation médicalement assistée, initialement prévue pour traiter l'infertilité et la stérilité du couple marié peut ainsi être revendiquée par les couples non mariés, les couples de même sexe et même par les personnes vivant seules. Le couple homosexuel pourrait revendiquer le droit de se marier, le transsexuel aussi. Comme les couples fertiles, les couples stériles ou infertiles aussi cherchent les moyens de procréer. On voit ainsi naître les mécanismes qui permettent de satisfaire ces revendications comme les contrats de gestation pour autrui, les dons d'embryons et de cellules reproductrices avec le lot de difficultés qu'ils entraînent. Il s'agit des mécanismes

---

[168] M.-L. RENAUT, *Histoire du droit privé. Personnes et biens,* Paris, Ellipses, 2008, p. 131.
[169] C. LABRUSSE-RIOU, *Thèse préc*., p. 242.
[170] I. DASTUGUC, *La procréation artificielle, droit à l'enfant ou droits de l'enfant*, Thèse, Clermont I., 1987, p. 1.
[171] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille*, Paris, 2è éd., LGDJ, 1993, n° 892.
[172] La maîtrise négative de la procréation est le contrôle de la procréation grâce à la contraception et à l'avortement. Quant à la maîtrise positive, elle consiste à avoir recours à la procréation assistée ; voy. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 462.

de maîtrise positive de la procréation[173]. Les progrès de la médecine permettent également une maîtrise négative de la procréation en cas de refus de la procréation.

48. Le refus de la procréation. Au sujet de la venue d'enfant, la femme joue un rôle important en gardant le fœtus en son sein et en lui donnant naissance par l'accouchement. Il peut toutefois y avoir des cas dans lesquels l'enfant à naître ou l'enfant né ne soit pas un enfant voulu par ses géniteurs. Les charges de l'enfant dans ce cas pèsent en général sur un seul des parents, en l'occurrence la mère qui voit établir la filiation de l'enfant à son égard de façon automatique. On convient donc qu' « *en cas de survenance d'un enfant non voulu, l'inégalité naturelle entre l'homme et la femme entraîne une disparité de leurs situations respectives : le géniteur en effet peut échapper aisément à ses responsabilités* »[174]. C'est pourquoi l'évolution législative doit tendre à compenser cette situation de fait. On devrait éviter de faire peser sur la génitrice toutes les responsabilités de l'enfant dès lors qu'il peut exister des mécanismes pour y parvenir. La maîtrise négative de la procréation se manifeste en occurrence par l'interruption volontaire de grossesse et par l'accouchement sous X en cas de défaillance des méthodes contraceptives[175]. L'étude de l'égalité dans le droit béninois de la famille va aussi s'étendre sur ces nouvelles revendications.

49. Les domaines de l'étude dans le droit de la famille. L'efficience de toute analyse tient compte de la détermination de son champ d'étude. Le choix est fait de circonscrire étroitement le champ de l'étude en n'y faisant entrer que ce qui concerne véritablement le principe d'égalité en droit de la famille au Bénin. Cette solution s'impose en raison de la dimension considérable du principe d'égalité qui constitue en effet l'exemple d'une notion au carrefour de plusieurs disciplines puisqu'elle revêt un intérêt majeur aussi bien en droit social, en droit fiscal, en droit du travail, ou en droit pénal. Dès lors, il est évidemment impossible de tenir compte de tous ces aspects même si, lorsque cela paraît vraiment nécessaire, les incursions seront faites dans ces matières. Il est donc préférable de renvoyer sur ces différentes questions aux travaux spécifiques les concernant. Pour autant, il n'est pas non plus possible d'écarter complètement les aspects du droit comparé sans lesquels l'analyse perdrait tout son intérêt scientifique.

Le choix a été fait d'opter pour une voie médiane en choisissant de faire référence aux solutions du droit comparé, non pas de manière systématique, mais seulement lorsqu'il

---

[173] Voy. *infra* n^{os} 599 et s.
[174] F. DREIFUSS-NETTER, « L'accouchement sous X », in *Droit des personnes et de la famille – Mélanges à la mémoire de Danièle* HUET-WEILLER, Paris, LGDJ, 1994, p. 105.
[175] Voy. *infra* n^{os} 679 et s.

est apparu véritablement fructueux de le faire. De même, il est difficile en écrivant sur la question de l'égalité de prendre en compte l'ensemble des secteurs du droit de la famille, d'où les incapacités et la tutelle seront écartées de l'étude. L'examen de l'égalité dans le droit de la famille englobe alors non seulement les relations au sein des couples mariés que celles des couples non mariés mais aussi les relations inter-couples. Il s'agit en effet de rechercher l'intégration et l'application de l'égalité entre les membres de la famille respectant non seulement l'éthique et les bonnes mœurs mais aussi l'espace et le temps. Elle sera envisagée entre enfants[176], entre parents au sein de la famille et entre familles. Cependant, l'égalité entre enfants est presque réalisée dans le droit béninois de la famille et la tendance sera d'examiner plus largement les autres points d'inégalité. L'analyse prendra en compte aussi bien les relations patrimoniales qu'extrapatrimoniales.

L'examen de l'égalité dans le droit de la famille demeure une question importante en raison de son actualité qui justifie la nécessité de la présente recherche.

IV. LA NÉCESSITÉ DE LA RECHERCHE

50. Des pays les plus développés aux plus pauvres, l'égalité en droit de la famille demeure une quête[177] et il existe ainsi plusieurs textes juridiques qui la reconnaissent. Toute la nécessité de la recherche se rattache à son actualité et à son intérêt dans la mesure où les prescriptions de ceux-ci confortent la lecture du principe d'égalité faite par le juge constitutionnel béninois.

---

[176] Au milieu des nouveaux développements de l'égalité en droit de la famille, la question que l'on peut se poser est celle de savoir si l'enfant a les mêmes droits et les mêmes obligations que les autres membres de la famille. Á s'en tenir à la grande dimension du principe d'égalité et en considérant qu'aucune situation ne doive constituer un motif de discrimination, l'on est en droit de s'attendre à ce que les enfants soient considérés comme toute personne humaine et la minorité ne devrait pas empêcher l'application du principe. Cependant, en raison de la protection qu'il est réservée à l'enfant (art. 26 al. 3 de la Constitution), ses droits sont limités dans le droit de la famille. D'ailleurs, il faut remarquer que l'âge ne figure pas parmi les critères d'inégalité expressément visés. Les enfants ont un statut particulier et peuvent alors être soumis à un droit différent de celui de leurs parents sans qu'on ne puisse parler de discrimination puisqu'ils sont appelés à vivre sous l'autorité parentale. Et même au-delà de leur majorité ils doivent respect et honneur à leur père et mère (art. 405 du CPF). En revanche, la naissance, l'origine et le sexe font partie des critères énumérés et ainsi, toute différence de droits entre les enfants basée sur ces critères porte atteinte au principe d'égalité.

[177] Pour preuve, c'est en janvier 2013 que le débat sur l'égalité en droit de la famille a poussé le parlement français a voté la loi sur le « mariage pour tous » consacrant le mariage homosexuel.

A. L'actualité de la question de l'égalité en droit de la famille

51. L'entrée du principe d'égalité dans la Constitution. Il y a peu, on ne pouvait espérer l'entrée de l'égalité dans le droit de la famille. Considéré comme un simple principe de philosophie politique dépourvu de toute portée juridique, le principe d'égalité s'est peu à peu juridicisé. Mais bien qu'il apparaisse dans la plupart des textes internationaux ratifiés par le Bénin depuis les années 1960[178], ce n'est qu'en 1977 que la loi fondamentale béninoise l'a érigé en principe constitutionnel[179]. Par la suite, la loi nº 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin[180] a consacré également l'égalité en son article 26 en disposant que « *l'État assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale. L'homme et la femme sont égaux en droit. L'État protège la famille et particulièrement la mère et l'enfant. Il veille sur les handicapés et les personnes âgées* »[181]. L'égalité est ainsi avant tout un principe du droit public.

52. Un principe du droit public. On pourra aisément déduire de l'éclosion de l'égalité qu'il fut d'abord un principe admis en droit public[182] avant d'être transposé en droit civil et plus particulièrement en droit de la famille. L'égalité est ainsi entrée en droit civil par la « *verticalité* »[183] et conserve par conséquent des apparences de « *corps étranger* »[184]. C'est ainsi que malgré l'intégration de l'égalité dans la Constitution béninoise de 1990, il aura fallu une période relativement récente[185] pour qu'elle soit retenue comme une norme applicable dans le droit béninois de la famille[186].

53. L'entrée du principe d'égalité dans le droit de la famille. La loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille[187] énonce[188] non seulement le

---

[178] La République du Bénin a accédé à la souveraineté internationale le 1er août 1960.
[179] *Cf.* art. 124 de la loi fondamentale de la République Populaire du Bénin du 26 août 1977 promulguée par l'ordonnance n° 77-32 du 9 septembre 1977 et abrogée le 1er mars 1990.
[180] *Cf.* la loi nº 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin, publiée au *journal officiel de la République du Bénin*, 102è année, n° 1, 1er janv. 1991.
[181] *Cf.* l'art. 26 de la Constitution du Bénin.
[182] La reconnaissance de l'égalité de droit à la femme a commencé par les droits politiques que sont le droit de vote, le droit d'éligibilité…..Voy. J. FOYER, « Allocution d'ouverture du colloque », in *Archive de philosophie de droit*, t. 51, *L'égalité*, Paris, Dalloz, 2008, p. 3.
[183] Ph. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *Autour du droit civil (Écrits dispersées, Idées convergentes)*, Paris, Dalloz, 2005, p. 289.
[184] *Ibid*. N'est-ce pas pour montrer la difficulté d'application du principe d'égalité en droit de la famille que l'auteur parle de corps étranger ?
[185] Le Bénin s'est doté du Code des personnes et de la famille le 24 août 2004.
[186] C'est notamment en 2002 que le juge constitutionnel béninois a mis un accent particulier sur le principe d'égalité à travers la décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002.
[187] *Cf.* la loi n° 2002-07 portant Code des personnes et de la famille, votée par l'Assemblée Nationale le 14 juin 2004, publié au *journal officiel* du 1er décembre 2004.
[188] *Cf.* art. 1er al. 1er du CPF : « *toute personne humaine, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de religion, de langue, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation, est sujet de droit, de sa naissance à son décès* ».

principe d'égalité entre l'homme et la femme en son article 1er alinéa 1er mais il est également l'exemple même de la prise en compte de l'égalité dans l'élaboration de la loi[189]. En plus du Code des personnes et de la famille, il y a d'autres lois internes qui reconnaissent l'égalité entre l'homme et la femme[190].

54. La reconnaissance internationale du principe d'égalité. Des normes à portée générale ou normes à autorité atténuée[191] aux normes contraignantes, l'égalité se trouve au cœur de la normativité. La Déclaration universelle des droits de l'homme**,** adoptée et proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948 reconnaît en son article 7 l'égalité entre les personnes[192]. Il en est de même dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[193] en ses articles 3[194] et 26[195]. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes[196] reconnaît aussi l'égalité en droit de la famille. Ses articles 9[197] et 15[198] en

---

[189] *Cf.* la décision déc. DCC 02-144 du 23 décembre 2002.

[190] Il y a par exemple la loi n° 2011-26 portant prévention et répression des violences faites aux femmes, adoptée le 27 septembre 2011 qui dispose en son article 5 alinéa 1er que « *la lutte pour l'égalité entre les hommes et les femmes, constitue une priorité nationale* ». Son article 17 prévoit que « *l'État doit rendre effective la jouissance de leurs droits à l'intégrité physique et morale, à la liberté, à la sûreté ainsi qu'à l'égalité et à la non-discrimination pour des raisons de sexe* ». Cette consécration de l'égalité les lois internes est possible en raison d'un ensemble de facteur dont sa reconnaissance internationale.

[191] J. COMBACAU ET S. SUR, *Droit international public*, Paris, 11e éd., LGDJ, 2014, pp. 53 et s.

[192] *Cf.* art. 7 de la DUDH.

[193] Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976 conformément aux dispositions de l'article 49.

[194] *Cf.* art. 3 PIDCP : « *les États Parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte* »

[195] *Cf.* art. 26 du PIDCP : « *toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation* ».

[196] La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a été adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979, entrée en vigueur le 3 septembre 1981 conformément aux dispositions de l'article 27 (1).

[197] *Cf.* art. 9 de la CEDEF : « *1. Les États Parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité. Ils garantissent en particulier que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari.*

2. Les États Parties accordent à la femme des droits égaux à ceux de l'homme en ce qui concerne la nationalité de leurs enfants ».

[198] *Cf.* art. 15 de la CEDEF : « *1. Les États Parties reconnaissent à la femme l'égalité avec l'homme devant la loi. 2. Les États Parties reconnaissent à la femme, en matière civile, une capacité juridique identique à celle de l'homme et les mêmes possibilités pour exercer cette capacité. Ils lui reconnaissent en particulier des droits égaux en ce qui concerne la conclusion de contrats et l'administration des biens et leur accordent le même traitement à tous les stades de la procédure judiciaire. 3. Les États Parties conviennent que tout contrat et tout autre instrument privé, de quelque type que ce soit, ayant un effet juridique visant à limiter la capacité juridique de la femme doivent être considérés comme nuls. 4. Les États Parties reconnaissent à l'homme et à la femme les mêmes droits en ce qui concerne la législation relative au droit des personnes à circuler librement et à choisir leur résidence et leur domicile* ».

font expressément mention. La Convention relative aux droits de l'enfant[199] fait également allusion à l'égalité en son article 2[200].

55. Au plan régional africain. La consécration de l'égalité à divers niveaux, universel ou régional ne s'excluent pas et d'ailleurs ces textes ne font parfois que reprendre les dispositions d'autres textes afin d'en assurer une protection plus efficace[201]. La reconnaissance d'une règle par un texte n'empêche donc pas un autre texte de la consacrer. Divers instruments juridiques régionaux consacre l'égalité considérée comme faisant partie du « *socle ontologique* »[202] des droits fondamentaux de la personne humaine. L'article 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples[203] fait référence à l'égalité. Il stipule que « *1. Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi. 2. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi* »[204]. On peut aussi citer le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes[205] notamment en son article 6[206]. Il en est également ainsi de la Charte africaine

---

[199] Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, conformément aux dispositions de l'article 49.

[200] *Cf.* art. 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant : « *1. Les États Parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation. 2. Les États Parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille* ».

[201] On peut observer que l'article 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples n'est qu'une réécriture de l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'homme amputée de sa partie qui énonce le droit de tous « *à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination* » ; voy. M. KAMTO, « Introduction générale », in M. Kamto, (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, commentaire article par article*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2011, p. 5.

[202] M. KAMTO, « Commentaire du préambule de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in M. Kamto, (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 71.

[203] La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été adoptée par la 18è Conférence des chefs d'État et de gouvernement le 27 juin 1981 à Naïrobi (Kenya), (OUA, Doc CAB/LEG/67/3, ILM, 5.21, 58, 1982), entrée en vigueur le 21 octobre 1986, ratifiée par le Bénin le 20 janvier 1986.

[204] *Cf.* art. 3 de la ChADHP ; Voy. A. ONDUA, « Commentaire de l'article 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in M. Kamto (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 132-139.

[205] Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes a été adopté par la 2ème session ordinaire de la Conférence de l'Union à Maputo le 11 juillet 2003, entré en vigueur le 25 novembre 2005, signé par le 11/02/2004 et ratifié le 30/09/2005.

[206] *Cf.* art. 6 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes : « *les États veillent à ce que l'homme et la femme jouissent de droits égaux et soient considérés comme des partenaires égaux dans le mariage. Á cet égard, les États adoptent les mesures législatives appropriées pour garantir que :*

des droits et du bien-être de l'enfant[207] qui, au titre de la protection de la famille, prône l'égalité en son article 18[208]. Ce regain d'intérêt pour l'égalité en droit se manifeste aussi dans la jurisprudence internationale.

56. L'égalité dans la jurisprudence internationale. On peut regretter pour le moment le fait que la Cour africaine des droits de l'homme n'ait pas encore une jurisprudence assez fournie sur la question d'égalité afin que l'on puisse étudier le principe fixé. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) fait évoluer de manière remarquable la notion d'égalité. Elle développe en effet une jurisprudence abondante. Cependant, et plus souvent, au lieu d'évoquer l'article 5[209] du protocole n° 7 du 22 novembre 1984, la Cour européenne des droits de l'homme fait référence aux articles 8[210] et 14[211] de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – dite Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) – de manière combinée. Ce choix de la Cour peut se justifier en raison de la matière des requêtes et notamment du fait que la vie familiale visée par l'article 8 de la Convention européenne de

---

a) aucun mariage n'est conclu sans le plein et libre consentement des deux ; b) l'âge minimum de mariage pour la fille est de 18 ans ; c) la monogamie est encouragée comme forme préférée du mariage. Les droits de la femme dans le mariage et au sein de la famille y compris dans des relations conjugales polygamiques sont défendus et préservés ; d) tout mariage, pour être reconnu légalement, doit être conclu par écrit et enregistré conformément à la législation nationale. ; e) les deux époux choisissent, d'un commun accord, leur régime matrimonial et leur lieu de résidence ; 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 ; g) la femme mariée a le droit de conserver sa nationalité et d'acquérir la nationalité de son mari ; h) la femme a le même droit que l'homme en ce qui concerne la nationalité de leurs enfants sous réserve des dispositions contraires dans les législations nationales et des exigences de sécurité nationale; i) la femme et l'homme contribueront conjointement à la sauvegarde des intérêts de la famille, à la protection et à l'éducation de leurs enfants ; j) pendant la durée du mariage, la femme a le droit d'acquérir des biens propres, de les administrer et de les gérer librement ».

[207] La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant a été adoptée par la 26ème Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'OUA à Addis-Abeba (Éthiopie) en juillet 1990, elle est entrée en vigueur le 29 Novembre 1999. Elle est signée la République du Bénin le 27 février 1992 et ratifiée le 17 avril 1997.

[208] *Cf.* art. 18 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant : « *1. La famille est la cellule de base naturelle de la société. Elle doit être protégée et soutenue par l'État pour son installation et son développement. 2. Les États à la présente Charte prennent des mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux à l'égard des enfants durant le mariage et pendant sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions sont prises pour assurer la protection des enfants ;*
3. Aucun enfant ne peut être privé de son entretien en raison du statut marital de ses parents ».

[209] *Cf.* art. 5 du Protocole n° 7 de la CEDH : « *Les époux jouissent de l'égalité de droits, et de responsabilité, de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* ».

[210] *Cf.* art. 8 de la CEDH : « *Droit au respect de la vie privée et familiale.*
1/ Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
2/ Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

[211] *Cf.* art. 14 de la CEDH : « *Interdiction de discrimination. La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dépasse le cadre strict de la famille fondée sur le mariage.

57. Le principe retenu par la Cour européenne des droits de l'homme. Parmi les décisions rendues par la Cour sur la base des articles 8 et 14 combinés de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il serait intéressant d'en étudier au moins deux, afin de dégager le principe retenu par la haute juridiction. Dans les arrêts *Mazurek c. France*[212] du 1er février 2000 et *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*[213] du 28 mai 1985, la Cour européenne des droits de l'homme a eu, une fois de plus, l'occasion d'appliquer les articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tout en précisant le sens de l'égalité. La Cour dégage le principe selon lequel, au regard de l'article 14 de la Convention, une distinction est discriminatoire si elle manque de justification objective et raisonnable[214].

Cette actualité bien riche du principe d'égalité dans le droit de la famille justifie l'intérêt de cette recherche.

---

[212] Le requérant, M. Claude MAZUREK a été assigné devant le tribunal de grande instance de Nîmes par son demi-frère, Alain MAZUREK, pour demander que soit ordonné le partage de la succession par notaire à la suite du décès de leur mère. Il recherche qu'il soit jugé que Claude, enfant adultérin, ne pouvait prétendre qu'à un quart de la succession conformément à l'article 760 du Code civil. M. Claude a accepté la désignation du notaire pour liquider la succession, mais soutient cependant que l'article 760 est incompatible avec les dispositions de l'article 8 et 14 de la Convention. Non satisfait après avoir épuisé les voies de recours interne, M. Claude saisit la Cour EDH qui a condamné la France. Sur l'article 760 du C. civ., voy. J. MASSIP, G. MORIN et J.-L. AUBERT, *La réforme de la filiation, commentaire de la loi n° 72-3 de janvier 1972*, Paris, Defrénois, 1976 ; V.M. NICOD, « La vocation successorale de l'enfant adultérin », *LPA*, 2002, n° 195, p. 29 ; R. SAVATIER, « Le projet de loi sur la filiation, mystique ou réalisme ? », *JCP* 1971, I, 2400 ; A. Seriaux, « L'égalité des filiations depuis la loi du 3 janvier 1972 », in *Mélanges offerts à Alain Colomber,* Paris, Litec, 1993, p. 437 ; J. CARBONNIER, « La naissance et la grâce. Á propos du projet de loi sur la filiation », *D*. 1971, chron. p. 32 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Réflexions sur la réforme attendue de la filiation », in *Mélanges offerts à Alain Colomber*, Paris, Litec, 1993, p. 408 ; M. MAYMON-GOUTALOY, « De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme », *D*. 1985, chron. pp. 213 et s.

[213] Les requérantes contestent devant la Cour EDH les règles anglaises de l'époque qui permettaient plus aisément à un homme installé au Royaume-Uni qu'à une femme dans la même situation, d'obtenir pour le compte de son conjoint non national, l'autorisation d'entrer ou de rester dans le pays ; J.-M. LARRALDE, « L'égalité des sexes », in A. Batteur*, Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2012, n°s 372 et 373 ; F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, Paris, L'Harmattan, 2000, n° 268.

[214] *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985 ; F. SUDRE, « Commentaire sous l'article 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in M. Kamto (dir.*), La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 123 ; J.-M. LARRALDE, *art. préc.*, p. 336 ; G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Économica, 1989, pp. 539 et s ; *Defrénois*, 2000, art. n° 37179, n° 29, p. 654, obs. J. MASSIP ; *Dr. fam*. 2000, n° 2, p. 20, obs. B. de Lamy ; *JCP G*, 2000, II. 10286, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *D*. 2000. 157 et 322, note J. Thierry ; *LPA* n° 93, 10 mai 2000, p. 11, note S. Hocquet-Berg ; *Droit et Patrimoine*, n° 82, mai 2000, p. 56, note Ph. Stoffel Munck ; obs. P. Rolland, *JDI* 1986, p. 1084.

B. Les intérêts de l'étude

58. L'intérêt théorique. L'intérêt de cette recherche découle de la place qu'occupe l'égalité dans le système des normes juridiques et des valeurs politiques, de la fréquence de son rôle dans le contentieux constitutionnel, des problèmes cuisants et actuels qu'elle sous-tend et dont notamment ceux des revendications en droit de la famille. Depuis quelques années, le juge constitutionnel tend à rejeter les prévisions du législateur en raison du mauvais angle d'analyse du principe d'égalité. Cette étude permettra donc de rappeler au législateur ses limites d'appréciation de l'égalité lors de l'élaboration des lois. Les modalités du contrôle juridictionnel du principe d'égalité sont désormais bien balisées, ce qui est plutôt heureux, en termes de prévisibilité des décisions de la Cour constitutionnelle. L'étude du principe d'égalité participe donc de l'effort tendant à accroître la sécurité juridique qui est l'une des conditions premières de la réalisation d'un véritable État de droit. Le monde s'universalise et il faut alors prévoir les conflits de droit international privé et limiter les facteurs de fraudes et de détournement des lois. Il faut un droit de la famille qui prenne en compte les exigences de la société, qui s'adapte vraiment aux exigences contemporaines sans toutefois heurter l'éthique et les bonnes mœurs. Une démarche vraiment scientifique exigerait alors qu'on échafaude une théorie de l'égalité adaptée à la conception actuelle de la famille[215]. La quête quotidienne de la démocratie pourra se voir insuffler un nouveau dynamisme.

59. L'intérêt pratique. Les praticiens du droit auront à travers cette étude une compréhension plus nette du principe d'égalité afin que l'égalité reconnue en droit s'applique effectivement et sans préjugé, ceci conduira certainement à l'effectivité de l'application du principe d'égalité en droit de la famille. La connaissance du vrai sens du principe d'égalité permettra également à chaque citoyen béninois de connaître les limites de ses droits car l'égalité est la moralisatrice de la liberté. Cette étude aura donc atteint son objectif si, à son terme, le principe constitutionnel d'égalité apparaît aux yeux de tous – les lecteurs, les praticiens du droit et le législateur – ne serait-ce qu'un peu plus simple et moins contestable dans le droit de la famille.

---

[215] Ph. JESTAZ, « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », in *La personne humaine, sujet de droit : quatrième journée René SAVATIER*, Poitiers, 25 et 26 mars 1993, Paris, PUF, 1994, p. 255.

V. PROBLÉMATIQUE

60. La question de recherche. Il existe des questions qui touchent à l'essence même de l'être humain. Chacun de nous, quel que soit son âge se sent concerné. Ces questions se reconnaissent en général en raison de la permanence de leur problématique. L'égalité est et demeure, pour la plupart des individus et des groupes, une quête.

La question de l'égalité se pose par ailleurs dans tous les États, des plus riches aux moins avancés comme le Bénin. De nombreuses actions sont entreprises, à des niveaux divers, et avec une efficacité relative pour lutter contre les inégalités. À cet effet, des recours, nombreux, y relatifs portés devant le juge constitutionnel en sont la preuve. Au Bénin, la question de l'égalité reste évidemment d'actualité et le droit de la famille est l'un des domaines dans lesquels la préoccupation est particulièrement grande. Le droit béninois de la famille connaît en conséquence une certaine évolution. En effet, ces évolutions qui touchent le droit béninois de la famille en raison du principe d'égalité conduisent à rechercher son impact réel sur ce droit et à en présager l'avenir. On se pose alors la question suivante : *quel est et quel sera le droit béninois de la famille sous l'effet de la prise en compte croissante du principe d'égalité ?* Il est évident que la recherche d'un dénouement à cette question conduira évidemment aux réponses apportées à un ensemble de questions qui y sont dérivées. Le principe d'égalité a-t-il une connotation positive en droit béninois de la famille ? Devrait-on prendre en compte le temps pour légiférer ? Quelle est la place des progrès scientifiques dans le droit positif ? Comment parvenir à un droit de la famille adapté aux aspirations de l'égalité de l'époque contemporaine ? En somme, l'étude de l'égalité en droit de la famille tend à l'examen de la constitutionnalité du droit de la famille ou à la constitutionnalisation du droit de la famille au regard du principe d'égalité.

61. Le but de la recherche. Le but poursuivi dans cette recherche est essentiellement de faire progresser la réflexion sur le principe d'égalité afin d'atteindre son effectivité et de parvenir ainsi à l'élimination de toutes les formes de discriminations, que ce soit à l'égard des femmes que des hommes. Il ne s'agit pas d'une étude qui cherche à recadrer l'influence du principe d'égalité en se détournant du sens qu'en donne le juge constitutionnel[216]. Les droits de la personne s'universalisent[217] et il sera opportun de tourner le droit de la famille vers le bonheur de ses membres car le bonheur est aussi la

---

[216] C. AGOSSOU, *Liberté et égalité en droit de la famille dans les États francophones d'Afrique de l'Ouest : Approche comparative entre le Bénin, le Burkina-Faso, le Sénégal et le Togo*, Thèse, Abomey-Calavi, 2012.
[217] Ph. GÉRARD, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 2007.

finalité du droit[218]. Il est alors indispensable de relever les acquis du droit applicable en matière d'intégration du principe d'égalité et d'entrevoir l'impact du temps sur la nouvelle tendance du droit de la famille en ayant comme valeur l'épanouissement de chaque membre de la famille individuellement et collectivement. Il ne s'agit donc pas d'une obstination à rejeter systématiquement les traditions au point de faire le « *requiem pour le droit de la famille* »[219]. Pour atteindre le but fixé, il convient d'exposer la démarche à suivre.

VI. LA DÉMARCHE À SUIVRE

62. Les méthodes de la recherche. En raison de sa nature quelque peu complexe, la présente étude combinera plusieurs méthodes, notamment celles consistant à synthétiser voire combiner plusieurs approches. Ainsi, pour mieux appréhender la problématique de l'égalité en droit béninois de la famille, la méthode adoptée dans cette étude a consisté, dans un premier temps, à faire de la compilation de la documentation et des informations ; dans un second temps, à procéder à un travail de laboratoire qui a permis de traiter les documents et informations par l'analyse substantielle[220] et l'analyse formelle. Il a été fait recours aussi, entre autres, à la déduction, la dialectique et la comparaison. La référence aux solutions du droit comparé n'est pas faite de manière systématique, mais seulement lorsqu'il est apparu véritablement fructueux de le faire.

Lorsqu'il a été nécessaire dans la réflexion sur ce sujet, de faire référence à des domaines scientifiques autres que le droit, pour conforter les analyses, on n'a pas hésité. Il en est ainsi de la sociologie et de la biologie. L'égalité constitue en effet l'exemple d'une notion au carrefour de plusieurs disciplines.

La démarche d'analyse se veut aussi à la fois positive et prospective.

63. Justification et plan. Il est alors possible de suivre une démarche permettant d'examiner les rapports personnels au sein de la famille à la lumière du principe d'égalité et ceux patrimoniaux tout en analysant simultanément les avancées et les faiblesses du droit positif de la famille. Cette démarche est purement descriptive et n'offre pas une vue complète et évolutive des acquis et des attentes de la législation familiale.

---

[218] A. CISSÉ, « Introduction générale. Pour une approche plurale du droit africain », *préc.,* p. 7.
[219] R. DECOTTIGNIES, « *Requiem* pour la famille africaine », *Ann. afr*. 1965, p. 253.
[220] G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, p. 107 et s. ; P. REIS, « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », in L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN, (sous la coordination de), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 189-205

En revanche, on peut emprunter une double voie consistant à saisir le droit de la famille dans ses acquis, autrement dit, en montrant que l'égalité parfaite réalisée à un moment donné dans certains domaines du droit de la famille risque d'être remise en cause par le temps et les progrès scientifiques dont la prise en compte est indispensable pour établir une égalité à venir. Le présent édifie les analyses du futur et sur cette base, on examinera le présent du droit béninois de la famille sous le prisme du principe d'égalité (première partie) avant d'envisager son futur (seconde partie).

Il faut toutefois reconnaître que cette approche n'est pas dépourvue d'artifices puisque certains aspects du droit de la famille intéressant à la fois ses aspects présents et ceux futurs pourraient prêter à des redites. On choisira pourtant de s'en tenir à cette présentation qui a pour avantage de permettre la critique de la législation et d'offrir une perspective générale du droit de la famille. Elle permet de tenir compte de la manière dont les contemporains pensent les éléments déterminants qui façonnent la famille et met en exergue les frictions du droit et sa confrontation avec les faits. Elle permet aussi d'éluder les difficultés posées par chaque aspect des relations familiales afin d'en trouver des solutions. La recherche se fera en deux temps :

Partie I : Le droit béninois de la famille sous le prisme du principe d'égalité : *de lege lata*

Partie II : Le droit béninois de la famille sous le prisme du principe d'égalité : *de lege ferenda*.

PREMIÈRE PARTIE :

LE DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE SOUS LE PRISME DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ : *DE LEGE LATA*

« La décision législative est d'abord un choix de principe entre *statu quo* et réforme »[221]

64. Un bref rappel. L'actualité de l'égalité en droit béninois de la famille invite le chercheur à s'investir, avant tout, dans son passé afin de bien l'apprécier. Pendant toute la période coloniale et après les indépendances[222], il était quasiment intolérable de songer à l'égalité en droit de la famille[223]. Calqué sur le modèle français et sur les traditions[224], le droit de la famille marquait une nette démarcation entre les individus selon leur sexe, leur âge, leur origine et bien d'autres critères. La femme était toujours considérée comme le sexe faible[225], quel que soit son âge. Il aura fallu près d'une cinquantaine d'années après les indépendances et plus de deux décennies après l'ouverture à la démocratisation, pour voir apparaître les signes de l'égalité en droit de la famille au Bénin. Le législateur béninois s'est engagé dans la voie de l'unification du droit de la famille et de sa modernisation. L'idée force était de consacrer un droit de la famille qui convienne aux

---

[221] J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 1979, p. 243.

[222] Le Dahomey est proclamé République le 4 décembre 1958 et a accédé à la souveraineté nationale le 1er août 1960 ; voy. le Préambule de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

[223] H. MAZEAUD, « Une famille sans chef », *D.* 1951, Chron. p. 141 ; A.-M. BOURGEOIS, « La loi du 13 juillet 1965 et les séquelles du statut d'infériorité de la femme mariée », *RTD civ*. 1968, p. 69 ; C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », *Dr. fam*. 2003, Chron. n° 15 et n° 17 ; J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert,* t. 1, *études générales. Droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1950, p. 328 ; R. DECOTTIGNIES, « *Requiem* pour la famille africaine », *Ann. afr*. 1965, p. 251 ; P. GANNAGÉ, « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires », in *L'avenir du droit*, *Mélanges en hommage à François* Terré, Paris, Dalloz, 1999, p. 437 ; A. N. GBAGUIDI, « Égalité des époux, égalité des enfants et le projet de Code de la famille et des personnes », *RBSJA*, n° spécial oct. 1995, p. 3-24 ; J. POUSSON-PETIT, « La mutation des principes fondamentaux dans les droits des personnes et de la famille en Europe », in J. Krynen ET M. Hecquard-Théron (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. 1, 2005, pp. 35-83.

[224] A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., p. 27.

[225] R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, 2è éd., LGDJ, 1963, p. 82.

aspirations démocratiques du temps. Cependant, les objectifs fixés n'ont pas été atteints dans le Code des personnes et de la famille qui conserve des inégalités entre les époux.

65. Justification du plan. Afin d'examiner au mieux l'état actuel du droit béninois de la famille, deux approches sont possibles. On peut s'efforcer de balayer tout le droit de la famille avec le faisceau du principe d'égalité et analyser au fur et à mesure les avancées et les inégalités qui y demeurent. Ainsi, on aurait pu, d'une part, examiner les relations personnelles en droit de la famille et les inégalités qu'elles comportent et, d'autre part, les relations pécuniaires et les inégalités qui y persistent. Cette approche ne semble pas présenter beaucoup d'intérêt car elle amènerait, sans doute, à la description d'un état, celui du droit de la famille. Cependant, l'étude de l'actualité de l'égalité en droit béninois de la famille peut être intéressante si elle permet de grouper les points d'inégalité en droit de la famille en même temps que les raisons qui en sont à la source. Une telle approche permettrait en même temps de revisiter l'état du droit de la famille avant l'avènement du Code des personnes et de la famille. Il est assez naturellement tentant d'aller vers les nouveautés puisque le passé est déjà connu. Au demeurant, cette approche paraît avoir une portée limitée.

L'option est donc prise de rechercher les institutions du droit traditionnel qui sont pour l'essentiel le frein à l'égalité en droit de la famille et de montrer les avancées du droit. Ainsi, avant tout, la tradition sera examinée comme un frein à l'égalité en droit de la famille à travers la transposition de l'ancien régime du nom et de la nationalité, d'une part, et par l'étude de la dot, du délai de viduité[226] et du choix du domicile conjugal, d'autre part. Après viendra la recherche et l'examen d'un ensemble de régimes juridiques consacrant une large ouverture à l'égalité en droit béninois de la famille. C'est comme un schéma d'égalité parfaite en droit au sein de la famille. Cette dernière approche a pour mérite d'être dynamique et permet ainsi d'avoir une vue d'ensemble du présent du principe d'égalité en droit de la famille.

66. Plan. Cette démarche est celle que suivra cette recherche en montrant, dans un premier temps, que la tradition est un obstacle à l'égalité en droit de la famille (Titre I) et, dans un second temps, la loi comme ouverture à plus d'égalité en droit béninois de la famille (Titre II).

---

[226] Voy. *infra* n^os^ 107 et s.

TITRE I :
LA TRADITION COMME OBSTACLE Á L'ÉGALITÉ EN DROIT DE LA FAMILLE

67. L'élaboration d'un droit unique. Le Code béninois des personnes et de la famille a le mérite d'unifier le droit de la famille écartelé jadis entre le Coutumier juridique et le Code civil français rendu applicable au Bénin. Les normes qui régissaient la famille contraires à ses dispositions et les domaines jadis régis par la coutume et non repris ne sont plus applicables[227]. Cependant, on ne peut occulter la réalité que la coutume est également une source du droit[228]. Ainsi, certaines coutumes ont été reprises par le Code des personnes et de la famille de 2004.

68. Les coutumes transposées dans le nouveau droit. Le régime des éléments identifiants l'individu, à savoir le nom de la personne et la nationalité, sont calqués sur le modèle du droit coutumier[229]. Le délai de viduité et le choix du domicile conjugal sont également des institutions traditionnelles dont le régime était organisé par le Coutumier juridique et Code civil français rendu applicable au Bénin[230]. Ces coutumes sont maintenues dans le Code des personnes et de la famille du Bénin. Ce syncrétisme juridique constitue parfois un frein à l'égalité entre époux dans le couple.

69. Plan. L'étude du maintien de traditions inégalitaires quant aux éléments identifiant les personnes (chapitre II) suivra celle du maintien de traditions inégalitaires dans le mariage (chapitre I).

---

[227] *Cf.* art. 1029 et 1030 du CPF.

[228] Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit,* Paris, 5è éd., Defrénois, 2014, n° 376 ; J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 6, spéc. p. 18 ; G. CORNU, *Droit civil, introduction au droit*, Paris, 13è éd., Montchrestien, 2007, n° 82 ; F. ZÉNATI-CASTAING, « Le Code civil et la coutume », in *Libres propos sur les sources du droit* : *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 607.

[229] Même si on peut remettre en cause, avec certains auteurs, l'existence d'une coutume qui prévoit la transmission patrilinéaire du nom à l'enfant, il y a des siècles que les enfants portent, par priorité, le nom de leur père. Ainsi, le Doyen Carbonnier affirme que l'enfant légitime prend le nom de son père en vertu d'une coutume supposée, plutôt que légalisée par les textes ; voy. *Droit civil,* t. 1, n° 222. Alors que pour M. Menjucq, la coutume à laquelle se réfère la doctrine n'est qu'une coutume supplétive puisque, sous l'Ancien droit, l'enfant pouvait porter le nom de sa mère ; voy. J. MENJUCQ, *L'attribution du nom par filiation,* Thèse, Paris 2, t. 1, 1975, p. 187.

[230] *Cf.* art. 108 du C. civ. : « *La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari. Le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur ; le majeur interdit aura le sien chez son curateur* » ; art. 214 du C. civ : « *la femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état* ».

CHAPITRE I :

LE MAINTIEN DE TRADITIONS INÉGALITAIRES DANS LE MARIAGE AU BÉNIN

70. Un écart entre le droit de la famille et son esprit. L'esprit du nouveau droit de la famille est en somme de créer une famille nucléaire[231]. Or le Code des personnes et de la famille a repris certaines traditions qui sont des piliers de la famille dans sa conception large. Il y a ainsi un écart entre le droit tel qu'il est vécu – qui consacre la famille au sens large – et son esprit – qui prône la famille nucléaire –. Cette rupture observée dans le droit consacre une différence dans les droits et les obligations des époux ou futurs époux. Si la dot est en général versée par le futur époux ou sa famille à la famille de la future épouse, le délai de viduité est imposé seulement à la femme qui veut se remarier. Aussi constate-t-on que les coutumes consacrent la priorité du choix du domicile conjugal par l'époux.

71. Plan. Tout en cherchant des solutions pour pallier cet écart entre le Code des personnes et de la famille et son esprit, l'étude conduira à décrypter l'inégalité qui affecte les hommes dans le mariage (section 1) et à examiner celle que subissent les femmes dans le mariage (section 2).

[231] Voy. *supra,* n° 29.

SECTION 1 :
L'EXISTENCE D'UNE EXIGENCE UNILATÉRALE POUR L'HOMME

72. L'ancienneté de la problématique de la dot. La teneur de la dot est liée à ses origines. La dot est une pratique très ancienne[232]. Ses origines se perdent loin dans le passé et « *nul, même pas les légendes les plus adroitement constituées, ne peut en donner des indications dignes de foi* »[233]. Sa permanence dans le temps est révélatrice de l'importance que la société lui accorde et justifie la tendance à son maintien.

73. Une tendance au maintien de la dot. Contrairement à certains États de l'Afrique de l'Ouest où la dot a été purement et simplement supprimée[234] de leurs législations, le législateur béninois, à l'instar d'autres législateurs d'États africains,[235] semble adopter une attitude contraire. Le Code des personnes et de la famille du Bénin dispose en son article 142 que « *la dot a un caractère symbolique* »[236]. La brièveté de cette disposition est sujette à diverses interprétations sur le maintien de la dot dans le droit béninois de la famille. La question se pose alors de savoir si les époux peuvent se passer du versement de la dot alors même qu'elle a un caractère symbolique. La précision de la place de la dot dans le droit béninois de la famille permettra de se fixer sur son régime et de montrer que le droit moderne de la famille fait un retour implicite à la tradition.

74. Plan. L'institution de la dot en droit béninois de la famille sera donc examinée (§1) afin de préciser la place de la tradition dans le nouveau droit de la famille. On pourra en déduire la preuve d'un détournement de l'esprit du Code des personnes et de la famille (§2).

---

[232] J. BITOTA MUAMBA, *Thèse préc.,* p. 93.
[233] B. DJOBO, « La dot chez les Kotokoli de Sokodè », *Penant*, 1962, p. 33.
[234] La dot est notamment interdite en Côte d'Ivoire, au Burkina-Faso, au Gabon, en Centrafrique. En Côte d'Ivoire, l'art. 20 de la loi ivoirienne dispose ainsi : « *l'institution de la dot, qui consiste dans le versement au profit de la personne ayant autorité sur la future épouse, par le futur époux ou la personne ayant autorité sur lui, d'avantages matériels conditionnant la réalisation du mariage traditionnel, est immédiatement abolie* ». Au Burkina-Faso, l'art. 244 consacre la suppression de la dot. En effet, aux termes de cette disposition, « *le versement d'une dot soit en espèce, soit en nature, soit en prestation de service est illégal* ». Le Gabon a supprimé la dot par la loi n° 20-63 du 31 mai 1963 et le Centrafrique avec l'ordonnance n° 66-25 du 31 mars 1966 ; voy. N. OKOUMA, *La polygamie dans le Code civil gabonais de 1972*, Thèse, Montpellier I, 1981, p. 25.
[235] I. A. ANANI, « La dot dans le Code des personnes et de la famille au Bénin, Burkina-Faso, Côte d'Ivoire et Togo », in S. Lagoutte (dir.), *Les droits de la femme et de l'enfant. Réflexions africaines*, Paris, Karthala, 2011, p. 242.
[236] *Cf.* art. 142 du CPF.

§1. L'INSTITUTION DE LA DOT EN DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE

75. Le but de la dot. La dot peut être définie comme étant une somme d'argent ou tout bien donné par le mari (ou sa famille) et impliquant de sa part le ferme désir de contracter mariage en vue de créer et vivre dans les liens d'une affection mutuelle. Elle symbolise l'union d'un homme et d'une femme et de leur famille. La dot serait ainsi « *la valeur qu'il convient de remettre à la famille de la future épouse pour que le mariage soit valable* »[237]. Elle consacre donc non seulement le mariage mais va au-delà et crée un lien entre les deux familles.

76. Plan. La place qu'occupe la dot dans le droit béninois de la famille (A) renseigne davantage sur son régime (B).

A. La place de la dot dans le droit béninois

77. Plan. La place traditionnelle de la dot dans le droit de la famille (1) sera précisée avant celle actuelle (2).

1. La dot dans l'Ancien droit

78. Les formes de la dot. La dot existe sous des formes variées. Si en France, le régime dotal était un ensemble de biens destiné au couple visant surtout à suppléer à la défaillance du mari dans son obligation d'entretien du ménage[238], la dot en Afrique est en revanche un ensemble de biens, une prestation de service ou une somme d'argent[239]. Les biens consomptibles – biens qui se perdent par le premier usage qu'on en fait et qui sont en général des biens consommables – ou non-consomptibles d'une valeur particulière peuvent servir de dot. En tant que bien consomptible, la dot peut être constituée des produits alimentaires tels que l'huile, le poisson, les poulets, le sel, le sucre, les boissons, *etc*. Il peut aussi y avoir des biens consomptibles d'une importance particulière comme des colas et des épices[240]. La dot se constitue également des biens non-consomptibles comme des pagnes, des ustensiles de cuisine, des appareils électroménagers, des bœufs ou d'autres

---

[237] K. M'BAYE, « introduction », in K. M'Baye, (dir.), *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, études préparées à la requête de l'Unesco,* Paris, Larose, 1968, p. 17.
[238] *Cf*. art. 1540 du C. civ. de 1804 : « *la dot, sous ce régime comme sous celui du chapitre Il, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage* » ; P. RAYNAUD, *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, Paris, Sirey, 1934.
[239] A. HOUNGBÉDJI, *Le droit de la famille dans les coutumes du bas-Bénin*, Thèse, Paris, 1967, p. 180.
[240] I. A. ANANI, *art. préc*., p. 243 ; J. BITOTA MUAMBA, *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique*, Thèse, Toulouse, 2003, pp. 90-91 ; A. HOUNGBÉDJI, *Thèse préc.,* pp. 180-188.

animaux domestiques[241]. De même, l'effort physique qui consiste en général dans la participation aux travaux champêtres est une forme de dot par prestation de service[242]. La dot peut aussi être versée en somme d'argent et l'une des formes de la dot n'exclut pas l'autre dans la mesure où la dot peut être cumulativement constituée de prestation de service, de biens en nature et d'argent. La constitution de la dot au Sud du Bénin, par exemple, a été rapportée par M. Adrien Houngbédji[243]. La dot a un rôle important dans le droit traditionnel. Elle est à la fois la preuve du mariage, un élément de protection de la femme mariée, un sacrifice aux ancêtres et elle formalise l'accord des familles.

79. La dot comme preuve du mariage. Il est peut-être surprenant d'observer la persistance du versement de la dot malgré son interdiction formelle par la loi dans certains États. Il s'agit en l'occurrence de la Côte d'Ivoire[244] et du Gabon[245] où même des sanctions pénales n'ont pas pu empêcher la tradition de la dot. L'immense majorité des mariages dans ces pays s'accompagnent encore d'un versement de dot[246]. Très souvent, même des couples vivant en concubinage avec des enfants, recourent en général systématiquement au

---

[241] I. A. ANANI, *art. préc*., p. 243 ; L. V. THOMAS, « La parenté au Sénégal », in K. M'Baye, (dir.), *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, études préparées à la requête de l'Unesco,* Paris, Larose, 1968, p. 75 ; J. BITOTA MUAMBA, *Thèse préc.,* pp. 90-91.

[242] *Ibid.*

[243] A. HOUNGBÉDJI, *Thèse préc.,* pp. 181-182, selon lui « *chez les Goun, la dot était composée de deux parties. La première est "hanyigban" qui marque l'accord de la famille de la jeune fille à la demande formulée par celle du garçon et qui est versée juste après cet accord. Son montant ? Quatre petites jarres de vin de mil (lihan) et deux sacs de cauris, soit l'équivalent de 10 francs CFA (valeur en 1938). La seconde partie "Agbangbo" (grosse dot) versée la veille du départ de la jeune fille pour le domicile conjugal, se compose de cinq jarres de vin de mil, des noix de colas, une ceinture de toile "Adokin" symbolisant celle dont s'est servie la mère de la fille pour maintenir cette dernière au dos lorsqu'elle était bébé, quatre pagnes et cinq sacs de cauris équivalent au total à 25 francs CFA de l'époque* ». Cet exemple révèle ainsi qu'il y a des biens consomptibles et des biens non-consomptibles qui en font partie. De la même manière, il a été relaté que « *chez les fon d'Abomey, la "dot" était composée de trois partie : le "hongbokoué" payé à la naissance (ou au plus tard) versé en cauris représentant 17 centimes, le "Assikoué" composé d'un pagne, d'une mesure de maïs, et auxquels s'ajoute un nombre de cauris équivalent à 10 francs CFA ; le "Howé hennou ma gba" qui marque l'indissolubilité des liens qui rattachent la femme à ses ancêtres et à sa famille et qui est constitué d'un cabri ou d'un poulet, d'un récipient d'huile de palme et d'une somme de 1,50 francs CFA* ».

[244] Les articles 21 et 22 de la loi n° 64-381 du 7 octobre 1964 relative aux dispositions diverses applicables aux matières régies par les lois sur le mariage organisent la sanction de la dot. En effet, aux termes des dispositions de l'art. 21 : « *sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende double de la valeur des promesses agréées ou des choses reçues ou demandées, sans que ladite amende puisse être inférieure à 50 000 francs, quiconque aura, en violation des dispositions de l'article précédent, soit directement, soit par personne interposée, que le mariage ait eu lieu ou non : 1° Sollicité ou agréé des offres ou promesses de dot, sollicité ou reçu une dot ; 2° Usé d'offres ou de promesses de dot ou cédé à des sollicitations tendant au versement d'une dot* ». Quant à l'art. 22, il prévoit que « *sera puni des peines portées à l'article précédent, quiconque, agissant comme intermédiaire, aura participé à la réalisation des infractions prévues audit articles* ».

[245] En 1963, le versement de la dot a été interdit au Gabon. Malgré cette interdiction, sa pratique est toujours de mise, dans le mariage coutumier ; voy. N. OKOUMA, *La polygamie dans le Code civil gabonais de 1972*, Thèse, Montpellier I, 1981, p. 25.

[246] F. LAROCHE-GISSEROT, « L'échec du mariage occidental en Afrique francophone : l'exemple de la Côte d'Ivoire », *RTD comp.* 1999, p. 74 et s ; voy. aussi H. RAULIN, « Le droit des personnes et de la famille en Côte d'Ivoire », in K. M'Baye, (dir.), *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, études préparées à la requête de l'Unesco,* Paris, Larose, 1968, p. 231.

versement de la dot[247] lorsqu'ils décident de se marier. Il paraît que cette pratique perdure en raison du fait que la dot constitue une preuve du mariage[248]. La dot matérialise et assure la publicité du mariage[249]. La dot est au centre du mariage coutumier qui « *n'a de valeur et n'est prouvé que par l'institution de la dot* »[250]. Elle est aussi un élément de protection de la femme mariée

80. La dot, un élément de protection de la femme mariée. La dot serait un élément de protection de la femme et de consolidation de l'union conjugale[251]. Elle est une garantie que l'union ne sera pas dissoute à la légère, sur un mouvement d'humeur[252]. Elle a ainsi un rôle de stabilité[253]. La dot a aussi un caractère sacré[254]

81. La dot, un sacrifice. La dot est aussi « *une offrande aux dieux du clan, auquel est enlevée une génitrice* »[255]. Elle paraît être le seul moyen par lequel les futurs époux reçoivent l'onction des deux familles avec les sacrifices aux ancêtres. Elle permet ainsi de créer une alliance entre deux familles[256]. Le mariage coutumier accorde ainsi un intérêt particulier au consentement des familles.

82. La formalisation du mariage par le consentement de la famille. Le mariage coutumier est conclu avec l'accord des familles[257]. En réalité, la famille du futur époux accepte la future épouse en son sein et matérialise l'union en donnant son consentement pour le mariage dont le signe est d'aller vers la famille de celle-ci pour demander en mariage la future épouse. En acceptant la dot, la famille de la future épouse donne son consentement au mariage. La dot marque donc l'échange de consentement entre les familles au sujet du mariage. En plus, en droit traditionnel, le mariage est une affaire de famille et non de personne. Ce sont les familles que le mariage unit. C'est ainsi qu'une femme mariée est si liée à la famille de son mari et même au décès de ce dernier, elle devra rester au sein de sa famille et pourra mener une nouvelle vie conjugale avec une autre

---

[247] E. ABITOL « La famille conjugal et le nouveau droit de la famille en Côte d'Ivoire », *Journal of African Law*, vol.10, n° 3, 1966, p. 152.
[248] K. M'BAYE, *art préc.,* p. 18 ; voy. également C. BOUNANG MFOUNGUE, *Le mariage africain, entre tradition et modernité. Étude socio-anthropologique du couple et du mariage dans la culture gabonaise*, Thèse, Montpellier III, 2012, p. 144 ; A. HOUNGBÉDJI, *Thèse préc.,* p. 183.
[249] A. HOUNGBÉDJI, *op. cit.,* p. 183.
[250] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 211.
[251] G. ARRIGHI, « Le droit de la famille au Sénégal », in K. M'Baye, (dir.), *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, études préparées à la requête de l'Unesco,* Paris, Larose, 1968, p. 105.
[252] *Ibid*.
[253] K. M'BAYE, *art. préc.,* p. 17.
[254] A. HOUNGBÉDJI, *Thèse préc.,* p. 182.
[255] G. ARRIGHI, *art. préc.,* p. 105.
[256] A. G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974, p. 256 ; R. DECOTTIGNIES, « *Requiem* pour la famille africaine », *Ann. afr*. 1965, p. 260 ; A. HOUNGBÉDJI, *Thèse préc*., p. 181.
[257] A. HOUNGBEDJI, *op. cit.,* p. 293 ; A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 216.

personne de cette famille. La problématique du lévirat[258] se résumait en ces termes. C'est ainsi aussi que les époux pouvaient ne pas se connaître avant le jour du mariage. Le consentement des familles formalisait donc le mariage[259]. Le mariage moderne paraît avoir d'autres fondements.

2. La dot dans le nouveau droit

83. L'interprétation du caractère symbolique de la dot. Aux termes des dispositions de l'article 142 du Code des personnes et de la famille, « *la dot a un caractère symbolique* »[260]. L'appréciation de la place de la dot dans ce droit dépend de l'interprétation donnée à son caractère symbolique. Il est constaté que certains auteurs béninois réfutent l'idée du maintien de la dot dans le droit béninois de la famille en assimilant le symbolique au facultatif[261]. Ce point de vue paraît ne pas correspondre à la signification réelle des dispositions de l'article 142 du Code des personnes et de la famille. Il convient, pour étayer cette analyse, de s'intéresser à la sémantique de l'adjectif « *symbolique* ». D'après le dictionnaire le Petit Robert, symbolique signifie « *qui, tout en étant réel, n'a pas d'efficacité ou de valeur en soi, mais en tant que signe d'autre chose* »[262]. Ce qui est symbolique est donc réel. Le caractère symbolique de la dot ne peut jouer en faveur de sa suppression mais il influence plutôt sa consistance. En aucun cas, l'adjectif symbolique ne saurait être synonyme de « *facultatif* » qui signifie selon le même dictionnaire « *qu'on peut faire, employer, observer ou non* »[263]. Cette clarification faite, on peut dire que la dot est maintenue dans le droit béninois de la famille même si sa consistance n'est pas précisée.

84. Le *quantum* de la dot indéfini. Le caractère symbolique de la dot conduit à la détermination de son *quantum*. En consacrant la dot comme étant une condition du mariage, certains législateurs ont aussi fixé son montant. C'est notamment le cas au Togo où l'article 56 de la loi n° 2012-014 du 6 juillet 2012 portant Code des personnes et de la famille du Togo dispose que « *la dot a le caractère de symbole. Elle peut être payée en*

---

[258] Voy. *infra* n° 418.
[259] A. G. KOUASSIGAN, *op.* et *loc. cit*.
[260] *Cf*. art. 142 du CPF.
[261] E. GNANVO-YEDEDJI, « Le mariage nouveau est-il arrivé ? », in *La personne, la famille et le droit en République du Bénin, Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille*, Cotonou, éd. Juris Ouanilo, 2007, p. 75 ; J. DJOGBÉNOU, « Les personnes et la famille en République du Bénin : de la réalité sociale à l'actualité juridique », in *La personne, la famille et le droit en République du Bénin, Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille*, Cotonou, éd. Juris Ouanilo, 2007, p. 21. En écrivant que le caractère symbolique attaché à la dot est l'expression de l'égalité entre futur époux, l'auteur oriente vers le caractère facultatif de la dot puisque la dot est obligatoire et doit être versée par le futur époux.
[262] *Cf*. le *dictionnaire le Petit Robert de la langue Française*, 2015, voy. « Symbolique ».
[263] *Cf*. le *dictionnaire le Petit Robert de la langue Française*, 2015, voy. « Facultatif ».

nature ou en espèce ou sous les deux (02) formes. Son montant ne peut excéder la somme de dix mille (10 000) francs »[264]. C'est également le cas au Mali où la loi dispose que « *la dot est obligatoire et a un caractère symbolique. Elle ne peut en aucun cas excéder la somme de 15 000 francs. Elle ne peut donner lieu à restitution qu'en cas de non consommation du mariage du fait de l'épouse* »[265]. On remarque ainsi, qu'en plus de maintenir le caractère symbolique de la dot, ces États ont fixé la dot dans son *quantum*.

85. La libre détermination du *quantum* de la dot résultant de son caractère symbolique. La dot est versée suivant les coutumes de la femme[266]. La composition de la dot dépend des exigences de la famille de l'épouse ou de plus en plus des exigences de la future épouse dissimulées sous celles de sa famille. Elle peut aussi dépendre de la capacité financière du futur époux ou de sa famille. Ainsi, les chiffres « *varient d'une famille à une autre selon le standing et dans les milieux les plus pauvres, ils se réduisent à la fourniture de l'huile et du poulet qui sont sacrifiés à l'hôtel des ancêtres* »[267]. La consistance de la dot peut être si infirme qu'on peut penser à son inexistence au cas où la famille de l'épouse n'exige presque rien et se limite au rituel des divinités ou au cas où le futur époux se limite à verser un strict minimum ou offre un cadeau comme des colas. C'est d'ailleurs un cas de signe d'amitié de la famille de la future épouse au futur époux qu'a relaté M. Adrien Houngbédji, la famille de la future épouse pouvant dans ce sens, « *dispenser de toute autre fourniture que celle destinée aux ancêtres défunts* »[268].

En revanche, la dot peut être très élevée et devenir une source d'appauvrissement du futur époux au profit de la famille de la future épouse. Cette *« commercialisation de la dot* »[269] est introduite au Bénin avec la colonisation. La dot, avec toutes les spéculations[270] qu'elle engendre n'est plus, dans ces cas, un « *moyen d'expression et symbole de l'engagement au mariage* »[271]. Elle devient un « *ensemble d'avantages matériels procurés aux parents de l'épouse* »[272].

Le caractère symbolique de la dot impacte sur sa consistance par le refus d'en fixer les bornes ; un maximum et un minimum. Le législateur béninois semble laisser libre choix aux futurs époux qui sont conviés à verser la dot selon leurs capacités. Cette position

---

[264] *Cf.* article 26 du CPF du Togo.
[265] *Cf.* art. 288 de la loi n° 2011-087 du 30 décembre 2011 portant Code des personnes et de la famille du Mali.
[266] A. HOUNGBÉDJI, *Le droit de la famille dans les coutumes du bas-Bénin*, Thèse, Paris, 1967, p. 182.
[267] A. HOUNGBÉDJI, *Thèse préc*., p. 182
[268] *Ibid.*
[269] A. HOUNGBÉDJI, *Thèse préc.,* p. 183.
[270] K. M'BAYE, *art. préc.,* p. 19 ; voy. aussi A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 256.
[271] A. G. KOUASSIGAN, *op.* et *loc. cit*.
[272] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 260.

rejoint exactement les coutumes qui ne fixaient pas rigoureusement le montant de la dot puisque la dot « *n'avait qu'une valeur infirme et symbolique* » [273]. Au demeurant, cette option ne signifie pas que la dot a un caractère facultatif car des conséquences juridiques s'y attachent au Bénin.

A. Le régime juridique de la dot

86. Plan. La dot est une obligation du mariage. Mais, elle a une certaine particularité notamment en ce qui concerne son débiteur. Le versement de la dot constitue une condition de mariage que le futur époux doit respecter et dont la violation est sanctionnée par la loi. Elle constitue ainsi une obligation unilatérale du mariage (1) dont la violation peut entraîner des sanctions du mariage (2).

1. Une obligation unilatérale du mariage

87. La détermination du débiteur de la dot à travers la législation des États qui l'ont maintenue. La détermination du débiteur et du créancier de la dot pourra se faire par une analyse comparative. Les époux et leurs familles sont en jeu dans un premier point de vue. Au Togo, État voisin du Bénin, son Code des personnes et de la famille prévoit que « *la dot est payée aux père et mère de la future épouse ; à leur défaut, à la personne qui a autorité sur elle. En cas de dissentiment des père et mère, ce partage emporte acceptation* »[274]. On peut, par déduction, identifier le créancier et le débiteur du paiement de la dot. Le législateur togolais a ainsi prévu le versement de la dot aux parents de la future épouse. Sans mentionner expressément le débiteur de la dot, on peut, en se fixant sur les personnes habilitées à la recevoir, déterminer celles sur qui pèse cette obligation. Logiquement, on peut déduire que la dette de la dot pèse sur le futur époux ou sur sa famille. Le législateur malien du Code des personnes et de la famille est donc allé dans le même sens lorsqu'il a prévu le remboursement de la dot en cas de non consommation du mariage du fait de l'épouse[275]. La restitution d'une chose suppose que la chose ait été remise. On peut donc déduire de cette disposition que la dot est versée par le futur époux. On peut également interroger la législation des États qui l'ont purement et simplement supprimé.

---

[273] A. HOUNGBEDJI, *Thèse préc.,* p. 183.
[274] *Cf.* art. 57 du Code des personnes et de la famille du Togo.
[275] *Cf.* art. 288 al. 3 du Code des personnes et de la famille du Mali.

88. La recherche du débiteur de la dot à travers la législation des États qui l'ont supprimée. Dans certains États, la dot a été purement et simplement supprimée. C'est ainsi que la loi ivoirienne précitée dispose que « *par exception à ce qui est dit à l'alinéa 2 de l'article premier, l'institution de la dot, qui consiste dans le versement au profit de la personne ayant autorité sur la future épouse, par le futur époux ou la personne ayant autorité sur lui, d'avantages conditionnant la réalisation du mariage traditionnel, est immédiatement abolie* »[276]. Même si cette loi proscrit la dot, elle oriente sur ce que fut sa pratique et permet de déterminer son débiteur qui est le futur époux ou sa famille au profit de la famille de la future épouse, la créancière. La dot est donc bien versée par le futur époux ou par sa famille. Pour conforter cette affirmation, il convient d'interroger les coutumes au Bénin qui, pour la plupart, acceptent la dot. Le Coutumier du Dahomey évoque avec précision le débiteur de la dot lorsqu'il y est écrit que la dot « *est versée à la famille de la femme par le jeune homme au moyen de paiements échelonnés qui doivent en principe être terminés le jour du mariage* »[277].

89. Le futur époux comme principal débiteur de la dot. Presque partout en Afrique de l'Ouest, on peut affirmer que le débiteur de la dot est le futur époux ou sa famille[278]. Au Bénin, la dot revenait normalement à la famille de la future épouse et non à cette dernière[279]. Même réduite à son minimum et augmentée à son maximum, la dot revenait toujours à la famille de la future épouse et était quasiment un rituel[280].

Cependant, avec le passage de la famille à l'individu[281] par le contact de la société béninoise avec la civilisation occidentale, le christianisme, l'économie capitaliste et la politique coloniale de la France[282], la réalité a changé. Ce contact avec la civilisation occidentale a entraîné en effet un « *choc des cultures qui se traduit par une déculturation des Africains, c'est-à-dire une désaffection à l'égard des systèmes traditionnels d'éducation et des valeurs africaines de civilisation, et par une acculturation, c'est-à-dire l'imposition d'un système européen d'éducation et de valeurs européennes* »[283]. Le mariage serait devenu l'affaire des futurs époux plus que celle des familles. Dès lors, le futur époux

---

[276] *Cf.* art. 20 de la loi ivoirienne.
[277] *Cf.* art. 109 du Coutumier du Dahomey : « *elle est versée à la famille de la femme par le jeune homme au moyen de paiements échelonnés qui doivent en principe être terminés le jour du mariage* » et art. 111 : « *la dot appartient à la famille de la femme et non à celle-ci* ».
[278] H. RAULIN, *art. préc.*, p. 230.
[279] *Cf.* art. 111 du Coutumier du Dahomey ; A. HOUNGBEDJI, *Thèse préc.,* p. 186.
[280] A. HOUNGBEDJI, *Thèse préc.,* p. 186.
[281] P.-F. GODINEC (dir.), *Les droits africains : évolutions et sources*, Paris, LGDJ, 1968, p. 21.
[282] A. HOUNGBEDJI, *Thèse préc.,* p. 282 ; P.-F. GODINEC (dir.), *op. cit.,* pp. 19 et s.
[283] P.-F. GODINEC (dir.), *op. cit.,* pp. 19-20.

devient le débiteur principal[284] même si c'est sa famille qui se déplace pour accomplir les formalités de la dot.

Ainsi, « *la dot versée par le futur époux aura pour but de prouver à sa future femme, le prix qu'il attache à sa personne, en même temps qu'il sera pour lui l'occasion de faire montre de son aisance matérielle* »[285]. La future épouse aussi installe une concurrence autour de la dot et cherche non seulement à en agrandir son patrimoine mais aussi à concurrencer ses amies ou sœurs mariées avant elle[286]. C'est ainsi que le montant de la dot n'a cessé de monter et peut être examiné comme une source d'inégalité entre époux.

90. L'existence d'une inégalité à l'égard de l'homme. L'inégalité dont il s'agit au sujet de la dot existe en raison de sa dénaturalisation. L'égalité entre futurs époux impliquerait qu'on donne les mêmes droits et les mêmes charges à ces derniers. Mais, la dot peut constituer une inégalité entre les futurs époux. Sa valeur, de plus en plus grande, fait d'elle un moyen de spéculation[287] creusant ainsi un fossé entre les futurs époux. Si la dot doit être maintenue, elle doit être une obligation imposée à chacun des deux époux ou à leurs familles. Cependant, cette option ne trouvera pas application compte tenu du poids de la tradition. En plus, la suppression pure et simple de la dot semble rejetée par la grande majorité des béninois qui y restent attachés[288].

De même, la fixation d'un montant de la dot sera un échec puisque le futur époux agit en général en tenant compte de ses moyens, la dot pouvant être un moyen de prouver ses possibilités financières[289]. C'est ainsi que parfois les futurs époux se cotisent pour le paiement de la dot[290]. Il arrive que la future épouse remplisse les valises de ses propres effets personnels et contribue à d'autres dépenses occasionnées par la dot. Á l'issue de la cérémonie, ses effets personnels lui reviennent. Á cette condition, une égalité s'établit sur la dot. De même, lorsque la dot versée est vraiment symbolique et ne devient pas une dépense très onéreuse, on peut considérer qu'il n'y a pas d'inégalité à son sujet. C'est d'ailleurs le seul moyen de réduire l'inégalité qui existe entre futurs époux en raison de

---

[284] G. ARRIGHI, *art. préc.*, p. 105.
[285] A. HOUNGBÉDJI, *Thèse préc.,* p. 302.
[286] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit.,* p. 302.
[287] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 215 et s. ; R. DECOTTIGNIES, *art. préc.,* pp. 260-261 ; G. ARRIGHI, *art. préc.,* pp. 105-107 ; J. BITOTA MUAMBA, *Thèse préc.,* p. 95 ; L. V. THOMAS, *art. préc.,* pp. 75-76.
[288] Á l'issue de l'enquête menée, sur 1000 personnes interrogées, 783 sont attachées à la dot et l'ont déjà versé, reçu ou la projette en vue du mariage. Seuls 217 personnes pensent qu'elles peuvent s'en passer ; voy. annexe I, question 4.
[289] Au Bénin, les cérémonies au sein de la belle-famille donnent l'occasion aux futurs époux, ou même aux époux de démontrer leur puissance financière, afin d'appeler le respect de la société. Ainsi en général, le paiement de la dot, les funérailles et très d'autres choses sont organisés de façon grandiose. Cette manière de démontrer la capacité financière est bien répandue au Bénin et est même véhiculée dans les chansons populaires.
[290] A. HOUNGBEDJI, *Thèse préc.,* p. 304.

l'obligation unilatérale du versement de la dot imposé au futur époux. La dot est donc effectivement une obligation unilatérale du mariage imposée au futur mari puisque l'inobservation de cette condition est sanctionnée.

2. Les sanctions en raison du non versement de la dot

91. La pratique administrative au sujet de la dot. L'officier de l'état civil procède à la vérification du versement de la dot avant la célébration du mariage est ici instructive. Il est en effet réservé une ligne sur l'acte ou le registre du mariage qui renseigne sur le versement de la dot par le futur époux et sa réception par la future épouse. Il se pose alors la question de la réaction de l'officier de l'état civil au cas où les futurs époux auraient déclaré l'un, n'avoir pas versé la dot et l'autre ne l'avoir pas reçu.

92. La dot est une condition de forme du mariage au Bénin. La dot figure au chapitre III – *Des conditions de forme du mariage* – du titre 1er – *Du mariage* – du livre deuxième du Code des personnes et de la famille. Elle est une condition de forme du mariage, à l'instar du caractère monogamique du mariage[291] ou de l'obligation de faire célébrer le mariage par l'officier de l'état civil[292]. En tant que tel, on peut normalement recourir à deux types de sanctions en cas d'inobservation de l'une de ses conditions de formation à savoir la nullité ou l'inexistence. Quelles sanctions peut alors encourir un mariage au cas où le futur époux n'aurait pas versé la dot ?

93. L'impossibilité d'invocation de la nullité. La nullité est une « *sanction prononcée par le juge et consistant dans la disparition rétroactive de l'acte juridique qui ne remplit pas les conditions requises pour sa formation* »[293]. Les causes de nullité du mariage sont « *des faits antérieurs ou concomitants à la conclusion du mariage rendant celui-ci invalide* »[294]. La nullité sanctionne ainsi l'inobservation des conditions de formation du mariage[295]. Il existe un régime général des sanctions de l'inobservation des conditions de formation des actes juridiques et les effets de la nullité varient selon l'importance accordée à la condition de formation du contrat inobservée. C'est ainsi qu'il existe des nullités

---

[291] *Cf.* art. 143 du CPF.
[292] *Cf.* art. 126 du CPF.
[293] S. GUINCHARD et TH. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Paris, 22e éd., Dalloz, 2014, voy. « nullité ».
[294] J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé. Étude comparative des causes d'inexistence, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps, dans les systèmes européens,* préf. Rigaux et Nerson, Bruxelles, Larcier, 1981*,* p. 55.
[295] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 252 ; A. BÉNABENT, *Les obligations*, Paris, LGDJ, 2014, n° 200 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 2, *L'objet et la cause. Les nullités*, J. GHESTIN (dir.), Paris, LGDJ, 2013, n° 2005 ; R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, « Jurisprudence française en matière de droit civil », *RTD civ*. 1981, p. 137 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations,* t. 1*, L'acte juridique*, Paris, 16e éd., Sirey, 2014, n° 322.

absolues et des nullités relatives[296]. Mais en général, il n'y a pas de nullité sans texte en droit.

94. Pas de nullité sans texte. Le régime des nullités obéit au principe « *pas de nullité sans texte* »[297]. Ce principe signifie qu'il ne peut pas avoir de nullité sans qu'un texte ne la prévoit. Or, le Code des personnes et de la famille n'a pas prévu expressément de sanction en cas d'inobservation de la condition de versement de la dot. Il est cependant généralement admis en droit commun qu'il puisse exister des nullités virtuelles[298], c'est-à-dire des nullités sans textes. Le mariage est un acte juridique et peut normalement être soumis au régime général des nullités. L'acte juridique que constitue le mariage peut ainsi être sanctionné de nullité[299] en cas de manquement à l'une de ses conditions de formation, même si la loi ne prévoit pas une telle sanction. Ceci reviendrait à l'admission des nullités virtuelles en mariage. Au demeurant, le mariage bénéficie d'un régime spécial.

95. L'exception au principe. Le mariage fait exception au droit commun parce que le mariage est un acte juridique dérogatoire et qu'il serait dangereux d'admettre des nullités sans textes[300]. Il en est ainsi « *par faveur pour le mariage* »[301]. Le mariage est un acte juridique qui a des particularités[302], car le mariage n'est pas seulement un acte juridique, mais il est aussi une institution, un sacrement[303]. La particularité des nullités du mariage tient également aux conséquences que celles-ci peuvent entraîner[304]. Le cadre général des sanctions des actes juridiques est certes maintenu, mais il connaît une atténuation en raison

---

[296] A. WEILL et F. TERRÉ, *Droit civil, les obligations*, n° 285 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*, II-1, 1962, n°s 196 et s ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.,* n°s 325, 326 et 328, spéc. p. 336 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit*., n°s 701 et 702 ; M. BOUDOT, « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19è et 20è siècles », in M. Boudot et P. M. Vecchi (dir.), *La théorie des nullités*, Paris, LGDJ, 2008, n°s 19-20 ; RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 1943, n° 818, p. 277 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, n° 1019 ; D. FENOUILLET, « Les sanctions en droit de la famille. Incohérences ou politique résolument diversifiée ? », in C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol 1. La sanction, entre technique et politique*, Paris, Dalloz, 2012, n° 3, spéc. p. 152 ; D. SADI, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, Thèse, Paris sud, 2013.

[297] AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 7è éd. par ESMEIN et PONSARD, t. VII, § 461, n° 58 ; P. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, I, p. 227 et s. ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER*, op. cit.*, n° 308 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op. cit.* n° 2020 ; M. LAMARCHE, « Nullités, sanctions pénales et civiles pour violation des conditions de formation du mariage », *préc.,* n°s 115.32 et 115.33 ; A. BENABENT, *Les obligations*, n° 203.

[298] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER*, op. cit.,* n° 308 ; J. GHESTIN, *Les obligations, les contrats,* n° 728 ; M. LAMARCHE, « Nullités, sanctions pénales et civiles pour violation des conditions de formation du mariage », n°s 115.32 et 115.33 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, n° 254, spéc. p. 136 ; A. BÉNABENT, *Les obligations, op. cit*., n° 203, spéc. p. 162 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *op. cit*., n°s 2018 et 2019.

[299] M. LAMARCHE, *op. cit.,* n° 115.21, spéc. p. 132.

[300] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER*, op. cit*., n° 308.

[301] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 252.

[302] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER*, op. cit.,* n° 303 ; D. FENOUILLET, *art. préc.,* n° 2, spéc. p. 151.

[303]AUBRY et RAU, *op. cit*., § 461, n° 58 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 252.

[304] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER*, op. cit*., n° 303.

du mariage. La loi a ainsi atténué l'application du système des nullités en évitant de sanctionner toutes les irrégularités du mariage de nullité et le régime des nullités est lui-même amendé dans son application et dans ses conséquences[305]. Le principe aurait dû alors s'annoncer de la manière suivante : « *en mariage, pas de nullité sans texte* »[306]. Le Code des personnes et de la famille a d'ailleurs limité la nullité à quelques cas énumérés aux articles 145[307] et 148[308]. Par ailleurs, si la nullité devait être prononcée à l'encontre d'un mariage, ses effets seraient si limités[309] qu'ils seraient comparables à ceux d'un divorce. Cependant, en absence de base textuelle pour sanctionner un acte juridique, on peut recourir à son inexistence.

96. Le recours possible à l'inexistence du mariage. Il existe des cas manifestes dans lesquels le mariage ne saurait se maintenir alors qu'il n'y a pas de sanctions prévues. Un

---

[305] M. LAMARCHE, *art. préc.*, n° 115.11 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 252.

[306] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 252 ; la jurisprudence a fixé depuis longtemps le principe selon lequel il ne saurait avoir de nullité sans texte ; voy. Cass. req., 12 nov. 1844. I. 98 ; S. 1845. I. 246 : « *Le mariage tient trop essentiellement à l'ordre social pour avoir été imprudemment livré à toutes les attaques des mauvaises passions ; la nullité ne peut en être prononcée que sur un texte formel, et seulement à la requête de ceux que la loi autorise spécialement à invoquer le texte ; c'est pourquoi un chapitre entier est consacré aux demandes en nullité de mariage ; il est composé de 23 articles, et tous les droits y sont prévus ; d'où il résulte que l'article 184, le seul qui admette tous ceux qui y ont intérêt à attaquer un mariage, est essentiellement restrictif et limitatif ; on ne saurait l'étendre d'un cas à l'autre* » ; *cf*. aussi Cass. Civ., 8 janvier 1821. L'autonomie de la théorie des nullités du mariage est ainsi affirmée (R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, *art. préc*., p. 135 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 254, spéc. p. 136). Cependant, le droit moderne admet qu'il puisse exister des nullités virtuelles en mariage (Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 254, p. 136). Ainsi un mariage peut encourir nullité alors même qu'il n'existe pas de disposition législative qui le prévoit expressément. C'est ainsi qu'en 2007, le mariage dit de Bègles a été sanctionné de nullité absolue ; Cass. Civ. 1ère, 13 mars 2007, *GAJC*, n° 32. Le maire de Bègles a fait célébrer un mariage homosexuel en 2004 malgré l'opposition du Parquet. Le tribunal de grande instance de Bordeaux a prononcé la nullité du mariage le 26 juillet 2004. (TGI Bordeaux, 26 juillet 2004, *JCPG* 2004. II. 10169, note G. Kessler ; *D*. 2004, p. 2342, note F. Agostini ; *D*. 2004, chron. p. 2965, obs. J.-J. LEMOULAND ; *RTD civ*. 2004. 719, note J. Hauser ; *Dr. fam*, 2004, p. 166, note H. Azavant). La Cour d'appel de Bordeaux a confirmé cette décision le 19 avril 2005 ; *Dr. fam.* 2005, note H. Azavant, n° 124 ; Cette solution fut consacrée par la Cour de cassation le 13 mars 2007. Or il n'existait pas en droit français une disposition qui prévoit cette sanction. Le mariage dit de Bègles encourait normalement inexistence selon le principe qu'il ne puisse avoir de nullité sans texte en mariage. (D. FENOUILLET, *op. cit*., n° 24, spéc. p. 173. ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.,* n° 171). Au demeurant, il n'en est pas le cas. Il s'agit là d'une décision qui revient sur la solution consacrée par la jurisprudence antérieure et on peut constater qu'il s'agit d'un revirement de jurisprudence. Les anciennes décisions rendues en matière de mariage de personnes de même sexe se sont prononcés sur l'inexistence du mariage ; voy Trib. civ. Alais, 23 janvier 1873, *D.* 1882, 3, pp. 71-72 qui retient « *Par ces motifs déclare radicalement nul et inexistant le mariage intervenu entre les parties* » ; voy aussi *Caen, 16 mars 1882*. L'arrêt de la Cour suprême a observé un début de ce revirement de la jurisprudence antérieure en n'assimilant plus les défauts de conformation à l'identité de sexe et renonce à l'idée d'inexistence (*Civ., 6 avril 1903*, *D*. 1904, 395 ; voy. J. POUSSON-PETIT, *op. cit.,* p. 68).

[307] *Cf*. art. 145 du CPF : « *la nullité relative du mariage célébré par l'officier de l'état civil peut être prononcée : - pour vice de consentement de l'un des conjoints si son accord a été obtenu par la violence ou donné à la suite d'une erreur ; - pour défaut d'autorisation parentale, pour les mineurs ; - pour impuissance du mari non révélée au préalable ; - pour maladie grave et incurable dissimulée au moment du mariage par un conjoint, ce qui, portant préjudice à l'autre conjoint, rend la cohabitation intolérable ».*

[308] *Cf*. art. 145 du CPF : « *la nullité du mariage doit être prononcée :- lorsqu'il a été contracté sans le consentement de l'un des époux ;- lorsque les conjoints ne sont pas de sexes différents ;- lorsque l'un des époux n'avait pas l'âge requis en l'absence de dispense ;- lorsqu'il existe entre les conjoints un lien de parenté ou d'alliance prohibant le mariage ;- lorsque l'un des conjoints était dans les liens d'une union antérieure non dissoute* ».

[309] *Cf*. art. 151 du CPF ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.,* n°s 267-269.

acte inexistant « *est atteint d'un vice tellement radical qu'il devient monstrueux et est rejeté du droit* »[310]. C'est l'exemple dans le Code des personnes et de la famille où le défaut de célébration du mariage devant l'officier d'état civil compétent n'est pas un cas de nullité du mariage[311]. La théorie de l'inexistence du mariage a été justement inventée par Aubry et Rau parce que le mariage ne peut être considéré comme existant en l'absence des conditions qui lui sont essentielles[312]. Le principe « *pas de nullité sans texte* » en mariage peut ainsi conduire au recours à la théorie de l'inexistence du mariage pour sanctionner un mariage en cas d'inobservation de l'une de ses conditions de formation[313].

Dans les traditions béninoises, la finalité première de la dot est de requérir le consentement des familles, une union établie sans dot étant illégitime puisqu'elle est comparable à l'union libre qui n'avait aucune légitimité. Cette tradition est sans doute encore vivace au Bénin et aurait pu être celle qui a influencé l'orientation du législateur dans le maintien de la dot. La transposition de la tradition devrait normalement conduire au maintien des conséquences de celle-ci. Pourrait-on, en vertu des effets attachés à la dot par la coutume, dire que le mariage civil contracté sans le versement de la dot est inexistant, car la nullité ne peut pas s'appliquer pour défaut de paiement de la dot en raison du principe, « *pas de nullité sans texte* ». La transposition de la dot dans le droit moderne pourrait normalement produire les mêmes effets si on établit le parallèle avec l'inexistence du mariage pour défaut de versement de la dot en droit coutumier. Les conséquences de l'inexistence sont encore plus lourdes que celles de la nullité. Le mariage ne produit aucun effet juridique, *« la constatation judiciaire est superflue ; n'importe qui, à n'importe quel moment, peut invoquer l'inexistence ; la confirmation et la prescription sont inconcevables ; le mariage ne peut être jamais considéré comme putatif : les pseudo-époux sont de plano traités comme s'ils n'avaient jamais été mariés ; les enfants sont illégitimes* »[314]. La théorie de l'inexistence est fortement remise en cause ou point d'être « *dénigrée par la majorité des auteurs* »[315].

Cependant, pour être plus réaliste, un mariage conclu en l'absence du versement de la dot ne peut encourir, ni annulation, ni inexistence, qui ont des conséquences considérables sur le mariage. La faveur du droit moderne pour le mariage ne permettrait pas de telle

---

[310] J. POUSSON-PETIT, *op. cit.,* p. 57.
[311] *Cf.* art. 145 et 148 du CPF sur les causes des nullités.
[312] AUBRY ET RAU, *op. cit*., § 461, n° 58, spéc. p. 92 ; A. POSEZ, *L'inexistence du contrat*, Thèse, Paris II, 2010 ; J. POUSSON-PETIT, *op. cit.,* pp. 62 et s.
[313] M. LAMARCHE, « Nullités, sanctions pénales et civiles pour violation des conditions de formation du mariage », *art. préc*., n° 115.34 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER*, op. cit*., n° 309 ; J. POUSSON-PETIT, *op. cit.,* p. 57.
[314] J. POUSSON-PETIT, *op. cit.,* p. 79.
[315] J. POUSSON-PETIT, *op. cit.,* p. 63.

dérive. Au demeurant, l'absence de sanction prévue en cas de non versement de la dot ne signifie pas que la dot ait un caractère facultatif. Elle demeure une condition de forme du mariage.

97. Possibilité d'inopposabilité du mariage aux familles. Au-delà de l'impossibilité de ces deux sanctions, le mariage contracté sans dot peut être inopposable à la famille de chacun des époux. L'inopposabilité est la « *caractéristique d'un acte que les tiers peuvent tenir pour inexistant et comme ne produisant aucun effet à leur égard, bien qu'il soit parfaitement valable et efficace entre les parties* »[316]. Diverses raisons peuvent entraîner l'inopposabilité d'un acte juridique, notamment la fraude, le défaut de publication, le défaut de date certaine de l'écrit, l'absence à l'acte d'un tiers qui aurait dû être appelé[317]. L'inopposabilité sanctionne en général une condition de formation du contrat[318]. Cette dernière raison est celle que peuvent invoquer les familles à l'encontre du mariage conclu sans dot.

En effet, il peut arriver que les droits des époux viennent en concurrence avec ceux des ascendants ou collatéraux. C'est le cas, par exemple, de l'un des époux qui est prédécédé sans descendance alors que la succession de l'un de ses parents s'ouvrait à ce moment même. Les droits successoraux de son conjoint se trouvent en concurrence avec ceux de son ascendant survivant et de ses collatéraux. En pareil cas, la loi prévoit ceci : « *lorsqu'à défaut de descendants, le défunt laisse des ascendants et/ou des collatéraux, son conjoint survivant a droit à la moitié de la succession* »[319]. La moitié de la part de l'héritage de l'époux prédécédé revient normalement à son conjoint survivant et l'autre moitié à son parent vivant et à ses collatéraux. Cette situation pourrait être particulièrement difficile à résoudre au Bénin au cas où c'est l'épouse qui est décédée et le mari qui, n'ayant pas précédemment au mariage versé de dot, se prévaut de son droit à succession de son épouse comme conjoint survivant. Le parent dont la succession est ouverte n'ayant pas auparavant reconnu cet homme comme son gendre, il sera considéré comme un étranger à la succession. Son mariage, bien que valide, peut être inopposable à la famille de son épouse. L'inverse aussi est possible. En droit béninois de la famille, on peut conclure que la dot consacre ainsi la reconnaissance du mariage à l'égard de la famille. L'absence de dot

---

[316] S. GUINCHARD et Th. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Paris, 22e éd., Dalloz, 2014, voy. « Inopposabilité ».
[317] A. BÉNABENT, *Les obligations*, *op. cit*., n° 201, spéc. p. 160.
[318] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.,* n° 322 ; D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Thèse, Paris, 1929 ; A. G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, Thèse, Paris II, 1969, LGDJ, 1972 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité – essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1984 ; R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets des contrats à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004.
[319] *Cf*. art. 633 du CPF.

n'affecte pas l'acte juridique de mariage mais entache sa reconnaissance par les familles. La dot a donc une place dans le mariage et en constitue de toute évidence une condition importante. Son maintien conduit nécessairement au détournement de l'esprit de la loi sur le mariage nouveau qui, au lieu de créer une famille nucléaire, se place au cœur de la famille étendue.

§2. LE DÉTOURNEMENT DE L'ESPRIT DE LA NOUVELLE LOI

98. Plan. Il s'agit d'un détournement de l'esprit du Code des personnes et de la famille par le versement de la dot comme recherche du consentement des familles. Il existe donc un paradoxe dans le droit de la famille (A) qui traduit le retour à l'ancienne famille africaine (B)

A. L'existence d'un paradoxe dans le droit de la famille

99. Les droits de l'homme comme fondement de la modernisation du droit. L'acception de l'idéologie des droits de l'homme s'oppose au maintien des coutumes qui les menacent. Le Bénin a adhéré pleinement aux idéologies des droits de l'homme. De nombreuses conventions internationales relatives aux droits de l'homme ont été ratifiées et la Constitution béninoise organise la protection des droits de l'homme au titre des droits fondamentaux. L'idée première de toutes les législations intervenues à partir des années 1990 est de protéger au maximum les droits de la personne, ce qui s'est traduit par la mise en place de tout un arsenal juridique et juridictionnel afin de mettre un frein aux pratiques contraires aux droits de la personne humaine. L'esprit de la nouvelle loi qui organise la famille devait donc conduire à la protection des droits de la personne. Cette tendance à vouloir respecter au mieux les droits de l'homme conduit à l'élaboration d'un droit proche du droit français, droit dit moderne. Cependant, il ne s'agit pas, en ce qui concerne le Code des personnes et de la famille, d'une assimilation outrancière mais plutôt d'une évolution normale du droit et d'une coïncidence heureuse entre le droit béninois et le droit moderne. C'est ainsi que la priorité est réservée au consentement des futurs époux.

100. L'échange de consentement des futurs époux, condition de fond du mariage nouveau. Le mariage organisé par le Code des personnes et de la famille s'organise autour du consentement des futurs époux. Aux termes des dispositions de l'article 119 du Code des personnes et de la famille du Bénin : « *chacun des futurs époux, même mineur, doit*

consentir personnellement au mariage »[320]. Le mariage moderne n'a aucune validité si les époux n'ont pas donné leur accord. Cette importance accordée au consentement des époux se vérifie notamment à travers la sanction prévue en cas de l'inobservation de cette condition dans la formation de l'union. Le défaut de consentement est une condition de nullité du mariage[321]. Dans le cas d'une union conclue sans le consentement des personnes concernées, l'acte conclu ne peut être assimilé à un mariage. Il est nul, d'une nullité absolue[322]. Le consentement des futurs époux est ainsi non seulement le « *centre de gravité* »[323] du mariage, mais aussi son essence[324].

101. L'opposition des idées. Le Code des personnes et de la famille exige à la fois le consentement des familles et le consentement des futurs époux pour formaliser le mariage. Les futurs époux doivent donc requérir le consentement des deux familles avant la célébration du mariage par le versement de la dot qui est le signe de l'accord des familles. Ils doivent aussi consentir personnellement au mariage[325]. Les consentements des familles se superposent ainsi aux consentements des futurs époux – avec une force moindre – pour la validité du mariage. Ainsi, on ne peut normalement pas se marier au Bénin sans le consentement des familles respectives des futurs époux. C'est alors la raison fondamentale qui pousse les futurs époux à rechercher l'aval de la famille tout en consentant au mariage. La question est alors celle de savoir si le mariage nouveau ne crée pas une famille élargie plutôt qu'une famille nucléaire.

B. Le retour à l'ancienne famille africaine

102. L'orientation implicite vers la famille étendue. Le retour à l'ancienne famille africaine se vérifie au regard de la conception de la famille africaine et de la place de la dot. L'esprit du nouveau droit est de créer une famille nucléaire[326] où seuls les époux et leurs enfants communs sont pris en compte, alors que l'Ancien droit a le même esprit que les droits africains[327] et établit une famille élargie[328] en y incluant les grands-parents, les

---

[320] *Cf.* art. 119 du CPF.
[321] *Cf.* art. 148 du CPF.
[322] A. N. GBAGUIDI, *Family and succession law*, *Wolters Kluwer,* 2011, n°s 44 et s.
[323] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t 1, n° 531.
[324] Pour M. GBAGUIDI, « *consent is the essence of marriage* »: A. N. GBAGUIDI, *Family and succession law*, *préc*. n° 45.
[325] A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc.,* n° 45.
[326] R. DECOTTIGNIES, « *Requiem* pour la famille africaine », *Ann. afr*. 1965, p. 251.
[327] J. D. BOUKONGOU, « L'esprit des droits africains », in *De l'esprit du droit africain : mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoué, Cotonou, Wolters Kluwer, 2014,* p. 166.
[328] J. COMMAILLE, « Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », in *Droit comparé des personnes et de la famille – Liber*

alliés, les collatéraux et les enfants. Or en maintenant certaines institutions traditionnelles comme la dot qui requiert l'échange de consentement entre les familles, le mariage moderne n'est qu'un retour à la source, un détournement[329] de l'esprit du nouveau droit[330]. Le législateur cherche à maintenir certaines institutions du droit coutumier par « *l'établissement d'un compromis entre les différents pôles de tension au moment de la codification, caractéristique des mouvements de transferts d'un ordre social à un autre. Ainsi le Code cesse d'être un instrument de refondation sociale, mais la vitrine au travers de laquelle s'exprime la dialectique assimilation/résistance suivant la pression exercée par le législateur sur les comportements et croyances antérieurs* »[331]. La dot maintient ainsi son but de recherche du consentement des familles. Le mariage n'est pas, non plus, un contrat entre deux personnes : il est plutôt un contrat entre deux familles[332].

103. L'intégration de la femme mariée au sein de la famille de l'époux. La dot est l'institution qui tisse le lien du mariage qui est selon les droits traditionnels négro-africains, « *le contrat par lequel le chef d'une famille agissant au nom et pour le compte de cette dernière engage une jeune fille avec ou sans son consentement et sur laquelle il exerce la puissance paternelle dans des liens conjugaux avec un homme, membre d'une autre famille représentée par son chef et moyennant une contrepartie telle qu'elle est définie par la coutume de la jeune fille* »[333]. En général, puisqu'elle est la débitrice de la dot, la famille de l'époux intègre la femme mariée.

Aussi, parmi les règles qui organisent la famille africaine, on trouve notamment la puissance maritale et paternelle. La femme et les enfants portent à ce titre le nom de la famille du mari et la femme est soumise au devoir d'obéissance. La polygamie[334] fait aussi partie du jeu avec le droit de correction de l'époux. N'est-ce pas au cœur de ce régime que le nouveau droit issu du Code des personnes et de la famille place la famille ? La dot étant

---

amicorum Marie Thérèse Meulders-Klein, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 83 ; P. GANNAGÉ, *art. préc*., pp. 430-440 ; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*, Paris, 3è éd., Dalloz, 1964 ; G. CONAC, « Introduction », in G. Conac (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains : « La vie du droit en Afrique »*, Paris, Économica, 1980, p. XII ; A. G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974, p. 198.

[329] F. BOULANGER, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille », *JCP*, 1993, I, 3665 ; N. CORDIER-DUMONNET, *Le détournement d'institution*, Thèse, Université de Bourgogne, 2010.

[330] M. ALLIOT, « Problèmes de l'unification des droits africains », in *Journal of African Law*, vol 11, n° 2, pp. 86-98.

[331] A. CISSÉ, « Introduction générale. Pour une approche plurale du droit africain », in *De l'esprit du droit africain : mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoué*, Cotonou, Wolters Kluwer, 2014, p. 19.

[332] A. G. KOUASSIGAN, *op. et loc. cit*.

[333] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 210.

[334] Certains auteurs considèrent la polygamie comme la conséquence de la dot, voy. notamment A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 215 ; J. Binet, *Le mariage en Afrique Noire*, Paris, les éd. du Cerf, 1959, pp. 61 et s.

le nœud du système patriarcal, il semble bien que la nouvelle loi fait retour à la famille traditionnelle. Certes, dans le cas du Code des personnes et de la famille, il s'agit d'une dot symbolique, quoique les futurs époux ou leurs familles décident de son *quantum*. La femme entrant donc dans la famille de son époux, les deux familles ont désormais un droit de regard sur le fonctionnement du nouveau ménage.

104. Un frein à la protection des droits de la femme. Certains aspects du droit africain de la famille sont *« un frein au développement. La conception trop large de la famille, la condition de la femme, le régime de la dot sont des facteurs qui influencent l'évolution économique* »[335]. La protection des droits de la personne, et notamment l'instauration de l'égalité entre époux constitue un pilier central du nouveau droit. Le législateur a, tout en voulant instituer une famille nucléaire, créé une famille étendue alors qu'il a le devoir d'« *anticiper la résilience et consacrer le bonheur comme finalité du droit* »[336]. Il est vrai que la population béninoise est encore un peu attachée à la pratique de la dot avec toutes ses conséquences. On comprend dès lors les contraintes de l'œuvre législative. Ce choix a été orienté par la ténacité des coutumes ayant résisté à la colonisation[337] et persisté après les indépendances. La résistance de la coutume tient en grande partie à sa formation. En effet, la coutume est une pratique collective dans laquelle les individus croient et se retrouvent plus aisément. La croyance dans ces normes conduit les populations à continuer à les appliquer en dépit de leur suppression par la loi. Le législateur s'est alors trouvé dans l'obligation d'en maintenir certaines d'entre elles. C'est ainsi qu'on peut observer la survivance de certaines coutumes comme la dot dans le nouveau droit de la famille. Le droit du mariage est ainsi partagé entre la tradition et la modernité. Mais, faut-il vraiment maintenir[338] une institution qui est en contradiction avec l'esprit du nouveau droit ?[339]

Il existe clairement une obligation unilatérale dans les conditions du mariage pour l'époux. Parallèlement, le Code des personnes et de la famille de 2004 fait une part d'obligation unilatérale à la future épouse.

---

[335] K. M'BAYE, « Droit et développement en Afrique Francophone de l'Ouest », in *Revue Sénégalaise du droit*, 1967, p. 60 ; G. LEDUC, « Structures familiales et développement économique en Afrique intertropicale », in *revue juridique et politique, indépendance et coopération*, 1967, pp. 136 et s.
[336] A. CISSÉ, *art. préc*., p. 7.
[337] P.-F. GODINEC, (dir.), *op. cit.,* p. 42.
[338] M. THIOYE, *art. préc.,* p. 381 ; S. MELONE, « Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain », *Penant*, 1971, p. 421.
[339] Voy. E. GNANVO-YÈDÉDJI, « Le mariage nouveau est-il arrivé ? », in *La personne, la famille et le droit en République du Bénin, Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille*, Cotonou, éd. Juris Ouanilo, 2007, pp. 71-82.

SECTION 2 :
L'EXISTENCE D'UNE EXIGENCE UNILATÉRALE POUR LA FEMME

105. Une tradition. Il existe au Bénin une tradition qui oblige la femme dont le mari est décédé à respecter un certain délai avant de pouvoir se remarier. Cette tradition a été aménagée par le Code civil français rendu applicable au Bénin et impose le délai de "viduité" à la femme dans tous les cas de dissolution du mariage. Le législateur béninois a, en instaurant ce délai repris, non seulement une disposition séculaire du Code civil français rendu applicable au Bénin inscrite à l'article 228, mais aussi la tradition[340]. Or ce délai de viduité peut constituer une forme d'inégalité dans les conditions de formation du mariage.

La tradition imposait également à la femme de vivre avec son époux et d'habiter chez lui. Ainsi, le choix du domicile conjugal était le domaine réservé de l'époux. Cette obligation faite à la femme de se soumettre au choix du domicile effectué par son mari perdure de nos jours sous quelques formes et constitue aussi une source d'inégalité dans le mariage.

106. Plan. On traitera, d'une part, du maintien de la tradition du délai de viduité (§1) et, d'autre part, de la perpétuation de la tradition concernant le choix du domicile conjugal, et ce, comme autant d'inégalités imposées aux femmes dans le mariage (§2).

§1. LE MAINTIEN DE LA TRADITION DU DÉLAI DE VIDUITE

107. Notion de délai de viduité. Sous un nom qui évoque le deuil[341], le délai de viduité est le délai d'attente de trois cents jours que la femme doit respecter après la dissolution de son mariage avant de pouvoir se remarier[342]. La durée de ce délai correspond en réalité au temps de la plus longue grossesse[343]. Au sens du Lexique des termes juridiques, le délai de viduité est le « *délai que doit respecter la veuve ou la femme divorcée avant de se remarier ; ce délai a pour but d'éviter la confusion de part, c'est-à-dire l'incertitude relative à la paternité de l'enfant à naître* »[344]. Le délai de viduité

---

[340] *Cf.* art. 173 du Coutumier du Dahomey.
[341] G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Paris, 9è éd., Montchrestien, 2007, n° 183.
[342] *Cf.* art. 124 du CPF ; A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, Paris, 2è éd., Montchrestien, 2014, n° 144 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.,* n° 222 ; P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.,* n°s 84 et 608 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit.,* n° 137 ; G. CORNU, *Droit civil. La famille*, *op. cit*, n° 183.
[343] G. ARRIGHI, *art. préc.*, p. 102 ; G. CORNU, *op.* et *loc. cit.*
[344] S. GUINCHARD et Th. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Paris, 22e éd. Dalloz, 2014, voy. « Délai de viduité ».

est consacré par le Code des personnes et de la famille en son article 124 qui dispose que « *la femme ne peut se remarier qu'à l'expiration d'un délai de viduité de trois cents (300) jours à compter de la dissolution du précédent mariage* »[345].Toujours selon l'article 124 du Code des personnes et de la famille, « *le Président du tribunal dans le ressort duquel le mariage a été célébré peut, par ordonnance, sur simple requête, le Ministère public entendu, abréger le délai de viduité lorsqu'il résulte avec évidence des circonstances que, depuis trois cents (300) jours, le précédent mari n'a pas cohabité avec sa femme. En toute hypothèse ce délai prend fin en cas d'accouchement* »[346].

108. Plan. Si les fondements du délai de viduité (A) sont certains, le maintien de cette institution paraît ne plus répondre aux besoins du temps quels que soient ses buts. Elle constitue ainsi une tradition en conflit avec l'esprit de la loi nouvelle (B).

A. Les fondements du délai de viduité

109. Plan. Le délai de viduité a des fondements différents selon ses origines. Il organise le veuvage et permet de limiter la confusion de paternité (2) qui pourra découler du recoupement des présomptions de paternité[347].

1. L'organisation du veuvage par le délai de viduité

110. Les origines du délai de viduité. Les origines du délai de viduité sont à chercher, soit dans le droit traditionnel[348], soit dans les droits coutumiers. Deux thèses sont en présence. Selon la première, le délai de viduité n'a jamais été imposé aux veufs mais uniquement aux veuves : il était d'ailleurs inconnu des traditions africaines avant le contact avec le christianisme, l'islam et le droit colonial. Ainsi serait-elle d'origine coutumière – une coutume née de la rencontre avec l'Occident. Les tenants de cette thèse sont notamment Kéba M'Baye[349] et G. Arrighi[350]. L'imposition d'un délai de viduité aurait ainsi surtout pour objectif de prévenir les confusions de paternité.

---

[345] *Cf.* art. 124 al. 1er du CPF.
[346] *Cf.* art. 124 al. 2 du CPF.
[347] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 539, spéc. p. 1193.
[348] Une différence est ici faite entre tradition et coutume. La tradition existerait avant la colonisation alors que la coutume serait née du contact avec d'autres cultures et notamment après la colonisation. Pour une étude détaillée de cette distinction, voy. A. N. Gbaguidi, *Thèse préc*., pp. 91 et s.
[349] K. M'BAYE, « Introduction », in K. M'Baye, (dir.), *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, études préparées à la requête de l'Unesco,* Paris, Larose, 1968, p. 18.
[350] G. ARRIGHI, *art. préc.*, p. 102.

Selon les penseurs de la seconde thèse, le délai de viduité est imposé à toute personne dont le conjoint est décédé pour lui permettre avant tout de faire son deuil. Il s'agit clairement d'aménager le veuvage, sans considération du sexe de l'époux survivant. Cette idée serait attribuée à la tradition africaine et à l'Église, qui n'autorise pas les divorces et les remariages[351]. Le décès d'une personne nécessite, dans les traditions, des rituels[352] et il en existe des formes particulières en ce qui concerne les personnes unies par un lien conjugal. Or autant pour le veuf que pour la veuve, le deuil du conjoint décédé exige un certain délai. C'était le but traditionnel du délai de viduité.

111. Le but du délai de viduité au Bénin. De tradition au Bénin, il est imposé un tel délai correspondant à la période de solitude provoquée par le décès du conjoint[353]. D'ailleurs, le délai de viduité traditionnel au Bénin ne saurait avoir d'autres fondements que cette organisation du veuvage : la détermination de la paternité a rarement posé problème dans les traditions béninoises, la filiation paternelle de l'enfant étant en réalité attribuée à l'époux qui a payé la dot[354]. C'est ainsi que, même après une séparation et un remariage, les enfants issus du nouveau lien de la femme sont considérés comme étant issus du précédent mari, c'est-à-dire de celui qui a payé la dot. On comprend alors que l'article 184 du Coutumier du Dahomey prévoit que « *les enfants adultérins sont, en règle générale, également à la famille du mari et non à celle de l'amant, ils sont d'ailleurs traités comme des enfants légitimes* »[355]. Aussi, la plupart des traditions au Bénin ne concevaient pas qu'un enfant naisse nécessairement au bout d'une période de neuf ou dix mois ; dans la conception ancienne, les grossesses peuvent durer des années[356]. Le fondement originel du délai de viduité n'est donc pas, en droit béninois, d'éviter les confusions de paternité, mais bien plutôt d'organiser le veuvage. La limitation des confusions de paternité serait donc un nouvel objectif assigné au délai de viduité.

---

[351] E. SANTINELLI, *Des femmes éplorées ? Les veuves dans la société aristocratique du haut Moyen Âge*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 2003, p. 111 ; voy. aussi le *Nouveau Testament*, Mathieu 19. 3-12.

[352] *Cf. Deutéronome* 34. 8 et *Nombres* 20. 29.

[353] *Cf.* art. 173 du Coutumier du Dahomey : « *Dans toutes les coutumes, il existe un délai de viduité qui va de 6 mois à 1 an* ». De nos jours, cette tradition perdure et les veufs sont soumis, par tradition, au respect d'un certain délai, au décès de leur épouse afin d'accomplir les rites du veuvage.

[354] A. HOUNGBÉDJI, *Thèse préc*., p. 241.

[355] *Cf.* art. 184 du Coutumier du Dahomey.

[356] A A. HOUNGBÉDJI, *Thèse préc*., p. 243.

2. La limitation des confusions de paternité

112. La forme occidentale du délai de viduité. L'application, à première vue générale, du délai de viduité à tous les cas de dissolution du mariage annonçait qu'il ne s'agissait pas d'un délai moral ou sociologique de convenance imposé aux veuves pour pleurer[357], mais d'un délai destiné uniquement à prévenir les confusions de paternité en empêchant qu'une nouvelle présomption venant recouvrir en partie la première fasse douter de la paternité de l'enfant[358]. Tel était le fondement du délai de viduité dans plusieurs pays d'Europe. Il en était ainsi par exemple en France, en Suisse, en Allemagne, en Italie, en Grèce, en Suède, en Norvège, au Danemark et en Finlande[359]. On relevait toutefois aussi les origines du délai de viduité dans le droit romain, où il avait bien pour but d'organiser le veuvage[360], la forme de limitation des confusions de paternité ayant été prise par la suite[361]. Ainsi, dans les législations qui ont suivi les révolutions, tant les hommes que les femmes étaient soumis à ce délai[362]. Mais, sa consécration comme limite aux confusions de paternité est nettement occidentale et consacrée de fait dans la plupart des textes juridiques organisant la famille. Le droit béninois a quant à lui hérité cette idée du Code civil français rendu applicable au Bénin[363].

113. Un but douteux. Le maintien du délai de viduité pour raison de confusion de paternité paraît inutile. La raison principale qui le justifie est plutôt d'ordre médical. En effet, grâce à la médecine, il est désormais possible de déterminer avec précision l'état de grossesse d'une femme. Dès lors, à quoi bon maintenir le délai de viduité qui figure en bonne place dans les conditions de fond du remariage ? L'examen médical a l'avantage d'être rapide et efficace. Le manque d'infrastructures médicales dans certaines localités du Bénin n'est pas à prendre en considération pour maintenir le délai de viduité, cette analyse semble dépassée pour deux raisons.

114. La reconnaissance des progrès de la médecine. La première raison qui peut conduire à la suppression du délai de viduité tient aux conditions mêmes de formation du mariage. Le certificat prénuptial est l'une des conditions de forme du mariage. Il est exigé

---

[357] A. BÉNABENT, *Droit civil, La famille*, *op. cit*. n° 103. Le délai de viduité est imposé qu'il s'agisse du décès, de divorce et même de nullité du mariage.
[358] G. ARRIGHI, *op. cit.*., p. 102 ; V. AL ARDELEANU, *Le délai de viduité*, Thèse, Paris, 1911, p. 1 et s. ; P. DUBOIS, *De la condition de viduité et des déchéances causées par le remariage*, Thèse, Paris, Sirey, 1911, p. 18.
[359] Voy. pour l'ensemble des exemples cités Y. FUKUCHI, « Essai sur le délai de viduité au Japon », in *Kobe University law review*, n° 1, 1961, pp. 70-75.
[360] A. COLIN et H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, t. 1, 1953, p. 331 ; P. DUBOIS, *Thèse préc.*, p. 31.
[361] Y. FUKUCHI, *art. préc*., p. 70.
[362] A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit*., p. 331.
[363] *Cf*. art. 228 du Code civil français rendu applicable au Bénin.

des futurs époux de se soumettre à des examens médicaux dont la communication réciproque des résultats est contrôlée et vérifiée par l'officier de l'état civil[364]. Si le législateur n'a pas indiqué les examens médicaux en question, il n'ignore rien de la possibilité actuelle de réaliser facilement des examens médicaux fiables. Dès lors, les futurs époux sont supposés connaître leur état de santé et notamment l'état éventuel de grossesse de la future épouse. On ne peut alors aucunement évoquer ici utilement le manque d'infrastructures sanitaires.

115. La reconnaissance de l'existence d'infrastructures sanitaires. La deuxième raison invoquée ici à l'appui de la suppression du délai de viduité est liée à la localisation des tribunaux au Bénin. Tout divorce dans le droit béninois nécessite en effet le recours à une juridiction. Or au lieu d'implantation des juridictions, il y a toujours un centre de santé disponible. Dès lors que les époux peuvent accéder aux juridictions, il est alors vain de faire croire que, par manque d'infrastructures, le délai de viduité tienne sa place dans le droit béninois.

D'ailleurs, l'instauration du certificat médical le prive aussi un peu de sens : tous les futurs époux sont soumis en effet à la présentation du certificat prénuptial, y compris les candidats au remariage. Dès lors que le législateur fait des examens prénuptiaux une condition de forme du mariage, la question de la confusion de paternité devrait être ainsi réglée sans qu'il soit encore nécessaire ou même utile de se dissimuler derrière les fausses raisons ou prétextes liés à l'accès aux soins. Le délai de viduité devrait aussi être concilié avec la période légale de conception.

116. La nécessaire conciliation entre le délai de viduité et la période légale de conception. Le délai de viduité de trois cents jours imposé à la femme dont le lien matrimonial est rompu avant de se remarier devrait coïncider avec la période légale de conception fixée par le législateur. L'article 3 du Code des personnes et de la famille du Bénin dispose que « *la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du 300e au 180e jours inclusivement avant la date de naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant* »[365]. La période comprise entre le 300^{e} et le 180^{e} jour avant la naissance de l'enfant est donc une période de 120 jours : l'enfant est présumé avoir été conçu pendant les quatre premiers mois de la grossesse. Or la consécration d'une période légale de conception de quatre mois permet d'établir la filiation paternelle de

[364] *Cf.* art. 127 du CPF.
[365] *Cf.* art. 3 du CPF.

l'enfant, dans la mesure où une femme divorcée qui se remarie et qui accouche pendant les 180 jours suivant la rupture de son lien matrimonial, jour qui peut coïncider avec la date de son remariage, devra accorder la paternité de cet enfant à son ex-époux. Quatre mois suffiront donc pour déterminer, sans l'intervention des technologies médicales et du juge, la paternité d'un enfant. Le délai de viduité à observer par la femme – si ce dernier devait être maintenu – ne devrait donc pas excéder quatre mois après la dissolution de son précédent mariage. Si le souci du législateur béninois est de prévenir les confusions de paternité en maintenant le délai de viduité, il semble alors se contredire. La période légale de conception étant plus courte que le délai de viduité, ceci présage de la volonté du législateur de réaménager le veuvage à l'ancienne en l'imposant uniquement à la femme. Le maintien du délai de viduité se trouve ainsi en contradiction avec l'esprit de la nouvelle loi.

B. Une coutume en conflit avec l'esprit de la loi nouvelle

117. Plan. - Obligation unilatérale du mariage, le délai de viduité constitue une inégalité dans les conditions de remariage (1) dont l'existence détourne la loi de son esprit (2).

1. L'existence d'une inégalité dans les conditions de formation du mariage en défaveur de la femme

118. Les positions doctrinales. L'inégalité du délai de viduité réside dans le fait qu'il soit imposé à la femme pour pouvoir se remarier alors que le mari n'est pas tenu de respecter un tel délai. Pour certains comme M. Noël Gbaguidi, il n'y a là aucune discrimination particulière car « *il est de la nature des choses et de l'ordre public moral et social que la réciprocité ne soit pas admise* »[366]. Le souci d'éviter la confusion de paternité et de fâcheux conflits devait prévaloir. Mais pour d'autres auteurs[367], avec les progrès accomplis dans le domaine de la preuve de la paternité, de telles exigences sont devenues obsolètes et une telle disposition peut nuire aux intérêts des personnes en attente de remariage. Le point de départ du délai et parfois ses restrictions sont sources d'incohérence.

---

[366] A. N. GBAGUIDI, « Égalité des époux, égalité des enfants et le projet de Code de la famille et des personnes », *RBSJA*, n° spéc., oct. 1995, p. 10.

[367] P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Paris, 6e éd., Sirey, 2013, n° 84 ; S. BOLLE, *art. préc.*, p. 318 ; S. K. HONVOU, in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique ? – Mélanges en l'honneur de Maurice* Ahanhanzo-Glélé, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 584.

119. Le point de départ du délai de viduité. Le Code des personnes et de la famille retient trois cas de dissolution du mariage[368] que sont le divorce, le décès et l'absence judiciairement déclarée. D'abord, lorsque la dissolution du mariage intervient à la suite d'un divorce, il existe des imprécisions en ce qui concerne le début du délai de viduité[369]. L'article 124 du Code des personnes et de la famille précise que le délai de viduité se compte à partir de la dissolution du mariage alors que l'article 261 prévoit qu'il est compté à partir de l'ordonnance de non conciliation[370] et va même plus loin en prévoyant que « *lorsque le délai est réduit de trois (3) mois, il prend effet à compter du jour où le jugement n'est plus susceptible de voies de recours* »[371]. Concrètement, la femme peut se remarier alors que la Cour suprême n'aura pas encore rendu sa décision. Dans ce cas, le pourvoi en cassation ne serait que dérision et c'est là peut-être l'occasion d'infléchir les effets du pourvoi en cassation en lui donnant un effet suspensif dans le cadre du divorce. En effet, sans cela, la femme dont le divorce a été prononcé par le juge en première instance peut se remarier en respectant le délai de viduité avant que la Cour suprême ne se prononce en dernier ressort sur son divorce puisqu'en réalité, la Cour peut rendre sa décision au bout d'un long délai pouvant aller au-delà de cinq années.

Ensuite, en cas de dissolution du mariage pour cause de décès du conjoint, le début du délai correspondrait sans doute au jour du décès de ce dernier. Enfin, en cas d'absence judiciairement déclarée, le délai de viduité ne doit, en principe, pas être observé en vue du remariage, car la durée de la procédure de déclaration judiciaire d'absence[372] absorbe le délai de viduité. Il paraît d'ailleurs que c'est cette nuance que le législateur apporte en mentionnant à l'alinéa 2 de l'article 124 qu'il peut exister des conditions rendant la cohabitation difficile entre époux.

Certains auteurs comme Al Ardeleanu[373] estiment qu'on peut étendre l'obligation de respect du délai de viduité à la femme en cas d'annulation de son précédent lien conjugal en se fondant sur le motif essentiel de la loi qui demeure identique en cas d'annulation. Ces auteurs[374] s'en tiennent à l'esprit de la loi qui voudrait limiter les confusions de paternité. Cependant, telle n'est pas la conception textuelle de la loi qui méconnaît l'existence du

---

[368] *Cf.* art. 220 du CPF : « *Le mariage se dissout par :- la mort de l'un des époux ;- l'absence judiciairement déclarée de l'un des époux ainsi qu'il est dit à l'article 30 ;- le divorce légalement prononcé* ».
[369] V. AL ARDELEANU, *Thèse préc*., p. 113 et s.
[370] Art. 261 al. 2 du CPF : « *chacun des époux peut contracter une nouvelle union. Toutefois, en ce qui concerne la femme, le délai de viduité prévu à l'article 124 du présent Code prend effet à compter de l'ordonnance de non conciliation. Cependant, lorsque le délai est réduit de trois (3) mois, il prend effet à compter du jour où le jugement n'est plus susceptible de voies de recours* ».
[371] *Cf.* art. 261 al. 2 du CPF.
[372] *Cf.* art. 18 et s. et spéc. art 32 du CPF.
[373] V. AL ARDELEANU, *Thèse préc.,* p. 132 et s.
[374] DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, vol. III, p. 124 ; V. AL ARDELEANU, *Thèse préc.,* p. 133.

mariage en cas d'annulation du lien conjugal. C'est pourquoi d'autres auteurs[375] ont pu soutenir que le délai de viduité n'est pas imposé à la femme en cas d'annulation du mariage. Au demeurant, le délai de viduité pourrait s'appliquer en cas de mariage putatif qui conserve comme le divorce de ses effets passés. Aussi, semble-t-il, un nouveau problème de précision se pose sur le délai de viduité

120. Le juge compétent pour abréger le délai de viduité. Il est prévu que le Président du tribunal dans le ressort duquel le mariage « *a été célébré* » a autorité pour abréger la durée de ce délai, ce qui complique la situation et traduit la volonté du législateur de restreindre la liberté matrimoniale de la femme avant la fin du délai de trois cents jours. La personne humaine étant de plus en plus mobile, le premier mariage rompu peut très bien avoir été contracté à l'étranger : l'épouse serait-elle alors obligée de retourner dans le pays concerné pour obtenir la réduction du délai de viduité ? Et *quid* si la législation de ce juge désigné ne connaît pas le délai de viduité ? Cette question est importante surtout quand on se réfère au Code civil français rendu applicable au Bénin qui prévoit que « *le Président du tribunal dans le ressort duquel le mariage doit être célébré peut, par ordonnance, sur simple requête, abrégé le délai* »[376]. Ceci traduit bien la volonté du législateur civil français d'éviter la confusion de paternité[377]. Malgré cette précision, le délai de viduité a été abrogé en France par la loi portant réforme du divorce[378] pour tenir compte de l'évolution de la médecine et de l'égalité entre époux. Mais si le législateur béninois s'abstient de prendre en compte les évolutions de la médecine dans ce domaine, il devra faire un autre choix afin d'établir l'égalité entre époux.

121. La possibilité d'imposer le délai de viduité à tous pour un remariage. On peut imposer le même délai à l'époux si on ne peut identifier la paternité par d'autres moyens que par l'imposition du délai de viduité à la femme. Cette formule reviendrait à l'arbitraire de la loi : l'exigence démocratique devrait conduire en effet à prendre en compte les progrès accomplis dans le domaine de la preuve de la paternité dans le Code des personnes et de la famille, et ce dans le but de rétablir l'égalité entre époux. Le délai de viduité pourrait avoir sa raison d'être si la médecine n'a pas autant progressé.

Le législateur, dans son rôle social doit orienter la société, c'est lui qui doit en effet encadrer les comportements de la population. Et pour cette raison, il doit légiférer en tenant compte de tous les paramètres qui permettent au mieux d'atteindre les objectifs d'égalité

---

[375] LAURENT, *Principes de droit civil*, II, p. 364.
[376] *Cf.* art 228 du Code civil français rendu applicable au Bénin.
[377] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, *op. cit*., n° 539, p. 1193.
[378] L'art. 228 du Code civil français a été supprimé en France par la loi du 26 mai 2004 ; voy. Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 222 ; G. CORNU, *op. cit*., n° 183.

entre époux. Le législateur « *fera alors preuve d'un esprit de responsabilité sociétale pour assumer pleinement le devoir de mieux légiférer et de répondre de l'impact des règles qu'il pose sur les personnes et sur l'environnement* »[379]. Le remariage d'une femme peut être d'un intérêt certain pour elle alors que le respect du délai de viduité peut empêcher des femmes enceintes et leurs nouveaux compagnons de contracter un nouveau mariage avant la naissance de l'enfant. Une telle coutume paraît désuète[380] en raison de son impact économique, sans être non plus nécessaire pour éviter les confusions de paternité. Le maintien du délai de viduité dans le Code des personnes et de la famille serait donc davantage guidé par le souci d'aménager le veuvage pour la femme que par celui de limiter les confusions de paternité[381] ; ce qui crée le conflit entre l'esprit de la loi et son texte.

2. Un nouveau conflit avec l'esprit de la nouvelle loi

122. Une politique législative contradictoire. Dans sa politique de transposer certaines institutions du droit coutumier dans le nouveau droit, le législateur doit faire en sorte d'éviter les contractions. S'il a la charge de « *la procédure selon laquelle les coutumes seront constatées et mises en harmonie avec les principes fondamentaux de la Constitution* »[382], il lui revient de faire respecter l'égalité entre l'homme et la femme dans ses choix. Le législateur, pour maintenir la cohérence du nouveau droit et respecter son esprit tourné vers la protection des droits de la personne – notamment l'égalité entre époux – doit alors prendre en compte les progrès de la médecine afin d'assurer une certaine effectivité à la loi tout en aménageant « *des marges de flexibilité pour la coutume* »[383]. Ainsi, « *l'approche plurale aurait l'avantage de veiller sur la cohérence entre d'une part, les réformes à introduire et d'autre part, l'esprit des règles traditionnelles et partant à prévenir les contradictions* »[384]. De toute évidence, le maintien du délai de viduité porte atteinte au droit de remariage de la femme.

123. La licéité des remariages. S'il est prouvé médicalement que la femme n'est pas enceinte, elle doit pouvoir contracter un nouveau mariage sans délai. Il est parfaitement

---

[379] A. CISSÉ, *art. préc*., p. 6.
[380] J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueu*r, Paris, 10è éd., LGDJ, 2014, p. 144.
[381] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 222.
[382] *Cf*. art. 98, 3è tiret de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.
[383] J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 131.
[384] A. CISSÉ, *art. préc*., p. 6.

licite[385] de contracter un nouveau mariage après la dissolution du précédent, le nombre d'unions successives n'étant d'ailleurs pas limité. Alors que la femme peut avoir un intérêt à se remarier, l'idée sous-jacente même de l'institution du délai de viduité paraît être la limitation de cette « *polygamie successive* »[386] pour la femme, d'autant qu'il n'existe plus aucune autre raison objective de la maintenir : elle-même n'est plus indispensable au but qu'elle affiche. Le délai de viduité n'est plus indispensable pour atteindre le but visé et son maintien contredit l'esprit même de la loi nouvelle sur la famille.

Mais cette forme d'inégalité qui atteint la femme à l'entame d'un remariage n'est pas la seule tradition conservée par le Code des personnes et de la famille : le choix du domicile conjugal sur lequel la volonté de l'époux est mise en avant affecte également l'égalité entre époux en droit béninois de la famille.

§2. LE CHOIX DU DOMICILE CONJUGAL

124. Plan. Le mariage fait naître entre les époux des droits et des devoirs. La communauté de vie est l'une des obligations née du mariage. Elle implique pour les époux la communauté de toit, de lit et de table. Le logement conjugal se rapporte à la communauté de toit des époux et il est d'ailleurs la forme extérieure[387] de la communauté de vie des époux. Son choix est aussi une obligation du mariage. Or la détermination du logement de la famille dans le Code béninois des personnes et de la famille méconnaît les aspects du domicile (A) et instaure une inégalité entre époux (B).

A. Les aspects du domicile

125. Notion de domicile. Le domicile est, comme le nom, l'un des éléments de l'individualité juridique. Le mot domicile vient du latin *domicilium*, dérivé d'un autre mot latin, *domus*, qui signifie la maison. Au sens étymologique, le domicile est le lieu où chacun fait sa vie. Aux termes des dispositions de l'article 14 du Code des personnes et de

---

[385] *Cf.* art. 261 al. 2 du CPF ; M.-C. RONDEAU-RIVIER, *Le remariage*, Thèse, Lyon III, 1981, n° 4 ; J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert,* t. 1, *études générales. Droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1950, pp. 241 et s.

[386] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 539 ; R. DECOTTIGNIES, « *Requiem* pour la famille africaine », *Ann. afr*. 1965, p. 254 ; voy. aussi F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, Paris, L'Harmattan, 2000, n° 112 ; H. M. NKELENGE, *Vers une sacramentalité du système matrimonial,* Fribourg, éd. Saint-Paul Fribourg Suisse, 2003, p. 135.

[387] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 547, spéc. p. 1217.

la famille, « *la personne est domiciliée au lieu de son principal établissement ou, pour son activité professionnelle, au lieu où elle exerce celle-ci. De plus, la personne peut avoir une ou plusieurs résidences là où elle a d'autres centres d'intérêt* »[388]. Le domicile apparaît ainsi comme l'indice de localisation juridique[389] de la personne dans l'espace et revêt donc un aspect personnel marqué. L'article 15 du Code des personnes et de la famille apporte des précisions sur le domicile pour certaines personnes[390]. L'article 976 du Code des personnes et de la famille précise le sens du domicile conjugal.

126. Le domicile conjugal. Aux termes des dispositions de l'article 976 du Code des personnes et de la famille « *le domicile, au sens des dispositions du présent Code, est au lieu de la résidence commune habituelle des époux* »[391]. Les époux peuvent avoir des résidences séparées, mais chacun a son principal établissement au lieu de logement du couple qui est désigné domicile. Or le mariage oblige les époux en droit béninois à choisir le « *domicile conjugal* ». Selon les dispositions de l'article 156 du Code des personnes et de la famille, « *le choix du domicile du ménage incombe aux époux. En cas de désaccord, le domicile conjugal est fixé par le mari. Toutefois, la femme peut obtenir l'autorisation judiciaire de domicile séparé si elle rapporte la preuve que le domicile choisi par son mari présente un danger d'ordre matériel ou moral pour elle ou pour ses enfants* »[392]. Cette disposition peut constituer une inégalité de pouvoir dans le mariage au cas où les époux ne s'entendent pas sur le choix du domicile conjugal.

127. Plan. Les fonctions du domicile (1) et ses effets (2) possibles en droit de la famille seront examinés afin de déterminer s'il existe une inégalité au sujet du choix du domicile conjugal.

---

[388] *Cf.* art. 14 du CPF.
[389] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 243, spéc. p. 455.
[390] *Cf.* art. 15 du CPF : « *sont domiciliés :*
- les époux, au lieu choisi d'un commun accord par eux. En cas de désaccord, le domicile conjugal est fixé par le mari. Toutefois, la femme peut obtenir l'autorisation judiciaire de domicile séparé, si elle rapporte la preuve que le domicile choisi par son mari présente un danger d'ordre matériel ou moral pour elle ou pour ses enfants ;
- le mineur non émancipé, chez la personne qui exerce sur lui le droit de garde ;
- le majeur en tutelle, chez son tuteur ».
[391] *Cf.* art. 976 du CPF.
[392] *Cf.* art 156 du CPF.

1. Fonctions

128. Les intérêts du domicile en droit international. Le domicile en droit international privé intervient notamment en cas de conflit de juridictions[393] mais aussi pour la détermination du droit applicable en cas de conflit de lois[394]. C'est ainsi que les successions[395], les effets personnels et patrimoniaux du mariage[396], les effets et les causes du divorce et de la séparation de corps[397] peuvent, sous certaines conditions, être régies par la loi du domicile. En droit interne, les intérêts de la détermination du domicile sont aussi très nombreux.

129. Les intérêts du domicile en droit interne. Les principaux intérêts du domicile en droit interne sont d'ordre procédural[398]. Le domicile permet l'attribution de compétence. En matière civile, la compétence territoriale des tribunaux est, en principe, déterminée en tenant compte du domicile du défendeur[399]. Cependant, ce principe connaît des aménagements en droit de la famille. C'est ainsi par exemple que le créancier d'aliment a le choix entre le tribunal de son domicile et le tribunal du domicile du débiteur d'aliment[400].

---

[393] G. LEVASSEUR, *La détermination du domicile en droit international privé français*, Thèse, Paris, Rousseau & Cie éditeurs, 1931.

[394] Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1980, n^{os} 156 et s. Pour déterminer la loi applicable à une personne impliquée dans une relation internationale privée et ayant rapport à son statut personnel, on se réfère à son domicile.

[395] *Cf.* art. 1004 du CPF : « l*es questions relatives à la désignation des successibles, l'ordre dans lequel ils sont appelés, la transmission de l'actif et du passif à chacun d'entre eux, sont régis par la loi nationale du défunt au moment de son décès. Toutefois, si au moment de son décès le défunt avait des liens manifestement plus étroits avec l'État de son domicile, la succession sera régie par la loi du domicile du défunt au moment de son décès* ».

[396] *Cf.* art. 983 du CPF : « *les effets personnels et patrimoniaux du mariage, hormis ceux liés au régime matrimonial légal ou conventionnel, sont régis par la loi nationale commune des époux. En cas de nationalités distinctes, lesdits effets sont régis par la loi de l'État du domicile commun, à défaut, par la loi du dernier domicile commun, pourvu que l'un des époux ait conservé ce domicile. Si les époux n'ont jamais eu de domicile commun, lesdits effets sont régis par la loi du for. En cas de changement de nationalité ou de déplacement du domicile commun, la loi désignée par le nouvel élément matériel du rattachement s'applique immédiatement* ».

[397] *Cf.* art. 987 du CPF : « *les causes et effets du divorce ou de la séparation de corps sont régis par la loi nationale commune des époux à la date où la demande introductive est présentée au tribunal. En cas de nationalités distinctes à cette date, les causes et effets du divorce ou de la séparation de corps sont régis par la loi du domicile commun des époux ; à défaut, par la loi du dernier domicile commun, pourvu que l'un d'eux ait conservé ce domicile. Si les époux n'ont jamais eu de domicile commun, il sera fait application de la loi du for* ».

[398] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 244, spéc. p. 457.

[399] *Cf.* art 40 de la loi n° 2008-07 du 26 octobre 2010 portant Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes au Bénin.

[400] *Cf.* art. 401 al du CPF : « *Au choix du créancier d'aliments, l'action peut être portée soit devant le Président du tribunal de première instance de son domicile ou de sa résidence, soit devant celui du domicile ou de la résidence du débiteur* » ; voy. aussi art. 42 de la loi n° 2008-07 du 26 octobre 2010 portant Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes.

130. Le choix du domicile conjugal, une obligation du mariage. Si le domicile est l'un des éléments identifiants la personne[401], sa fixation est devenue pour les époux une obligation résultant du mariage[402]. L'article 156 du Code des personnes et de la famille a procédé par cascade dans cette démarche de détermination du domicile conjugal : le plein accord des époux est exigé au premier abord, puis vient l'étape de la manifestation de la volonté unilatérale de l'époux lorsque l'accord des deux époux n'est pas obtenu et, enfin, le recours au juge est ouvert à l'épouse pour autorisation judiciaire de domicile séparé si elle rapporte la preuve que le domicile choisi par son mari présente un danger d'ordre matériel ou moral pour elle ou pour ses enfants. Cependant, compte tenu des intérêts attachés au domicile, le mariage ne pourrait être la cause de fixation de domicile. C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur français a substitué au terme de domicile conjugal celui de résidence familiale pour mieux coller à la réalité des couples et à la fonction du domicile[403].

2. Effets

131. Refus de vivre au domicile fixé par le mari. Un certain nombre d'effets s'attachent au domicile conjugal. En raison de l'obligation de vie commune imposée aux époux par le mariage, le domicile conjugal a des conséquences considérables sur la vie du couple. On notera d'abord que tout refus de la femme de vivre au domicile fixé par son mari constitue une séparation de fait[404]. La séparation de fait n'a pas en principe de conséquences sur les autres obligations du mariage, du moins, pas de conséquences de droit[405]. Les époux, même séparés de fait, doivent normalement continuer leur contribution aux charges du ménage[406]. Le devoir de communauté de vie persiste aussi[407].

Cependant, quelques conséquences logiques s'attachent à la séparation de fait. La tutelle ou la curatelle[408] du conjoint ne peuvent être confiées à l'autre conjoint, et si ce dernier en avait la charge, elle lui sera retirée. Il peut aussi arriver que la contribution aux

---

401 *Cf.* art. 15 du CPF.
402 *Cf.* art. 156 du CPF.
403 *Cf.* la loi du 11 juillet 1975 modifiant le Code civil des français.
404 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique* : la séparation de fait s'entend de la « *situation de pur fait dans laquelle se trouvent deux époux qui, en l'absence de tout jugement de séparation de corps et de toute autorisation de résidence séparée, ont cessé de vivre ensemble, par suite de l'abandon de l'un par l'autre ou d'un accord exprès ou tacite, pacte d'ailleurs dépourvu de toute force obligatoire* ».
405 J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 635, spéc. p. 1419 ; A. BÉNABENT, *Droit de la famille*, *op. cit*., n° 356.
406 J. HAUSER et D. HUET-WEILLER*, op. cit.,* n° 1106 ; G. CORNU, *Droit de la famille*, *op. cit*., n° 38, spéc. p. 74 ; A. BÉNABENT, *op.* et *loc. cit*.
407 J. CARBONNIER, *op. cit*., n° 635, spéc. p. 1419.
408 J. CARBONNIER, *op. cit*., n° 635, spéc. p. 1421 et 1422 ; A. BÉNABENT, *op.* et *loc. cit*.

charges du ménage soit refusée à celui qui a instauré la séparation de fait[409]. Dans le cas où la femme quitte le domicile fixé par le mari, elle peut donc se voit refuser la contribution de l'époux aux charges du mariage.

132. Le désaccord sur le choix du domicile conduisant au divorce. L'accord des époux sur le choix du domicile est très important puisque s'ils acceptent de vivre ensemble[410], ils devront normalement s'entendre sur une question tout aussi importante. Le désaccord entre les époux risque de déboucher sur une procédure de divorce ou de séparation de corps[411]. La séparation de fait peut déboucher sur une procédure de séparation judiciaire de domicile – les obligations du mariage persistent en cas de séparation judicaire de domicile. Or afin d'obtenir la séparation judiciaire de domicile, la femme doit rapporter « *la preuve que le domicile choisi par son mari présente un danger d'ordre matériel ou moral pour elle ou pour ses enfants* »[412]. Dès lors qu'elle n'arrive pas à apporter cette preuve, le désaccord sur le choix du domicile conjugal entraînera, à court ou à long terme, le divorce. Le plus grand inconvénient du divorce dans pareil cas est qu'il existe un risque élevé qu'il soit prononcé aux torts exclusifs de la femme qui a provoqué la séparation de fait, avec les conséquences financières qui s'y attachent en droit béninois de la famille. Celle-ci pourra notamment être condamnée à payer des dommages-intérêts à son mari[413]. L'article 156 du Code des personnes et de la famille limite ainsi la liberté individuelle de la femme en la contraignant à vivre au domicile choisi par le mari. Son refus de vivre au domicile conjugal peut aller d'une simple séparation de fait au divorce prononcé à ses torts. L'inégalité entre époux dans et par le choix du domicile conjugal est ainsi observée.

B. L'existence d'une inégalité entre époux dans le choix du domicile conjugal

133. Plan. La possibilité pour le mari de fixer de façon unilatérale le domicile conjugal en droit béninois de la famille est une source d'inégalité de pouvoir entre époux dans le mariage. La fixation du domicile conjugal pour l'époux (1) sera examiné afin de démontrer qu'il y a eu la consécration d'une inégalité de pouvoir des époux (2).

---

[409] civ. 1ère, 6 janvier 1981, *Bull. civ. I*, n° 4 ; 16 janvier 1983, *D*. 1984, p. 39, note Revel ; A. BÉNABENT, *op.* et *loc. cit*. ; G. CORNU, *op.* et *loc. cit.* ; A. BÉNABENT, *op.*et *loc. cit*.

[410] Communauté de vie, le mariage est en espérance l'union de deux vies (à la vie à la mort) ; G. CORNU, *op. cit*., n° 26.

[411] P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.,* n° 271.

[412] *Cf*. art. 156 du CPF.

[413] *Cf*. art. 263 du CPF : « *En cas de divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, le juge peut allouer à l'époux qui a obtenu le divorce des dommages et intérêts pour le préjudice matériel et moral que lui cause la dissolution du mariage, compte tenu, notamment, de la perte de l'obligation d'entretien* ».

1. La fixation du domicile conjugal par l'époux

134. La primauté de la volonté du mari dans le choix du domicile conjugal. En disposant à l'article 156 du Code des personnes et de la famille qu'« *en cas de désaccord, le domicile conjugal est fixé par le mari* »[414], la loi remet en cause le principe de la collégialité autour du choix du domicile conjugal[415]. La deuxième proposition du législateur sur la détermination du domicile conjugal donne à l'époux le pouvoir qui lui était déjà conféré par le Coutumier du Dahomey et le Code civil français rendu applicable au Bénin. La possibilité de fixer le domicile conjugal offert à l'époux, en cas de désaccord, pourra éventuellement pousser ce dernier à exercer sa prérogative sans passer par l'étape de la recherche d'un accord sur le domicile. Le mari demeure ainsi toujours le chef de famille, au moins sur cette question.

135. L'époux, le chef de famille. Il convient de se demander la raison pour laquelle il revient à l'époux de fixer le domicile lorsqu'il n'y a pas unanimité de choix, et pourquoi pas l'inverse. La femme mariée étant la partenaire égale de l'homme, qu'est-ce qui a donc pu motiver le législateur a donné à l'époux seul la possibilité de fixer le domicile conjugal ? Cette idée du législateur n'est pas innocente : il a bel et bien institué, en cas de litige, un chef au sein de la famille. L'institution d'une telle forme d'inégalité a un rapport certain avec la force économique dans le foyer.

136. Un rapport avec la force économique dans le foyer. On peut bien faire référence à la situation économique des membres du couple autrefois, lorsque la femme se consacrait exclusivement aux tâches ménagères. L'essentiel des ressources financières du ménage proviennent donc de l'activité économique de l'époux qui entretient financièrement le ménage et assure tous les frais y compris le loyer du domicile conjugal. Dans cette mesure, il serait pénible de l'empêcher de résider au lieu de son choix alors que la femme qui se sépare du domicile court le risque réel d'être privée de la contribution de l'époux aux charges du mariage[416], voire un divorce[417]. Il y a aussi le fait que la femme n'a jadis pas d'autres obligations pouvant la conduire à vivre isolément du domicile du mari. Or les femmes ont, de nos jours, la possibilité de choisir une activité professionnelle[418] : la fixation du domicile conjugal par le mari n'est-elle pas alors une limitation injustifiée à l'activité professionnelle de la femme ?

---

[414] *Cf.* art. 156 du CPF.
[415] S. BOLLE, *art. préc.,* p. 318 ; S. K. HONVOU, *art. préc*., p. 583.
[416] Voy. *supra* n° 131.
[417] Voy. *supra* n° 132.
[418] *Cf.* art 157 al. 1er du CPF : « *Chacun des époux a le droit d'exercer la profession de son choix* ».

137. Une pratique dépassée. Une telle pratique semble aujourd'hui dépassée dans une société où les deux époux contribuent aux charges du ménage. Et comme le choix est laissé à l'époux de fixer le domicile conjugal, il le fixe en général en tenant compte de ses intérêts surtout professionnels. Or certaines professions, surtout la fonction publique, posent des exigences de domiciliation pour ceux qui les exercent. Il y aura alors une confusion dans la détermination du domicile de la femme mariée qui est normalement domiciliée là où l'a décidé son mari en cas de désaccord. Cette conception du domicile peut notamment constituer un frein à l'activité économique de la femme mariée qui reste ainsi sous la couverture du mari. Il s'agit également de la consécration de l'inégal pouvoir des époux.

2. La consécration d'une inégalité de pouvoir des époux

138. L'inégalité dans les options proposées. Le législateur offre au mari le pouvoir de fixer unilatéralement le domicile conjugal en cas de désaccord et donne à la femme mariée la possibilité de saisir le juge pour autorisation de domicile séparé, encore qu'elle doit apporter la preuve que le domicile choisi par son mari présente un « *danger d'ordre matériel ou moral pour elle ou pour ses enfants* »[419]. L'inégalité paraît claire et la volonté du mari est sans équivalent au sein de la famille. Celle de la femme pèse moins sur son mari puisque sa seule possibilité est de recourir au juge. Il est vrai que le législateur béninois s'est beaucoup inspiré du Code civil français, lequel pourtant consacre entièrement la collégialité pour le choix du domicile depuis la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975. Les époux doivent donc s'entendre pour fixer le lieu où va s'exercer l'obligation de communauté de vie[420]. Un tel accord doit être effectif[421]. Il peut cependant être tacite. Mais que décider en cas de désaccord ?

139. La possibilité du recours au juge. L'option du recours devant le juge peut être analysée comme discriminatoire dans la mesure où ce dernier n'intervient que pour l'autorisation de domicile séparé, ce qui n'est pas toujours la volonté de la femme mariée. L'option est tracée d'avance et le juge paraît lié dans sa décision qui n'intervient pas pour demander à l'époux de suivre sa femme dans le domicile qu'elle voudrait choisir. La volonté du mari ne subit donc aucune modification et la femme ne peut, même en faisant recours au juge, faire entendre sa propre volonté. La volonté du mari dépasse donc à elle

---

[419] *Cf.* art. 156 du CPF.
[420] Il existe donc une obligation de négociation ; voy. à cet égard, J. HAUSER, *RTD civ*. 1991, p. 502, et Douai, 12 oct. 1984, *D*. 1984, p. 523, note E. Bay-Clément.
[421] P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *op. cit*., n° 271, spéc. p. 102.

seule et la volonté de la femme et l'*imperium* du juge. Donner au mari le plus de pouvoir est une façon de refaire place à la tradition.

140. La conception béninoise du domicile conjugal. Le domicile conjugal était en effet connu d'avance. Le mari était en effet obligé de recevoir sa femme et celle-ci obligée de le suivre partout[422]. Dans les droits coutumiers comme dans le droit moderne issu du Code civil français rendu applicable au Bénin, la règle était la même. Il existait toutefois une légère différence entre les deux. Le domicile conjugal dans les coutumes au Bénin étant en général celui de la famille du mari, c'est-à-dire le domicile d'origine[423] de l'époux. La nouvelle loi n'a pas hésité à marquer un retour vers les coutumes en consacrant la prépondérance maritale dans le choix du domicile, en occultant les rapports qui peuvent exister entre domicile et indépendance professionnelle. La régionalisation est une question d'actualité au Bénin. Cette régionalisation se fait en effet suivant la filiation paternelle de l'individu. Ainsi et en général, on identifie une personne par rapport à la localité où ses arrières grands-parents de la ligne paternelle ont élu leur domicile. Le fait de porter un certain nom renvoie donc à une certaine origine, à un domicile bien défini et le législateur a, d'une certaine manière, maintenu la prépondérance du mari dans le choix du domicile en faisant concession à la tradition. L'incapacité juridique de la femme mariée est ainsi maintenue.

141. L'incapacité de la femme maintenue. L'incapacité de la femme semble maintenue puisque son choix ne peut s'imposer au mari. Elle ne peut que choisir un domicile pour elle et pour ses enfants, et ce sur autorisation du juge après avoir apporté la preuve que le domicile choisi par son mari présente un danger. Dans le Coutumier du Dahomey, la femme n'avait aucun pouvoir juridique, seul l'homme avait le pouvoir juridique de choisir la demeure familiale. Si, dans le droit actuel, on peut relever un progrès dans le choix du domicile conjugal en raison de l'accord de volonté des époux suggéré, tout laisse néanmoins redouter la continuation de l'ancien régime, le domicile de la femme et des enfants demeurant en effet le domicile d'origine de l'époux.

---

[422] Art 215 C. civ français de 1958 ; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*, *op. cit*. ; G. CONAC, « Introduction », in G. Conac (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains : « La vie du droit en Afrique »*, Paris, Économica, 1980, p. XII ; J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueu*r, Paris, 10e éd., LGDJ, 2014 ; A. G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974, p. 212.

[423] Par domicile d'origine, il faut entendre domicile des parents, car en effet, par filiation, l'enfant acquiert un domicile ; voy. J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 246, spéc. p. 462.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

142. Le droit béninois de la famille comporte à l'heure actuelle quelques dispositions qui ne respectent pas le principe d'égalité en droit[424]. Parmi ces dispositions, il en existe qui portent sur les conditions de formation du mariage comme la dot et le délai de viduité. La première est une obligation unilatérale imposée au futur époux ou à sa famille et le second concerne la femme qui, quelles que soient les raisons de la rupture de son mariage, doit respecter un délai avant de pouvoir se remarier. Á cette condition unilatérale du mariage pour la femme, s'ajoute le problème du choix du domicile conjugal qui maintient la femme dans la situation qui était la sienne sous l'empire de la tradition[425].

Cette inégalité qu'on peut observer dans le droit béninois de la famille est liée à l'obstination à vouloir transposer certaines traditions dans le droit, en dépit de leurs contradictions avec l'esprit du Code des personnes et de la famille qui prône l'égalité des hommes et des femmes.

---

[424] *Cf.* art. 142 du CPF, art. 124 et art. 156 du CPF.

[425] *Cf.* art 215 C. civ français de 1958 ; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*, *op. cit*., p. ; G. CONAC, *art préc*., p. XII ; J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueu*r, Paris, 10è éd., LGDJ, 2014 ; A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 211.

CHAPITRE II :
LE MAINTIEN DE TRADITIONS INÉGALITAIRES QUANT AUX ÉLÉMENTS IDENTIFIANT LES PERSONNES

143. L'ancienneté du problème. Au nombre des éléments de l'Ancien droit qui régissaient la famille que le Code des personnes et de la famille a transposé dans le nouveau droit figure, en premier lieu, l'ancien régime du nom. Le nom de l'enfant est traditionnellement celui de son père. Cette règle est implicitement contenue dans l'article 57 du Code civil français rendu applicable au Bénin[426]. Le Code des personnes et de la famille a donc maintenu l'ancien régime en ce qui concerne le nom. C'est ainsi que le nom du père est devenu le nom de l'enfant et le nom d'usage de la femme mariée un véritable droit consacré par le Code des personnes et de la famille du Bénin. En second lieu figure le régime de la nationalité. Le législateur n'a pas retouché le Code de la nationalité de 1965[427] qui emprunte une part importante du droit de la famille. On est alors en droit de considérer que le nouveau droit de la famille l'intègre. La continuité de l'ancien régime ainsi décrite

---

[426] Le Code civil français rendu applicable au Bénin qui organisait jusqu'alors la famille, n'a fait aucune place au régime du nom de l'individu au sein de la famille. C'est en effet, par interprétation des dispositions de l'art. 57 du Code civil français rendu applicable au Bénin, combinée avec celle de l'art. 321 qu'on peut déduire que l'enfant porte le nom de son père. Mais, il ne s'agit que d'une forme de preuve de la filiation des enfants légitimes. D'une part, l'art. 57 énumère les éléments devant figurer sur l'acte de naissance de l'enfant à savoir le jour, l'heure, le lieu de naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère, et ceux des témoins. On ne peut nullement, en déduire que la loi prévoit l'attribution du nom du père à l'enfant. D'autre part, l'art. 321 du Code civil français rendu applicable au Bénin peut être, d'une certaine façon, interprété comme attribuant à l'enfant le nom du père, même si dans ce cas, il convient de nuancer. Il s'agit d'un effet du mariage, un corollaire de la présomption de paternité, voy. J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 222. Par l'effet de la grossesse, la mère de l'enfant est toujours identifiée. En raison du flou qui entoure la paternité, l'attribution du nom du père à l'enfant se fait indépendamment de la rédaction de l'acte de naissance. Il semble bien que ce n'est qu'une attribution *jure sanguinis* ; É. MICOU, *Thèse préc*., n° 342 ; G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, les personnes*, J. GHESTIN (dir.), Paris, LGDJ, 1989, n° 118 ; I. CORPART, « La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille », *D*. 2003, chron., p. 2845.

[427] Le Code de la nationalité applicable au Bénin est issu de la loi n° 65-17 du 23 juin 1965 portant Code de la nationalité dahoméenne. Elle a été publiée au *Journal officiel de la République du Dahomey* du 1 août 1965. Le Dahomey est devenu le Bénin le 30 novembre 1975 ; voy. J. LE CORNEC, *La calebasse dahoméenne ou les errances du Bénin : Du Dahomey au Bénin*, t. II, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 311 ; voy. aussi le Préambule de la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990. Pour cette raison, même si la loi est intitulée Code de la nationalité dahoméenne, on utilisera pour cette recherche l'appellation « Code de la nationalité béninoise » pour la cohérence avec l'appellation actuelle du Dahomey qui est le Bénin.

fait obstruction à la marche vers l'égalité entreprise par le législateur. Dès lors, il est d'une grande importance d'examiner au mieux cette situation afin de pouvoir évaluer l'état de l'égalité dans l'identification de la personne, surtout lorsque les éléments qui permettent cette identification ont leur source en famille.

144. Plan. Le maintien de traditions inégalitaires quant aux éléments identifiant la personne sera examiné à travers la question du nom (Section 1) et celle de la nationalité (Section 2).

SECTION 1. L'INÉGALITÉ DANS LA TRANSMISSION OU LE PORT DU NOM

145. Notion de nom. Le nom est selon le *Vocabulaire juridique* un « *mot ou ensemble de mots désignant une personne physique ou morale et se composant, pour les personnes physiques, du nom de famille et du ou des prénoms, avec parfois adjonction d'un pseudonyme, d'un surnom, d'une particule ou d'un titre de noblesse* »[428]. Le nom est ainsi défini au sens large et est conçu comme « *un moyen d'individualisation consistant dans l'usage d'une suite de mots pour désigner une personne* »[429]. Il se compose *lato sensu* de deux mots essentiels que sont le nom de famille et le prénom. Mais le nom au sens strict fait référence au nom de famille qu'on désigne « *nom* » sans autres qualificatifs. Et c'est justement de ce dernier qu'il sera question dans cette étude.

146. Les intérêts liés au nom. Le nom est un élément de l'état des personnes[430] et en tant que tel, il est le signe d'une insertion dans une famille[431]. Le nom a une résonnance particulière parce qu' « *il est à la fois ce qui projette, ce qui évoque et ce qui perpétue, ce qui, en désignant, isole ou rassemble* »[432]. Il relie les générations et situe l'individu dans une histoire. Le nom « *représente tout un patrimoine de souvenirs et d'honneurs dont l'enrichirent les ancêtres* »[433]. Il rappelle à chacun ses origines et permet de se projeter dans l'avenir[434]. Le nom, « *gage de reconnaissance qui permet à chacun de savoir "qui je*

---

[428] *Cf.* G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire Juridique*, Paris, PUF, 2014, voy. « nom ».
[429] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t.1, *op. cit*., n° 220.
[430] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 266, spéc. p. 493.
[431] I. CORPART, *art. préc.*
[432] M. GOBERT, « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *préc., spéc*., n° 3.
[433] Tribunal civil de Seine, 1er déc. 1926 (DH 1927, p. 127) ; R. LINDON, « La nouvelle disposition législative relative à la transmission de l'usage du nom », *D.* 1986, chron. p. 87.
[434] G. GOUBEAUX, « Le nom », in *Droit de l'enfant et de la famille : hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, p. 24.

suis" "qui tu es" est le dernier résidu du culte des morts »[435]. Il individualise la personne mais l'insère aussi dans un groupe et dans une histoire. Il est un élément indissociable de la personnalité d'un individu[436] et représente l'individu à l'égard de ses proches et des tiers[437]. Il « *marque un lien avec les ancêtres, espoir d'une perpétuation par la transmission aux descendants, moyen de se faire reconnaître et d'asseoir sa notoriété* »[438].

147. La problématique. Le nom est un élément de l'état de famille. L'attribution du nom est faite en principe en raison de la filiation[439]. Au sein de la famille légitime comme de la famille naturelle, chaque enfant se voit attribuer un nom[440]. Le nom est la clef de l'individualisation[441], il est donc capital qu'on y accorde une grande importance. Le nom n'est cependant pas seulement attribué en raison de la filiation[442]. C'est ainsi que lorsque les parents d'un enfant sont inconnus, la loi détermine les règles qui président à l'attribution de son nom[443], même si le nom est en général attribué en raison de l'appartenance à une famille. Dès lors, le mariage comme la filiation peuvent être des éléments fondant un droit sur le nom et pouvant permettre de l'acquérir[444].

Mais on constate qu'en général, c'est le nom du père dit patronyme qui est transmis aux enfants. Quant à l'attribution du nom par le mariage, c'est à la femme qu'il est fait obligation de porter le nom de son époux. Il existe donc une inégalité objective dans le régime du nom au sein de la famille. Certains auteurs pensent d'ailleurs que le nom est le dernier bastion de la prépondérance maritale[445]. Ce qui est en cause n'est pas seulement que la femme porte le nom du mari, mais encore et surtout que seul le nom du mari soit transmis aux enfants.

---

[435] G. GOBERT, « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *préc.,* spéc. n° 1.
[436] *Plaidoyer pour l'égalité*, Assemblée parlementaire, préf. G. HALIMI, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 1995, p. 53 ; M. Grimaldi, *art. préc., spéc*. n° 12 ; Ph. JESTAZ, « Á propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic », *préc. spéc.,* pp. 269-270.
[437] M. GRIMALDI, *art. préc*. spéc., n° 1.
[438] G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Les personnes*, J. GHESTIN (dir.), Paris, LGDJ, 1989, n° 111.
[439] G. GOUBEAUX, *op. cit.,* n° 116.
[440] J. MENJUCQ, *L'attribution du nom par filiation*, Thèse, Paris II, 1975 ; M. GRIMALDI, « Patronyme et famille : l'attribution du nom », *Defrénois*, 1987, art. 34117 ; Ph. JESTAZ, « Á propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic », *RTD civ.* 1989, p. 269 ; M. GOBERT, « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *JCP*, 1980, I. 2966 ; S. KIEFFÉ, « Le nom patronymique à travers les frontières », *Gaz. Pal*. 24 sept. 1985 ; J. BEROUGON-PUGIEU et D. THOUVENIN, « Le nom de la femme mariée », in R. Nerson (dir.), *Mariage et famille en question*, Lyon, CNRS, 1979, p. 117 et s ; C. PETIT, « Nouvelles modalités d'indication des "doubles noms" dans les acte de l'état civil. l. – "égalité, liberté et...complexité" », *Dr. fam*. 2012, n° 2, fév. étude 5.
[441] J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1*,* n° 220.
[442] G. GOUBEAUX, *op.* et *loc. cit*.
[443] *Cf*. art. 7 du CPF.
[444] Voy. J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1*,* n° 221 ; M. GRIMALDI, *art. préc*., n° 13 ; M. GOBERT, *art. préc*., n° 4 ; Ph. JESTAZ, *art. préc*., p. 270.
[445] Ph. JESTAZ, *art. préc*., p. 273.

148. Plan. L'étude de l'inégalité au sujet du nom sera faite en examinant dans un premier temps, le nouveau régime du nom qui est la reprise d'une coutume consacrant l'inégalité dans l'attribution du nom à l'enfant (§1). Dans un second temps, on traitera l'instauration d'une forme nouvelle d'inégalité sur le nom de la femme mariée (§2).

§1. LA REPRISE D'UNE COUTUME CONSACRANT L'INÉGALITÉ DANS L'ATTRIBUTION DU NOM À L'ENFANT

149. Une tradition. Dans de nombreux pays, la loi ou la coutume prévoit que les enfants reçoivent automatiquement le nom de leur père[446]. Cette règle de transmission du nom du père à l'enfant apparaît critiquable par son conservatisme et surtout au regard du principe d'égalité entre époux. Cette disposition qui régit le nom de l'enfant consacre la filiation patrilinéaire alors que la patrilinéarité rompt l'égalité entre époux et méconnaît le droit des enfants.

150. Plan. La transmission patrilinéaire du nom (A) rompt l'égalité entre époux et, pour cette raison, il y a nécessité de réorienter sa dévolution (B).

A. La transmission patrilinéaire du nom

151. Le but de la transmission patrilinéaire du nom. Si autrefois une raison certaine sous-tendait l'attribution du nom du père à l'enfant, de nos jours, cette conception semble dépassée. En effet, le nom a été considéré comme le signe de l'unité d'une famille patrilinéaire. La femme mariée prend le nom de son mari et les enfants aussi reçoivent automatiquement le nom de leur père[447]. Toute la famille se fait donc désigner par le nom du mari. La famille était jadis organisée autour d'un chef[448], le père de famille qui concentrait entre ses mains tous les pouvoirs. Il avait la puissance paternelle et la puissance maritale et les exerçait. Il représentait la famille et garantissait son unité. On ne pouvait donc pas concevoir pour la famille d'autres désignations que le nom du mari pour

---

[446] A. WEILL et F. TERRÉ, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, 5è éd., Dalloz, 1993, n° 41 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, Paris, Dalloz, 1998, p. 47 ; Th. GARÉ, *Droit des personnes et de la famille*, Paris, 3è éd., Montchrestien, 2004, p. 165 ; É. MICOU, *L'égalité des sexes en droit privé. De quelques aspects essentiels*, Thèse, préf. Y. Saint-Jours, Presses universitaires de Perpignan, 1997, n° 341 ; J. HAUSER, « Le nom des enfants : une législation discriminatoire et obsolète », *RTD Civ*. 1994, p. 829 ; G. GOUBEAUX, *op. cit*., n° 117 ; M. GRIMALDI, *art. préc.,* n° 6 ; J. MENJUCQ, *Thèse préc*., p. 81 et s ; I. CORPART, *art. préc*.

[447] M. GRIMALDI, *art. préc.,* n° 7.

[448] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 237.

maintenir l'unité[449]. Cependant, on constate qu'une inégalité est créée par la transmission patrilinéaire du nom.

152. L'existence d'une inégalité dans la transmission patrilinéaire du nom. Une inégalité perdure au sujet de la transmission du nom. Cette inégalité réside dans l'attribution du seul nom du père à l'enfant. Si le principe de transmission du nom du père à l'enfant est largement répandu, il n'en demeure pas moins qu'il est de plus en plus remis en cause sous l'effet du principe d'égalité[450] puisqu'il viole les droits de l'enfant comme ceux de la mère.

153. Plan. La transmission patrilinéaire du nom consacre un droit limité de l'enfant à ses deux filiations qui a des conséquences importantes (1). Elle constitue également une violation du droit de la femme à transmettre son nom à sa descendance (2).

1. La limitation du droit de l'enfant à ses deux filiations et ses conséquences

154. Le port du nom, une question de notoriété. Ainsi que l'a affirmé Victor Hugo, « *le plus beau patrimoine est un nom révélé* »[451]. La notoriété d'une personne s'acquiert parfois par la seule référence à une famille. La famille de l'épouse peut avoir, par exemple, acquis de la notoriété et la simple allusion à celle-ci peut attirer certaines personnes. L'usage du nom de la mère par l'enfant peut, dans une certaine mesure, contribuer à l'expansion de l'activité économique ou professionnelle de l'enfant. La mère peut porter le nom d'une famille célèbre dont il y a plus de représentants mâles et dont l'éclat va s'éteindre à la génération suivante[452]. Il peut aussi s'agir d'un nom rendu célèbre par la femme[453] puisque les femmes occupent de plus en plus de hautes fonctions et ne sont plus obligées d'exister par l'influence de leur époux. Au Bénin, il y a par exemple des femmes comme Denis-Ouinsou et bien d'autre dont les enfants auraient pu porter le nom. La seule référence à ce nom est un honneur pour la personne qui le porte. Or la transmission du seul nom du père à l'enfant ne permet pas de retracer ses deux filiations.

155. La création d'une rupture dans l'histoire des enfants. Le Code des personnes et de la famille dispose en son article 6 que « *l'enfant légitime porte le nom de famille de son père. L'enfant né hors mariage porte le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie. En cas de reconnaissance simultanée des deux parents, l'enfant porte le nom de son père. Si le père reconnaît l'enfant en dernière position, l'enfant*

---

[449] G. GOUBEAUX, *op.* et *loc. cit*., n° 111.
[450] L. MAYAUX, « L'égalité en droit civil », *JCP*, 1992, I, 3611 ; I. CORPART, *art. préc.*
[451] V. HUGO, *Odes et ballades*, Paris, Gallimard, 1980.
[452] R. LINDON, *art. préc.*, p. 85 ; M. GRIMALDI, *art. préc.,* n° 11 ; I. CORPART, *art. préc*., p. 2845.
[453] R. LINDON, *art. préc.*, p. 85 .

prendra son nom. Mais s'il s'agit d'un enfant de plus de quinze (15) ans, son consentement sera requis. En cas de désaveu, l'enfant porte le nom de sa mère. L'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté. En cas d'adoption par les deux époux, l'adopté prend le nom du mari »[454]. Le nom de famille au Bénin est ainsi bel et bien le patronyme[455]. La ligne maternelle de l'enfant est écartée à chaque génération. L'histoire des enfants se trouve ainsi amputée d'une bonne moitié à chaque génération et seule la ligne paternelle est retracée. Il existe donc une priorité affichée de la transmission du nom du père. Celui de la mère n'est attribué à l'enfant que dans les seuls cas d'impossibilité de l'établissement de la filiation paternelle. Ce régime a plusieurs conséquences dans la famille. Elle peut engendrer la polygamie, la déscolarisation des filles et la régionalisation.

156. Le recours à la polygamie en vue de la perpétuation du nom. Le patriarcat instaure la transmission du nom du père à l'enfant et non celui de la mère à l'enfant. Il implique que c'est le fils qui transmet le nom qu'il a reçu de son père à sa descendance. La fille ne transmet pas son nom à sa descendance. Or la descendance d'un couple peut être uniquement masculine ou féminine. Dans ce dernier cas, les filles ne transmettant par leur nom à leur descendance, le nom reçu du père s'éteindra donc à la deuxième génération. En résumé, le nom du père s'éteint à la deuxième génération lorsque la première génération – sa descendance – n'est composée que de filles. La conséquence immédiate pourrait être la polygamie, certains hommes recherchant à avoir des enfants de sexe masculin en recourant à la polygamie. Ceci explique en partie le fort taux de polygamie au Bénin touchant 27% des couples[456]. La déscolarisation des filles aussi peut être une conséquence de la transmission patrilinéaire du nom.

157. La déscolarisation résultant de la transmission patrilinéaire du nom. La transmission du nom du père à l'enfant pourrait avoir comme conséquence le faible taux de scolarisation des filles[457]. La fille n'est pas vue, en général en Afrique, et plus précisément au Bénin, de la même manière que le garçon qui est considéré comme le représentant légitime du père. Dans cette mesure, les soins à lui accordés sont tout particuliers car le fils pérennise la lignée par le nom reçu de son père et conserve le plus souvent le domicile

---

[454] *Cf.* art. 6 du CPF.

[455] *Cf.* art. 5 al. 1er du CPF : « *toute personne s'identifie par un ou plusieurs prénoms et par un nom patronymique* ».

[456] Voy. Synthèse des analyses du troisième recensement général de la population et de l'habitat de février 2002, p. 22, disponible sur le site [http://www.insae-bj.org/] ; voy. L. A. BAFA'A-TSAGUE, « La consécration de la monogamie dans le Code béninois des personnes et de la famille : entre affiliation à l'universalité et écart à la réalité », in D. Maugenest et Th. Holo (dir.), *L'Afrique de l'Ouest et la tradition universelle des droits de l'homme, Actes du colloque d'Abidjan, 13-15 mars 2006,* éd. CERAP, 2006, p. 250.

[457] C'est d'ailleurs cela qui justifie le faible taux de scolarisation des filles au Bénin et les politiques de discrimination.

paternel – la fille devant partir habiter avec son époux. Tout l'espoir porte donc sur le garçon. La fille, dit-on, est faite pour le foyer, car il est si souvent dit qu'une fille envoyée à l'école ne sert à rien. La fille est donc prédestinée aux travaux domestiques et on lui accorde une éducation en conséquence. L'usage du nom du mari après le mariage peut aussi expliquer la sous-scolarisation des filles. Le père de la femme mariée aura en effet l'impression d'avoir élevé l'enfant pour une autre famille car elle devient membre de cette nouvelle famille. On peut aussi constater que la régionalisation est une conséquence de la transmission patrilinéaire du nom.

158. La régionalisation résultant de la transmission patrilinéaire du nom. Le nom d'une personne au Bénin permet de la situer dans une région géographique donnée. L'enfant appartient au groupe familial de son père et par conséquent provient de sa région d'origine. Dès lors que le régime du nom aurait changé, le nom tracera davantage la filiation de la personne et pourrait permettre de voir qu'une personne peut avoir ses origines dans plusieurs régions du pays. Le vote régional se renversera et on assistera à la « *nationalisation des mentalités* »[458] en matière électorale au Bénin. L'égalité dans la transmission du nom pourrait aussi constituer un frein au régionalisme, fléau qui mine le système démocratique au Bénin[459].

En raison de ces conséquences qu'induit la transmission patrilinéaire du nom, elle doit être revue. On constate aussi qu'il y a d'autres raisons qui peuvent conduire ou conduiront inéluctablement à l'anéantissement de la transmission patrilinéaire du nom car ils sapent ses fondements même. Il s'agit des recompositions de famille.

159. Les recompositions de famille. La famille fondée sur le mariage connaît des mutations[460]. D'autres modes de conjugalités ont accédé à l'honorabilité[461] et concurrencent la famille fondée sur le mariage. Les désunions de couples se multiplient en

---

[458] H. N. KITTI, « Le vote de rupture : l'élection présidentielle de 2011 au Bénin », in *Revue Africaine de Parlementarisme et de Démocratie*, vol. III, n°8, août 2014, p. 250.

[459] H. N. KITTI, *art préc*., p. 250; J.-F. BAYART, *L'État en Afrique. La politique du ventre*, Paris, Fayard, 2000, p. 281 et s. ; D. AMOUSSOU-YÉYÉ, « La dynamique ethnique dans la dynamique sociopolitique du Bénin du Renouveau démocratique », in *Afrique juridique, politique et scientifique*, vol. 4, n° 1, 1995, p. 133 ; R. BANÉGAS, *La démocratie à pas de caméléon, transition et imaginaires politiques au Bénin*, Paris, Karthala, 2003, p. 249 ; F. J. AÏVO, *Le Président de la République en Afrique noire francophone. Genèse, mutations et avenir de la fonction*, Thèse, L'Harmattan, 2007, p. 207 ; N. BAKO-ARIFARI, « Démocratie et logiques du terroir au Bénin », *Politique africaine*, n° 59, 1995, p. 15 ; R. GBEGNONVI, « Les législatives de mars 1995 : une question, des leçons et des devoirs », *Journal la Nation*, 24 avril 1995 ; F. A. KAKAÏ, *Le vote ethnique au Bénin : Contribution à une étude sociopolitique de l'élection*, Thèse, Université d'Abomey-Calavi, Chaire UNESCO, 2011.

[460] I. THÉRY, *Couple filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée. Rapport à la ministre de l'emploi et de la solidarité et au garde des sceaux, Ministre de la justice,* Paris, Odile Jacob, 1998, p. 13 ; Ph. JESTAZ, « Á propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic », *préc*., p. 273.

[461] G. GOUBEAUX, « Le nom », in *Droit de l'enfant et de la famille : hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, p. 27 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, n° 544, spéc. p. 1207.

même temps que les recompositions familiales se démultiplient. La famille fondée sur le mariage reçoit ainsi un second coup. Les recompositions de famille rompent l'unité recherchée par l'attribution patrilinéaire du nom. L'épouse peut amener avec elle dans son nouveau couple les enfants issus d'une union précédente qui portent un autre nom que les enfants issus du nouvel époux. On peut dès lors observer de manière récurrente que des frères et sœurs portent des noms différents.

160. Une violation malencontreuse des droits de l'enfant. L'unité de la cellule familiale fondée sur le mariage était soumise à l'autorité du mari et à l'incapacité juridique de la femme mariée. Le nouveau droit de la famille a dépouillé quasi entièrement le père de son ancien rôle[462]. Désormais, l'autorité parentale[463] vient remplacer la puissance paternelle et la puissance maritale[464] n'existe plus. La femme a la capacité juridique. Le nom jadis considéré comme le signe de l'unité de la famille ne joue plus vraiment son rôle. Tout enfant a le droit de bénéficier des prestiges liés à ses deux origines par son nom parce que le nom d'une personne devrait renseigner sur sa filiation[465]. La transmission du seul nom du père à l'enfant est perçue désormais comme une violation des droits de l'enfant à afficher ses origines nécessairement doubles puisque l'enfant est issu d'un couple[466].

La transmission patrilinéaire du nom constitue également une violation du droit de la femme à transmettre son nom à sa descendance.

---

[462] Ph. JESTAZ, *art. préc.,* p. 273.

[463] Le Code des personnes et de la famille ne parle plus de puissance paternelle, mais d'autorité parentale, dont l'exercice revient aux père et mère de l'enfant durant le mariage, *cf.* art. 411 du CPF qui dispose que « *durant le mariage, l'autorité parentale est exercée en commun par les père et mère, sauf décision judiciaire contraire* ».

[464] Aucune disposition du CPF ne mentionne la puissance maritale. Le pouvoir ménager revient désormais aux deux époux et, nul d'entre eux, ne détient un pouvoir sur l'autre ; voy. notamment l'art. 173 du CPF qui dispose que « *chaque époux a la pleine capacité juridique ; mais ses droits et pouvoirs sont limités par l'effet du régime matrimonial et les dispositions ci-après* » et l'art. 179 selon lequel : « *chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants ; toute dette ainsi contractée par l'un oblige solidairement l'autre. Néanmoins, la solidarité n'a pas lieu pour des dépenses manifestement excessives eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Elle n'a pas lieu non plus pour les obligations résultant d'achats à tempérament ou d'emprunts, à moins que ces engagements ne soient modestes et nécessaires aux besoins de la vie courante* ».

[465] É. MICOU, *Thèse préc.,* n° 353.

[466] Il est bien possible, de nos jours, de se demander si un enfant a toujours deux parents en raison des progrès de la médecine grâce auxquels on peut faire naître des enfants sans aucun contact sexuel. Mais la réponse est déjà trouvée. Quel que soit le mode de procréation dans l'espace humaine, il y a toujours la mise en contact de deux cellules reproductrices, l'une mâle et l'autre femelle ; à moins d'envisager le clonage reproductif qui relève, pour le moment, des questions éthiques, voy. *infra* n° 676.

2. Une violation du droit de la femme de transmettre son nom à sa descendance

161. Un droit résultant de la filiation. Le nom est le signe de la filiation de l'enfant[467]. Le père a le droit de transmettre son nom aux enfants nés de son mariage. En concubinage, le père de l'enfant a également le droit de transmettre son nom aux enfants en raison de sa reconnaissance de la paternité de l'enfant. Il a aussi le droit de transmettre son nom aux enfants, même en cas de filiation adoptive. Le père de l'enfant tient donc le droit de transmettre son nom à ses descendants du fait de l'engendrement ou du simple lien de droit qui opère comme l'engendrement[468]. Le droit de transmettre le nom aux enfants est ainsi un droit lié à la filiation. Il existe ainsi une volonté législative affichée de transmettre par priorité le nom du père à l'enfant.

162. Une volonté législative affichée de la transmission du seul nom du père. Aux termes de la loi, une fois que le père est connu et qu'il reconnaît l'enfant, la transmission de son nom à l'enfant est facilitée. L'alinéa 3 de l'article 6 du Code des personnes et de la famille dispose qu' « *en cas de reconnaissance simultanée des deux parents, l'enfant porte le nom de son père* »[469]. Afin d'offrir un traitement égal aux enfants, indépendamment de leurs situations familiales, en assimilant le plus possible l'enfant de parents non mariés à l'enfant légitime[470], le législateur a facilité la transmission du nom du père à l'enfant naturel. Ainsi, l'alinéa 4 du même article 6 prévoit-il que « *si le père reconnaît l'enfant en dernière position, l'enfant prendra son nom* »[471]. Cette volonté du législateur d'accorder la priorité à la transmission du nom du père s'étend même à l'enfant adoptif d'un couple marié. Aux termes de l'alinéa 7 de l'article 6 du Code des personnes et de la famille du Bénin prévoit à cet effet qu'« *en cas d'adoption par les deux époux, l'adopté prend le nom du mari* »[472]. Il faut comprendre qu'en présence du nom du père, celui de la femme n'a pas d'existence et s'efface tout simplement. Ne pourrait-on donc pas considérer l'attribution du nom du père à l'enfant comme un instrument de domination[473] de l'homme sur la femme ? L'attribution du nom induit des conséquences plus diffuses et reflète ainsi assez bien l'organisation patriarcale de la société. Une inégalité entre époux est ainsi consacrée.

---

[467] M. GOBERT, « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *préc*., *spéc*. n° 4.
[468] G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, les personnes*, J. GHESTIN (dir.), Paris, LGDJ, 1989, n° 118.
[469] *Cf*. art. 6 al. 3 du CPF.
[470] F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, Paris, Dalloz, 1998, p. 46.
[471] *Cf*. art. 6 al. 4 du CPF.
[472] *Cf*. art. 6 al. 7 du CPF.
[473] M. GRIMALDI, *art. préc*., spéc. n° 11.

163. Une inégalité dans le couple en faveur de l'époux. Seul le père transmet son nom aux enfants dans un couple marié[474]. Cette prééminence masculine[475] dans l'attribution du nom aux enfants contraste avec l'égalité entre homme et femme reconnue dans le droit béninois de la famille. Les femmes et les hommes devant tirer les mêmes droits et avantages du mariage. On note la prépondérance de l'époux dans la transmission du nom qui est le premier élément identifiant la personne. Il n'est même pas accordé aux enfants, en l'état actuel de la législation béninoise, le droit d'usage du nom de leur parent qui ne leur est pas transmis, c'est-à-dire le nom de leur mère. La maternité n'a aucune conséquence sur le nom de l'enfant, sauf dans le cas où le père de l'enfant est inconnu. Le déséquilibre[476] du système béninois concernant le nom de l'enfant est particulièrement remarquable. Si le mariage donne le droit à l'époux de transmettre son nom à sa descendance, ce même droit doit être accordé à la femme sauf à créer une inégalité en défaveur de la femme dans le mariage par l'attribution patrilinéaire du nom à l'enfant[477]. Si on peut analyser la transmission patrilinéaire du nom comme une inégalité entre époux, elle permet toutefois de traiter à égalité les hommes indépendamment de leur état matrimonial. Cependant, elle crée une inégalité entre les femmes en raison du mariage.

164. Une inégalité entre les femmes en raison du mariage. La transmission patrilinéaire du nom est également une source d'inégalité entre couples. L'inégalité dont il est ici question est due au mode de conjugalité. L'union libre offre la possibilité à la femme de transmettre son nom à sa descendance. L'enfant naturel peut porter le nom de sa mère si son père ne le reconnaît pas[478] ou simplement si sa mère fait établir la filiation à son égard en écartant sa filiation paternelle[479]. Il suffit donc pour une femme de ne pas avoir la possibilité d'identifier le père de l'enfant pour transmettre son nom à sa descendance, ce qui est une inégalité entre couples dans la mesure où la femme qui est dans un lien de mariage ne peut pas transmettre son nom à sa descendance alors que la concubine a de fait ce droit. Or le fait d'avoir un enfant sans connaître son père est très réprouvé dans la société béninoise. Une telle situation met à nu l'honneur de la femme. On peut ainsi envisager que le mariage atténue la valeur du nom de naissance de la femme

---

[474] *Cf.* art. 6 al. 1er du CPF.
[475] M. GRIMALDI, *art. préc.*, spéc. n° 6 ; I. CORPART, « La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille », *D.* 2003, chron., p. 2845.
[476] *RTD civ.* 2011, p. 321, obs. J. Hauser ; Civ. 1re, 24 févr. 2011, n° 10-40.067, *AJCT,* 2011. 189, refus de QPC- Proposition de loi n° 3122, *1er févr. 2011*, *Dr. fam*. 2011, focus 21 ; Civ. 1, 12 janv. 2011, n° 10-19.227, *AJ fam*. 2011. 103, obs. F. Chénedé, refus de QPC.
[477] F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, Paris, Dalloz, 1998, p. 46.
[478] *Cf.* art. 6 al. 2 du CPF : « *L'enfant né hors mariage porte le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie* ».
[479] *Cf.* art. 6 al. 2 du CPF.

165. La valeur atténuée du nom de naissance des femmes. Il y a un grand intérêt à permettre la transmission des noms des auteurs communs à l'enfant. Le double nom permettrait, non seulement, de faire apparaître les deux filiations de l'enfant, mais aussi de consacrer l'égalité entre époux. C'est en cela que le nom de la femme est tout aussi important que le nom de l'homme. La violation du droit de la mère dans la transmission patrilinéaire du nom qui peut s'observer de deux points de vue. On peut constater déjà une certaine survivance de l'ancien régime qui prônait la prééminence masculine[480] au sein de la famille. Le droit actuel ne fait aucune part aux droits de l'épouse de transmettre son nom à sa descendance. Lorsque la femme reçoit un nom par la filiation, elle ne peut pas le transmettre à sa descendance et porte donc son nom de naissance à titre viager.

166. Le maintien de la femme dans la condition de l'être inférieur. Le régime du nom est ainsi conçu comme la principale source de son infériorité. En réalité, la femme n'a point d'existence après sa mort. Elle n'existerait que pour servir de son vivant la cause masculine. L'inutilité de la femme ainsi mise en exergue par la conséquence attachée à son identité est le reflet de la conception antique de la femme. Il est indispensable de rompre avec ce passé[481] indigne et d'attribuer à la femme la place qui est la sienne dans une société démocratique car « *imposer, le plus souvent, le nom du père et effacer le nom de la mère est maintenir une hiérarchie périmée* »[482].

Source d'importantes inégalités en droit de la famille au Bénin, le régime du nom méconnaît le droit de la femme mariée et limite celui de l'enfant d'afficher ses deux filiations. Il y a donc nécessité de réorienter la dévolution du nom.

B. La nécessité de réorienter la dévolution du nom

167. La justification de la nécessité de réorienter la dévolution du nom. Le danger qui guette la société dans la transmission patrilinéaire du nom est l'appauvrissement du patrimoine anthroponymique. Certains noms disparaîtront au cas où la transmission patrilinéaire du nom demeurera le principe. En plus de l'appauvrissement du patrimoine anthroponymique, l'inégalité entre époux sur le nom de famille appelle sa réorientation.

---

[480] I. CORPART, « Vers l'égalité juridique dans la famille ? », *Les cahiers de la sécurité intérieure,* 1999, n° 35, p. 47 ; M. GOBERT, « L'attribution du nom : égalité ou liberté ? », *LPA*, 23 mai 2002, n° 102, p. 4 ; Ph. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit*, *Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz 1999, p. 421 ; M. HERZOG-EVANS, « Autonomie de la volonté et égalité dans le choix des noms », *RRJ* 1997/1, p. 45.

[481] I. CORPART, « La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille », *D*. 2003, chron., p. 2845.

[482] G. GOUBEAUX, « Le nom », in *Droit de l'enfant et de la famille : hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, p. 28.

168. Plan. La réorientation de la dévolution du nom vise donc à prévenir, d'une part, l'appauvrissement du patrimoine anthroponymique (1), et d'autre part, elle s'impose comme solution en vue de l'instauration d'un système égalitaire de dévolution du nom (2).

1. L'appauvrissement du patrimoine anthroponymique

169. Le tarissement progressif du patrimoine anthroponymique. Les régimes discriminatoires de transmission du nom présentent plusieurs inconvénients. Ils accélèrent l'appauvrissement du patrimoine anthroponymique, ils peuvent aussi faire disparaître certains noms célèbres. La disparition de certains noms doit alors motiver le rétablissement de l'égalité sur le nom. En France, comme dans tous les pays européens, les noms de famille constituent un élément du patrimoine national. Chaque pays européen a en effet la chance d'avoir encore un patrimoine anthroponymique d'une grande richesse[483]. En plus, il y a un risque élevé d'homonymie.

170. Un risque plus élevé d'homonymie. Prolongé sur plusieurs générations et compte tenu du nombre moyen des homonymes, l'exemple ci-dessus prouve que dans deux siècles, 150.000 des 250.000 noms français actuels auront disparu[484]. Parallèlement, il y a une multiplication par 5 à 10 de certains homonymes et à ce niveau, l'homonymie deviendra très gênante. Les distorsions de fécondité aussi modifieront le classement des noms de famille[485]. Cette analyse peut être vérifiée sur tout système patrilinéaire de transmission de nom. Et dans cette mesure, le patriarcat aurait beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages malgré la possibilité de relèvement du nom.

171. La possibilité de relèvement du nom. Le nom d'un ancêtre peut être relevé pour éviter sa disparition[486]. Il en est ainsi en France par exemple où il existe la possibilité de

---

[483] I. CORPART, « La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille », *D*. 2003, chron. p. 2845 ; *Plaidoyer pour l'égalité*, Assemblée parlementaire, préf. de G. Halimi, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 1995, p. 82 : soit par exemple une population de cinquante hommes et cinquante femmes ayant tous des noms différents. Au bout d'une génération, les cinquante noms portés par les femmes auront disparu. Á cela s'ajoute le fait que dix hommes seront célibataires ou mariés sans enfant et, parmi les quarante couples restants, dix n'auront que des filles. Dans cette hypothèse, ce sont donc soixante-dix des cent noms de famille qui auront disparu en une génération. Au contraire, si les femmes mariées pouvaient transmettre leur nom à leurs enfants, seuls disparaîtront les noms des célibataires, les noms des couples mariés sans enfant et la moitié des noms des couples mariés n'ayant qu'un enfant, soit trente-quatre noms environ. *Compte tenu des règles sexistes de transmission du nom en France, les statistiques prouvent que les noms s'éteignent d'autant plus vite qu'ils sont portés par moins d'individus de sexe masculin.*

[484] *Ibid.*

[485] *Plaidoyer pour l'égalité*, Assemblée parlementaire, préf. de G. Halimi, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 1995, p. 82.

[486] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1*,* n° 226 ; Th. DOUVILLE, « L'intangibilité et l'imprescriptibilité du nom de famille », in A. Batteur, *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2012, n°s 439 et s. ; R. LINDON, « La nouvelle disposition législative relative à la transmission de l'usage du nom », *D.* 1986, chron., p. 87.

relèvement du nom d'un ancêtre jusqu'au quatrième degré[487]. Ainsi, les arrières petits-fils peuvent relever un nom que leurs ascendants n'ont jamais porté[488] sous condition de la prescription du nom de l'ancêtre[489].

172. une possibilité de relèvement du nom limitée au Bénin. L'article 9 du Code béninois des personnes et de la famille du Bénin semble poser le principe du changement du nom pour des intérêts dont l'appréciation revient souverainement au juge. Il dispose en effet en son alinéa 1er qu'« *en cas d'intérêt légitime, le changement ou l'adjonction de nom peut être autorisé par décision du tribunal de première instance, sur requête de l'intéressé ou de son représentant légal s'il s'agit d'un mineur* »[490]. Cette disposition ne pose cependant pas expressément le principe de relèvement du nom à proprement parler qui permet de changer de nom en demandant à porter celui d'un ancêtre en voie de disparition. Il ne s'agit donc pas spécifiquement du relèvement du nom.

Cependant, l'article 1019 du Code des personnes et de la famille paraît plus proche du relèvement du nom. Il dispose en effet en son alinéa 4 que « *peuvent demander collectivement tant pour leur compte que pour le compte de leurs enfants mineurs, nés ou à naître, à porter le nom de leur auteur commun, les personnes qui, bien qu'issues de cet auteur commun, n'en portent pas le nom* »[491]. D'abord, il s'agit d'une demande collective de changement de nom qui exclut toute possibilité individuelle de changement du nom. Il ne s'agit pas d'un droit individuel, mais d'un droit collectif. L'obstacle majeur à la réalisation de ce droit serait l'accord de volonté de tous les enfants concernés sans lequel la demande ne peut prospérer. Ensuite, il faut bien qu'il s'agisse du nom de l'ascendant au premier degré. Le nom de la femme est celui qui n'est pas transmis en général aux descendants qui peuvent alors demander à porter collectivement le nom de leur mère. Ainsi, les seuls enfants d'une personne peuvent demander collectivement à porter son nom pour empêcher sa disparition.

Si on peut qualifier ce procédé de relèvement du nom, le droit béninois ne permet pas efficacement de lutter contre la disparition des noms, car de toute évidence, le nom de

---

[487] *Cf.* art. 61 de Code civil français actuel : « *toute personne qui justifie d'un intérêt légitime peut demander à changer de nom. La demande de changement de nom peut avoir pour objet d'éviter l'extinction du nom porté par un ascendant ou un collatéral du demandeur jusqu'au quatrième degré. Le changement de nom est autorisé par décret* » ; Cass. 1ere civ. 15 mars 1988, de Sainte-Catherine ; Bull. 1. n° 78, R. p. 158 ; *D*. 1988, p. 549, note J. Massip ; *JCP G* 1989. 18, II, 21347, note E. Agostini ; *Defrénois* 1988, art. 34039, p. 1010, obs. J. Massip ; H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *GAJC*, t. 1, Paris, 12è éd., Dalloz, 2007, n° 22.
[488] CE 19 mai 2004, *D*. 2004.IR.1644 ; *AJDA* 2004, p. 1351, chron. C. Landais et F. Lenica, annulant CA Paris, 5 juin 2001, *RFD adm*. 2001.1353 ; *RTD civ*. 2004, p. 481, obs. J. Hauser.
[489] *RTD civ*. 1995, p. 324, obs. J. Hauser.
[490] *Cf.* art. 9 al. 1er du CPF.
[491] *Cf.* art. 1004 al. 4 du CPF.

l'ancêtre s'éteint dès lors que les descendants du premier degré ne demandent pas à le porter. C'est une action limitée aux descendants au premier degré. S'agirait-il d'un relèvement de nom ou d'une simple demande d'adjonction de nom d'un ascendant ? Le changement de nom est possible et peut, dans une certaine mesure, permettre le relèvement d'un nom. Le relèvement du nom est donc très limité au Bénin et s'arrête au nom de l'ascendant direct. Il s'agit sûrement d'un acte législatif manqué.

173. Un acte législatif manqué. L'article 1019 s'inscrit dans la liste des dispositions transitoires. Son idée serait certainement que l'ancien régime du nom ne permet pas la transmission du nom de la mère aux enfants contrairement à la nouvelle loi. Ainsi, cette dernière permettrait à ceux qui n'ont pas bénéficié du double nom ou du nom de l'un de leurs ascendants d'en faire la demande. Or aucune disposition du Code des personnes et de la famille ne permet aux deux époux de transmettre leurs deux noms ou de choisir l'un de leurs deux noms à leurs enfants. Le principe maintenu est bien la patronymie. Pourrait-on dans ce cas, faire une interprétation *a contrario* de l'article 1019 pour affirmer que les deux parents peuvent transmettre leurs deux noms à leurs enfants ? Ce serait certainement méconnaître l'article 6 du Code des personnes et de la famille. Au demeurant, il se pourrait qu'il s'agisse d'un acte législatif manqué. Le relèvement du nom n'est pas la panacée de l'extinction des noms car la prescription peut aussi limiter le relèvement du nom.

174. Le relèvement du nom limité par sa prescription. En principe, le nom ne se perd pas par le non-usage[492], pas plus qu'il ne saurait être acquis par prescription[493]. Néanmoins, en cas de longue désuétude au profit d'un autre nom, il devient impossible de revendiquer celui abandonné jadis. Il appartient au juge, en considération notamment de la durée respective et de l'ancienneté des possessions invoquées, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles se sont succédées, d'apprécier s'il y a lieu d'accueillir la rectification de l'état civil en vue de porter le nom d'un ancêtre[494]. La transmission patrilinéaire du nom en l'absence d'une politique de relèvement du nom entraîne la disparition rapide des noms.

---

[492] Req. 21 juil. 1926, S. 1926, 1, 310. Req. 14 avril 1934, *DH* 1934, p. 265 (qui décide qu'un nom de famille peut être réclamé par les membres d'une famille, quelque long qu'ait été le laps de temps pendant lequel il n'a pas été porté) ; R. NERSON, « Personnes et droits de la famille », *RTD civ*. 1969, jurisprudence p. 112, n° 5.

[493] Un usage prolongé du nom ne peut légitimer ou faire acquérir un droit à ce nom, lorsqu'il existe un vice initial ; une période de deux cents ans ne peut effacer le vice essentiel du titre originaire de cette possession, voy. Angers, 22 avril 1964, *D*. 1964, 538.

[494] Cass. 1re civ. 17 déc. 2008, n° 07-10.068 ? FS-P+B : *Juris-Data* n° 2008-046275 ; *AJF* 2009, p. 87, obs. S. Milleville ; *Dr. fam.* n °4, avr., 2009, p. 32 ; Civ. 1ere 25 mai 1992, *Bull. civ*. I, n° 158, *D*. 1992.445, note F. Boulanger ; *Defrénois* 1992. 1431, obs. J. Massip ; *Civ. 1ere, 6 avr. 1994*, *D*. 1994. IR. 123 ; *RTD Civ.* 1994, p. 563, obs. J. Hauser.

L'instauration d'un système égalitaire de dévolution du nom pourrait en être la solution.

2. L'instauration d'un système égalitaire de dévolution du nom

175. Le sens de la réforme. On peut espérer une réforme du droit béninois en vue de corriger[495] la prééminence masculine imposée par la législation sur le nom de l'enfant. Cette réforme à envisager ne peut en aucun cas prendre la forme de l'instauration de la transmission du seul nom de la mère à l'enfant, auquel cas la population, en l'occurrence les femmes elles-mêmes s'insurgeraient contre cette réforme. Car, en effet, elle contribuerait à rendre tous les enfants « bâtards » puisque ce sont en fait les enfants dont les pères sont inconnus qui peuvent recevoir le nom de leur mère.

176. Un modèle de réforme. L'égalité dans la transmission du nom pourrait être réalisée[496] avec une grande efficience lorsqu'il serait permis aux deux parents de l'enfant de lui transmettre leurs noms, un peu comme il est désormais prôné en France[497]. Aussi cette mesure pourrait-elle s'étendre aux enfants naturels dans certaines circonstances.

---

[495] L'exemple de la France est très évocateur de la marche vers l'égalité sur la question du nom. La loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille et la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille ont faire évoluer la question du nom ; JO 19 juin 2003, p. 10240 ; *D.* 2003, Lég. p. 1677. Sur cette loi, voy. F. BELLIVIER, « Dévolution du nom de famille », *RTD civ.* 2003, p. 554 ; C. BRIÈRE, « Dévolution du nom de famille », *LPA*, n° 136, 9 juill. 2003 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Commentaire de la loi relative au nom de famille », *RJPF* 2002-7-8/10 ; Th. GARÉ, « La loi relative à la dévolution du nom de famille », *JCP* 2003, Actual. 370 ; T. KÉRAVEC et E. MALLET, « Nom de famille », *JCP N* 2003, p. 141 ; F.-J. PANSIER et C. CHARBONNEAU, « Présentation de la loi du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille », *Gaz. Pal*. 6-8 juill. 2003, p. 8 ; C. BERNARD, « Le nom de l'enfant né après l'entrée en vigueur de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Dr. fam.* 2002, n° 16 ; C. BRIÈRE, « L'attribution du nom de famille : entre modernité et tradition », *LPA*, 21 mars 2002, p. 4 ; L.-A. DEVILLAIRS, « Le nom de l'enfant : de nouvelles perspectives », *AJ famille* 2002, p. 256 ; J.-J. LEMOULAND, « Aperçu rapide », *JCP. N* 2002, p. 53 et 54 ; G. LOISEAU, « Le nom dans tous ses états », *Droit et patrimoine* 2002, n° 105, p. 106 ; J. MASSIP, « La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Defrénois* 2002, art. 37563, p. 795 ; F.-J. PANSIER et C. CHARBONNEAU, « Présentation de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *LPA*, 9 avril 2002, n° 71, p. 4 ; M.-C. RIVIER, « Question de noms : famille, patronyme, usage, naissance, mariage et jeune fille », *D*. 2002, *Point de vue*, p. 1915.

[496] J. FOYER, « Du nom patronymique au nom de famille : progrès ou régression », in *Une certaine idée du droit – Mélanges offert à André Decocq*, Paris, Litec, 2004, p. 252.

[497] *Cf.* art. 311-21 de l'actuel Code civil français actuel dispose que « *lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, 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. En absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre. En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique. En cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont l'un au moins des parents est français, les parents qui n'ont pas usé de la faculté de choix du nom dans les conditions du précédent alinéa peuvent*

177. Une extension possible. Lorsque les enfants naturels sont reconnus par leurs deux parents, en l'état actuel de la législation béninoise, l'enfant naturel prend le nom du père. On peut déduire de cette consécration la tolérance à assimiler la famille naturelle à la famille légitime. Ainsi, il sera aisé de permettre aux deux parents, lorsqu'ils ne sont pas mariés mais reconnaissent un enfant, le même droit que les parents mariés en ce qui concerne la transmission du nom. Le double nom ainsi donné à l'enfant sera son nom de famille, mais pas le nom patronymique, la famille étant construite autour du couple. Cette forme de consécration pourra rencontrer l'assentiment de la population compte tenu du fait qu'elle ne supprime pas les droits du père en matière de la transmission du nom mais complète son nom de celui de la mère. Toute la question de la dévolution du nom serait ainsi réglée. Ce faisant, un grand bouleversement des mentalités sera observé et les enfants se verront accorder un traitement plus juste.

La nécessité de l'instauration de l'égalité dans la transmission du nom pour cause de la filiation ayant été établie, il est également tout aussi important de surveiller l'inégalité qui concerne le nom de la femme mariée.

§2. L'INSTAURATION D'UNE FORME NOUVELLE D'INÉGALITÉ RELATIVE AU NOM DE LA FEMME MARIÉE

178. Une pratique. En pratique, et vraisemblablement par habitude, c'est souvent la femme qui fait usage du nom de son mari[498]. Cette pratique est récente au Bénin et serait issue de la colonisation. L'usage du nom du mari est en effet une pratique ancienne et

---

effectuer une telle déclaration lors de la demande de transcription de l'acte, au plus tard dans les trois ans de la naissance de l'enfant. Lorsqu'il a déjà été fait application du présent article, du deuxième alinéa de l'article 311-23[497] ou de l'article 357[497] à l'égard d'un enfant commun, le nom précédemment dévolu ou choisi vaut pour les autres enfants communs. Lorsque les parents ou l'un d'entre eux portent un double nom de famille, ils peuvent, par une déclaration écrite conjointe, ne transmettre qu'un seul nom à leurs enfants »

[498] A. WEILL et F. TERRÉ, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, 5è éd., Dalloz, 1993, n° 45 ; B. TEYSSIÉ, *Droit civil*, *les personnes,* Paris, 15è éd., Litec, 2012, n° 278 ; M. LAMARCHE, « Le nom de jeune fille n'existe (juridiquement) pas », *Dr. fam*. avr. 2012, alerte 19 ; R. LINDON et D. AMSON, « une gestation difficile : le "nom d'usage" », *D*. 1986, p. 267 ; G. CORNU, *Droit civil, la famille*, Paris, 9è éd., Montchrestien, 2007, n° 22 ; C. BEROUGON-PUGIEU et D. THOUVENIN, *art. préc.,* pp. 117 et s ; M. GRIMALDI, « Patronyme et famille : l'attribution du nom », *Defrénois*, 1987, art. 34117, n° 18 ; c'est en effet une vielle coutume française qui permettait à la femme mariée de se faire désigner sous le nom de son mari. Cette coutume semble de nos jours dépassée. Si entretemps les femmes mariées étaient privées de la capacité juridique et de puissance économique, aujourd'hui, elles ont la capacité juridique et peuvent disposer librement leurs biens. L'intérêt de l'usage du nom de l'époux étant d'être une couverture permettant d'identifier celui à qui incombait la responsabilité des actes posés par la femme mariée, l'usage du nom du mari se retrouve de nos jours sans intérêt. D'ailleurs, dans la culture béninoise, lorsque la femme se marie, elle ne fait pas l'usage du nom de son mari. Elle conserve le nom de sa famille de naissance. De fait, on pouvait permettre à la femme de garder son nom d'origine sans ajout.

répandue en France. Même si dans les pays du nord en France[499]certains époux font usage du nom de leur épouse, la pratique majoritaire est celle de l'usage du nom du mari par l'épouse. Il s'agit d'un usage simple[500] du nom du mari et non pas d'une obligation issue du mariage. D'ailleurs, aucune disposition du Code civil français rendu applicable au Bénin n'avait posé le principe de l'usage du nom du mari par l'épouse. Seule une interprétation *a contrario* de l'alinéa 2 de l'article 229 du Code civil français rendu applicable au Bénin permet de se rendre compte de la pratique de l'usage du nom du mari par la femme mariée[501]. Cette pratique a un fondement bien défini au Bénin.

179. Le fondement de l'obligation. La première mouture de l'article 12 du Code des personnes et de la famille prévoyait que la femme perde son nom au profit de celui de son mari. La raison qui avait orienté ce choix était de garder un contrôle sur la femme mariée en exposant son statut familial[502] afin de prévenir son infidélité. Ces raisons apparaissent nettement dans les débats parlementaires portant sur le nom dans le Code des personnes et de la famille[503]. La volonté conjuguée de décourager le divorce et l'infidélité de la femme mariée et de la consacrer comme la propriété de l'homme[504] – la femme quitte le domicile de son père pour celui de son mari – a conduit le législateur, au-delà du principe d'égalité, à contraindre la femme mariée à porter le nom de son époux.

180. Plan. En consacrant à l'article 12 al.1er du Code des personnes et de la famille que la femme mariée garde son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari, le législateur béninois a repris une tradition séculaire et en a fait une obligation unilatérale pour la femme mariée. L'obligation d'adjoindre le nom de l'époux constitue une immixtion dans la vie privée de la femme à corriger (A) aux fins de rétablir l'égalité entre époux dans le mariage (B).

---

[499] M. LAMARCHE, *art. préc.* ; R. LINDON et D. AMSON, *art. préc.,* p. 267 ; G. CORNU, *op.* et *loc. cit.* ; C. BEROUGON-PUGIEU et D. THOUVENIN, *op. cit..,* p. 117 et s ; M. GRIMALDI, *art. préc*., spéc. n° 18.

[500] R. LINDON et D. AMSON, *art. préc*., spéc. p. 267 ; G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, les personnes*, J. GHESTIN (dir.), Paris, LGDJ, 1989, n°112.

[501] A. N. GBAGUIDI, *Family and succession law*, Kluwer Wolters, 2011, n° 132 ; J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1*,* n° 225 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille*, J. GHESTIN (dir.), Paris, 2è éd., LGDJ, 1993, n° 1079.

[502] Voy. les débats parlementaires sur le CPF.

[503] C'est notamment l'intervention de certains députés lors des débats parlementaires sur le nom : « *Je crois que ces dispositions encouragent l'infidélité. Nous savons que de plus en plus quand les femmes se trouvent dans des milieux pour tromper quelqu'un qui l'aborde elle se fait désigner par le nom de sa famille, cela encourage l'infidélité. Donc il faut que nécessairement l'on amende cet article 12* », Extrait *des débats parlementaires, AN 3e Légis. SO1-2002 – Séance du 07 mai 2002*.

[504] Voy. cet extrait des débats parlementaires : « *J'ai entendu que la femme n'est pas la propriété de l'homme mais jusqu'à présent lorsqu'il y a mariage c'est la femme qui quitte sa famille pour rejoindre l'homme* ».

A. Une immixtion dans la vie privée de la femme mariée

181. Définition. La vie privée est un droit subjectif[505] appartenant à toute personne[506]. Ainsi, chaque personne a droit au respect de sa vie privée[507] qui « *permet à chacun de se protéger contre les intrusions dans sa vie personnelle et contre la divulgation de faits ou d'événements se rapportant à son intimité* »[508]. Il s'agit donc à la fois de protéger le mode de vie et de la sphère d'intimité[509].

182. Plan. Le changement du nom imposé à la femme mariée expose sa vie privée. Cette immixtion dans sa vie privée résulte du véritable changement de nom qui lui est imposé (1). Ce changement de nom permet de fait la divulgation de sa vie privée (2).

1. Un véritable changement de nom imposé à la femme mariée

183. Le changement de l'état civil de la femme mariée. Le droit béninois de la famille a instauré un changement véritable de l'état civil de la femme après le mariage. La femme mariée a l'obligation de porter le nom de son mari en plus de son nom de jeune fille. Et il ne s'agit pas d'un droit d'usage. L'article 12 alinéa 1er dispose que « *la femme mariée garde son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari* »[510]. Le mariage opère ainsi comme un mécanisme de changement de nom[511]. Il existe certes des États qui ont opté pour le changement de nom après le mariage. Le droit suisse conserve comme l'Allemagne, l'Autriche, la Suède ou la Finlande, la possibilité pour les époux de choisir un nom de famille commun, nom de famille qui est ensuite transmis aux enfants. D'autres pays comme la France n'ont pas autorisé de modification du nom des époux en raison du principe de l'immutabilité du nom[512].

---

[505] É. DEWEDI, *La protection de la vie privée au Bénin*, L'Harmattan, 2007, p. 44 et s ; P. KAYSER, *La protection de la vie privée*, t. 1, *Protection du secret de la vie privée*, Paris, Économica, 1984, n° 8 ; C. ALLEAUME, « La notion de droit à la vie privée », in A. Batteur, *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2012, n° 469.

[506] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 279 ; C. ALLEAUME, « La notion de droit à la vie privée », *préc*., n° 468.

[507] *Cf*. art 17 du Pacte international relatif aux civils et politiques : « *1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* ».

[508] Cass. 1ere civ., 5 nov. 1996 ; C. ALLEAUME, « La notion de droit à la vie privée », *préc*., p. 408.

[509] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 278 ; P. KAYSER, *op. cit*., n°s 1 et 2.

[510] *Cf*. art. 12 al. 1er du CPF.

[511] M. GRIMALDI, *art. préc*., n° 18.

[512] M. LAMARCHE, « Le nom, l'égalité des époux et le droit suisse, exemple de simplicité? », *Dr. fam*., janv. 2013, focus 1 ; I. CORPART, « La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille », *D*. 2003, chron., p. 2845.

Au demeurant, une analyse *a contrario* des dispositions des articles 261 et 278 du Code béninois des personnes et de la famille peut conduire à un résultat différent. En effet, aux termes des dispositions de l'article 261 alinéa 3 du Code des personnes et de la famille du Bénin, « *la femme qui avait l'usage du nom de son mari le perd par le divorce. Toutefois, elle pourra en conserver l'usage avec l'accord de son mari ou sur autorisation du juge* »[513]. Il est clairement mentionné dans cette disposition « *l'usage du nom* ». Il en est de même dans l'article 278 qui dispose que « *la femme séparée de corps conserve l'usage du nom du mari. Toutefois, le jugement de séparation de corps ou un jugement postérieur peut le lui interdire* »[514]. De l'analyse de ces deux dispositions, il ressort clairement qu'il s'agit de la perte de l'usage du nom du mari par la femme pendant ou après le divorce. Dès lors, pourrait-on comprendre le principe de l'ajout du nom du mari à celui de la femme dans le sens d'un simple usage ou s'agit-il d'un véritable changement de nom ? De toute évidence, l'analyse de l'article 12 al 1[er] du Code des personnes et de la famille ne permet pas à elle seule de conclure qu'il s'agit d'un droit d'usage du nom du mari. Il existe également d'autres imprécisions à ce sujet.

184. Les imprécisions de la loi. Un problème subsiste en ce qui concerne l'ajout du nom du mari à celui de la femme. Il s'agit des modalités de cet ajout du nom par l'épouse. La loi est peu précise faute d'identification de la ponctuation qui permettrait l'adjonction des noms. Est-ce un trait d'union ou un espace ? Le trait d'union qui est un signe classique de ponctuation est défini par le Littré comme une « *petite barre qui unit deux mots pour en faire une* »[515]. L'ajout du nom de l'époux par le trait d'union fera des deux noms un nom composé. On ne confondra pas le trait d'union avec le tiret qui, toujours selon le même dictionnaire est un terme de typographie qui « *indique un nouvel interlocuteur dans le dialogue ou une suspension dans le discours* ». Ainsi aboutira-t-on à deux solutions selon le type de ponctuation qui permettrait d'adjoindre le nom du mari à celui de la femme mariée. Dans le cas où l'adjonction du nom du mari à celui de la femme se fait par un trait d'union, le nouveau nom de la femme devient un nom composé et donc un seul nom. Dans le cas où l'adjonction du nom du mari se fait par un espace, il s'agit de deux noms tous portés par la femme mariée.

---

[513] *Cf.* 261 al. 3 du CPF.
[514] *Cf.* 278 du CPF.
[515] *Cf. Le Littré : dictionnaire de la langue française*, voy. « Trait d'union » ; voy. également TGI Lille, 3 juill. 2008*, Defrénois*, 2008. 2064, obs. J. Massip ; *LPA,* 31 oct. 2008, p. 4, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 2009, p. 90, obs. J. Hauser.

Chacun de ces cas renferme cependant quelques difficultés. D'abord, il sera compliqué de distinguer un nom composé d'un double nom[516]. Dans ce cas, une femme dont le nom patronymique est un nom composé pourrait être confondue avec une femme mariée. Ensuite, un problème de liste de mots pour désigner une personne se posera. Une femme dont le nom patronymique est déjà un nom composé aura en effet à y adjoindre le nom de son mari qui peut être aussi un nom composé. Enfin, la femme pourra, par le biais de l'article 1019 du Code des personnes et de la famille, adjoindre à son nom initial – généralement le patronyme – le nom de l'autre parent qui peut être un nom de personne mariée. Á cela, s'ajoutera le nom de son mari qui peut aussi être un nom composé. Le mariage change ainsi profondément l'identité même de la femme mariée[517].

185. La portée de la règle. Une grande confusion est instaurée sur l'identification des personnes. Le nom est un élément dont la stabilité devrait être sauvegardée quel que soit le système pour lequel on opte[518]. L'adjonction du nom de l'époux au nom de l'épouse modifie le nom de cette dernière et crée une confusion dans son identification alors que le nom doit être stable[519]. Tout est fait comme si la jeune fille était en attente de nom. Dans la plupart des cas et même très souvent, les filles acquièrent beaucoup de diplômes et parfois de la notoriété sous leur nom patronymique propre, c'est-à-dire avant le mariage. Doit-on alors faire remonter la personnalité juridique de la femme à son mariage ? Or ce changement d'identité opéré par le mariage est en contradiction avec la nature juridique du nom.

186. La méconnaissance de la nature juridique du nom. Il semble que la nature juridique du nom ne puisse être ramenée à l'unité. La nature juridique du nom et du droit qui porte sur lui est liée à ses caractères. Le nom est à la fois « *un aspect de l'état de la famille – donc un droit de famille – et un attribut de la personnalité*[520] *– donc un droit de la personnalité* »[521]. Pour certain, le nom est une institution de police civile[522] imposant essentiellement des devoirs à l'individu. À l'opposé, d'autres[523] estiment que le nom fait

---

[516] C. PETIT, *art. préc*.
[517] Civ. 16 mars 1841, *D*. 1841, I. 220.
[518] *Plaidoyer pour l'égalité*, Assemblée parlementaire, préf. de G. HALIMI, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 1995, p. 54.
[519] *Cf*. art. 5 du CPF : « *toute personne s'identifie par un ou plusieurs prénoms et par un nom patronymique. Toutefois, un surnom ou un pseudonyme peut être choisi pour préciser l'identité d'une personne, mais il ne fait pas partie du nom de cette personne* ».
[520] M. GRIMALDI, *art. préc.,* spéc. n° 12.
[521] A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit*., n° 60.
[522] Voy. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, n° 228 ; Ph. JESTAZ, « Á propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic », *préc*., p. 270.
[523] Cette doctrine paraît être celle que suit le conseil d'État, lorsqu'il juge des oppositions aux changements de nom ; l'individu n'a pas de droit subjectif à son nom.

l'objet d'un véritable droit subjectif. Il existe sans doute un droit au nom[524], mais dont l'existence n'empêche pas que le nom soit également une institution de police civile[525]. Le droit au nom est donc bien un droit de la personnalité. Il existe un rapport étroit entre le nom et la personnalité qu'il individualise puisqu'il est l'un des droits indispensables à la personne pour affirmer et développer sa personnalité dans le milieu social[526]. Le fait de porter un nom implique de la part des individus des droits et des devoirs. Mais à l'évidence, considérer seulement l'aspect étatique du nom serait une méconnaissance de ses caractères juridiques. Comme l'état et comme la personnalité, le nom est en principe immuable.

187. L'immutabilité du nom. Le Code des personnes et de la famille dispose en son article 5 que « *toute personne s'identifie par un ou plusieurs prénoms et par un nom patronymique. Toutefois, un surnom ou un pseudonyme peut être choisi pour préciser l'identité d'une personne, mais il ne fait pas partie du nom de cette personne* »[527]. Toute personne a donc un seul nom et ne peut décider librement d'en changer, pas plus que les tiers, à commencer par l'État, ne sauraient l'y obliger[528]. L'immutabilité du nom est ainsi affirmée. Elle suppose qu'aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance[529]. Le nom attribué à la naissance ne se perd pas et seul un changement d'état (de filiation) ou une procédure de changement de nom peut conduire à une modification du nom légal[530]. Il en résulte que le mariage ne saurait

---

[524] Voy. A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.,* n° 58 ; la négation d'un droit au nom ne paraît pas correspondre à la réalité. Certaines prérogatives appartiennent au titulaire du nom, droit à l'usage du nom (l'individu a ainsi le droit de se servir de son nom dans les actes juridiques et dans la vie sociale : il peut en user à des fins commerciales, sauf à devoir prendre des mesures destinées à éviter la confusion, comme l'adjonction d'un prénom, si le même nom est déjà utilisé par un concurrent. Le titulaire du droit peut interdire aux tiers de faire usage de son nom sans sa volonté, par exemple pour le mentionner dans son annuaire.), droit de s'opposer aux usurpations de nom, d'autre part, l'individu a conscience d'avoir un droit au nom, alors qu'il n'a manifestement pas conscience d'avoir un droit quelconque sur les numéros matricules qui l'identifient au regard de certaines administrations.

[525] A. WEILL et F. TERRÉ, *op.* et *loc cit.* ; I. CORPART, « La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille », *D*. 2003, chron., p. 2845.

[526] A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.,* n° 60.

[527] *Cf*. art. 5 du CPF.

[528] M. GRIMALDI, « Patronyme et famille : l'attribution du nom », *Defrénois*, 1987, art. 34117, spéc. n° 1.

[529] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1*,* n° 226 ; Th. DOUVILLE, « L'intangibilité et l'imprescriptibilité du nom de famille », in A. Batteur, *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2012, n° 439 ; *cf*. art. 5 du CPF : « *toute personne s'identifie par un ou plusieurs prénoms et par un nom patronymique. Toutefois, un surnom ou un pseudonyme peut être choisi pour préciser l'identité d'une personne, mais il ne fait pas partie du nom de cette personne* ».

[530] *Cf*. art. 9 du CPF : « *en cas d'intérêt légitime, le changement ou l'adjonction de nom peut être autorisé par décision du tribunal de première instance, sur requête de l'intéressé ou de son représentant légal s'il s'agit d'un mineur. L'adjonction ou la radiation de prénoms peut être autorisée dans les mêmes conditions.*
La requête est présentée au tribunal dans le ressort duquel le requérant est né, et au tribunal de première instance de Cotonou si le requérant est né à l'étranger. La cause est instruite en la forme ordinaire et débattue en chambre du Conseil, le ministère public entendu. Le jugement est rendu en audience publique. La décision qui autorise le changement de nom profite au requérant et à ses enfants mineurs. Elle ordonne la

normalement pas faire perdre à la femme son patronyme en raison de l'immutabilité du nom[531]. Il ne devrait normalement être question que du droit d'usage du nom du conjoint par le mariage. En plus, l'article 12 semble contredire les dispositions de l'article 6 point f) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes.

188. Une contradiction existante. L'article 12 du Code des personnes et de la famille contredit d'ailleurs l'article 6 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes qui dispose en son point f) que « *la femme mariée a le droit de conserver son nom, de l'utiliser à sa guise, séparément ou conjointement avec celui de son mari* »[532]. La portée du Protocole est bien connue. Il a valeur constitutionnelle[533] tout comme la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Ainsi, elle se place au-dessus du Code béninois des personnes et de la famille. D'ailleurs, il n'est point besoin de rechercher sa portée constitutionnelle avant de donner priorité à son application dans le droit interne au Bénin, les traités ayant une valeur supérieure à celle des lois[534]. En l'état actuel du droit béninois, l'exigence de l'article 12 du Code des personnes et de la famille peut ainsi être écartée par l'application de l'article 6 point f) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes.

L'obligation de porter le nom de l'époux imposée à la femme mariée participe de la divulgation de sa vie privée.

2. La divulgation de la vie privée de la femme mariée

189. Le double nom, signe de mariage pour une femme. Il est nécessaire d'examiner l'atteinte qui pourrait être portée à la vie privée de la femme mariée à travers le nom qu'elle porte. L'article 12 du Code des personnes et de la famille du Bénin dispose que « *la femme mariée garde son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari. Il en va de même pour la veuve jusqu'à son remariage. La femme divorcée peut continuer à porter le nom de son mari avec le consentement de ce dernier ou sur autorisation du juge* »[535]. Au

---

rectification des actes » ; M. LAMARCHE, « Le nom de jeune fille n'existe (juridiquement) pas », *Dr. fam*. avr. 2012, alerte 19.

[531] Th. GARÉ, *Droit des personnes et de la famille*, Paris, 3è éd., Montchrestien, 2004, p. 168.

[532] *Cf.* art. 6. point f) du 6 du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes.

[533] Voy. *supra* n° 10.

[534] *Cf.* art. 147 de la Constitution du Bénin : « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

[535] *Cf.* art. 12 du CPF.

premier alinéa de cette disposition, le législateur impose à la femme – dès lors qu'elle est mariée – d'adjoindre à son nom celui de son époux. Ce nom permettra à tous de connaître son statut familial, son mode de vie dans une certaine mesure. Une telle exposition de la situation matrimoniale de la femme s'accentuant encore en cas de divorce.

190. Le double nom indice de divorce et de remariage. En principe, la femme mariée perd en effet le nom de son mari par le divorce[536] : il est ainsi permis à la femme mariée de porter le nom du mari en plus du sien uniquement pendant le mariage. L'article 261 alinéa 3 du Code des personnes et de la famille dispose en effet que « *la femme qui avait l'usage du nom de son mari le perd par le divorce. Toutefois, elle pourra en conserver l'usage avec l'accord de son mari ou sur autorisation du juge* »[537]. *In fine,* une telle disposition mettrait en avant non seulement la situation matrimoniale de la femme mais elle comporte un plus grand germe d'atteinte à sa vie privée. En effet, elle met au clair la succession des mariages contractés par la femme. Une femme pourra donc se faire désigner d'un jour à l'autre par un nom différent ; ce qui est source de déshonneur et constitue une brèche ouverte pour la violation de la vie privée de la femme. En réalité, un nouveau mariage permet normalement à la femme de porter le nom du nouveau mari. Dès lors, son identification posera de grandes difficultés car elle doit non seulement renouveler ses actes d'identification mais aussi elle doit annoncer à ses interlocuteurs son nouveau nom car ces derniers pourraient commettre l'indélicatesse de continuer à l'appeler sous son ancien nom. La lourdeur de cette pratique n'est point incontestable ; la femme ayant ainsi l'obligation de révéler au grand jour qu'elle venait de se remarier.

Il y a cependant des cas dans lesquels le juge autorisera la femme, même après le remariage, à continuer de porter le nom de son ancien époux[538]. La raison pouvant être d'éviter que la qualité de divorcée ou la situation de veuvage apparaissent aux yeux des tiers[539]. Le nom de l'épouse sera alors différent du nom des enfants du couple et du nom de son nouvel époux, ce qui est le propre des recompositions de famille[540]. Les enfants porteront des noms différents et l'unité de la famille recherchée en imposant à la femme de porter le nom de son mari sera perdue. Qu'elle conserve ou non le nom de son précédent mari, le statut familial de la femme mariée sera exposé.

---

[536] G. CORNU, *Droit civil, la famille*, Paris, 9è éd., Montchrestien, 2007, n° 325 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, la famille*, Paris, 4è éd., Defrénois, 2011, n° 753 ; C. COLOMBET, *La famille*, Paris, 3è éd., PUF, coll. Droit fondamental, 1994, n°s 283 et 288.
[537] *Cf.* art. 261 al. 3 du CPF.
[538] Paris, 4 mai 2000, inédit. *RTD civ.* 2000, p. 551, obs. J. Hauser ; TGI Lille, 3 juill. 2008, Defrénois, 2008. 2064, obs. J. Massip ; *LPA,* 31 oct. 2008, p. 4, obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 2009, p. 90, obs. J. Hauser ; C. COLOMBET, *La famille*, *op. cit*., n° 283.
[539] C. COLOMBET, *La famille*, *op*. et *loc. cit*.
[540] *Cf. supra* n° 159.

191. L'exposition du statut familial de la femme. Le mariage comme le divorce affecte le statut personnel de la femme en agissant sur son nom. Chacun, dès lors qu'il est maître de ses droits, choisit de vivre comme il lui plaît[541]. Une personne peut donc être célibataire, mariée, ou divorcée ; ces éléments font partie de sa vie privée. La femme mariée subit une atteinte à sa vie privée par le nom qu'elle porte ; d'où la nécessité pour le législateur d'orienter autrement la législation sur le nom.

B. La nécessité de remodeler l'acquisition du nom à raison du mariage

192. Plan. La nécessité de rétablir la règle qui régit le nom en raison du mariage s'explique par le fait que cette règle méconnaît le principe d'égalité puisqu'elle constitue une obligation unilatérale à la charge de la femme (1). Des réformes doivent alors être envisagées (2).

1. Une obligation unilatérale pour la femme

193. L'origine de la version actuelle de l'article 12. L'intervention du juge constitutionnel a donné une nouvelle orientation à la règle posée à l'article 12 du Code des personnes et de la famille. Afin de rétablir l'égalité entre époux, le juge constitutionnel a censuré la position du législateur en lui demandant de reformuler la disposition en question. Ainsi, la décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002 relève notamment au sujet de l'article 12 alinéa 1er du Code des personnes et de la famille que « *cette disposition ne permet pas à la femme de conserver son nom de jeune fille à l'instar du mari. Elle est donc contraire à l'article 26 de la Constitution. En outre, elle n'est pas en harmonie avec les dispositions contenues dans l'article 26 de la Constitution. […]. Le mariage ne devant pas faire perdre son identité à la femme mariée, celle-ci doit pouvoir garder son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari* »[542]. La mouture actuelle de l'article 12 du Code des personnes et de la famille procède donc du souci du juge constitutionnel de rétablir l'égalité entre époux et d'empêcher la perte de l'identité de la femme mariée. D'un changement radical du nom de la femme mariée prévu par le législateur dans le Code des personnes, on est passé à une adjonction du nom du mari à son nom patronymique. Le juge constitutionnel a ainsi conforté[543] d'une certaine manière la position du législateur au cours

---

[541] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 278.
[542] Voy. la déc. DCC 02-144 du 23 décembre 2002 de la Cour constitutionnelle.
[543] S. BOLLE, « Le Code des personnes et de la famille devant la Cour constitutionnelle du Bénin. La décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002 », *Afrilex*, n° 4, p. 318 ; voy. aussi S. K. HONVOU, « Regard du juge constitutionnel béninois sur le principe d'égalité en droit de la famille », in *La Constitution béninoise du 11*

du contrôle de constitutionnalité du Code : il reste en effet que l'état civil de la femme est modifié par le mariage alors qu'il n'en est pas de même pour le mari. La coutume selon laquelle la Cour constitutionnelle exerce un contrôle systématique de la constitutionnalité de l'ensemble des lois votées par l'Assemblée nationale avant leur promulgation révèle ici aussi son défaut majeur[544]. Il conviendrait donc de réformer le droit du nom.

194. Une obligation unilatérale imposée à la femme mariée. L'inégalité dont il s'agit dans le droit béninois porte moins sur l'obligation d'addition du nom du conjoint que sur l'unilatéralité de la disposition. L'ajout du nom du conjoint qui devrait être une faculté est devenu une obligation unilatérale pour la femme mariée et heurte en ce sens le principe d'égalité entre époux[545]. Si l'influence du mariage sur le nom de la personne est admise[546], le Code des personnes et de la famille devrait à tout le moins imposer aux époux les mêmes obligations. L'inégalité portant sur l'obligation de l'ajout du nom de l'époux pourrait ainsi être atténuée si l'obligation était réciproque. On conviendrait alors que les personnes qui se marient acceptent, par ce biais, une certaine atteinte aussi à leur vie privée.

S'il convient de prévenir l'infidélité par l'usage du nom du conjoint, le mari devrait aussi changer de nom puisque la fidélité[547] est l'une des obligations réciproques du mariage et l'adultère n'est plus une cause péremptoire de divorce pour l'un comme pour l'autre[548]. Cependant, la société béninoise semble tolérer plus facilement l'adultère de l'homme que celui de la femme. L'époux, n'ayant ni l'usage, ni l'obligation d'ajouter le nom de sa femme n'est donc pas en ce sens non plus marqué par le mariage. Quelles peuvent alors être les perspectives de la réforme ?

2. Les perspectives d'une réforme

195. Les choix possibles. Il serait mieux adapté que chaque époux conserve son nom mais acquière l'usage du nom de l'autre. Si on légifère dans ce sens au Bénin, probablement peu d'hommes accepteront d'adjoindre à leur nom, même à titre d'usage,

---

décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique ? – Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 578.

[544] G. BADET, *Thèse, préc*., p. 130 ; Il est révélé que le contrôle *a priori* ne permet pas toujours de se rendre compte des possibilités de contrariété des textes votés par l'Assemblée avec la Constitution, lesquelles contrariétés se présentent parfois au moment de l'application de la loi et ceci semble bien être le cas avec les dispositions sur le nom.

[545] A. N. GBAGUIDI, *Family and succession law*, Kluwer Wolters, 2011, n° 132.

[546] Th. GARÉ, *Droit des personnes et de la famille*, Paris, 3è éd. Montchrestien, 2004, p. 168.

[547] *Cf*. art. 154 du CPF : « *les époux se doivent mutuellement fidélité* ».

[548] De l'interprétation de l'art. 234 du CPF, l'adultère peut ouvrir droit au divorce mais elle n'est plus une cause péremptoire de divorce ; voy. *infra* n^{os} 317 et s.

celui de leur épouse alors même qu'une telle solution aurait l'avantage d'harmoniser le nom des membres du couple avec celui des enfants communs. Pour l'avenir, il est certes envisageable que certains hommes pourront accepter de porter le nom de leur épouse si ce nom bénéficie d'une grande notoriété ou compte tenu simplement de la pratique qu'ils auraient vécue ailleurs. Il s'agirait alors d'un véritable nom de famille.

Au demeurant, la solution la plus conforme au principe d'égalité entre époux dans le contexte béninois serait sans doute de laisser chaque époux libre de conserver son nom. Cette solution permettrait non seulement à chaque époux de préserver son identité mais contribuerait aussi au secret de sa vie privée. L'écueil qu'on pourrait alors rencontrer est simplement la confusion possible des époux avec les concubins. Mais, ceci ne poserait pas non plus de problème particulier compte tenu de la légitimité du concubinage aux yeux de la majorité de la population béninoise[549]. Pour toutes ces raisons, une réforme du nom reste vivement attendue.

196. Une question de politique législative. La conduite de la politique législative au sein d'un État appartient aux gouvernants[550]. Cette initiative ne peut venir que du législateur lui-même ou bien du pouvoir exécutif. Le pouvoir donné aux citoyens par l'article 122 de la Constitution semble en effet quant à lui ne pas pouvoir permettre de le réaliser : le Code des personnes et de la famille a déjà subi un contrôle de constitutionnalité avant sa promulgation et jouit de ce fait de l'autorité de la chose jugée, le juge constitutionnel ne pouvant revenir sur sa décision. L'autorité de la chose jugée attachée aux décisions de la Cour constitutionnelle empêche en effet tout recours postérieur à un contrôle de constitutionnalité[551] déjà opéré sur les articles 6 et 12 du Code des personnes et de la famille. Finalement, les dispositions concernant le nom de l'enfant et de la femme mariée ne pourront plus faire l'objet d'une saisine de la Cour constitutionnelle par les individus.

La réponse à la question du changement ou de la modification du nom après le mariage revient ainsi aux gouvernants et en l'occurrence, au pouvoir législatif. Le mariage étant un élément de l'état civil d'une personne[552], lui seul peut le modifier par exception au principe de l'immutabilité du nom. Un tel choix du législateur est critiquable à deux points de vue.

---

[549] Voy. *infra* n° 444.

[550] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, 2è éd., PUF, 2004, p. 279 ; G. CORNU, *Droit civil, introduction au droit*, Paris, 13è éd., Montchrestien, 2007, n° 222.

[551] Voy. notamment la déc. EL –P 01-026 du 1er mars 2001 par laquelle la Cour déclare irrecevable la requête de M. H. A. Innocent Diogo en considérant que « *par décision DCC 01-001 du 02 janvier 2001, la Cour a déclaré conforme à la Constitution, la loi n° 2008-18 portant règles générales pour les élections en République du Bénin, adoptée par l'Assemblée nationale le 18 décembre 2000, promulguée le 03 janvier 2001 ; qu'il a autorité de la chose jugée* ».

[552] Voy. J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 266, spéc. p. 493.

Il fait du port du nom une obligation pour la femme mariée alors qu'il devrait être normalement une faculté. Le législateur n'impose cette mesure – qui peut aussi être revendiquée comme un droit du mariage dont on prive l'époux – qu'à l'épouse.

Contrairement aux dispositions du Code des personnes et de la famille embrigadées sous l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions de la Cour constitutionnelle, il existe toutefois des inégalités dans le droit de la nationalité pouvant être rectifiées.

SECTION 2. L'INÉGALITÉ DANS L'ATTRIBUTION OU L'ACQUISITION DE LA NATIONALITÉ

197. Définition. La nationalité est selon le *Vocabulaire juridique* le « *lien juridique et politique, défini par la loi d'un État, unissant un individu audit État* »[553]. Elle est généralement définie comme « *l'appartenance juridique et politique d'une personne à la population d'un État* »[554]. On peut distinguer la nationalité de fait de la nationalité de droit. La première résulte du fait qu'une certaine population a pendant un certain temps vécu sur un certain territoire et que cet état de fait a créé une certaine croyance devenue droit[555]. La seconde est le « *lien juridique qui rattache un individu à un État* »[556] selon les règles précises définies par ce dernier. La nationalité de droit n'est donc qu'en général la traduction juridique de la nationalité de fait. Cependant, un national de droit peut être de fait un étranger et il est dès lors possible de détacher la nationalité de droit de la nationalité de fait.

198. Les dimensions de la nationalité. Il existe deux dimensions dans la définition de la nationalité : l'une verticale et l'autre horizontale. Sa dimension verticale[557] met en évidence le lien qui existe entre un individu et un État[558] dont il est, d'une certaine manière, le « *sujet* »[559]. Elle correspond, à peu près, à la conception de la nationalité en

---

[553] G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, voy. « nationalité ».
[554] P. LAGARDE, *La nationalité française*, Paris, 4è éd., Dalloz, 2011, n° 00.02 ; S. PENNARUN, « La nationalité, droit objectif ou droit subjectif », in J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine : étude de droit français et de droit comparé,* Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 499.
[555] D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé,* Paris, Masson, 1987, n° 7 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Paris, 11è éd., LGDJ, Lextenso, 2014, n° 886.
[556] H. FULCHIRON, *La nationalité française*, Paris, PUF, 2000, p. 5.
[557] P. LAGARDE, *op. cit*., n° 887 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op. cit*., n° 3 ; S. PENNARUN, « La nationalité, droit objectif ou droit subjectif », *préc*., p. 499 ; F. TERRÉ, « Réflexions sur la notion de nationalité », *Rev. crit. DIP*, 1975, p. 197.
[558] J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, 11è éd., LGDJ, 2014, p. 327. Cette définition est d'ailleurs celle qui convient le mieux à la nationalité selon P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit*., n° 87.
[559] P. LAGARDE, *op. cit*., n° 00.02 ; J. COMBACAU et S. SUR, *op*. et *loc. cit.*

droit public. En tant que lien entre l'individu et l'État, la nationalité permet de jouir et d'exercer les droits civils et politiques. La dimension horizontale de la nationalité fait quant-à elle du national le membre d'une communauté, la population constitutive de l'État, bénéfice de ce statut étant réservé à cette communauté à l'exclusion des étrangers[560]. Mais les personnes ayant une même nationalité appartiennent-elle à la même nation ? Une réponse négative à cette question paraîtrait naturelle dans le contexte africain où les États ont préexisté aux Nations et où c'est l'État nouveau qui entend imposer l'idée de Nation[561]. La nationalité ne relie donc pas certainement les personnes issues d'une même ethnie mais son importance est de soumettre toutes les personnes qui la partagent à l'autorité d'un État donné. La nationalité a donc une importance avérée dans l'existence d'une personne.

199. Plan. L'étude de la nature juridique de la nationalité (§1) servira à démontrer l'existence de l'inégalité que recèle le droit de la nationalité (§2).

§1. LA NATURE JURIDIQUE DE LA NATIONALITÉ

200. Les intérêts liés à la nationalité. La nationalité est d'une grande importance au plan interne et au plan international compte tenu des intérêts qui s'y attachent.

Au plan interne, la nationalité est source de droits et d'obligations, en droit privé comme en droit public[562]. En droit privé, seul le national bénéficie de l'intégralité des règles du droit civil, du droit commercial[563] et du droit professionnel[564]. En droit public, la nationalité donne la plénitude de jouissance des droits politiques[565]. Elle confère ainsi l'électorat et l'éligibilité aux élections et permet d'accéder à la fonction publique. « *Elle est déterminative de conséquences juridiques dont l'importance n'a cessé de croître, dans l'ordre interne comme dans l'ordre international, au fur et à mesure du progrès de la*

---

[560] P. LAGARDE, *op. cit*., n° 00.03 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 887.
[561] R. C. G. DAVID, *Le droit international privé sénégalais des successions*, Thèse, Dakar, 1999, p. 83.
[562] H. FULCHIRON, *op. cit*, p. 7 ; P. LAGARDE, *op. cit*.,, n° 00.03.
[563] Il existe de nombreux points sur lesquels les droits des étrangers ne sont plus différents de ceux des nationaux. L'universalité des droits de l'homme est un puissant facteur qui permet aux étrangers d'avoir des droits identiques que les nationaux. Il en est de même des traités d'harmonisation et d'unification du droit qui tendent à faire disparaître les frontières de la nationalité. Le droit des affaires au Bénin ne connaît plus beaucoup de droits spécifiquement réservés aux nationaux car il partage le même droit avec les autres États parties au traité de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.
[564] H. FULCHIRON, *op. cit*., p. 8 ; P. LAGARDE, *op. cit*., n° 00.03 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. de GEOUFFRE de la PRADELLE*, op. cit*., n° 13.
[565] P. LAGARDE, *op.* et *loc. cit*., n° 00.03 ; H. FULCHIRON, *op.* et *loc. cit*. ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op.* et *loc. cit.*

démocratie politique, du développement des communications et des mouvements de population »[566].

Au plan international, la nationalité influence autant le droit international public que le droit international privé. En droit international public, la nationalité tisse des liens importants entre l'État qui l'a attribuée et les autres États. Elle permet de distinguer un étranger d'un national avec les conséquences discriminatoires[567] qui s'y attachent. C'est aussi la nationalité qui permet de mettre en œuvre la protection diplomatique[568]. En droit international privé, les nationaux peuvent avoir le privilège d'être jugés par les juridictions nationales[569].

201. Plan. Pour toutes ces raisons, chaque État fixe les règles qui permettent la transmission de sa nationalité en distinguant les nationaux des étrangers. La nationalité est alors un élément identifiant la personne. Or l'appartenance à un État est source de droits et d'obligations pour les nationaux et à ce titre, la nationalité aussi est un droit subjectif. La nationalité comme un élément identifiant la personne (A) et comme un droit subjectif (B) sera tour à tour examinée.

A. La nationalité comme élément identifiant la personne

202. La notion d'état civil. L'identification d'une personne passe par son état civil. Ce dernier est défini par le *Vocabulaire juridique* comme « *l'ensemble des qualités inhérentes à la personne que la loi civile prend en considération pour y attacher des effets. Les principaux éléments retenues, qui différencient chaque personne des autres au plan de la jouissance et de l'exercice des droits civils sont : la nationalité, le mariage, la filiation, la parenté, l'alliance, le nom, le domicile, la capacité et même le sexe* »[570]. La nationalité est donc un élément de l'état civil.

203. Un élément de l'état civil. Autrefois, la nationalité était bien davantage considérée comme un élément de l'état politique. Seuls les États souverains peuvent accorder la nationalité aux individus et la décision de l'accorder par naturalisation revient à l'administration. Sa perte et sa déchéance relèvent aussi d'une décision administrative.

---

[566] J. FOYER, *Rapport sur la future loi du 9 janvier 1973*, *Doc. AN, n° 2545, 1ere session 172-1973*.
[567] S. PENNARUN, « La nationalité, droit objectif ou droit subjectif », *préc*., p. 510.
[568] S. TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger – Recherches sur la protection diplomatique*, préf. J.-F. Flauss, Thèse, Paris, Pedone, 2007, pp. 348 et s ; H. FULCHIRON, *op. cit*., p. 7 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op. cit*., n° 11.
[569] D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op. cit*., n° 12.
[570] *Cf.* G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire Juridique*, Paris, PUF, 2014, voy. « état civil ».

Mais l'attribution et l'acquisition de la nationalité dépendent du statut familial et la tendance est de ranger la nationalité parmi les éléments de l'état civil. D'ailleurs, le doyen Carbonnier a parfaitement montré cette intégration[571] de la nationalité dans l'état civil, même si elle doit rester dans le domaine scientifique du droit international privé. Elle est donc un élément de l'état civil et non comme jadis classer parmi les éléments de l'état politique[572].

Tout comme le domicile, la nationalité permet de situer une personne dans l'espace et elle est d'ailleurs encore plus stable que le domicile. La place accordée à la nationalité en droit international tient compte de sa grande stabilité car elle « *permet mieux que le domicile d'assurer le caractère permanent que doivent revêtir les lois relatives au statut personnel* »[573]. La nationalité est aussi la condition d'accès à un certain statut juridique. Elle constitue ainsi un élément du statut personnel et « *parce que le statut juridique est revendiqué, la nationalité est l'objet de revendications* »[574]. La nationalité peut aussi être vue comme un droit subjectif.

B. La nationalité comme un droit subjectif

204. La reconnaissance internationale d'un droit à la nationalité. L'importance de la nationalité réside également dans le fait qu'elle est aussi un droit subjectif. Au plan universel, la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame, en son article 15 paragraphe 1er que « *tout individu a droit à une nationalité* » [575]. La nationalité est donc un droit de la personne, même si la Déclaration universelle des droits de l'homme n'a pas d'effet contraignant pour les États. L'octroi de la nationalité est un idéal vers lequel toutes les diverses législations étatiques doivent tendre. Il existe ainsi des textes à portée contraignante qui obligent les États et peuvent faire penser plus sérieusement à l'idée d'un droit subjectif à la nationalité.

Ainsi, l'article 24 alinéa 3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 1er décembre 1966 rappelle-t-il que « *tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité »*[576]. Ce droit est également inscrit à l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant aux termes duquel *« l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci*

---

[571] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 266.
[572] J. CARBONNIER*, op.* et *loc. cit.* ; P. LAGARDE, *op. cit*., n° 00.08.
[573] R. C. G. DAVID, *Thèse préc.,* p. 84.
[574] S. PENNARUN, « La nationalité, droit objectif ou droit subjectif », *op. cit*., p. 509.
[575] H. FULCHIRON, *op. cit*., pp. 10 et 28 ; voy. déc. du 12 janvier 1999, commission sect. IV, n° 314114/96, *Karasbev c. Finlande* ; S. PENNARUN, « La nationalité, droit objectif ou droit subjectif », *préc*., p. 512.
[576] *Cf.* art. 24 al. 3 du PIDCP.

le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité […] »[577]. De même, au plan régional, l'article 6 alinéa 3 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant va dans le même sens en disposant que « *tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité* »[578]. L'obligation internationale qui pèse sur les États est alors celle d'éviter l'apatridie et l'allégeance perpétuelle[579].

L'État, même s'il doit décider souverainement à qui attribuer sa nationalité, voit aussi son pouvoir limité par ses engagements internationaux qui lui interdisent de priver une personne de nationalité. Ainsi, l'article 6 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant dispose en son alinéa 4 que « *les États parties à la présente Charte s'engagent à veiller à ce que leurs législations reconnaissent le principe selon lequel un enfant a droit d'acquérir la nationalité de l'État sur le territoire duquel il/elle est né(e) si, au moment de sa naissance, il/elle ne peut prétendre à la nationalité d'aucun autre État, conformément à ses lois* »[580]. Il est ainsi une obligation conventionnelle pour les États, notamment ceux ayant signé et ratifié la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, de ne pas priver une personne de nationalité. La lutte contre l'apatridie est promue[581] de la sorte, le retrait de la qualité de national doit être prévu par la loi et strictement encadré par elle. Cette obligation des États au profit des individus constitue pour ceux-ci des droits justiciables à la nationalité.

205. L'existence d'un droit subjectif à la nationalité. - Un droit subjectif est une prérogative reconnue par les pouvoirs publics et dont la violation est sanctionnée. Chaque État organise de manière autonome les normes qui régissent l'attribution, l'acquisition, et la perte de sa nationalité. Ces règles sont du ressort de la souveraineté étatique. Le droit objectif organise les règles qui régissent l'acquisition et la perte de la nationalité. Toutes personnes remplissant les conditions définies par la règle de droit peuvent demander la nationalité d'un État. Le droit à la nationalité signifie non seulement que les individus disposent du droit à ne pas être privé de nationalité mais qu'ils ont aussi celui de ne pas être privé de la possibilité d'en changer[582]. Les individus sont, dans une certaine mesure, libres de changer de nationalité ou de demander l'acquisition d'une nationalité. Le droit à la nationalité est donc un droit subjectif et un droit fondamental de la personne appartenant

[577] *Cf.* article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant.
[578] *Cf.* art. 6 al. 3 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.
[579] H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 29.
[580] *Cf.* article 6 al. 4 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.
[581] *Cf.* art. 15 de la *DUDH* ; voy. aussi H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 28.
[582] S. PENNARUN, « La nationalité, droit objectif ou droit subjectif », *préc.*, p. 511.

aux individus, soit en raison de leur lien avec un territoire, soit en vertu d'autres liens fixés par chaque État.

C'est également parce que la nationalité est un élément de l'état des personnes, du statut personnel, un attribut de la personnalité juridique et donc un mode d'individualisation de la personne que tout homme y a droit[583]. Au demeurant, il existe une inégalité avérée dans le droit de la nationalité au Bénin.

§ 2. L'EXISTENCE D'UNE INÉGALITÉ AVÉRÉE DANS LE DROIT BÉNINOIS DE LA NATIONALITÉ

206. La position du problème. Il existe des éléments ou des situations sur lesquels se fondent les États pour fixer les règles qui permettent l'octroi de la nationalité. La filiation, le mariage, la naissance sur le territoire d'un État servent souvent de base à la détermination de la nationalité. Une décision administrative peut également accorder la nationalité à une personne. Est ici en cause la manière dont la règle de droit traite des individus placés dans une même catégorie. C'est par exemple la manière dont la loi accorde la nationalité à des personnes par mariage, par filiation ou par décision administrative. Le principe d'égalité s'impose au législateur et recommande que des personnes placées dans les situations identiques soient traitées également par le droit. Or le droit béninois de la nationalité attache des effets différents à la filiation et au mariage pour les individus placés dans des situations identiques. Les manifestations de ces inégalités seront étudiées afin de proposer des solutions possibles pour y remédier.

207. Plan. Ainsi, sera examinée l'inégalité consacrée des filiations et des sexes dans l'attribution de la nationalité (A) avant de faire apparaître la rupture du droit dans la législation béninoise par la condamnation du Code de la nationalité (B).

A. L'inégalité consacrée

208. La position du problème. - La loi traite différemment la filiation maternelle et la filiation paternelle dans l'attribution de la nationalité. Le type de filiation définit donc le caractère de la nationalité. Aussi, l'acquisition de la nationalité à raison du mariage dépend du sexe de l'époux concerné et varie selon qu'il s'agisse de l'épouse ou de l'époux.

---

[583] S. PENNARUN, « La nationalité, droit objectif ou droit subjectif », *préc.*, p. 511.

209. Plan. Après avoir démontré qu'il existe des effets inégaux de l'attribution de la nationalité à raison de la filiation (1), il sera question des effets inégaux de l'attribution de la nationalité à raison du mariage (2).

1. Les effets inégaux de l'attribution de la nationalité à raison de la filiation

210. Le principe. Exactement comme démontré en ce qui concerne l'attribution du nom en raison de la filiation[584], le droit de la nationalité accorde des effets différents à la filiation maternelle et à la filiation paternelle[585]. Si on peut souligner une certaine rigidité de la nationalité attribuée à raison de la filiation paternelle, celle attribuée à raison de la filiation maternelle est plus souple. L'article 12 du Code de la nationalité béninoise dispose ainsi que « *est Dahoméen : 1° l'enfant né d'un père dahoméen ; 2° l'enfant né d'une mère dahoméenne lorsque le père est inconnu ou n'a pas de nationalité connue* »[586].

La filiation paternelle permet donc la transmission de la nationalité béninoise sans aucune condition. Il suffit que le père soit de nationalité béninoise pour que l'enfant reçoive cette nationalité. La même nationalité béninoise n'est en revanche attribuée à raison de la filiation maternelle qu'en cas d'indétermination de la filiation paternelle. Le principe serait donc que la nationalité béninoise est attribuée à raison de la filiation paternelle.

211. La primauté de la filiation paternelle. La filiation paternelle l'emporte clairement sur celle maternelle dans l'attribution de la nationalité béninoise. Elle prime sur toute autre et peut même conduire ainsi à l'attribution d'office de la nationalité béninoise. Une telle affirmation de la primauté de la nationalité à raison de la filiation paternelle invite à s'interroger sur l'attribution de la nationalité béninoise à un individu dont les père et mère sont tous deux de cette nationalité. L'attribution de la nationalité béninoise à l'enfant se fait en commençant par vérifier la nationalité béninoise de son père. Dès lors que le père est béninois, on attribue automatiquement à l'enfant la nationalité béninoise quand bien même les deux parents ont la nationalité béninoise.

La pratique semble pouvoir apporter quelque éclairage à ce sujet. En effet, le certificat de nationalité délivré par les tribunaux au Bénin aux individus nés de père et mère tous deux béninois fait référence à la naissance au Bénin pour attribuer la nationalité béninoise. La nationalité est donc attribuée aux personnes dont les père et mère sont tous deux de nationalité béninoise en vertu de leur naissance sur le territoire béninois, de père de

---

[584] *Cf. supra* n° 149 et s.
[585] H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 54.
[586] *Cf.* art. 12 du Code de la nationalité béninoise.

nationalité béninoise. Il est fait expressément référence à l'article 7 du Code de la nationalité béninoise contenu dans le chapitre premier intitulé « *de l´attribution de la nationalité dahoméenne en raison de la naissance au Dahomey* ». Aux termes de cette disposition « *est dahoméen l´individu né au Dahomey d´un père qui y est lui-même né. Est présumé remplir ces deux conditions celui qui a sa résidence habituelle sur le territoire de la République du Dahomey et jouit de la possession d´état de Dahoméen. La preuve contraire peut être rapportée dans les formes et conditions prévues au Titre V de la présente loi* »[587]. Et même dans ce cas, il est fait allusion au père, car il faut naître d'un père né au Bénin.

La primauté accordée à la filiation paternelle est donc très significative. Le simple fait de la naissance sur le territoire béninois peut donner droit à l'attribution de la nationalité béninoise à condition que les filiations de l'individu ne soient pas établies ou en vertu de la méconnaissance de la nationalité des parents de l'individu[588]. On constate donc que la filiation se combine à la naissance sur le territoire pour l'acquisition de la nationalité à raison de la naissance sur le territoire béninois. La filiation vient juste ainsi renforcer le principe de l'acquisition de la nationalité à raison du sol. On peut aussi en déduire dans ce cas que le *jus soli* vient renforcer le *jus sanguinis,* l'enfant est béninois sans possibilité de répudiation. Il existe toutefois là une différence fondamentale de situation lorsque la même nationalité est attribuée en tenant compte de la filiation maternelle.

212. La conditionnalité accrue de la nationalité à raison de la filiation maternelle. La loi attribue la nationalité à raison de la filiation maternelle à deux conditions.

S'agissant de la première condition, l'article 12 alinéa 2 pose la règle de l'attribution de la nationalité béninoise à raison de la filiation maternelle lorsque le père de l'enfant est inconnu ou lorsque sa nationalité est inconnue[589]. En réalité, lorsque le père est inconnu, l'enfant ne dispose que de la filiation maternelle et il n'y a donc pas d'autres choix possibles si l'on ne veut pas priver l'enfant de nationalité. On ne peut prétendre aligner le statut de l'enfant sur celui du père, la filiation maternelle est alors prise en compte pour attribuer la nationalité béninoise. Ceci rejoint exactement le cas précédent de l'acquisition de la nationalité à raison de la naissance au Bénin de parents inconnus. Il s'agit en fait de l'attribution de la nationalité à raison du sol avec ici le constat que la filiation maternelle n'est pas une condition nécessaire à l'attribution de la nationalité. La filiation n'a même

---

[587] *Cf.* art. 7 du Code de la nationalité béninoise.
[588] *Cf.* art. 9 du Code de la nationalité béninoise : *« est Dahoméen, l´individu né au Dahomey qui ne peut se prévaloir d´aucune autre nationalité d´origine, soit que ses parents sont inconnus, soit que ceux-ci bien que connus, ne se rattachent eux-mêmes à aucune nationalité* ».
[589] *Cf.* art. 12. 2 du Code de la nationalité béninoise.

pas en réalité d'effet sur cette forme d'attribution de la nationalité béninoise dans la mesure où, même l'individu né au Bénin qui ne peut se prévaloir d´aucune autre nationalité d´origine, soit que ses parents sont inconnus, soit que ceux-ci bien que connus, ne se rattachent eux-mêmes à aucune nationalité se voit attribuer la nationalité béninoise[590].

Concernant la deuxième condition, l'article 13 du Code de la nationalité béninoise dispose que « *est Dahoméen, sauf la faculté s´il n´est pas né au Dahomey de répudier cette qualité dans les six mois précédant sa majorité, l´enfant né d´une mère dahoméenne et d´un père de nationalité étrangère* »[591]. La nationalité béninoise est transmise à raison de la filiation maternelle à condition que le père de l'enfant soit de nationalité étrangère. Il s'agit d'une politique nationale visant à faire primer la nationalité béninoise sur d'autres.

Dans l'un ou l'autre de ces deux cas, la nationalité béninoise se transmet à raison de la filiation maternelle lorsqu'il existe une indétermination au sujet de la nationalité du père ou lorsque ce dernier est de nationalité étrangère. C'est donc à défaut d'attribuer la nationalité du père à l'enfant que l'on tient compte de la filiation maternelle et il s'agit bel et bien d'une attribution subsidiaire de la nationalité béninoise à raison de la filiation maternelle. Le principe serait donc que la nationalité de la mère n'est pas transmissible et que sa transmission se fait par exception. La filiation acquise par cette voie est pour le moins, plus souple.

213. La souplesse de la nationalité béninoise attribuée à raison de la filiation maternelle. L'enfant qui a reçu la nationalité béninoise à raison de la filiation maternelle a la faculté de la répudier. Ainsi, dans les deux cas sur trois où la loi a pris en compte la filiation maternelle pour attribuer la nationalité béninoise, l'individu à qui elle est attribuée peut la répudier. L'enfant né au Bénin d'une mère qui y est elle-même née[592] et l'enfant né à l'étranger[593] d'une mère béninoise et d'un père de nationalité étrangère[594] ont donc la faculté de répudier la nationalité ainsi acquise. La répudiation paraît être alors le baromètre de la valeur de la nationalité d'une personne.

214. La répudiation comme baromètre du caractère de la nationalité. La répudiation de la nationalité est « *l'acte par lequel une personne qui a cette nationalité*

---

[590] *Cf*. art. 9 du Code de la nationalité béninoise.
[591] *Cf*. art. 13 du Code de la nationalité béninoise.
[592] *Cf*. art. 8 du Code de la nationalité béninoise.
[593] La naissance à l'étranger paraît un frein à la plénitude de l'attribution de la nationalité béninoise seulement, lorsque c'est la mère qui est de nationalité béninoise. On en déduit donc que lorsque le père est de nationalité béninoise, quel que soit le lieu de naissance de l'enfant, il acquiert pleinement la nationalité béninoise ; *cf*. art. 13 du Code de la nationalité béninoise.
[594] *Cf*. art. 13 du Code de la nationalité béninoise.

déclare, dans les conditions prévues par la loi, abandonner cette nationalité »[595]. Elle indique l'intensité du lien de l'individu avec l'État considéré et est en ce sens un indice de la nationalité de fait. La possibilité de répudiation de la nationalité est offerte lorsque l'attribution de la nationalité peut ne pas correspondre à la situation réelle de l'intéressé[596]. La preuve en est que les individus ayant pris des engagements dans l'armée, par exemple, ne peuvent pas répudier la nationalité béninoise même s'ils avaient cette faculté.

Or la nationalité attribuée en prenant compte la filiation maternelle est bien assortie de la faculté de répudiation. Aux individus qui ont reçu la nationalité béninoise à raison de leur filiation maternelle, qu'ils soient nés au Bénin de père étranger ou nés au Bénin de mère béninoise, la loi offre la faculté de répudier leur nationalité. Le seul frein à cette règle est de ne pas occasionner l'apatridie. Il est dès lors possible de s'interroger sur la raison pour laquelle, en vue de l'attribution de la nationalité à raison de la filiation maternelle, la loi énumère des critères comme l'apatridie mais en l'assortissant toujours de la faculté de répudiation. Sans doute qu'il s'agit de la volonté de donner primauté à la nationalité par le père en n'attribuant la nationalité par la mère que dans les cas où une protection particulière doit être apportée à l'individu. La transmission de la nationalité de la mère est alors accompagnée de conditions qui montrent sa fragilité, l'enfant à qui la nationalité béninoise est attribuée par la mère pouvant, lui seulement, y renoncer[597]. La nationalité par la mère est donc à la fois subsidiaire et moins rigide.

En revanche, la nationalité attribuée à raison de la filiation paternelle ne peut pas être répudiée. D'ailleurs, elle est présentée comme une nationalité originale[598]. L'originalité supposée de la filiation paternelle tient aux effets que la loi y attache. La loi présume qu'il y a un enracinement bien solide de l'enfant à la population béninoise lorsque cette nationalité lui est transmise par son père. Ainsi, quel que soit le lieu de naissance de l'individu, la nationalité béninoise lui est attribuée de manière définitive. L'interprétation combinée des articles 7 et 12 alinéa 1er du Code de la nationalité le démontre clairement. Il suffit que le père soit de nationalité béninoise pour que l'enfant acquière la nationalité béninoise sans possibilité de répudiation même s'il conserve, comme tous les nationaux, le

---

[595] Voy. P. LAGARDE, *La nationalité française*, Paris, 4è éd., Dalloz, 2011, n° 23.01.
[596] Voy. H. FULCHIRON, *op. cit.,* pp. 56-57.
[597] *Cf.* art. 8 et 13 du Code de la nationalité béninoise. En attribuant la nationalité, d'une part, par la naissance au Bénin, d'une mère béninoise (art 8) et, d'autre part, à raison de la filiation maternelle (art 13), le législateur accompagne cette attribution de la faculté de répudiation de la nationalité béninoise. Ce qui n'est pas le cas lorsque la nationalité est attribuée à raison de la filiation paternelle. En dehors de ces deux cas où les enfants ont la faculté de répudier la nationalité béninoise, les enfants adoptifs aussi ont la faculté de répudier la nationalité de leurs parents adoptifs ; voy. art. 17 et 43 du Code de la nationalité béninoise.
[598] P. LAGARDE, *op. cit*., n° 20.02. La nationalité d'origine renvoie à la nationalité acquise à sa naissance.

droit de la décliner[599]. L'enfant né d'une mère béninoise n'a pas les mêmes droits ni obligations qu'un enfant né de père de nationalité béninoise.

215. L'existence d'une inégalité. Il existe ainsi une inégalité certaine entre les filiations, celle paternelle passant en priorité. L'inégalité s'attache aussi aux effets que le législateur confère à tel ou tel type de la filiation. Sans doute, la perception de cette inégalité dépend de l'intérêt attaché par chacun à la faculté de répudier. Si celle-ci est considérée comme un avantage, il pourra s'agir alors d'une inégalité en faveur de l'individu à qui la nationalité béninoise est transmise par la filiation maternelle. Cette position inverse semble être celle ayant conduit les requérants à adresser un recours d'inconstitutionnalité contre certaines dispositions du Code la nationalité béninoise. Au demeurant, cette première conception de la faculté de répudiation paraît quelque peu irréaliste. La répudiation ne peut être vue comme un avantage et il s'agit d'une inégalité en défaveur de l'individu qui a reçu la nationalité béninoise à raison de sa filiation maternelle. L'inégalité profite ainsi à celui qui reçoit la nationalité par le père car il est totalement assimilé à la population du Bénin.

Il s'agit là aussi d'une inégalité entre les hommes et les femmes puisque les femmes ayant la nationalité béninoise n'ont pas les mêmes droits que les hommes de nationalité béninoise au sujet de la transmission de la nationalité béninoise à leur enfant.

Cette tendance paraît renversée en ce qui concerne l'acquisition de la nationalité en conséquence du mariage.

2. Les effets inégaux du mariage sur la nationalité des époux

216. L'acquisition automatique de la nationalité béninoise. Comme la filiation, le mariage permet l'acquisition de la nationalité béninoise[600]. Au moment même de la célébration du mariage, la femme de nationalité étrangère acquiert automatiquement la nationalité béninoise de son mari. En effet, aux termes de l'article 18 du Code de la nationalité béninoise : « *sous réserve des dispositions des articles 19, 20, 22 et 23, la femme étrangère qui épouse un Dahoméen acquiert la nationalité dahoméenne au moment de la célébration du mariage* »[601]. L'expression « *au moment de la célébration du mariage* » montre avec évidence le caractère automatique de l'acquisition de la nationalité béninoise. L'instant de la signature de l'acte du mariage consacre la transmission de la nationalité béninoise à l'épouse de nationalité étrangère.

---

[599] *Cf.* art. 46 du Code de la nationalité béninoise.
[600] *Cf.* art. 18 du Code de la nationalité béninoise.
[601] *Ibid.*

217. Une rapide assimilation. En plus de cette acquisition automatique de la nationalité béninoise par le mariage, l'épouse de nationalité étrangère est presque totalement assimilée aux nationaux béninois en dépit d'une réserve pendant la période où elle a la possibilité de décliner la nationalité béninoise. L'article 21 du Code de la nationalité béninoise dispose ainsi que « *durant le délai fixé à l´article précédent, la femme qui a acquis par mariage la nationalité dahoméenne ne peut être électrice ni éligible lorsque l´inscription sur les listes électorales ou l´exercice de fonctions ou de mandats électifs sont subordonnées à la qualité de Dahoméen* »[602]. La femme étrangère mariée à un béninois est exactement comparable aux nationaux et peut même être électrice et éligible à court terme, au bout de six mois après la célébration du mariage, délai d'opposition du gouvernement. Cette précision est apportée par l'article 20 du Code de la nationalité béninoise[603]. L'acquisition automatique de la nationalité par la femme mariée paraît avoir un fondement social bien connu.

218. Les raisons profondes de l'acquisition automatique de la nationalité par l'épouse. En effet, la femme devrait traditionnellement vivre sous la protection de son mari et se trouve notamment obligée de vivre au domicile conjugal. Il est alors révélé plus pratique de lui accorder la nationalité de son époux au moment même de la célébration du mariage afin que son statut suive à son tour la condition de son mari. L'automaticité de l'acquisition de la nationalité de l'époux par l'épouse allait alors de pair avec l'organisation patriarcale de la famille. D'ailleurs, dans certains États, les femmes qui épousent les étrangers se voient retirer leur nationalité[604] d'origine afin de leur permettre de suivre la condition de leur mari et de faciliter leur séjour dans son pays. La nationalité opère ainsi comme un signe de l'unité familiale à l'instar du nom de l'époux. Or la famille se construisant autour de l'époux qui en était le chef, il appartenait alors au mari de transmettre sa nationalité à son épouse et à ses enfants. C'est certainement pour ces raisons que les hommes étrangers n'acquièrent pas la nationalité béninoise par mariage avec une

---

[602] *Cf.* art. 21 du Code de la nationalité béninoise.

[603] *Cf.* art. 20 du Code de la nationalité béninoise : « *au cours du délai de six mois qui suit la célébration du mariage, le gouvernement peut s´opposer, par décret, à l´acquisition de la nationalité dahoméenne. Lorsque le mariage a été célébré à l´étranger, le délai fixé à l´alinéa précédent court du jour de la transcription de l´acte sur les registres de l´état civil des agents diplomatiques ou consulaires dahoméens. En cas d´opposition du gouvernement, l´intéressée est réputée n´avoir jamais acquis la nationalité dahoméenne* ».

[604] M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, 4è éd. LGDJ, 2013, n°s 930 et 956. L'unité de la famille orientait le choix dans l'acquisition automatique de la nationalité du mari par la femme mariée. C'est ainsi que le Code civil français rendu applicable au Bénin prévoyait en son article 12 que « *l'étrangère qui aura épousé un Français suivra la condition de son mari* » et l'article 19 ajoute qu'« *une femme française qui épousera un étranger, suivra la condition de son mari. Si elle devient veuve, elle recouvrera la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du Gouvernement, et en déclarant qu'elle veut s'y fixer* » ; voy. aussi P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 51.11.

béninoise, la logique étant que c'est eux qui doivent transmettre leur nationalité à l'épouse. L'époux est ainsi renvoyé à la naturalisation pour acquérir la nationalité béninoise.

219. Le renvoi de l'époux à la naturalisation. Le renvoi de l'époux à la seule possibilité de naturalisation pour acquérir la nationalité béninoise n'est pas explicite dans le texte du Code de la nationalité béninoise. Ce renvoi peut toutefois s'analyser de deux points de vue. *Primo*, l'absence de disposition symétrique à celle de l'article 18 du Code de la nationalité béninoise. *Secundo*, on relève la possibilité de réduction de la durée de stage prévu en vue de la naturalisation pour un époux dont la femme est de nationalité béninoise.

Dans le premier cas, on constate qu'aucune disposition du Code de la nationalité béninoise ne prévoit les conditions de l'acquisition de la nationalité béninoise pour un homme à raison du mariage avec une femme de nationalité béninoise. Volonté ou oubli du législateur ? L'inexistence d'une telle disposition peut supposer la volonté du législateur de ne point attribuer la nationalité béninoise à un homme à raison de son mariage avec une femme béninoise. Cependant, on peut également penser à un oubli du législateur qui impliquerait qu'il ne s'agit en fait pas d'une inégalité. Mais, à la lecture des autres dispositions du Code de la nationalité, on comprend clairement qu'il ne s'agissait pas d'un oubli.

En effet, la lecture croisée des articles 35[605] et 36 du Code de la nationalité béninoise révèle que l'époux d'une femme béninoise ne peut acquérir la nationalité béninoise que par naturalisation. L'article 35 énumère ainsi les conditions d'acquisition de la nationalité béninoise par naturalisation avec une réserve à son alinéa 2 qui renvoie à l'article 36[606]. Selon l'alinéa 1[er] de l'article 36, l'étranger marié à une béninoise n'est pas soumis à la condition de stage prévue à l'article 35 pour sa naturalisation. Cette possibilité offerte traduit plus que l'oubli, elle indique la volonté marquée d'empêcher l'acquisition de la nationalité béninoise par mariage à un homme étranger. La seule possibilité qui s'offre à lui est la naturalisation prévue à l'article 35. Le mariage avec une femme de nationalité

---

[605] *Cf.* art. 35 du Code de la nationalité béninoise : « *la naturalisation peut être accordée aux étrangers remplissant les conditions suivantes : 1 °Avoir atteint l´âge de la majorité fixé à l´article 5 ci-dessus. 2 °Sous réserve des exceptions prévues à l´article 36 ci-après, justifier d´une résidence habituelle au Dahomey pendant les trois années qui précèdent le dépôt de la demande. 3° Être de bonne vie et mœurs et n´avoir encouru aucune condamnation supérieure à une année d´emprisonnement pour infraction de droit commun, non effacée par la réhabilitation ou l´amnistie. 4° Être reconnu sain de corps et d´esprit. 5° Justifier de son assimilation à la communauté dahoméenne, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition d´une langue dahoméenne ou de la langue officielle* »

[606] *Cf.* art. 36 du Code de la nationalité béninoise : « *n'est pas soumis à la condition de stage prévue à l´article précédent : 1° L´étranger né au Dahomey ou marié à une Dahoméenne. 2° La femme et l´enfant majeur de l´étranger qui acquiert la nationalité dahoméenne. 3° L´étranger majeur adopté par une personne de nationalité dahoméenne. 4° L´étranger qui a rendu des services signalés au Dahomey ou dont la naturalisation présente un intérêt certain pour le Dahomey* ».

béninoise ne serait donc qu'une condition qui permettrait de réduire la durée du stage prévue à l'article 36. L'accès à la citoyenneté béninoise se trouve ralenti et l'assimilation à la population béninoise est ainsi très retardée pour l'époux.

220. Une possibilité unilatérale d'acquisition automatique par le mariage. Un autre problème se pose alors. Les effets du mariage profitent en effet automatiquement à l'un des époux alors que l'autre se trouve, pour ainsi dire, privé de tout effet du mariage sur la nationalité. Le mariage produit donc aussi des effets inégaux[607] selon le sexe de la personne de nationalité béninoise qui se marie avec l'étranger. Cette inégalité des effets du mariage sur la nationalité s'observe dans l'acquisition automatique de la nationalité béninoise par l'épouse et dans l'accès quasi immédiat procuré à la citoyenneté béninoise[608]. Dès lors que le législateur opte pour donner un effet au mariage, celui-ci devait pouvoir profiter aux époux également et indépendamment de leur sexe. L'inégalité est ici en défaveur de l'époux qui ne peut au mieux que bénéficier d'une certaine facilitation de sa naturalisation[609]. La persistance de cette inégalité est liée aux enjeux de la nationalité béninoise.

221. Une faible attractivité de la nationalité béninoise. Dans les États économiquement puissants, la nationalité est en effet l'objet de nombreux recours devant les administrations car elle offre une bonne protection sociale et diplomatique. Dans ces pays, les mariages fictifs se multiplient souvent afin de permettre aux époux de profiter des facilités dans l'obtention de la nationalité. On assiste alors à des détournements[610] du mariage au point que les législations de la plupart de ces États ont dû être modifiées pour restreindre l'acquisition automatique de leur nationalité par le mariage[611]. Au moment où la nationalité des États économiquement puissants est l'objet de convoitise et d'innombrables litiges, la nationalité béninoise manque d'attirance. L'état actuel du droit de la nationalité au Bénin est, sans doute, lié à la protection limitée garantie en raison de la nationalité béninoise. Une autre raison tient à la paresse législative au Bénin.

---

[607] H. FULCHIRON, *La nationalité française*, Paris, PUF, 2000, p. 54.

[608] Aux termes des dispositions de l'art. 21 du Code de la nationalité béninoise : « *durant le délai fixé à l´art. précédent, la femme qui a acquis par mariage la nationalité dahoméenne ne peut être électrice ni éligible lorsque l´inscription sur les listes électorales ou l´exercice de fonctions ou de mandats électifs sont subordonnées à la qualité de Dahoméen* ».

[609] L'art 36 du Code de la nationalité béninoise dispose que « *n´est pas soumis à la condition de stage prévue à l´art. précédent : 1° L´étranger né au Dahomey ou marié à une Dahoméenne. 2° La femme et l´enfant majeur de l´étranger qui acquiert la nationalité dahoméenne. 3° L´étranger majeur adopté par une personne de nationalité dahoméenne. 4° L´étranger qui a rendu des services signalés au Dahomey ou dont la naturalisation présente un intérêt certain pour le Dahomey* ».

[610] J. HAUSER, « Des détournements du mariage *», RTD Civ*. 1991, p. 296 ; J. HAUSER, « L'adoption à tout faire », *D*. 1987, Chron. p. 207 ; F. BOULANGER, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *JCP*, 1993, I, 3665.

[611] P. LAGARDE, *op. cit*., n° 51.01.

222. Une certaine paresse législative. En dépit de l'attrait limité de la nationalité béninoise par rapport à celle des États-Unis d'Amérique, du Canada, de la France, de la Belgique et de bien d'autres États développés, il faut commencer par régler la question de l'inégalité qui règne dans le droit de la nationalité applicable au Bénin. La persistance de l'inégalité entre époux n'est pas voulue car elle ne s'insère pas dans la politique étatique de maintenir une telle inégalité. Même, si cette inégalité pourrait être maintenue par le législateur nouveau, elle se verrait supprimer par l'action du juge constitutionnel qui a déjà fait son office entraînant la rupture du droit dans la législation béninoise.

B. L'inégalité condamnée

223. Une décision nouvelle du juge constitutionnel. Une décision[612] de la Cour constitutionnelle du Bénin a déclaré certaines dispositions du Code de la nationalité béninoise contraires à la Constitution. La décision DCC 14-172 du 16 septembre 2014 a en effet rendu les dispositions des articles 8, 12.2, 13 et 18 de la loi n° 65-17 du 23 juin 1965 portant Code de la nationalité béninoise contraires à la Constitution.

224. Plan. Les effets de la décision de la Cour constitutionnelle (1) impliqueront l'urgence d'une nouvelle intervention législative (2).

1. Les effets de la décision de la Cour constitutionnelle

225. La reconnaissance de l'existence de l'inégalité dans le droit de la nationalité. On peut relever deux principaux effets de cette décision du juge constitutionnel que sont la reconnaissance de l'inégalité dans le droit béninois de la nationalité et l'existence des dispositions concernées. Les articles 8[613], 12.2[614], 13[615] et 18[616] de la loi n° 65-17 du 23

---

[612] La possibilité offerte à l'individu d'obtenir la sanction d'une loi contraire aux principes des droits de la personne humaine devant la Cour constitutionnelle passe soit, par la saisine directe ou indirecte de la Cour Constitutionnelle en vertu de l'art. 122 de la Constitution et sur la base de l'interprétation déductive de l'art. 3 al. 4 de la Constitution. Dans ce premier cas, l'individu peut, par une simple requête, saisir la Cour Constitutionnelle pour non-conformité de la loi à la Constitution. Dans le second cas, tout individu peut saisir la Cour constitutionnelle par une exception d'inconstitutionnalité dans une affaire qui la concerne. La présente décision est prise suite aux recours directs de plusieurs citoyens béninois adressés à la Cour constitutionnelle sur certaines dispositions du Code de la nationalité béninoise qu'ils présument contraires à la Constitution.

[613] *Cf.* art. 8 du Code de la nationalité béninoise : « *est Dahoméen, sauf la faculté de répudier cette qualité dans les six mois précédant sa majorité, l´individu né au Dahomey d´une mère qui y est elle-même née* ».

[614] *Cf.* art. 12.2 du Code de la nationalité béninoise : « *est Dahoméen :*
2°l´enfant né d´une mère dahoméenne lorsque le père est inconnu ou n´a pas de nationalité connue ».

[615] *Cf.* art. 13 du Code de la nationalité béninoise : « *est Dahoméen, sauf la faculté s´il n´est pas né au Dahomey de répudier cette qualité dans les six mois précédant sa majorité, l´enfant né d´une mère dahoméenne et d´un père de nationalité étrangère* ».

juin 1965 portant Code de la nationalité béninoise sont déclarés contraires à la Constitution du Bénin. Le motif évoqué par le juge constitutionnel est la violation du principe d'égalité[617]. Il s'agit ainsi de la reconnaissance par le juge constitutionnel de l'existence de l'inégalité dans le droit béninois de la nationalité. Mais ces dispositions pourront-elles encore être appliquées ?

226. L'inapplicabilité des dispositions concernées. Afin de mieux appréhender l'applicabilité ou non des dispositions des articles 8, 12.2, 13 et 18 du Code de la nationalité béninoise, il faut se référer à la Constitution. En vertu des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 3 de la Constitution béninoise, « *toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et non avenus. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels* » [618]. Les dispositions des articles 8, 12.2, 13 et 18 du Code de la nationalité béninoise sont donc « *nuls et non avenus* ». La décision de la Cour constitutionnelle a ainsi extirpé les dispositions visées du droit positif béninois. Il existe en conséquence un vide dans la législation.

227. L'existence d'un vide dans la législation. La décision de la Cour constitutionnelle prend effet à partir de la date de son prononcé[619], c'est-à-dire le 16 septembre 2014 pour les dispositions des articles 8, 12.2, 13 et 18 du Code de la nationalité béninoise. Serait-on en train de plonger dans un vide juridique sans précédent ? L'enfant dont le père est de nationalité béninoise aura-t-il alors désormais la possibilité de répudier la nationalité béninoise ou bien l'enfant dont la mère est béninoise ne pourra-t-il plus avoir

---

[616] *Cf.* art. 18 du Code de la nationalité béninoise : « *sous réserve des dispositions des articles 19, 20, 22 et 23, la femme étrangère qui épouse un Dahoméen acquiert la nationalité dahoméenne au moment de la célébration du mariage* ».

[617] Voy. la décision DCC 14-172 du 16 septembre 2014 de la Cour constitutionnelle du Bénin. En effet, le juge constitutionnel décide de l'inégalité au sujet de ces dispositions en considérant que « *l'article 8 du Code de la nationalité béninoise, en offrant à l'enfant né au Bénin d'une mère qui y est elle-même née la faculté de répudier la nationalité béninoise acquise d'elle, alors que l'article 7 du même Code n'offre pas les mêmes facultés à l'enfant né d'un père béninois dans les mêmes conditions, introduit une inégalité fondée sur la filiation selon que le géniteur est de sexe masculin ou féminin ; que par ailleurs l'article 12 en son point 2 et l'article 13 du même Code établissent une double réserve quant à la transmission de la nationalité de la mère béninoise à son enfant, à savoir que : d'une part, la nationalité de la mère n'est transmise que lorsque le père est inconnu ou n'a pas de nationalité connue, d'autre part, l'enfant né à l'étranger d'un père de nationalité étrangère peut répudier la nationalité de sa mère béninoise avant sa majorité, alors que pour le père 18 béninois, la transmission est automatique sans aucune réserve ; qu'en cela, l'article 12.2 et l'article 13 du Code de la nationalité béninoise créent une inégalité fondée sur le sexe du géniteur ; qu'en ce qui concerne l'article 18, il offre à la femme étrangère qui épouse un homme béninois la possibilité d'acquérir la nationalité béninoise sans que la même possibilité ne soit offerte à l'homme étranger qui épouse une femme béninoise ; qu'il s'ensuit que, dans leur adoption, les articles 8, 12.2, 13 et 18 du Code de la nationalité béninoise introduisent sans les justifier des distinctions dans l'attribution ou l'acquisition de la nationalité béninoise en raison soit de la naissance au Bénin, soit de la filiation ou du mariage ; qu'ils sont donc discriminatoires* ».

[618] *Cf.* art. 3 de la Constitution du Bénin.

[619] *Cf.* art. 3 de la déc. DCC 14-172 du 16 septembre 2014.

la possibilité de répudier la nationalité béninoise ? La nationalité béninoise de la mère suffira-t-elle désormais, à elle seule, à permettre l'attribution de la nationalité béninoise à son enfant indépendamment de la nationalité connue ou inconnue de son père ? Et le mariage continuera-t-il à produire des effets sur la nationalité ou bien la personne qui épouse un béninois aura-t-elle automatiquement la nationalité béninoise au moment même de la célébration du mariage quel que soit son sexe ? Ou encore, la personne mariée avant la décision de la Cour constitutionnelle pourra, dès lors, passer outre la procédure de naturalisation et demander automatiquement la nationalité béninoise ? Autant de questions nouvelles qui se poseront aux juges. La question du conflit de lois dans le temps en matière de nationalité se trouve au cœur du problème et plusieurs solutions sont envisageables.

228. Une application partielle du Code de la nationalité. Le retrait des dispositions du Code de la nationalité déclarées contraires à la Constitution consacrerait ainsi l'avènement d'un Code nouveau de la nationalité dans lequel les articles 8, 12.2, 13, et 18 n'existent pas. En conséquence, la filiation maternelle n'aura aucun effet sur la nationalité et un enfant né d'une mère de nationalité béninoise ne peut prétendre à l'attribution de la nationalité béninoise. L'inégalité des filiations devient alors plus évidente encore. Le mariage n'aura en principe aucun effet sur la nationalité et, dans ce cas, les époux seront traités à égalité. Cependant, seul l'époux de nationalité étrangère ayant été marié avec une béninoise pourra profiter de la réduction de la durée de délai de stage[620] prévu à l'article 36, tandis que l'épouse de nationalité étrangère sera soumise à l'article 34 du Code de la nationalité béninoise et ne profitera donc pas de cette réduction prévue en cas de mariage[621]. L'inégalité changera ainsi de camp et sera en défaveur de la femme. On peut toutefois avoir une autre lecture de la situation actuelle.

229. Une interprétation extensive de la situation nouvelle. La protection des droits de l'homme impose des avancées dans l'octroi des droits reconnus et l'on ne saurait alors revenir à une situation présente moins protectrice que la précédente. Cela dit, on ne saurait supprimer ou nier l'effet de la filiation maternelle ou du mariage sur la nationalité. Dès

---

[620] *Cf.* art. 36 du Code de la nationalité béninoise : *« n´est pas soumis à la condition de stage prévue à l´art. précédent : 1 ° L´étranger né au Dahomey ou marié à une Dahoméenne ; 2 ° La femme et l´enfant majeur de l´étranger qui acquiert la nationalité dahoméenne. 3 ° L´étranger majeur adopté par une personne de nationalité dahoméenne. 4 ° L´étranger qui a rendu des services signalés au Dahomey ou dont la naturalisation présente un intérêt certain pour le Dahomey* ».

[621] *Cf.* art. 35 du Code de la nationalité béninoise : « *la naturalisation peut être accordée aux étrangers remplissant les conditions suivantes : 1° Avoir atteint l´âge de la majorité fixé à l´art. 5 ci-dessus. 2° Sous réserve des exceptions prévues à l´art. 36 ci-après, justifier d´une résidence habituelle au Dahomey pendant les trois années qui précèdent le dépôt de la demande. 3° Etre de bonne vie et mœurs et n´avoir encouru aucune condamnation supérieure à une année d´emprisonnement pour infraction de droit commun, non effacée par la réhabilitation ou l´amnistie. 4° Etre reconnu sain de corps et d´esprit. 5° Justifier de son assimilation à la communauté dahoméenne, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition d´une langue dahoméenne ou de la langue officielle* ».

lors, on sera tenté d'interpréter la nouvelle situation juridique résultant du retrait des articles 8, 12.2, 13 et 18 du Code de la nationalité en l'octroi de la situation la plus protectrice des droits humains. Ainsi, comme certains ont pu l'examiner, si la répudiation est effectivement un bénéfice, elle saurait profiter à tous les enfants, en même temps que la filiation d'un parent de nationalité béninoise conduirait à l'attribution de cette dernière à l'enfant indépendamment de son sexe. De son côté, le mariage permettrait à la personne mariée d'obtenir automatiquement la nationalité béninoise quel que soit aussi son sexe. Cependant, un flou pourra pourtant demeurer, notamment dans le cas des personnes de nationalité étrangère et de sexe masculin mariées à une béninoise en n'ayant pas encore acquis la nationalité béninoise par naturalisation. Pourront-ils prétendre à l'acquisition automatique de la nationalité béninoise en vertu du mariage ? Des incertitudes planent ainsi sur la possibilité de répudiation de la nationalité offerte aux enfants. En clair, les enfants à qui la nationalité béninoise a été attribuée en raison de leur filiation paternelle peuvent-ils demander la répudiation de cette nationalité avant leur majorité ?

Une intervention législative interviendra certainement et urgemment pour remédier à la situation confuse actuelle.

2. L'urgence d'une intervention législative

230. La sécurité juridique. L'urgence de la réforme s'analyse par rapport aux divergences d'interprétation qu'occasionne la suppression des dispositions inconstitutionnelles du Code de la nationalité béninoise. Les interprétations de la nouvelle situation peuvent varier d'un individu à l'autre et notamment, d'un juge à l'autre au point de mettre à mal la sécurité juridique à laquelle les individus doivent pouvoir prétendre dans un État de droit. Certains auteurs[622] ont pu soutenir que la décision de la Cour constitutionnelle a un effet *erga omnes*. Certes, il faudra aussi déterminer l'impact d'une telle décision sur l'ensemble de la loi concernée car « *en droit des personnes et de la famille les sujets ont droit, comme dans d'autres branches juridiques, à des solutions cohérentes donc prévisibles. C'est une exigence démocratique encore plus essentielle dans un tel domaine* »[623]. Au-delà de cette raison, la réforme du Code de la nationalité répondrait aux besoins du peuple béninois.

---

[622] Th. HOLO, *art. préc.*, p. 107.

[623] J. HAUSER, « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle, in *Droit des personnes et de la famille – Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, LGDJ, 1994, p. 238.

231. La satisfaction des attentes de la population. En effet, le législateur qui est « *le sage instituteur ne commence pas par rédiger de bonnes lois en elles-mêmes, il examine auparavant si le peuple auquel il les destine est propre à les supporter* »[624]. Le peuple béninois à qui se destine un Code revu de la nationalité semble être prêt à recevoir une telle loi puisque ce sont des citoyens béninois[625] qui se sont d'abord levés contre les inégalités du Code en saisissant le juge constitutionnel.

232. La restauration de l'unité de l'ordre juridique. En l'état actuel de la loi après la suppression des quelques dispositions jugées contraires à la Constitution[626], l'application du Code de la nationalité contient encore des restes d'inégalité. Cette ambiguïté pourra aussi être levée par une intervention législative, d'autant plus qu'avant toute promulgation, la loi passe systématiquement[627] par un contrôle de constitutionnalité[628] qui pourra révéler les inégalités en question et ordonner leur suppression préventive. L'unité de l'ordre juridique interne sera ainsi restaurée et le Code de la nationalité béninoise harmonisé avec la Constitution. L'intervention du législateur est donc vivement attendue. « *Il est le seul qui puisse mettre fin aux préjugés et aux abus* »[629] et « *l'ampleur d'une réforme ne se mesure pas nécessairement au nombre d'articles remaniés* »[630].

---

[624] ROUSSEAU, *Du contrat social*, II, chap. VIII.

[625] Voy. DCC 14-172 du 16 septembre 2014 rendue sur les requêtes de Fatiou OUSMANE, Ibrahim SALAMI, Serge Roberto PRINCE-AGBODJAN, Mahunan Rodrigue DAVAKAN, Elisabeth YÈDÉDJI et Éric MONTCHO-AGBASSA.

[626] Voy. DCC 14-172 du 16 septembre 2014 qui a déclaré les articles 8, 12. 2, 13 et 18 contraires à la Constitution du Bénin.

[627] Th. HOLO, « Émergence de la justice constitutionnelle », *Revue Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 103. Ce dernier fait référence à l'art. 117 de la Constitution du Bénin qui rend systématique le contrôle de constitutionnalité des lois avant leur promulgation ; voy. également G. BADET, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Cotonou, FES, 2013, p. 31 ; voy. aussi G. BADET, *Thèse préc*., pp. 129-130.

[628] *Cf*. art. 121 de la Constitution du Bénin qui dispose que « *la Cour constitutionnelle, à la demande du Président de la République ou de tout membre de l'Assemblée nationale, se prononce sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation. Elle se prononce d'office sur la constitutionnalité des lois et de tout texte réglementaire censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques. Elle statue plus généralement sur les violations des droits de la personne humaine et sa décision doit intervenir dans un délai de huit jours* » et art. 117 de *la* Constitution qui dispose que « *la Cour constitutionnelle - Statue obligatoirement sur : - la constitutionnalité des lois organiques et des lois en général avant leur promulgation ; - les Règlements intérieurs de l'Assemblée nationale, de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication et du Conseil économique et social avant leur mise en application, quant à leur conformité à la Constitution ; - la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques en général, sur la violation des droits de la personne humaine ; - les conflits d'attributions entre les institutions de l'État ; - Veille à la régularité de l'élection du Président de la République ; examine les réclamations, statue sur les irrégularités qu'elle aurait pu, par elle-même, relever et proclame les résultats du scrutin; statue sur la régularité du référendum et en proclame les résultats ; - Statue, en cas de contestation, sur la régularité des élections législatives ; - Fait de droit partie de la Haute Cour de Justice à l'exception de son Président* ».

[629] J. CARBONNIER, *Essais sur les lois***,** Paris, Defrénois, 1979, p. 212.

[630] D. HUET-WEILLER « L'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état (commentaire de la loi du 25 juin 1982 modifiant l'art. 334-8 C. civ) », *D*. 1982, Chron. p. 185.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

233. Le droit béninois de la famille reste un droit ayant subi une forte pression au contact du droit international en général et l'influence du droit français[631] en particulier. Il n'est pas surprenant de constater que le législateur béninois prétend respecter les engagements internationaux[632] de l'État béninois et le sage regard du juge constitutionnel enclin à la modernisation du droit de la famille[633]. Cependant, il faut remarquer que le maintien de certaines traditions phares du droit coutumier a irrésistiblement porté atteinte à l'égalité entre époux au Bénin.

Le nom et la nationalité suivent au Bénin les mêmes régimes juridiques. Il s'agit de la transposition de la coutume dans le droit. Les enfants ne peuvent prendre le nom[634] et la nationalité[635] de la mère que lorsqu'il n'existe pas de possibilité de transmettre le nom ou la nationalité de l'époux. Le nom et la nationalité reçus de la mère sont donc fragiles et peuvent être aisément remis en cause. C'est ainsi que l'enfant dont le père vient à le reconnaître prend le nom de ce dernier et que la nationalité béninoise acquise à raison de la filiation maternelle peut être répudiée.

Les relations entre époux sont aussi placées sous le signe de la primauté du mari qui transmet à sa femme son nom[636] et sa nationalité[637]. C'est ainsi que la femme doit ajouter à son nom celui de son mari et qu'elle acquiert automatiquement au mariage la nationalité de son mari. Fort heureusement, le juge constitutionnel veille.

Si pour le moment, il subsiste encore quelques inégalités dans le droit béninois de la nationalité, une nouvelle loi ne saurait les maintenir en raison du fait que le juge constitutionnel a déjà déclaré la majorité des dispositions qui comportent des inégalités,

---

[631] L'influence du droit français sur le droit béninois est due à la colonisation.

[632] J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D*, 1997, p. 133 ; voy. J.-M. SOREL, « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in L. Fontaine, *Droit et pluralisme, actes du colloque de Caen, les 30 novembre et 1er décembre 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 82 ; A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Thèse, Dalloz, 2002, 998 p ; F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse, L'Harmattan, 2000, 522 p.

[633] Voy. notamment les décisions DCC 02-144 du 23 décembre 2002, DCC 04-08 du 20 août 2004, DCC 09-81 du 30 juillet 2009 et DCC 14-172 du 16 septembre 2014 de la Cour constitutionnelle du Bénin.

[634] *Cf.* art. 6 du CPF : « *l'enfant légitime porte le nom de famille de son père. L'enfant né hors mariage porte le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie. En cas de reconnaissance simultanée des deux parents, l'enfant porte le nom de son père. Si le père reconnaît l'enfant en dernière position, l'enfant prendra son nom. Mais s'il s'agit d'un enfant de plus de quinze (15) ans, son consentement sera requis. En cas de désaveu, l'enfant porte le nom de sa mère. L'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté. En cas d'adoption par les deux époux, l'adopté prend le nom du mari* ».

[635] *Cf.* art. 8, 12.2 et 13 du Code de la nationalité béninoise.

[636] *Cf.* art. 12 du CPF.

[637] *Cf.* article 18 du Code de la nationalité béninoise.

contraires à la Constitution. Pourtant, une interrogation demeure, celle de savoir si le texte à appliquer par le juge lorsqu'il serait saisi d'une question qui lui recommanderait d'appliquer l'une des dispositions du Code de la nationalité déclarées contraires à la Constitution. La réponse, à première vue aisée, est bien plus complexe. On peut penser qu'il doit écarter cette disposition, car elle violerait la Constitution. Mais, il reste à déterminer la loi à appliquer, sachant qu'il ne peut pas refuser de statuer, autrement, il sera passible de déni de justice[638] prévu à l'article 4 du Code civil français rendu applicable au Bénin[639]. Cependant, il peut décider selon l'équité qui est « *une donnée objective et universelle qui exige que des choses semblables soient traitées semblablement* »[640]. La réponse rigoureuse à la question fait appel aux spécialistes qui discutent entre l'effet *erga omnes* ou *inter parter* de la décision de la Cour constitutionnelle, mais il demeure la détermination du droit matériel applicable.

[638] G. CORNU, *Droit civil – Introduction au droit*, Paris, Montchrestien, 13e éd., 2007, n° 174.
[639] *Cf.* art. 4 du Code civil français rendu applicable au Bénin : « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».
[640] G. CORNU, *op. cit*., n° 179.

CONCLUSION DU TITRE I

234. Le Code des personnes et de la famille du Bénin a élaboré un droit métissé[641] qui cherche à s'affilier à l'universel alors qu'il reste attaché à certaines institutions traditionnelles[642] du droit de la famille. Le maintien des institutions traditionnelles n'est pas en soi condamnable et le choix de la politique législative[643] revient au législateur. Toutefois, le législateur a l'obligation de veiller au respect de l'ordre juridique national qui intègre désormais les engagements internationaux[644] du Bénin. Or l'ensemble des normes issues des engagements internationaux du Bénin sont résolument tournées vers la protection des droits de la personne incluant le respect du principe d'égalité en droit. De même, la Constitution béninoise du 11 décembre 1990[645] qui est au sommet de la hiérarchie des normes au Bénin insiste sur le respect du principe d'égalité.

Cependant, le syncrétisme juridique existant en droit de la famille constitue un frein à l'égalité et est déploré pour cette raison en droit de la famille. On peut noter malgré lui une certaine évolution du droit béninois qui tend parfois vers l'égalité parfaite.

---

641 R. DECOTTIGNIES, « *Requiem* pour la famille africaine », *Ann. afr.* 1965, p. 285 ; J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, 2è éd., PUF, 2004, p. 381.

642 *Cf.* art. 6, 12, 15, 124 et 156 du CPF et une large partie du Code de la nationalité béninoise.

643 J. CARBONNIER, *op. cit.,* p. 279.

644 Au plan régional africain, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ratifiée par le Bénin le 20 janvier 1986 ; la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant adoptée en juillet 1990 signée par la République du Bénin le 27 février 1992 et ratifiée en février 1997 et le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes ratifié par le Bénin le 30 septembre 2005 et au plan universel, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, tous entrés en vigueur au Bénin le 12 juin 1992 ; la Convention relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur le 02 septembre 1990 et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes de 1995 influencent le droit de la famille au Bénin.

645 *Cf.* art. 26 de la Constitution.

TITRE II

LA LOI COMME OUVERTURE Á PLUS D'ÉGALITÉ EN DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE

235. Le concept de noyau dur de l'égalité. L'unification du droit de la famille au Bénin a bouleversé les conceptions traditionnelles de la famille[646] surtout avec l'intégration du principe d'égalité. Dès lors, l'égalité est invitée à irriguer tous les secteurs du droit de la famille. L'ensemble du droit issu du Code des personnes et de la famille du Bénin est supposé être un droit qui respecte le principe d'égalité dans la mesure où le Code a été déclaré conforme à la Constitution[647] qui prône l'égalité entre l'homme et la femme[648]. Même si l'intégration du principe d'égalité paraît être un processus progressiste, on peut néanmoins noter que l'égalité est mise en œuvre de manière rigoureuse par le législateur dans l'élaboration de certaines normes. On peut ainsi dégager un ensemble de dispositions qui respectent au mieux l'égalité entre homme et femme et entre enfants. Cet ensemble de normes rigoureusement égalitaires entre époux et entre enfants constitue ce qui est désigné dans cette recherche "noyau dur" de l'égalité en droit de la famille au Bénin.

236. Plan. Le noyau dur de l'égalité en droit béninois de la famille est né de l'égalité résultant de la suppression des options (chapitre I) et de l'égalité dans les relations au sein des couples (chapitre II).

---

[646] A. N. GBAGUIDI, *Pluralisme juridique et conflit de lois en Afrique noire francophone*, Thèse, Bordeaux IV, 1998, p. 92. Selon cet auteur, les sociétés africaines se trouvent en pleine mutations. Les institutions privées traditionnelles, notamment les structures familiales se transforment.
[647] Voy. la déc. DCC 04-08 du 20 août 2004.
[648] *Cf*. art. 26 de la Constitution du Bénin.

CHAPITRE I :
L'ÉGALITÉ RÉSULTANT DE LA SUPPRESSION DES OPTIONS

237. L'introduction de l'égalité dans le droit de la famille. Le Code des personnes et de la famille du Bénin a mis fin au pluralisme juridique qui prévalait jusqu'alors et a permis d'introduire l'égalité sur la question des options matrimoniales. En conséquence, la majeure partie des différenciations de traitement par le droit ont disparu[649]. Une grande majorité des traitements différentiels portant sur le sexe et tendant à chosifier les femmes a été dépassée. Le principe d'égalité a fait son incursion en droit de la famille au Bénin et y a gagné d'importants domaines, même s'il en reste à conquérir. On peut bien retenir une égalité parfaite entre époux sur certaines questions sensibles. Le Code des personnes et de la famille a ainsi non seulement unifié le statut civil des personnes mais aussi, il a permis de réaliser l'égalité en droit de la famille en supprimant certaines institutions du droit traditionnel telle que la polygamie.

238. Plan. Si l'unification du droit applicable aux relations familiales (section 1) constitue une avancée de l'égalité des époux, autant la suppression de certaines institutions vestiges du droit traditionnel (section 2) comme la polygamie en constitue une autre.

[649] *Cf.* la déc. DCC 02-144 du 23 décembre 2002 par laquelle la Cour Constitutionnelle du Bénin a procédé, entre autres, à la vérification du respect du principe d'égalité de la loi portant Code des personnes et de la famille du Bénin et déc. DCC 04-08 du 20 août 2004 par laquelle le juge constitutionnel déclare conforme à la Constitution le Code des personnes et de la famille du Bénin.

SECTION 1. L'UNIFICATION DU DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE

239. Le moment de l'unification du droit de la famille au Bénin. Après les indépendances, les États africains ont, pour la plupart, essayé d'unifier leur droit privé[650] alors que d'autres comme « *le Bénin a maintenu le statu quo tout en espérant que les mutations socio-économiques finiraient bien par transformer les coutumes* »[651]. Or « *le rêve d'unité juridique a parcouru les siècles et traversé les cultures* »[652]. Ce rêve a été réalisé au Bénin en 2004 avec le Code des personnes et de la famille du Bénin qui a marqué la fin du pluralisme issu de la colonisation. Il a été publié au journal officiel le 1er décembre 2004.

240. Les manifestations de l'unification du droit de la famille. L'unification du droit de la famille a consisté en l'élaboration et en la soumission de tous les citoyens à un droit unique de la famille. L'inégalité la plus fragrante qu'on pouvait noter dans le droit béninois de la famille fut le pluralisme juridique qui prévalait. Si certaines personnes pouvaient être soumises au droit traditionnel, d'autres étaient plutôt soumis au droit moderne. Même si le second droit reste inégalitaire, il est toutefois un peu plus protecteur de la dignité de la personne humaine que le premier. Pendant que le droit traditionnel traite la femme comme un bien successible[653], le droit moderne issu du Code civil lui imposait l'obéissance à son seigneur qui n'est autre que son mari[654]. Concrètement, le droit laissait la possibilité aux individus de pouvoir se mettre sous le régime juridique voulu sans même oublier qu'il ne s'agissait pas très souvent d'un choix éclairé. Le poids de la tradition et le manque de maturité traçait en effet la courbe de ceux qui se voyaient automatiquement placer sous le régime du droit traditionnel et ceux qu'on pouvait soumettre au Code civil.

241. La possibilité nouvelle de choix en droit de la famille. L'unification du droit de la famille est une avancée notable en ce qu'elle assure une égalité aux individus notamment sur le contenu même de la loi applicable. Á quelques nuances près, toutes les personnes qui s'engagent dans le mariage se voient appliquer une même loi en dehors, notamment, des cas où la loi donne l'opportunité de choix sur certaines questions. Il s'agit

---

650 A. G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, éd. Pedone, 1974, p. 161.
651 A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., p. 22.
652 M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (I), Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, p. 26.
653 *Cf.* art. 127 du Coutumier du Dahomey : « *la femme n'a aucun pouvoir juridique. La pratique seule lui donne quelque importance. Elle a ainsi souvent l'administration du ménage ; elle peut se constituer un pécule avec le produit de la vente de certains objets de sa fabrication. Elle fait partie des biens de l'homme et de son héritage* ».
654 *Cf.* art. 213 du Code civil français rendu applicable au Bénin.

par exemple du choix du régime matrimonial[655] et du testament[656]. Aussi ne faut-il pas négliger l'influence exercée par l'idéologie des droits de l'homme qui a induit une large ouverture de la loi unificatrice qui intègre les grands principes des droits de l'homme. L'unification du droit de la famille doit alors intégrer le principe de l'universalisme des droits de l'homme[657] qui postule le respect des différences, la cohabitation pacifique de la diversité. L'universalisme entraîne ainsi le pluralisme juridique.

242. Plan. La suppression de la dualité juridique et judiciaire (§1) est le trait saillant de l'unification du droit de la famille au Bénin. Toutefois, ce droit unifié conduit à l'ouverture du droit de la famille à un pluralisme juridique de type nouveau (§2).

§1. LA SUPPRESSION DU PLURALISME JURIDIQUE ET JUDICIAIRE EN DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE

243. La dualité du système. En matière de droit de la famille, il a existé plusieurs textes régissant la famille sur le territoire béninois comme dans tous les autres pays de l'Afrique Noire francophone[658]. Il s'agit des droits coutumiers et du droit dit moderne. La coexistence de ces deux régimes juridiques est une forme de dualisme juridique qui est caractérisée par le choix qu'il laissait aux individus d'opter pour le régime juridique qui gouvernera leur relation de famille[659]. Cette situation est, selon certains auteurs, schématique du pluralisme juridique.

244. Définition du pluralisme juridique. Pour le doyen Carbonnier, le pluralisme juridique correspond à la situation où « *au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques, le système étatique certes, mais d'autres*

---

[655] *Cf.* art. 184 du CPF qui dispose qu'« *à défaut de contrat de mariage, les époux sont soumis au régime de la séparation de biens* ». Cette disposition montre, en effet, que les époux peuvent faire d'autres options pour gérer leurs biens et ce n'est qu'à défaut d'avoir fait ce choix qu'ils seront soumis au régime de la séparation de biens. On ne peut donc pas, comparer la situation des époux ayant fait un contrat de mariage à ceux qui n'en ont pas fait. C'est un choix des époux. Au-delà, il y a un minimum commun à tous les régimes matrimoniaux appelé le régime primaire. Ainsi, on remarque avec l'art 164 du CPF que « *la loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales. Les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent* ».

[656] *Cf.* art. 830 al 1er du CPF « *le testament est un acte unilatéral par lequel le testateur dispose, pour le temps où il ne sera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer* ». En réalité, en marge des dispositions générales prévues pour les successions, les individus peuvent disposer autrement conformément à la loi en vigueur. C'est une certaine flexibilité de la loi qui laisse des choix aux individus.

[657] Ph. GERARD, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, publication des Facultés Universitaires de Saint-Louis, 2007.

[658] R. DECOTTIGNIES, « *Requiem* pour la famille africaine », *Ann. afr.* 1965, p. 257.

[659] A. ADONON, C. PLANÇON et P. VERSINI-CAMPINCHI, « Variations sur le pluralisme juridique : au carrefour de trois cheminements », in *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, p. 73.

avec lui, indépendants de lui, éventuellement ses rivaux »[660]. Cette définition correspond, selon lui, à la situation vécue par les anciennes colonies d'Afrique[661]. Par contre, pour certains auteurs comme M. Vanderlinden, le pluralisme juridique est « *l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques* »[662]. Pour ce dernier, il peut exister le pluralisme juridique en dehors du contexte colonial qui n'est qu'une modalité de pluralisme juridique qu'il désigne « *pluralisme juridique parallèle ou intégré* »[663]. Le Code des personnes et de la famille a consacré l'unification du droit de la famille qui a mis fin à la coexistence des deux systèmes juridiques qui prévalaient jusqu'alors.

245. Plan. Elle a été réalisée par la suppression du Coutumier juridique (A) et de la dualité judiciaire.

A. La suppression du Coutumier juridique

246. L'origine de la suppression du Coutumier juridique. La marche vers la démocratisation[664] étant enclenchée en 1990, le système institutionnel mis en place a poussé à une réforme juridique importante. Déjà en 1990, il a été convenu le principe d'un Code de la famille[665]. En 1995, le processus de l'élaboration d'un Code de la famille unique a démarré, même si le contenu final est nettement différent du projet initial. Le principe de l'unification du statut civil a été évoqué et il faudra donc supprimer le Coutumier du Dahomey.

247. Plan. La suppression du Coutumier juridique a été faite de deux manières. Après son éviction factice par la Cour constitutionnelle (1), il a été l'objet d'une suppression législative (2).

---

[660] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, 2è éd., PUF, 2004, p. 356.
[661] J. CARBONNIER *op.* et *loc.cit.* ; R. C. G. DAVID, *Le droit international privé sénégalais des successions,* Thèse, Dakar, 1999, p. 59 ; A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., spéc. p. 1 et 10 ; A. SOW-SIDIBÉ, *Le pluralisme juridique en droit sénégalais des successions ab intestat,* Thèse, Paris, 1987, p. 19.
[662] J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », in J. GILISSEN (dir.), *Le pluralisme juridique,* Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1971, p. 19.
[663] *Ibid.,* p. 44.
[664] *Cf.* la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.
[665] Conférence Nationale des Forces Vives de la Nation du 19-28 février 1990, *Synthèse des travaux de la commission constitutionnelle et des décisions prises en séances plénière*, p. 6.

1. La suppression juridictionnelle du Coutumier du Dahomey

248. La problématique de la force exécutoire du Coutumier du Dahomey. La Cour constitutionnelle a été saisie du contrôle de la constitutionnalité du Coutumier du Dahomey. Par la décision DCC 96-063 du 26 septembre 1996, la Cour Constitutionnelle a rappelé que la Circulaire A. P. 128 du 19 mars 1931 portant Coutumier du Dahomey est sans force exécutoire dans la mesure où « *les règles énoncées par le Coutumier ne sont pas des articles de Code* »[666]. Autrement, dire que le Coutumier n'a pas de force exécutoire revient à affirmer qu'il ne peut pas être appliqué. Cependant, il n'est pas un secret que les coutumes étaient appliquées dans les relations de famille et que notamment le Coutumier du Dahomey, même étant théoriquement dépourvu de force exécutoire, s'appliquait effectivement aux relations de famille[667].

249. Les fondements de la continuation de l'application du Coutumier du Dahomey malgré sa portée limitée. Le Coutumier n'étant qu'une compilation de coutumes, la Cour constitutionnelle est en droit de se déclarer incompétente à statuer sur sa constitutionnalité, sa compétence ne s'y étend pas[668] – même si elle a rappelé sagement que le Coutumier n'a pas force exécutoire. Elle s'est, en effet, conformée à l'esprit qui fut à la base de la compilation des coutumes[669]. La nature juridique des Coutumiers a été clairement rappelée dans une circulaire[670] adressée aux commandants de cercle, le Gouverneur Général Debonne en 1933. Il y a été clairement affirmé que les Coutumiers juridiques ne sont que des guides.

---

[666] *Cf.* déc. DCC 96-063 du 26 septembre 1996 de la Cour constitutionnelle du Bénin.
[667] A. N. GBAGUIDI*, Thèse, préc., p. 22.*
[668] *Cf.* art. 117 de la Constitution du Bénin *: « la Cour constitutionnelle - Statue obligatoirement sur : - la constitutionnalité des lois organiques et des lois en général avant leur promulgation ; - les Règlements intérieurs de l'Assemblée nationale, de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication et du Conseil économique et social avant leur mise en application, quant à leur conformité à la Constitution ; - la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques en général, sur la violation des droits de la personne humaine ; - les conflits d'attributions entre les institutions de l'État ; - Veille à la régularité de l'élection du Président de la République; examine les réclamations, statue sur les irrégularités qu'elle aurait pu, par elle-même, relever et proclame les résultats du scrutin ; statue sur la régularité du référendum et en proclame les résultats ; - Statue, en cas de contestation, sur la régularité des élections législatives ; - Fait de droit partie de la Haute Cour de Justice à l'exception de son Président* ».
[669] G. CONAC, « Introduction », in G. Conac (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains : « La vie du droit en Afrique »*, p. XII *;* voy. également A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc.,* p. 6.
[670] G. CONAC, *art. préc*., p. XII : *« les recueils ne doivent pas être considérés comme des Codes rigides et impératifs dont les indications feraient loi. Le but principal que poursuit le Coutumier est de vous donner une idée d'ensemble de la coutume indigène, de vous expliquer les traits essentiels, de vous permettre d'étudier de façon plus approfondie les coutumes particulières de votre cercle, comparées au cadre juridique général de la vie sociale des indigènes, de vous faciliter le contrôle de l'activité des tribunaux indigènes et enfin, s'il le faut, l'orientation et la jurisprudence dans un sens favorisant le sain développement social de vos administrés* ».

250. La preuve de l'application du Coutumier juridique. Malgré ce rappel de la Cour constitutionnel, le Coutumier du Dahomey a continué à être appliqué jusqu'en fin 2004, juste avant la publication du Code des personnes et de la famille. On pouvait ainsi observer que des mariages continuaient d'être célébrés sous le régime du Coutumier juridique, les successions pouvaient être régies par le Coutumier juridique ou le droit moderne. La polygamie était encore d'actualité et on pouvait faire une option matrimoniale. Les coutumes étaient appliquées et il peut même arriver des conflits de lois internes entre le droit traditionnel et le droit moderne[671]. Un peu comme à l'accession à l'indépendance nationale où la plupart des nouveaux États africains ont conservé le dualisme juridique en droit privé[672], l'ouverture à la démocratisation n'a pas pour autant changé le paysage juridique au Bénin. Le Coutumier juridique continuait donc d'être appliqué.

251. La régularité des situations régies sous le Coutumier juridique. Pour conforter l'effectivité de l'application du Coutumier, on peut se baser sur le fait que le législateur insiste sur les effets des actes et faits réglés antérieurement à l'entrée en vigueur du Code des personnes et de la famille. L'article 1018 du Code des personnes et de la famille prévoit expressément que « *les dispositions du présent Code s'appliquent aux actes et faits juridiques postérieurs à son entrée en vigueur ainsi qu'aux conséquences que la loi tire des actes et faits antérieurs ayant créé une situation juridique régulière au regard de la coutume et de la loi* »[673]. Cette disposition explique largement la décision du juge constitutionnel qui, au lieu de déclarer non applicable le Coutumier du Dahomey – car comportant de toute évidence des dispositions contraires à la Constitution – se déclare incompétent pour la simple raison que le contrôle de constitutionnalité du Coutumier juridique ne relève pas de ses attributions. La fin de l'application du Coutumier a été effective avec sa suppression par le législateur.

2. La suppression législative du Coutumier du Dahomey

252. Les techniques de suppression du Coutumier juridique. La suppression du Coutumier du Dahomey a été faite par le législateur en mettant en œuvre quatre techniques. Il s'agit de la succession du Code des personnes et de la famille au Coutumier juridique, de la reprise de certaines coutumes contenues dans le Coutumier juridique, de la

---

[671] A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc.*, p. 29.
[672] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 93 et s.
[673] *Cf.* art. 1018 du CPF.

suppression des coutumes dans les domaines régis par le Code des personnes et de la famille et du renvoi à certaines coutumes isolément.

253. Première technique : La succession du Code des personnes et de la famille au Coutumier juridique. Le nouveau texte, tout en abrogeant le Coutumier du Dahomey, a repris les situations qu'elle régissait. C'est ainsi qu'on peut lire à l'article 1021 du Code des personnes et de la famille que « *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. Il en est de même des mariages célébrés conformément au Code civil* »[674]. La valeur du Coutumier du Dahomey est réaffirmée en tant que règle à valeur juridique et les effets des situations créées en application du Coutumier juridique sont repris par la loi. Il s'agit, en quelque sorte, de la succession des lois dans le temps. Le législateur a aussi utilisé la technique de reprise de certaines coutumes dans la nouvelle loi.

254. La deuxième technique : La reprise de certaines coutumes. Le législateur s'est inspiré des coutumes en les transposant dans le texte de la nouvelle loi. La reprise des coutumes par la loi s'est faite de deux manières. Il s'est agi dans un premier temps de la prise en compte des aspects positifs des coutumes – aspects qui ne vont pas en contradiction avec l'ordre juridique. Il en ainsi de l'assimilation des filiations par le Code des personnes et de la famille en raison du fait que le Coutumier juridique ne faisait aucune distinction sur la nature de la filiation pour régler la succession[675]. Il y a là, une harmonie[676] entre la coutume et la loi. Dans un second temps, le législateur a transposé dans le Code des personnes et de la famille des règles coutumières qui vont à l'encontre de l'esprit même de la loi et en violation de l'ordre juridique. Il s'agit ici du syncrétisme juridique qui a permis de transposer dans la loi certaines coutumes comme la dot, le port du nom du mari par la femme mariée, le délai de viduité, la transmission patrilinéaire du nom à l'enfant.

255. Troisième technique : la suppression pure et simple des autres coutumes. Aux termes des dispositions de l'article 1029 du Code des personnes et de la famille du Bénin « *toutes les dispositions antérieures contraires au présent Code sont abrogées* »[677]. Il n'y a que les matières régies par le nouveau droit qui seront extraites du règne des règles coutumières. Ainsi, les règles coutumières peuvent encore se voir appliquer sur les

---

[674] *Cf.* art. 1021 al. 1er du CPF.
[675] *Cf. infra* n° 278 et s.
[676] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, *op. cit*., n° 6, p. 18.
[677] *Cf.* art. 1019 du CPF.

questions que le Code des personnes et de la famille n'aurait pas prévu. Il ne s'agit pas du maintien du Coutumier du Dahomey comme un texte à valeur juridique. Les dispositions du Code civil comme ceux du Coutumier juridique contraires au Code des personnes et de la famille sont supprimées. En plus, « *les coutumes cessent d'avoir force de loi en toutes matières régies par le présent Code* »[678]. Le Coutumier juridique a été ainsi supprimé de façon pure et simple. Cependant, cette suppression du Coutumier juridique n'a pas pour autant empêcher le renvoi du législateur à certaines coutumes de manière isolée, sans faire référence au Coutumier juridique.

256. Quatrième technique : le renvoi à certaines coutumes. Des renvois express ou tacite à la coutume ont été faits à la loi. En droit béninois, des renvois à la coutume sont faits au sujet du prénom des enfants. Il est ainsi disposé à l'article 8 al. 2 du Code des personnes et de la famille[679]. Les prénoms consacrés par la tradition peuvent ainsi être attribués aux enfants. Il s'agit d'un renvoi express à la coutume. Il existe cependant des cas de renvoi tacite à la coutume[680]. Cette règle peut générer des difficultés. En réalité, lorsqu'il y a pluralité d'épouses, quel sera le droit de chacune d'elles lorsqu'elles seront en concurrence, par exemple, en matière de droits de successions du conjoint survivant ? Il s'agit, dans le cas de ces renvois, des coutumes qui complètent la loi : une coutume *secundum legem*[681]. Les règles coutumières sont ainsi appelées à compléter la loi. En dépit de ces renvois, l'unification du droit a consacré l'unicité du système judiciaire.

B. La suppression de la dualité judiciaire

257. La dualité judiciaire après les indépendances et avant 2004. Avant les indépendances, il a existé deux juridictions différentes[682], une de droit traditionnel et l'autre de droit moderne. Après les indépendances, le système judiciaire a subi un pan de l'unification. Le dualisme judiciaire d'avant les indépendances a été supprimé par la loi du 09 décembre 1964 sur l'organisation de la justice. L'unification du système judiciaire fut ainsi enclenchée. Désormais, une seule et même juridiction est appelée à statuer sur les

---

[678] *Cf.* art. 1030 du CPF.
[679] *Cf.* art. 8 al. 2 du CPF : « *l'officier de l'état civil ou l'agent qui en tient lieu, est avisé des prénoms lorsque la naissance de l'enfant lui est déclarée. Il ne peut recevoir que des prénoms consacrés par la coutume ou la tradition, ou figurant dans différents calendriers et ne portant pas 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* »
[680] *Cf.* art. 1021 al 2, 2è tiret du CPF : « *les effets des mariages déclarés ou non, contractés conformément à la coutume, sont régis par les dispositions du présent Code sous réserve de la pluralité d'épouses que peuvent comporter ces mariages* ».
[681] G. CORNU, *op. cit.,* n° 83.
[682] A. G. KOUASSIGAN*, op. cit.,* p. 101.

litiges avec la possibilité de choix de la règle applicable par les protagonistes. Il n'existait donc que des tribunaux de conciliation, des tribunaux de première instance et une Cour d'appel ainsi qu'une Cour suprême[683]. Il s'agit de l'option de législation.

258. L'option de législation. Après l'unification judiciaire, il existait toujours la dualité juridique. Les citoyens pouvaient alors faire une option de législation[684]. L'option de législation permettait aux justiciables de choisir la règle de droit à appliquer au litige en question. Elle se définit comme « *les facultés reconnues à toutes personnes de renoncer à sa coutume pour se placer volontairement sous la juridiction du droit français à l'occasion d'un acte ou d'une situation juridique déterminée* »[685]. L'option de législation pouvait ainsi amener le juge a prononcé des solutions différentes pour des cas similaires. C'est en effet une situation d'inégalité déjà créée par la dualité judiciaire qui s'est maintenue avec l'option de législation. Cette inégalité consiste à soumettre certaines personnes à des règles qui ne protègent pas assez suffisamment leur droit en tant qu'être humain.

259. L'unification complète du système judiciaire. L'unification du système judiciaire a été totalement achevée avec l'entrée en vigueur du Code des personnes et de la famille qui est un droit unique. Il s'est substitué à toutes les règles antérieures et il unifie totalement le système judicaire puisqu'il ne peut plus avoir d'option de législation. C'était en effet la pluralité du droit qui conduisait à l'option de législation car le pluralisme substantif est la condition d'existence du pluralisme judiciaire[686]. L'unification juridique et judiciaire ouvre cependant la voie à un pluralisme juridique de type nouveau.

§2. LA NAISSANCE D'UN PLURALISME JURIDIQUE DE TYPE NOUVEAU

260. Le pluralisme nouveau. L'unification du droit n'est aucunement son uniformisation. Des options sont encore possibles dans le droit de la famille, signe de son ouverture à un pluralisme juridique de type nouveau. Loin d'être un obstacle au principe d'égalité en droit béninois de la famille, elle en est la conséquence. La protection des droits de la personne humaine, à divers degrés et la prise en compte des principes d'égalité et de liberté ont entraîné la diversité des sources du droit de la famille. Ces principes ouvriront la

---

[683] R. SACCO, *Le droit africain. Anthropologie et droit positif,* Paris, Dalloz, 2009, p. 285 ; A. N. GBAGUIDI et W. KODJOH-KPAKPASSOU, « Introduction au système juridique et judiciaire du Bénin », disponible en ligne à l'adresse [http://www.nyulawglobal.org/globalex/benin.htm], consulté le 19 janvier 2015.
[684] A. G. KOUASSIGAN*, op. cit., p. 101. ;* A. N. GBAGUIDI, *Pluralisme juridique et conflit de lois en Afrique noire francophone*, Thèse, Bordeaux IV, 1998, p. 26 *;* A. SOW-SIDIBÉ*, op. cit.,* p. 240.
[685] *Cf.* Cour d'appel de Cotonou, Arrêt n° 10 du 13 Février 1986, consultable à l'adresse [http://www.jurisprudencebenin.org/content/view/140/85/].
[686] J. VANDERLINDEN, *art. préc.,* p. 43.

brèche à d'autres options et des assimilations de situations différentes. On aboutit à un pluralisme juridique au sens que lui donne M. Vanderlinden selon lequel le pluralisme juridique est « *l'existence, au sein d'une société déterminée, de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques* »[687].

261. Une possible opposition de l'égalité et du pluralisme juridique. Si on part de la définition du pluralisme juridique donnée par M. Vanderlinden, chaque fois qu'il existerait des mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques, il s'agira d'un contexte de pluralisme juridique[688]. Il pourrait se dégager de cette hypothèse que le pluralisme juridique peut être source d'inégalité alors même que la quête d'égalité peut certainement conduire au pluralisme juridique. En conséquence, le droit fournirait des réponses différentes à des situations identiques, ce qui correspond à la définition même de l'inégalité. On constate ainsi qu'en vue de promouvoir l'égalité entre certaines personnes se situant dans des situations différentes, le droit accorde les mêmes avantages.

262. Plan. La diversité des sources du droit et la prise en compte des principes de la modernité expliquent l'existence du pluralisme juridique. Sa première forme est le pluralisme légal (A) qu'il conviendra d'étudier avant celui résultant de la modernité (B).

A. LE PLURALISME LEGAL RÉSULTANT DE LA DIVERSITÉ DES SOURCES DU DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE

263. La pluralité des normes juridiques. Le Code civil français rendu applicable au Bénin et le Coutumier juridique ont imposé un même modèle de famille : celui d'une famille autoritaire, patriarcale, inégalitaire. Plusieurs facteurs ont conduit progressivement au recul de ce modèle de famille rigide, à « *structure impérative uniforme* »[689] qui ne laisse aucune possibilité de choix. La flexibilité[690] du droit et la multiplication de ses sources[691] conduisent à des solutions différentes pour des cas similaires. L'influence du droit

---

[687] J. VANDERLINDEN, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », in J. GILISSEN (dir.), *Le pluralisme juridique,* Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1971, p. 19.
[688] *Ibid*., p. 20.
[689] J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D*. 1997, chron. p. 134.
[690] Voy. J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie de droit sans rigueur*, Paris, 10è éd., LGDJ, 2014.
[691] R. SACCO, « Les problèmes d'unification du droit », in Louis Vogel, (dir.), *Unifier le droit : un Rêve impossible ?,* Paris, éd. Panthéon Assas, 2001, p. 16.

international et l'interférence de diverses branches du droit interne[692] entraînent ce pluralisme juridique.

264. L'influence du droit international. Les traités, les lois étrangères et la jurisprudence internationale influencent fortement la substance du droit applicable à la famille[693]. Le pluralisme légal peut donc résulter de la multiplication des sources du droit. La question que l'on peut alors se poser est celle de savoir comment le droit international affecte le droit de la famille au point de le rendre pluraliste.

265. La pluralité des sources du droit. L'État béninois a en effet ratifié des traités dont les normes édictées sont des règles applicables aux relations entre individus. Il s'agit, par exemple, au plan régional africain de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ratifiée par le Bénin le 20 janvier 1986 qui fait partie du bloc de constitutionnalité et est donc directement applicable au Bénin[694]. Il y a aussi, entre autres, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant ratifiée par le Bénin le 17 avril 1997 et le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes ratifié par le Bénin le 30 septembre 2005. Or les traités sont des sources formelles du droit.

266. Les traités comme source formelle du droit. On oppose les sources formelles du droit aux sources matérielles du droit. Les premières sont, selon le Vocabulaire juridique, « *la forme sous l'action de laquelle la règle naît au droit ; moule officiel (...) qui préside, positivement, à l'élaboration, à l'énoncé, à l'adoption d'une règle de droit* »[695] alors que les secondes sont l'« *ensemble des données morales, économiques, sociales, politiques etc., qui suscitent l'évolution du droit* »[696]. Les traités constituent ainsi une source formelle[697] du droit de la famille.

La diversité des sources du droit de la famille peut donc conduire au pluralisme juridique puisque les normes édictées peuvent varier d'un traité à l'autre pour des situations identiques[698]. Pour exemple, le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes prévoit que le domicile conjugal soit

---

[692] A. CASSESÉ, « Cette bouleversante pluralité d'espace juridique », in *Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 78.
[693] A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Thèse, Paris, Dalloz, 2002, n° 22 ; J.-J. LEMOULAND, *art. préc*., p. 133 ; voy. J.-M. SOREL, « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et *vice versa*) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », *in* L. Fontaine (dir.), *Droit et pluralisme,* actes du colloque de Caen des 30 novembre et 1er décembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 82.
[694] *Cf*. art. 7 de la Constitution du Bénin.
[695] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, voy. « Sources ».
[696] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, voy. « Sources » ; voy. aussi *Archives de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, n° 27, 1982.
[697] A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, *op. cit.,* n°s 22 et s.
[698] R. SACCO, *art. préc*., p. 16.

choisi d'un commun accord par les époux[699] alors que le Code des personnes et de la famille ne tient pas à cette solution, en permettant au mari de fixer le domicile conjugal en cas de désaccord entre les époux[700]. On peut aussi prendre pour exemple le nom de la femme mariée. Alors que le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes prescrit que la femme conserve son nom et puisse l'utiliser à sa guise, séparément ou conjointement avec celui de son mari[701], le Code des personnes et de la famille impose à la femme mariée d'adjoindre à son nom celui du mari[702]. Cette différence de solution consacrée par les deux textes, tous applicables au Bénin sur des situations identiques, est un cas de pluralisme juridique. Les décisions rendues par les juridictions internationales peuvent alors influencer les droits internes.

267. L'influence des décisions des juridictions internationales. Les décisions rendues par les instances internationales chargées de veiller à l'application des dispositions des traités condamnent souvent les décisions prises au plan interne. L'État béninois peut, par exemple, être condamné par la Cour africaine de justice et des droits de l'homme[703] sur ces questions. Elle pourra ainsi agir directement sur le droit interne des États et entraîner un pluralisme juridique dans la mesure où les décisions rendues au plan régional s'imposeront à l'État. Les lois étrangères peuvent aussi influencer le droit interne et occasionner le pluralisme juridique en raison du fait de l'application du droit d'un autre État en cas de conflit de droit international et de l'extension extérieure de la loi de certains États.

268. L'application par le juge national d'une loi étrangère. En droit international privé, le juge peut appliquer la règle de droit désignée par sa règle de conflit et il peut bien s'agir du droit interne d'un autre État. Dans la mesure où le droit étranger désigné par la règle de conflit ne viole pas l'ordre public et les bonnes mœurs, il est applicable par le juge du *for*. On peut ainsi observer que le juge national béninois peut appliquer des règles différentes pour des faits identiques[704]. Cette situation est peu semblable à la période où il existait une option de législation. La même juridiction pouvant appliquer des règles

---

[699] *Cf.* art. 6 point e) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes.
[700] *Cf.* art 15 et 156 du CPF.
[701] *Cf.* art. 6 point f) du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes.
[702] *Cf.* art. 12 du CPF.
[703] *Cf.* art. 1 et 2 Protocole portant statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme.
[704] P. GANNAGÉ, « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 432.

différentes pour des faits identiques conduisant à des solutions différentes. Le pluralisme juridique peut également avoir sa source dans la souplesse d'une loi étrangère.

269. L'influence d'une loi étrangère assurée par la souplesse de sa règle de conflit de lois. Certains États cherchent à faire rayonner leur législation sur le plan international et c'est le cas par exemple de la loi française sur le mariage homosexuel qui permet aux étrangers de se marier en France en raison de leur résidence sur le territoire français sans tenir compte du statut personnel de ces derniers qui devrait conduire à leur appliquer leur loi nationale aux conditions de fond du mariage[705]. Ainsi, un béninois résidant en France peut contracter un mariage homosexuel, la loi française faisant intrusion dans l'ordre juridique béninois. En dehors du fait que le droit international influence fortement le droit de la famille, les innovations y induites par le monde moderne entraînent également un pluralisme juridique.

B. Le pluralisme juridique résultant des principes généraux des droits de l'homme

270. Plan. Le pluralisme juridique nécessite l'existence de mécanismes juridiques différents pour des situations identiques et il est important de le rappeler. Le droit de la famille nouveau est le résultat des luttes féminines et de l'expansion des droits de l'homme. Il est ainsi fortement marqué par les principes d'égalité et de liberté. Le nouveau droit a fait une concession à la liberté en offrant des possibilités de choix dans le mariage. L'idée d'une plus grande égalité a aussi conduit le législateur à traiter également certains faits même si, à la base, ils ne pas sont induits par les mêmes causes. Le droit béninois de la famille comporte des options, signe de liberté mais aussi, une certaine assimilation de certaines situations provoquée par l'égalité. On constate donc qu'il existe, un « *pluralisme optatif* »[706] résultant de la reconnaissance d'une grande liberté aux individus (1) et de l'intégration du principe d'égalité (2) en droit béninois de la famille.

1. La liberté

271. La concession à la volonté individuelle source de pluralisme optatif. L'unification du droit de la famille n'a pas, pour autant, empêché le législateur d'ouvrir des

---

[705] *Cf.* 202-1 alinéa 2 du Code civil français actuel ; H. FULCHIRON, *« Le "mariage pour tous" en droit international privé : le législateur français à la peine… »*, *Dr. fam*. 2013, n° 1, p. 31 ; voy. *infra* n°s 486 et s.
[706] J. VANDERLINDEN, *art. préc*., p. 46.

options. Or « *le choix constitue à lui seul un critère d'existence de la dualité* »[707]. Il s'agit dans ces cas d'un pluralisme optatif. On parle de pluralisme optatif lorsque « *l'adoption de l'un ou de l'autre des mécanismes juridiques disponibles dans un système pluraliste peut être laissée au choix de l'individu* »[708]. Le Code béninois de la famille fait une part certaine à la volonté individuelle dans les régimes matrimoniaux, le divorce, la condition des mineurs *etc*.

272. Le pluralisme juridique résultant de la possibilité de choix dans le régime matrimonial. La loi offre une large possibilité aux époux, pourvu qu'ils ne violent pas les bonnes mœurs et le régime impératif. C'est le sens qu'on peut donner à l'article 164 du Code des personnes et de la famille aux termes duquel « *la loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales. Les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent* »[709]. Les époux peuvent donc choisir librement leur régime matrimonial. Ils ne seront soumis au régime commun qui est la séparation de biens au Bénin[710] qu'en cas d'absence de choix. L'option au sujet du régime matrimonial va loin en permettant aux époux de changer de régime matrimonial au bout de quelques temps[711]. On y comprend aisément que, pour régler les effets patrimoniaux dans les rapports des époux entre eux et à l'égard des tiers, la loi permet aux époux de faire des choix. En réalité, l'existence de ce choix conduit les couples à vivre sous des régimes matrimoniaux différents. Or la généralité[712] du droit dans laquelle l'égalité trouve ses empreintes devrait normalement conduire tous les époux à être soumis à un même régime matrimonial. L'existence de cette option dans le régime matrimonial est née de l'idée de donner une plus grande liberté aux époux en matière économique et, ce faisant, le droit de la famille devient un droit pluraliste à ce sujet.

273. Le pluralisme juridique issu des différentes formes de divorce. La loi a prévu plusieurs possibilités[713] pour un divorce. Les époux ont le choix entre un divorce par consentement mutuel ou un divorce pour faute. Sous le Code civil français rendu

applicable au Bénin, le divorce était nécessairement prononcé pour une raison bien déterminée. La démarche du législateur béninois d'offrir la plus grande liberté aux époux leur permet désormais de se désunir sans pour autant dévoiler au public la cause de leur divorce. L'entrée et la sortie du mariage sont ainsi libres. Cette double possibilité amène à deux procédures différentes pour un même résultat : la dissolution du mariage. Le droit offre ainsi deux possibilités pour une même finalité. Les époux concernés étant tous à l'étape de mettre fin à leur mariage. On conviendra également ici qu'il s'agit de l'existence de mécanismes juridiques différents s'appliquant à des situations identiques. On en conclura donc que le droit de la famille est pluraliste à ce sujet, alors que l'égalité suppose une réponse identique aux situations juridiques identiques.

274. Le pluralisme juridique sur l'âge de la minorité. Au nombre des préoccupations sur lesquels le pluralisme juridique existe en droit béninois de la famille, on peut identifier la question de la minorité. Selon les dispositions de l'article 459 du Code des personnes et de la famille du Bénin, « *est mineure la personne de l'un ou l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de dix-huit (18) ans accomplis. La personne du mineur est soumise à l'autorité parentale. La gestion du patrimoine du mineur est assurée suivant les règles de l'administration légale ou de la tutelle* »[714]. Toute personne âgée de moins de dix-huit ans est donc mineure. La loi précise aussi qu'« *à dix-huit (18) ans accomplis, les personnes de l'un ou l'autre sexe sont majeurs et capables de tous les actes de la vie civile* »[715]. La loi offre cependant une voie parallèle, celle de l'émancipation qui affranchit le mineur qui devient capable. La flexibilité du législateur conduit inévitablement à octroyer plus de liberté aux individus. Il s'agit ainsi d'une incapacité optionnelle. La personne âgée de moins de dix-huit ans opte de demeurer dans son incapacité avant d'avoir accomplir les dix-huit ans d'âge ou elle recourt à l'émancipation qui, elle aussi est optionnelle. Soit elle passe par le mariage[716] ou par le juge[717]. Á ce niveau aussi, on peut remarquer qu'il existe une option pour un mineur qui veut se marier. Soit, il demande le consentement des personnes qui exercent l'autorité parentale sur lui afin de contracter le

[714] *Cf*. art. 459 al du CPF.
[715] *Cf*. art. 540 du CPF.
[716] *Cf*. art. 534 du CPF : « *le mineur est émancipé de plein droit par le mariage* ».
[717] *Cf*. art. 535 du CPF : « *le mineur non marié peut être émancipé lorsqu'il a atteint l'âge de seize (16) ans révolus. L'émancipation est prononcée par le Président du tribunal de première instance ou le juge par lui délégué, assisté de son greffier, seulement si elle satisfait aux intérêts de l'enfant et s'il y a de justes motifs, établis au besoin par enquête. Elle est demandée par la personne qui exerce l'autorité parentale sur l'enfant. Pour le mineur en tutelle, hormis les cas où les fonctions de tuteur sont exercées par le père ou la mère, l'émancipation est demandée par le conseil de famille représenté par le tuteur ou un tuteur "ad hoc" désigné par le conseil* ».

mariage[718] et se voit ainsi émancipé[719] par le mariage ou soit, il recourt au juge. Il est ainsi établit une diversité de mécanismes juridiques pour des situations identiques. Le mariage ne pouvant être contracté qu'à dix-huit ans d'âge, il existe également divers mécanismes permettant de se marier sans atteindre ce seuil d'âge. Il s'agit d'un pluralisme juridique puisque certains mineurs peuvent accomplir certains actes alors que d'autres ne le pourront pas.

275. Le pluralisme juridique résultant d'une contradiction entre deux dispositions d'une même loi. Il existe une autre forme de pluralisme juridique sur le seuil de la capacité juridique des personnes en droit béninois de la famille. Pendant que le Code de la nationalité béninoise met le seuil de la minorité à vingt-et-un ans[720], le Code des personnes et de la famille le place à dix-huit ans. Le Code des personnes et de la famille prévoit de façon claire qu'à dix-huit révolus tout individu est capable de faire les actes de la vie civile alors que le Code de la nationalité prévoit vingt-et-un ans. En réalité, une personne de dix-huit ans révolus est perçue différemment par le doit de la famille au Bénin. Il s'agit là d'un pluralisme antagoniste dans la mesure où la conception de la minorité est différente dans les deux textes[721] – qui ne font en principe qu'un, parce qu'ils forment le droit des personnes et de la famille.

276. Le pluralisme juridique issu des règles régissant les biens d'une personne après sa mort. On ne peut non plus ignorer le pluralisme juridique qui s'établit sur le sort des biens d'une personne en fin de vie. Deux voies s'offrent aux individus pour régler leurs successions. Ils peuvent, de leur vivant, procéder par des libéralités en faisant des legs dans un testament[722] ou des donations[723]. Au cas où ils n'auraient pas recourir à cette faculté, leurs biens seront soumis aux règles de la succession[724] *ab intestat* qui est le testament tacite de celui qui est mort sans avoir fait de testament[725].

---

[718] *Cf.* art. 120 du CPF : « *le mineur de moins de dix-huit (18) ans ne peut contracter mariage sans le consentement de la personne qui exerce l'autorité parentale à son égard. Ce consentement doit comporter la désignation des deux futurs conjoints. Il est donné soit par la déclaration faite devant un officier de l'état civil ou devant un notaire antérieurement à la célébration du mariage, soit valablement lors de la célébration même* ».

[719] *Cf.* art. 534 du CPF : « *le mineur est émancipé de plein droit par le mariage* ».

[720] *Cf.* art. 5 du Code de la nationalité béninoise : « *la majorité, au sens du présent Code, est fixée à vingt-et-un ans accomplis* ».

[721] J. VANDERLINDEN, *art. préc.*, p. 49-50.

[722] *Cf.* art. 830 al 1er du CPF : « *le testament est un acte unilatéral par lequel le testateur dispose, pour le temps où il ne sera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer* ».

[723] *Cf.* art. 829 du CPF : « *la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur transfère à titre gratuit et de manière irrévocable la propriété d'un bien au donataire qui l'accepte* ».

[724] *Cf.* art 588 et s. du CPF.

[725] J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, n° 403, spéc. p. 815.

277. La possibilité de remise en cause de l'égalité entre enfants par le testament. Toute personne peut, de son vivant, disposer de tous ses biens par donation ou par testament afin d'anticiper sur le sort de ses biens à sa mort. Alors que le droit des successions *ab intestat* est conçu sur certains principes, toute personne peut modifier certaines de ces règles à travers le testament, l'essentiel serait de ne point toucher à la réserve héréditaire[726]. Il existe donc une diversité de mécanismes pour disposer de ses biens en cas de fin de vie. Le pluralisme envahit ainsi le sort des biens à la fin de vie. D'ailleurs il paraît qu'« *il n'existe plus de dispositions sur lesquelles la volonté des époux n'aurait aucune emprise* »[727]. La liberté peut ici être un frein à l'égalité en droit de la famille. La liberté peut être considérée comme le démon[728] du droit de la famille dans ce cas, à moins que les possibilités de choix offertes soient égales entre elles-mêmes[729]. Le souci majeur qui sous-tend la loi par l'ouverture au pluralisme est d'accorder une plus grande liberté aux individus. Or le droit des successions *ab intestat* est élaboré dans l'esprit de consacrer l'égalité en droit de la famille en supprimant toute forme d'inégalité ; qu'il s'agisse de l'inégalité selon le sexe des héritiers, de la nature des biens à partager, des privilèges et bien d'autres sources d'inégalités qui existaient en droit de la famille. Le risque est très élevé que la dévolution successorale se fasse à l'ancienne en raison de la possibilité de régler le sort de ses biens par le testament.

278. La reconnaissance des privilèges et l'indifférenciation de l'origine de la filiation par le doit traditionnel. Contrairement au Code civil français rendu applicable au Bénin, le droit traditionnel béninois – comme la plupart du droit traditionnel dans les pays de l'Afrique noire – ne faisait aucune différence sur la nature de la filiation des enfants pour la répartition de la succession[730]. Par contre, les privilèges entre enfants y prévalaient encore. La dévolution de la succession en droit traditionnel distinguait entre les enfants selon leur sexe, leur rang de naissance, la nature et l'origine des biens[731]. Tout au début, l'unicité de la dévolution successorale conduisait au choix d'un héritier unique à qui

---

[726] *Cf.* art. 813 du CPF : « *la réserve héréditaire globale est de deux tiers (2/3) de la masse à partager. Le surplus constitue la quotité disponible* ».
[727] R. FRANK, « Mariage et concubinage, réflexion sur le couple et la famille », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Dévichi, Paris,* Litec, 2002, p. 5.
[728] J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert,* t. 1, *études générales. Droit de la famille,* Paris, LGDJ, 1950, p. 336.
[729] P. GANNAGÉ, *art préc.,* p 435.
[730] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit*., p. 250 ; A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., p. 114 ; A. HOUNGBÉDJI, *Le droit de la famille dans les coutumes du bas-Bénin*, Thèse, Paris, 1967, p. 263.
[731] A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., p. 105.

revient tout l'héritage dont il n'avait que la gestion[732]. Mais, la pluralité des héritiers a été généralisée, notamment en ce qui concerne les biens personnels de leurs auteurs et vinrent alors le système des privilèges[733].

279. La méconnaissance des privilèges et la différence de traitement en raison du type de filiation par le droit moderne. Le pluralisme juridique, comme déjà examiné, a existé au Bénin jusqu'en 2004. Le droit moderne et le droit traditionnel régissaient tous deux les successions[734]. Le droit moderne issu du Code civil français rendu applicable au Bénin méconnaît les privilèges entre enfants, celles-ci avaient existé avant les révolutions de 1789[735]. Le décret du 15 mars 1790 abolissant les droits d'aînesse et de masculinité et la loi du 8 mars 1791 sur l'égalité entre héritiers ont conduit à la suppression des privilèges du Code civil[736] avant son introduction en Afrique noire francophone. Le Code civil français rendu applicable au Bénin donnait donc les mêmes droits successoraux aux enfants légitimes et naturels reconnus[737]. Or dans le même temps, le Coutumier juridique régissait les successions *ab intestat* en tenant compte du système de filiation et des privilèges.

280. La répartition de la succession en fonction du système de filiation. Les successions *ab intestat* dans le droit coutumier dépendaient avant tout du système de filiation. Il existe deux grands systèmes de filiations en Afrique à savoir le système patrilinéaire et le système matrilinéaire. Dans le système patrilinéaire, l'héritier est en principe de sexe masculin[738]. Dans le système matrilinéaire, l'ordre de parenté et la succession passent par la mère de l'enfant. L'enfant appartient à la famille de sa mère. Le système matrilinéaire ne suppose pas que les biens passent de la mère aux filles et en général, dans le système matrilinéaire, la conception patrilinéaire domine. La succession passe aux hommes[739]. C'est plutôt le matriarcat qui permet aux femmes de transmettre

---

[732] A. HOUNGBÉDJI, *Thèse préc*., p. 252 et s.
[733] A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., p. 114.
[734] P. LAMPUÉ, « Les rapports de la coutume et de la loi dans le droit des successions en Afrique francophone », *RJPIC*, 1972, n° 4, p. 833
[735] J. POUMARÈDE, « La législation successorale de la révolution entre l'idéologie et la pratique », *in* I. Théry et Ch. Biet (dir.), *La famille, la loi, l'État, de la révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie nationale, 1989, p. 167 ; J. CARBONNIER, « Sur un air de famille », *in* I. Théry et Ch. Biet (dir.), *op. cit.*, p. XIV ; A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., p. 131.
[736] J. POUMARÈDE, *art préc*., p. 167.
[737] J. CARBONNIER, *op. cit*., p. XV. Ce n'est qu'en 1975 que l'enfant adultérin a accédé à la qualité d'héritier avec le droit à la moitié de la part dévolue aux enfants légitimes.
[738] R. C. G. DAVID, *Thèse préc*., p. 44 ; A. N. GBAGUIDI, *Pluralisme juridique et conflit de lois en Afrique noire francophone*, Thèse, Bordeaux IV, 1998, p. 121 ; P. MERCIER, *Les domaines de la parenté*, éd. François Maspero, Coll. « dossiers africains », 1972, p. 22 ; E. TERRAY, *Le marxisme devant les sociétés primitives*, éd. François Maspero, Paris 1979, p. 95.
[739] A. R. RADCLIFFE-BROWN et D. FORDE, *Systèmes familiaux et matrimoniaux en Afrique*, Trad. révisée par M. Griaule, Paris, PUF, 1953, p. 21.

l'héritage aux filles. Il suppose que « *le groupe familial est dirigé par des femmes et l'héritage se fait en ligne féminine et les successibles sont des femmes* »[740]. Le patriarcat s'oppose au matriarcat et le régime patrilinéaire prédominait partout en Afrique[741]. On peut néanmoins noter des traces de matriarcat. Le partage de la succession tenait également compte des privilèges.

281. Les privilèges de masculinité et de féminité. Au matriarcat correspondait le privilège de féminité et au patriarcat le privilège de masculinité. Le privilège de masculinité[742] permettait d'écarter les enfants de sexe féminin de la succession. Il offre une prédominance aux enfants de sexe masculin. Le privilège de féminité quant-à elle excluait les héritiers de sexe masculin de l'héritage, même foncièr. C'est le cas notamment des terres données en réparation d'un crime de sang relaté par M. Gbaguidi[743]. Si la victime du crime réparé est une femme, les héritiers de cette terre doivent être des femmes et les successibles de sexe masculin ne pourront l'avoir en héritage qu'en cas d'absence d'héritier de sexe féminin. Cependant, en raison de la prédominance du régime patrilinéaire, le privilège de féminité qui est lié au matriarcat est limité à des groupes donnés.

282. La quasi-exclusivité du privilège de masculinité. Le régime patrilinéaire domine au Bénin. Les filles sont en général écartés de la succession en présence des enfants de sexe masculin. D'ailleurs, les enfants de sexe féminin sont presque totalement écartés de la succession foncière dans le régime patrilinéaire[744]. En raison du fait qu'elles sont en attente de se marier et le risque que le patrimoine familial passera à une autre famille au cas où elles se seront mariées[745], les filles sont écartées de la succession au profit de leur frère. Elles ne peuvent, en général, se voir attribuer que certains biens qui sont en principe des biens meubles[746]. Il a également existé le privilège d'aînesse ou privilège de primogéniture.

283. Le privilège d'aînesse ou de primogéniture. Le privilège d'aînesse ou privilège de primogéniture qui « *permet à l'aîné des successibles d'obtenir la plus grande part ou d'avoir la responsabilité de toutes les terres, quitte à en concéder partie aux fins de mise en valeur à ses cohéritiers* »[747]. C'est ainsi qu'en général, la succession est répartie

---

[740] A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., p. 122.
[741] A. R. RADCLIFFE-BROWN et D. FORDE, *op. cit*., pp. 21-22.
[742] R. C. G. DAVID, *Thèse préc*., p. 196.
[743] A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., p. 107.
[744] A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., p. 124.
[745] A. HOUNGBÉDJI, *Thèse préc*., p. 272 ; A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., p. 125.
[746] A. HOUNGBEDJI, *op. cit*., p. 272 ; A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., p. 124.
[747] A. N. GBAGUIDI, *Thèse préc*., p. 114.

à portion décroissante de l'aîné au plus jeune. Le plus âgé des enfants de sexe masculin prend la plus grande portion de l'héritage[748]. Si on peut déduire que la liberté – impliquant le mépris de l'égalité – est un facteur de pluralisme juridique en droit de la famille, on s'aperçoit aussi que l'égalité en droit de la famille est source de pluralisme juridique.

2. L'égalité

284. L'égalité par la généralité de la norme. Il est envisageable que, pour mettre en œuvre l'égalité en droit, l'État impose un modèle de famille en faisant les mêmes contraintes et en octroyant les mêmes droits aux individus puisque l'égalité en droit doit être normalement assurée par la généralité de la règle[749]. Or en opérant ainsi, l'État violerait le droit à la différence des individus. Le respect du droit à la différence induirait une forme de pluralisme juridique qui serait un obstacle à l'égalité en droit. La conciliation de l'égalité avec le droit à la différence peut être difficile.

285. Une délicate conciliation du respect de l'égalité avec le droit à la différence. Le droit à la différence recommande un traitement spécial qui tient compte de la situation des individus. Or l'égalité veut assimiler les individus indépendamment de leur situation personnelle. Ainsi, quoi qu'il existe une différence physiologique, sociale ou culturelle entre les individus, celle-ci ne justifierait pas qu'on leur consacre des droits inégaux. La question se pose alors de savoir comment l'État peut-il à la fois proclamer l'existence de droits identiques pour tous et respecter les différences entre individus ? La solution résiderait dans l'affirmation du principe de la neutralité de l'État, autrement dit, dans l'affirmation de l'indifférence aux différences et dans la prise en considération limitée des différences entre individus[750]. Le respect du droit à la différence peut donc conduire à une situation de pluralisme juridique. L'assimilation des filiations aussi peut aussi entraîner un pluralisme juridique.

286. Le pluralisme juridique issu de l'assimilation des effets des filiations. La volonté législative d'assimiler les enfants quelle que soit la nature de leur filiation est affichée. Dès lors, indépendamment de la nature de la filiation des enfants, le droit leurs accorde les mêmes droits sans pour autant assimiler les filiations. Les catégories de filiations légitimes, adoptives, naturelles, adultérines ou incestueuses demeurent. Cependant, on s'aperçoit qu'il existe plusieurs mécanismes pour établir la filiation des

---

[748] A. HOUNGBEDJI, *Thèse préc.,* pp. 270-271.
[749] P. GANNAGÉ, *art. préc.,* p. 434.
[750] M.-J. REDOR-FICHOT, « Universalisme et pluralisme », *in* L. Fontaine (dir.), *Droit et pluralisme, actes du colloque de Caen, les 30 novembre et 1er décembre 2006,* Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 171.

enfants. Qu'il s'agisse de la reconnaissance d'enfant, de la légitimation par mariage ou de la possession d'état. Il n'est plus besoin de naître de parents mariés pour bénéficier du statut d'enfant. Le droit permet ainsi de faire entrer les enfants dans la famille de leurs auteurs et d'accéder à un même statut quelle que soit l'origine de leur filiation. Il ne s'agit pas de l'assimilation des filiations à proprement parler mais de l'assimilation de leurs effets. L'État manifeste donc une neutralité sur l'origine des filiations.

287. La neutralité sur l'origine des filiations. La loi reste indifférente sur l'origine de la filiation des enfants pour leur donner les mêmes droits. Le principe de neutralité constitue, d'une manière qui peut sembler paradoxale, « *l'un des meilleurs moyens de respecter les différences de manière égale* »[751]. Le respect du principe d'égalité conduirait ainsi la loi à traiter de manière égale des personnes placées dans des situations différentes. Le pluralisme juridique ne viole donc pas l'égalité[752] mais, plutôt le respect de l'égalité entraîne le pluralisme juridique, en permettant l'octroi des mêmes droits à partir des situations différentes. Même si le droit de la famille offre des choix, il y a toutefois des questions sur lesquelles toute possibilité de choix conduirait à une inégalité. Le nouveau droit, bien qu'ayant maintenu quelques options, supprime celles matrimoniales qui sont des sources d'inégalité dans le droit.

SECTION 2. LA SUPPRESSION DES OPTIONS MATRIMONIALES : UNE RECONNAISSANCE DE L'ÉGALE LIBERTÉ SEXUELLE

288. Les systèmes matrimoniaux. On entend par systèmes matrimoniaux les deux options monogamie ou polygamie que les anciens droits africains reconnaissaient comme formes possibles de mariage[753]. Le mariage était donc une union monogamique ou polygamique[754]. L'adultère de la femme mariée était plus sévèrement réprimé que celui de l'homme dans le mariage polygamique. La liberté sexuelle[755] y était inégale, la polygamie constituait donc une source d'inégalité entre l'homme et la femme. La liberté sexuelle peut

[751] M.-J. REDOR-FICHOT, *art. préc.,* p. 171.
[752] P. GANNAGÉ, *art. préc.,* p. 432.
[753] J. BITOTA MUAMBA, *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique,* Thèse, Toulouse I, 2003, p. 148.
[754] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit.,* p. 261 et s ; J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle : Études offertes à Georges Ripert,* t. 1, *Études générales. Droit de la famille,* Paris, LGDJ, 1950, pp. 346 et s.
[755] R. WINTEMUTE, « De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. Jurisprudence européenne et comparée », in D. Borrilo et D. Lochak, (dir), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, pp. 162-165.

être perçue comme la « *capacité de l'individu à agir érotiquement sans contrainte* »[756]. Le Code des personnes et de la famille a opéré une révolution, pas des moindres, en unifiant le droit de la famille et en supprimant la polygamie.

289. Plan. Afin de consacrer la liberté sexuelle égale, la Cour constitutionnelle du Bénin a œuvré pour la suppression de la polygamie[757] en 2002. Par la suite, la Cour constitutionnelle a reconnu la violation du principe d'égalité par le Code pénal qui réprime plus sévèrement l'adultère de la femme que celui de l'homme en 2009[758]. La suppression des options matrimoniales commencée avec le bannissement de la polygamie (§1) sera achevée par la redéfinition de l'adultère (§2) qui était fortement influencé par les options matrimoniales[759].

§1. LE BANNISSEMENT DE LA POLYGAMIE

290. La polygamie au Bénin. La polygamie est définie comme une « *organisation sociale reconnaissant les unions légitimes multiples et simultanées* »[760]. La polygamie en question est donc la « *polygamie simultanée* »[761]. Il peut s'agir de la polygynie – union d'un homme avec plusieurs femmes[762] – ou de la polyandrie – union d'une femme avec plusieurs hommes[763]. Mais la polygamie organisée et reconnue au Bénin[764] jusqu'en 2004 était l'union d'un homme avec plusieurs femmes[765] et presque jamais le contraire[766]. C'était donc une polygamie à sens unique.

---

[756] D. BORRILO, « La liberté érotique et "exception sexuelle" », in D. Borrilo et D. Lochak, (dir), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, p. 38.
[757] S. K. HONVOU, « Regard du juge constitutionnel béninois sur le principe d'égalité en droit de la famille », in *La Constitution Béninoise du 11 décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique ?, mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 571.
[758] *Cf.* la déc. DCC 09-081 du 30 juillet 2009 par laquelle Cour constitutionnelle du Bénin qui a déclaré les articles 336, 337, 338 et 339 du Code pénal français de 1810 appliqué au Bénin, contraires au principe d'égalité entre époux.
[759] G. K. KÉRÉ, « La polygamie et le devoir de fidélité en droit positif camerounais », *Penant,* 1996, p. 129 ; S. MELONE, « Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain », *Penant,* 1971*,* p. 421.
[760] *Cf. Le Dictionnaire Le grand Robert*, voy. « polygamie ».
[761] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 539, p. 1192.
[762] *Cf. Le Dictionnaire Le grand Robert*, voy. « polygamie ».
[763] S. NANGA, *Thèse préc*., n° 377, p. 196 ; M. KANE, « La protection des droits de la femme et le maintien de la famille sénégalaise », *art. préc.,* p. 38.
[764] *Cf.* art. 34 du Coutumier du Dahomey : « *la polygamie existe et est légale dans toute l'étendue de la colonie du Dahomey* ».
[765] *Cf.* art. 33 du Coutumier du Dahomey : « *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 tout naturellement* » ; A. N. GBAGUIDI, « De l'option de monogamie à l'option de polygamie : la nouvelle voie béninoise », *RBSJA*, n° spécial, octobre 1995, p. 25.
[766] S. NANGA, *Thèse préc*., n° 377, p. 196 ; M. KANE, « La protection des droits de la femme et le maintien de la famille sénégalaise », *RSD*, 1974, n° 16, p. 38.

291. Les fondements sociaux de la polygamie. La polygamie était en effet sous-tendue par des considérations sociales et religieuses que le droit n'a pas hésité à franchir en raison de la consécration de l'égalité entre homme et femme. La possibilité d'accroître ses récoltes en ayant recours à la main d'œuvre importante par le grand nombre des enfants, le désir de multiplication, le grand nombre de décès infantiles, l'assouvissement des désirs masculins étaient des raisons qui poussaient les hommes à la polygamie. La polygamie a de tout temps existé[767]. Elle fut l'une des « *institutions-symboles* »[768] de la famille africaine et un élément vestige du patriarcat. Elle constituerait la pire forme d'inégalité entre époux.

292. La polygamie considérée comme pire forme d'inégalité entre époux. La polygamie entendue dans le sens de la polygynie donne plus de droit aux hommes qu'aux femmes dans le mariage. Elle est la pire forme d'assujettissement de la femme et un indicateur principal du sous-développement humain[769]. Le juge constitutionnel, tenant compte du principe d'égalité, a opéré une révolution, même si le droit a peur des révolutions[770], en consacrant le triomphe de l'égalité devant la polygamie. Le pas fut ainsi franchi en droit.

293. Plan. La première raison de la suppression de toute forme de polygamie tenait à l'impossibilité de consacrer la polyandrie. Cependant, l'instantanéité du bannissement de la polygamie n'est pas sans conséquence car, elle occasionne des « *concubinages polygamiques de fait* »[771] et des concubinages adultérins. Après avoir étudié le rejet de la polyandrie comme fondement du bannissement de la polygynie (A), il sera examiné sa conséquence qu'est l'éclosion de la polygamie de fait (B).

A. Le rejet de la polyandrie

294. Plan. Il semble bien qu'il y a deux principales raisons qui ont conduit au rejet de la polyandrie afin d'établir une égalité symétrique de liberté sexuelle entre l'homme et la

---

[767] Voy. par exemple 1 Corinthien 13 verset 3-15 *;* Ephésiens 5. 22-33 *;* voy. également le Coran, 4. 3.
[768] A. N. GBAGUIDI, *art. préc.*, p. 25.
[769] F. KAUDJHIS-OFFOUMOU, « L'avenir de la famille à travers des instruments juridiques internationaux et régionaux relatifs aux droits humains », in D. Maugenest et Th. Holo (dir.), *L'Afrique de l'Ouest et la tradition universelle des droits de l'homme,* Actes du colloque d'Abidjan, 13-15 mars 2006, éd. CERAP*,* 2006, p. 239.
[770] A. N. GBAGUIDI, « Égalité des époux, égalité des enfants et le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin », *RBSJA*, n° spécial oct. 1995, p. 11.
[771] S. BOLLE, « Le Code des personnes et de la famille devant la cour constitutionnelle du Bénin. La décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002 », *Afrilex* n°4, p. 339.

femme[772]. Il s'agit du risque de confusion de paternité que la polyandrie pourrait causer (1) et du renversement du système patrilinéaire (2) qu'elle occasionnerait.

1. Le risque de confusion de paternité, cause du rejet de la polyandrie

295. L'indétermination possible de la paternité des enfants. La consécration de la polyandrie entraînerait, sans doute, beaucoup de conflits de paternité[773]. En dehors d'une preuve scientifique, il serait complexe de déterminer la paternité d'un enfant dont la mère a vécu en intimité avec plusieurs hommes pendant la même période. Puisque la polyandrie entraînerait inévitablement des difficultés dans la détermination de la paternité d'un enfant, sa consécration aura pour conséquence de bouleverser tout le socle du droit béninois de la famille.

296. Bouleversement du système patrilinéaire. Lorsqu'on veut faire asseoir l'égalité de vie sexuelle entre l'homme et la femme, la possibilité pour les premiers d'organiser leur vie sexuelle autour de plusieurs femmes devrait logiquement conduire à l'autorisation de l'organisation de la vie sexuelle des secondes avec plusieurs hommes[774]. Le revers le plus visible de la polyandrie serait la confusion de paternité et cette difficulté peut être surmontée par une certaine forme d'organisation de la vie en famille. La matrilinéarité ou la co-paternité pourront être des systèmes de filiation dans lesquels il n'existerait pas de confusion de paternité lorsque la polyandrie serait permise.

297. La possibilité de limitation des confusions de paternité par le système matrilinéaire. Il conviendrait de consacrer un système de filiation pouvant permettre de contrecarrer la confusion de paternité. Le système matrilinéaire[775] permet d'organiser la filiation uniquement autour de la mère de l'enfant. Les enfants entreront ainsi dans la lignée de leur mère. Le système matrilinéaire conviendrait ainsi à une famille polyandrique pour plusieurs raisons. La matrilinéarité est basée sur la certitude de la maternité et elle écarte donc toute question de paternité. Dès lors, quelle que soit la paternité de l'enfant, l'établissement de sa filiation ne poserait aucune difficulté. Le principe *mater semper est*

---

[772] N. MÈDÉ, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Saarbrücken, Éditions universitaires européennes, 2012, p. 63.

[773] Une certaine confusion de part peut résulter de la polyandrie, car la détermination de la filiation paternelle résulte d'une simple présomption. C'est donc en cela qu'un tel choix serait une pure utopie. Á l'heure actuelle, il est possible de dépasser toute confusion de paternité, en faisant recours à la médecine moderne. Cependant, la polyandrie change l'ordre de la tradition africaine. Sur ce point, voy. L. A. BAFA'A-TSAGUE, « La consécration de la monogamie dans le Code béninois des personnes et de la famille : entre affiliation à l'universalité et écart à la réalité », in D. Maugenest et Th. Holo, (dir.)*, L'Afrique de l'Ouest et la tradition universelle des droits de l'homme, Actes du colloque d'Abidjan, 13-15 mars 2006,* les éditions du CERAP*,* 2006, p. 249.

[774] La déc. DCC 02-144 du 23 décembre 2002 de la Cour constitutionnelle du Bénin.

[775] S. NANGA, *Thèse préc.,* p. 90, note de bas de page 4.

trouverait toute son application. Ainsi, même si une femme pourrait se marier à plusieurs hommes à la fois, il ne peut y avoir des confusions dans la détermination de la filiation de l'enfant car tous les enfants porteront le nom de leur mère. Le système matrilinéaire pourrait ainsi conviendrait à un régime polyandrique. La co-paternité peut également limiter les conflits de filiation dans un système matrilinéaire.

298. La possibilité de limitation des conflits de filiation par la copaternité. La copaternité conviendrait mieux à un régime polyandrique pour plusieurs raisons. La copaternité conduira à établir la filiation des enfants à l'égard de tous les époux de la mère. Dès lors qu'un enfant ne peut avoir qu'un père, les difficultés de sa détermination dans un régime polyandrique conduiront à l'établissement de la paternité à l'égard de plusieurs personnes, ce qui est source d'innombrables différends. Les questions d'entretien et de succession se poseront. Mais au-delà, les difficultés surgiront sur la détermination du nom de l'enfant, l'autorité parentale, *etc*. On aboutira ainsi, sans aucun doute, au reversement total du système patrilinéaire.

2. Le renversement du système patrilinéaire évité

299. L'existence d'une volonté de suppression de la polygamie. Un grand débat a animé le parlement béninois sur la question de la polygamie. Seulement 44 députés sur les 83 que compte l'Assemblée Nationale du Bénin ont adopté cette loi qui comportait l'option de la polygamie. Près de la moitié des députés que compte l'Assemblée Nationale du Bénin était donc consentant pour la suppression de la polygamie. Les députés sont les représentants de la population et cette volonté de vouloir supprimer la polygamie peut être perçue comme la décision de la plupart des béninois. Cependant, la loi fut votée avec les options matrimoniales que la Cour constitutionnelle n'hésitera pas à déclarer contraire à l'article 26 de la Constitution.

300. L'origine de la suppression de la polygamie. En vertu des dispositions de l'article 121 de la Constitution[776], tout membre de l'Assemblée Nationale ou le Président de la République peut saisir la Cour constitutionnelle pour la vérification de la conformité d'une loi à la Constitution. Un député qui trouve une disposition inconstitutionnelle et qui, en vertu du vote favorable de la majorité des membres de l'Assemblée Nationale n'a pu faire accepter ses observations, peut saisir le juge constitutionnel[777] pour se faire écouter au

---

[776] *Cf*. art. 121 al 1er de la Constitution : « *La Cour constitutionnelle, à la demande du Président de la République ou de tout membre de l'Assemblée Nationale, se prononce sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation* ».

[777] S. BOLLE, *art. préc.,* p. 318.

deuxième degré[778]. C'est ainsi que l'une des députés, Madame Rosine Soglo, a saisi le juge constitutionnel après avoir voté contre ladite loi.

301. L'option de la monogamie conduisant à l'égalité totale des époux. Le juge constitutionnel s'est institué législateur[779] et a fait des observations majeures qui ont conduit à la suppression de la polygamie du droit béninois de la famille. Il a constaté qu'« *il y a traitement inégal entre l'homme et la femme en ce que l'option prévue à l'alinéa 2 de l'article 143 permet à l'homme d'être polygame alors que la femme ne peut être que monogame* »[780]. Le juge constitutionnel participe inévitablement à l'élaboration de la loi[781] en conduisant à l'application des mêmes mesures à la femme et à l'homme, il demande en effet un traitement neutre. Voulant établir une certaine égalité de vie sexuelle entre membres du couple, sans pour autant renverser le système patrilinéaire, l'option a été donc faite de supprimer toute forme de polygamie. L'égalité entre époux recommande ainsi que le mariage soit exclusivement l'union d'un seul homme avec une seule femme, la monogamie[782]. Même si l'articulation de cette disposition[783] reste ouverte et laconique, on peut néanmoins déduire que le droit ne reconnaît que la monogamie au Bénin afin de préserver le système patrilinéaire.

302. Le système patrilinéaire. La patrilinéarité est un mode d'organisation de la famille autour de l'ascendance masculine[784]. Dans ce système, l'enfant s'insère dans la famille de son père et porte par conséquent son nom. On peut constater la persistance de la patrilinéarité au Bénin qui s'explique par la transmission du nom du père à la descendance[785]. Afin d'établir l'égalité sur la liberté sexuelle, il a été préféré l'option de la monogamie.

303. Le chancellement du système patrilinéaire. La suppression de la polygamie fait chanceler le système patrilinéaire. En réalité, la polygynie s'accommode avec ce système puisque, indépendamment du lit dont l'enfant provient, sa filiation est établie à l'égard de son père. La suppression de la polygynie devrait, normalement entraîner avec elle, la

---

[778] *Ibid*., p. 330. L'auteur fait la remarque d'après laquelle « la Cour se comporte comme le ferait une seconde chambre adressant à l'Assemblée Nationale des amendements » ; Pour une analyse comparative, voy. F. GRANET, « Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques » ; in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle : Études offertes à* Pierre Catala, Paris, Litec, 2001, p. 44.
[779] F. GRANET, « Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques », *art. préc*., p. 42.
[780] Voy. la *déc.* DCC 02-144 du 23 décembre 2002 de la Cour constitutionnelle du Bénin.
[781] L. FAVOREU (dir.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Économica, 1987, p. 475.
[782] *Cf*. art 142 du CPF : « *seul le mariage monogamique est reconnu* ».
[783] L'article 143 du CPF est formulé de la manière suivante : « *seul le mariage monogamique est reconnu* ».
[784] P. MERCIER, *op. cit*., p. 95.
[785] S. K. HONVOU, « Regard du juge constitutionnel béninois sur le principe d'égalité en droit de la famille », in *La Constitution Béninoise du 11 décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique ? – Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 579.

suppression du système patrilinéaire. Autrefois, on pouvait bien observer que les enfants entraient dans la lignée de leur père à travers la patrilinéarité. Mais, de nos jours, il semble que les lignées n'existent presque que virtuellement. La famille se construit autour des époux et des enfants ou tout au plus des ascendants au premier niveau et des collatéraux au premier degré. Le système patrilinéaire est donc, presque totalement, dépouillé de tout son contenu et son seul élément qui demeure est l'attribution du nom du père à l'enfant. Bien qu'on pouvait s'attendre à plus de vigilance de la part du juge constitutionnel afin d'éradiquer le système patrilinéaire, il demeure que le Code des personnes et de la famille comporte des imperfections au regard du principe d'égalité car le déracinement complet de ce système serait obtenu par l'égalité des époux dans la transmission du nom à leurs descendants.

304. Une avancée considérable du droit de la famille au Bénin. Une certaine avancée du droit de la famille s'observe au regard du principe d'égalité par rapport à d'autres législations d'États africains[786], notamment le Sénégal[787], le Gabon[788], le Cameroun[789] et le Burkina-Faso[790] où la polygamie est encore en vigueur. Le juge constitutionnel « *affilie l'État béninois à la modernité mais surtout à la tradition universelle des droits de l'homme* »[791]. Pour l'heure, on peut se réjouir du texte du Code des personnes et de la famille consacrant la monogamie dont l'inobservation est sanctionnée.

305. Les sanctions de l'inobservation de la monogamie. Le législateur a assorti la polygamie de sanctions. L'article 148, 5è tiret du Code des personnes et de la famille dispose que « *la nullité du mariage doit être prononcée : - lorsque l'un des conjoints était dans les liens d'une union antérieure non dissoute* »[792]. Nul ne peut contracter un double mariage, auquel cas le second mariage sera nul[793], d'une nullité absolue[794]. Cette avancée

---

[786] A. FOKO, « Survivance des pratiques coutumières et droit de la famille au Cameroun (à propos des difficultés d'appréciation de la CEDEF) », in *Cahiers juridiques et politiques, Revue de la Faculté des sciences juridiques et politiques*, 2009, p. 39 et s.
[787] *Cf*. art. 133 du Code de la famille sénégalaise.
[788] *Cf*. art. 375 du Code de la famille du Gabon.
[789] Th. ATANGANA-MALONGUE, « Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille », *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, vol. 1, n° 3, 2003, p. 171, voy. également A. FOKO, *art. préc*., p. 39 et s.
[790] *Cf*. art. 257-260 du Code des personnes et de la famille du Burkina-Faso.
[791] L. A. Bafa'a-Tsague, *art. préc*., p. 249.
[792] *Cf*. art. 148, 5è tiret du CPF.
[793] B. de BOYSSON, *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale,* Thèse, préf. H. Fulchiron, Paris, LGDJ, 2011, p. 53-54 ; Cass civ. 1ère, 3 février 2004, n° 00-19838, *D.* 2004, p. 2963, obs. J.-J. Lemouland ; *JCP* 2004, II, 10074, note K. Bottini ; *RTD civ*. 2004, 267, obs. J. Hauser ; *Dr. fam*. 2004, n° 47, note Larribau-Terneyre ; *AJ. fam*., 2004, p. 144, obs. F. Bicheron ; *Defrénois* 2004, 1067, n° 47, note M. Revillard.
[794] *Cf*. art 148 du CPF : « *la nullité du mariage doit être prononcée : - lorsqu'il a été contracté sans le consentement de l'un des époux ; - lorsque les conjoints ne sont pas de sexes différents ; - lorsque l'un des*

dans le droit béninois de la famille a été obtenue grâce à l'activisme du juge constitutionnel béninois qui a lu avec rigueur l'article 26 de la Constitution du Bénin. Cependant, la suppression de la polygamie par le droit n'a pas changé totalement les pratiques et on assiste à l'éclosion de la polygamie de fait.

B. L'éclosion de la polygamie de fait

306. La polygamie de fait. La polygamie de fait, ou mieux, le concubinage adultérin peut être perçue comme le fait pour un homme d'avoir plusieurs partenaires ou concubines en dépit de son état d'homme marié. Depuis l'avènement du Code des personnes et de la famille en 2004, nombreux sont les couples qui se sont mariés sous cette législation. Cependant, on observe un phénomène qui peut étonner. Il n'est pas nécessaire d'assimiler cette situation au fort taux d'analphabétisme[795] au Bénin. Le concubinage adultérin ou le phénomène dit des « *deuxièmes bureaux* »[796] prend de l'ampleur. Pour certains auteurs, il est « *illusoire de croire qu'on peut abolir brutalement une institution comme la polygamie par une loi* »[797]. C'est en effet vrai que la polygamie est une pratique séculaire et son interdiction par la loi peut conduire à sa pratique illicite.

307. L'expansion de la polygamie de fait. Le taux croissant de la monogamie[798] et la diminution de la polygamie adultérine[799] sont constatés au Bénin, mais il reste à réglementer le concubinage ou le phénomène des « *deuxièmes bureaux* ». Ce phénomène est également identifiable dans d'autres pays comme le Gabon, le Togo, la Côte d'Ivoire, le Niger et le Burkina-Faso. Cette recrudescence du phénomène pousse à se demander s'il n'était pas temps de légiférer pour l'appréhender à l'instar du Gabon[800]. La formulation assez vague de l'article 142 du Code des personnes et de la famille du Bénin[801] n'est-elle

---

époux n'avait pas l'âge requis en l'absence de dispense ; - lorsqu'il existe entre les conjoints un lien de parenté ou d'alliance prohibant le mariage ; - lorsque l'un des conjoints était dans les liens d'une union antérieure non dissoute ».

[795] Selon l'INSAE, la part de la population sans instruction s'établit en 2002 à 57% pour l'ensemble du Bénin.

[796] L. A. BAFA'A-TSAGUE, *art. préc.,.,* p. 252 ; c'est une formule consacrée pour désigner les maîtresses que les hommes possèdent en dehors de leur femme au foyer.

[797] A. N. GBAGUIDI, « De l'option de monogamie à l'option de polygamie : la nouvelle voie béninoise », *RBSJA*, n° spécial, octobre 1995, p. 33.

[798] Il y a une certaine prédominance de la monogamie : 73% des hommes sont mariés à une seule épouse et 61% de femme n'ont pas de coépouses dans leur union conjugale au moment du recensement, voy. les résultats du recensement de 2002 par l'INSAE.

[799] Selon les statistiques établies par L'INSAE en 2002, il est noté une certaine évolution de la pratique de la polygamie : 31% en 1992, 31% en 1979 et 27% en 2002.

[800] J.-C. JAMES, « Les unions para-matrimoniales en droit Gabonais de la famille », in *Afrique juridique et politique*, vol. 2, n° 1, *La revue du CERDIP*, janv.-juin 2003, pp. 82-124.

[801] *Cf.* art. 142 du CPF.

pas une certaine forme d'ouverture au concubinage, même adultérin ? Il est parfois nécessaire de faire appel à la législation pénale afin de circonscrire les comportements humains dans une limite donnée. Il conviendrait en conséquence de réfléchir à une sanction pénale de la polygamie de fait afin de dissuader et de réprimer les manœuvres frauduleuses.

308. La possibilité de répression pénale de la bigamie. Le Code pénal applicable en Afrique Occidentale Française[802]est resté applicable jusqu'à nos jours au Bénin. L'unification du droit a entraîné l'alignement des statuts et des mesures de sanctions. Il conviendrait de prévoir une sanction nouvelle pour les unions qui se forment avec plus d'une femme et plus d'un homme[803]. La vie de famille doit ainsi être construite autour d'un homme et d'une femme. En ces moments où un nouveau Code pénal est en instance de vote au parlement, il est important de mener les réflexions dans ce sens, car, de plus en plus, on observe l'effacement du mariage polygamique au profit des unions de fait polygamiques.

309. Une question d'ordre public. Le droit pénal applicable au Bénin sanctionne le double mariage. Aux termes des dispositions de l'article 340 alinéa 1[er] du droit pénal applicable au Bénin : « *quiconque étant engagé dans les liens du mariage en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent sera puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 12.000 francs à 1.200.000 francs* »[804]. Or le double mariage suppose la célébration de deux unions devant un officier de l'état civil. Le concubinage adultérin ne peut pas être réprimé par cette disposition puisqu'il ne s'agit pas d'un double mariage. Il existait autrefois une sanction civile du concubinage qui consistait à priver les enfants de tout droit. Ayant jugé de l'illégitimité de cette mesure et en uniformisant presque totalement les droits des enfants quelle que soit la nature de leur filiation, il n'existe donc plus de mesures de sanctions du concubinage adultérin alors même que la bigamie est désormais une question d'ordre public. Les doubles ménages peuvent être contrôlés à travers la sanction pénale de la bigamie.

310. La délicatesse de la preuve de la bigamie. La sanction des unions de faits polygamiques est délicate puisque « *sans preuve, pas de droit* »[805]. Or en droit civil, la

---

[802] La loi du 23 décembre 1942, publiée au *Journal Officiel de la République française* du 26 décembre 1942.
[803] B. de BOYSSON, *Thèse préc.,* pp. 53-54 ; Cass civ. 1[ere], 3 février 2004, n° 00-19838 : *D*. 2004, p. 2963, obs. J.-J. Lemouland ; *JCP* 2004, II, 10074, note K. Bottini ; *RTD civ*. 2004, 267, obs. J. Hauser ; *Dr. fam*. 2004, n° 47, note Larribau-Terneyre ; *AJ. fam*. 2004, p. 144, obs. F. Bicheron ; *Defrénois* 2004, 1067, n° 47, note M. Revillard.
[804] *Cf*. art. 340 du Code pénal applicable au Bénin.
[805] F. BICHERON, « L'illicéité de la preuve en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, n°, p. 37.

constitution de la preuve est très délicate. Si en principe, la règle de la liberté de la preuve prédomine en matière répressive, le droit civil procède, et sans qu'aucun texte ne le précise[806], par « *la loyauté de la preuve* »[807]. La preuve de l'adultère ou de la bigamie – même en ce qui concerne le concubinage polygamique – peut ainsi se révéler très complexe voire illicite[808] dans la mesure où elle peut constituer une « *intrusion dans la vie privée et intime des personnes* »[809]. Au reste, la preuve de l'adultère même est d'une portée limitée puisqu'il n'emporte plus divorce systématique ou des sanctions pénales, du moins, pour l'instant[810]. La suppression de la polygamie est un vaste chantier de réformes entamées en droit béninois de la famille. Ces réformes ne pourront être finalisées sans la redéfinition de l'adultère puisque l'adultère était diversement apprécié et différemment réprimé.

§2. LA REDÉFINITION DE L'ADULTÈRE

311. Définition de l'adultère. L'adultère est, selon le Vocabulaire juridique, le « *fait pour un époux d'avoir des relations sexuelles avec une personne autre que son conjoint* »[811]. Il constitue la violation du devoir de fidélité entre époux. Dans le contexte de la polygamie, un homme peut légalement avoir des relations sexuelles avec plusieurs femmes qui sont ses épouses. Suffirait-il dans ce cas, de limiter les relations sexuelles de cet homme à ses femmes pour qu'il y ait respect du devoir de fidélité ? La sanction de l'infidélité dans le couple peut aider à cerner ce qui constitue l'infidélité pour le mari et pour la femme.

312. Plan. Si l'adultère constituait une faute civile pouvant conduire immanquablement au divorce[812], il n'est plus une cause péremptoire[813] de divorce[814]. En

---

[806] Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit,* Paris, 5è éd. Defrénois, Lextenso, 2014, n° 245.
[807] Ph. DELEBECQUE, J.-D. BRETZNER et Th. VASSEUR, « Droit de la preuve », *D*. 2008, chron. p. 1824 ; Crim. 31 janv. 2007, n° 06-82.383, *Bull. crim. n° 2* ; *AJ pénal* 2007, p. 144, obs. E. A. ; *D*. 2007. Chr. C. cass. 1817, obs. D. Caron et S. Menotti ; *RSC* 2007, p. 331, obs. R. Filniez, (le même procédé ne peut être admis en matière civile (Soc. 23 mai 2007, n° 06-43. 209, *Bull. civ* ; n° 85 ; *D*. 2007. Jurisp. 2284).
[808] F. BICHERON, *art. préc.,* n° 3, p. 38.
[809] *Ibid.*
[810] La DCC 09-081 du 30 juillet 2009 de la Cour constitutionnelle du Bénin a déclaré les articles 336 à 339 du Code pénal contraires à la Constitution et le projet de Code pénal n'est pas encore voté. Doit-on, dans ce cas, parler de vide juridique ou simplement de la dépénalisation de l'adultère ?
[811] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, voy. « Adultère ».
[812] J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert,* t. 1, *études générales. Droit de la famille,* Paris, LGDJ, 1950, p. 340 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille,* in J. GHESTIN (dir.), Paris, 2è éd., LGDJ, 1993, n° 1013.
[813] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1013. Parmi les causes du divorce pour faute, figure l'adultère (art. 234, 2e tiret du CPF). Cependant, la procédure de divorce pour faute exige du juge, de tenter la

raison de l'existence de la polygamie, l'adultère était perçu d'une certaine manière[815]. Cette conception doit normalement évoluer avec le changement subi par le droit de la famille. L'inégalité de l'Ancien droit sur le délit d'adultère (A) a ainsi été corrigée au point que l'égalité est retrouvée devant l'adultère (B).

A. L'inégalité de l'Ancien droit sur le délit d'adultère

313. Plan. La constitution, la poursuite du délit d'adultère et la peine encourue variaient[816] selon qu'il s'agissait de l'épouse ou de l'époux. Il existait donc un traitement inégal par le droit pénal en raison du sexe de l'époux (1). Cette inégalité observée dans l'Ancien droit paraît concorder avec les traditions béninoises qui entretiennent, pour une large partie, un mythe autour de l'adultère de la femme. Cependant, l'adultère a été dépouillé de son mythe originel (2) pour tenir compte de l'égalité entre époux.

1. Un traitement inégal par le droit pénal en raison du sexe de l'époux

314. La constitution du délit d'adultère. Aux termes des dispositions de l'article 339 du Code pénal : « *le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme sera puni d'une amende de 24 000 francs à 480 000 francs. Toutefois, en cas de mariage célébré selon la coutume locale, les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux citoyens ayant conservé leur statut particulier à l'exception de ceux d'entre eux qui auront renoncé à la polygamie coutumière, soit par un acte spécial, soit à l'occasion de leur mariage lorsque celui-ci aura été célébré selon le Code civil* »[817]. Le délit d'adultère pour le mari ne peut être constitué qu'au domicile conjugal. Il faut que le mari entretienne une concubine au domicile conjugal[818]. Or il n'y a pas une disposition spéciale sur la constitution du délit d'adultère de la femme. L'article 336 du Code pénal prévoit néanmoins que « *l'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari : cette faculté même cessera, s'il est dans le cas prévu par l'article 339* »[819]. Par déduction, on estime que l'adultère de la femme peut être constaté à tout endroit[820], ce qui n'est pas le cas de l'adultère de l'homme. Le

---

conciliation (art. 236 et s. du CPF). On peut aisément déduire que même en cas d'adultère, le juge doit tenter la conciliation, ce qui fait dire que l'adultère n'est plus une cause péremptoire de divorce.

[814] *Cf.* art. 234 du CPF.

[815] G. K. KERE, *art. préc.*, p. 130 ; S. MELONE, *art. préc.*, p. 421.

[816] Le Coutumier du Dahomey (art. 135 et s.) comme le Code pénal (art. 336 à 339) condamnent seulement l'adultère de l'épouse.

[817] *Cf.* art. 339 du Code pénal appliqué au Bénin.

[818] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit.*, n° 1013.

[819] *Cf.* art. 336 du Code pénal appliqué au Bénin.

[820] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit.*, n° 1014, spéc. p. 744.

délit d'adultère est en somme un « *délit d'habitude* »[821] pour l'homme. On comprend donc que les relations sexuelles extraconjugales peuvent donc être parfois détachables de l'adultère pour l'homme.

315. Détachement des relations intimes extraconjugales de l'adultère. Il était en effet légal de construire un ménage avec plusieurs femmes. Un homme marié pouvait avoir des rapports intimes avec plusieurs femmes auxquelles il s'est marié. Il était tenu à la fidélité à toutes ses femmes. Il ne devrait pas avoir des relations sexuelles avec d'autres personnes en dehors de celles-ci. Il s'agit d'une fidélité à plusieurs femmes. Or un homme marié sous le régime de la polygamie pouvait à tout moment se marier avec une autre femme. Les relations sexuelles avant le mariage n'étaient pas aussi interdites par la loi. L'infidélité de l'homme était donc difficile à prouver[822], surtout celle morale[823] puisqu'il peut s'agir des manœuvres pour épouser une nouvelle femme. Le mari peut donc légitimement avoir des relations sexuelles avec d'autres femmes en dehors de ses épouses sans commettre l'adultère. L'adultère sera constitué au cas où il aurait entretenu la concubine au domicile conjugal. Différemment constitué, le délit d'adultère était également diversement réprimé.

316. La répression du délit d'adultère. La répression de l'adultère varie selon qu'il s'agisse de la femme ou du mari. Les articles 337 et 339 du Code pénal organisaient différemment la répression du délit d'adultère[824]. Il faut d'abord constater que l'époux est le maître dans la poursuite de sa femme. Il peut y mettre fin quand il le voudra. Ensuite, la femme convaincue d'adultère encourt une peine privative de liberté. Elle peut être condamnée à une peine d'emprisonnement qui est comprise entre trois mois et deux ans. On constatera enfin que l'article 334 du Code pénal dispose en son alinéa 2 que « *dans le cas d'adultère, prévu par l'article 336, le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excusable* »[825]. Le meurtre commis par l'époux sur l'épouse en cas d'adultère est donc excusable. Le mari pouvait en clair demander la poursuite de sa femme ou simplement la tuer pour adultère. Il avait donc le droit de vie et de mort sur sa femme.

---

[821] I. SALAMI, « La question préjudicielle de constitutionnalité sur l'adultère. Les cas du Bénin et du Congo », in *Revue trimestrielle d'informations juridiques et judiciaires*, n° 025 et 026, nov. déc. 2010 ; jan. fév. 2011, p. 25.
[822] G. K. KERE, *art. préc*., p. 129 ; S. MELONE, *art. préc*., p. 421.
[823] *Cf. infra* n° 353.
[824] Aux termes des dispositions de l'article 337 du Code pénal, « *la femme convaincue d'adultère et, en cas de mariage célébré selon la coutume locale, celle qui, sans motif grave ou hors des cas prévus par ladite coutume, aura abandonné le domicile conjugal, subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus. Le mari restera maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme* ».
[825] *Cf*. article 324 du Code pénal appliqué au Bénin.

La répression du délit d'adultère du mari se résumait au paiement d'une amende[826]. Mais, il faut bien oser chercher la raison pour laquelle la femme n'est pas condamnée à une amende en plus de la privation de liberté comme l'est son complice. Ne serait-ce pas parce que cette sanction s'accommode avec sa dépendance financière. Elle est supposée sans ressources financières. L'unification du statut civil a conduit le législateur à aligner la loi à la modernité sans aucune part à la tradition en dépouillant l'adultère de la femme de son mythe originel.

2. L'adultère de la femme dépouillé du mythe originel

317. La tradition. L'adultère de la femme était plus sévèrement punie que celui de l'homme quelle que soit la tradition. Pour preuve, le Code pénal français qui traduit logiquement les coutumes françaises punit plus sévèrement l'adultère de la femme que celui de l'homme. Il en est de même dans le Coutumier du Dahomey[827]. Ces deux textes conçoivent et répriment de façon différente l'adultère de l'homme et de la femme. D'ailleurs, dans les traditions au Bénin, l'adultère du mari n'existait pas[828]. Le Coutumier du Dahomey ne punit pas l'adultère du mari, l'adultère du mari n'est jamais punissable[829].

318. Les fondements de la rigoureuse répression de l'adultère de la femme au Bénin. Le Code pénal punit plus sévèrement l'adultère de la femme en raison des confusions de paternité qu'il peut occasionner. Il semble que les raisons qui ont prévalu à cette inégalité dans la conception de l'adultère sont mythiques. En effet, il existe une conception largement partagée au Bénin qui démontre que l'adultère de la femme est une source de malédiction[830] pour son époux et peut occasionner son décès[831]. Ainsi, on observe chez les *gouns*[832], par exemple, que l'adultère entraîne immanquablement la rupture du mariage puisque l'époux ne peut vivre avec la femme adultère au risque de tomber malade. D'autres coutumes considèrent la femme adultère comme impure et pour

---

[826] Aux termes des dispositions de l'article 339 du Code pénal, « *le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de cent francs à deux mille francs* ».

[827] *Cf*. art. 135 du Coutumier du Dahomey : « *l'adultère n'est interdit qu'à la femme. Dans ce cas, il est considéré comme un vol d'une femme par le complice. C'est pourquoi ce dernier est toujours, ou lorsque, puni plus sévèrement (le double généralement de la peine infligée à la femme) ou même est seul puni* ».

[828] A. HOUNGBÉDJI, *Le droit de la famille dans les coutumes du bas-Bénin,* Thèse, Paris, 1967, p. 194.

[829] *Cf*. art. 137 du Coutumier Dahomey.

[830] A. HOUNGBEDJI, *Thèse préc.,* p. 194.

[831] *Cf*. art. 139 du Coutumier juridique : « *chez les gouns, au contraire, le divorce entraîne la rupture du mariage : le mari ne peut garder la femme adultère car il tomberait malade. La femme est considérée comme n'appartenant plus au mari du jour de l'adultère. L'enfant adultérin appartient au mari, à moins que la femme ne dénonce le véritable père et que celui-ci ne l'épouse ; dans ce cas, il est à lui. (Les gouns disent qu'il faut que les enfants soient au véritable père et ils s'efforcent toujours de le connaître). Dans « l'Atlantique » le mari se contente d'une indemnité qui sert à purifier la femme. Il en est de même chez les populations de l'Ouémé* » ; voy. aussi A. HOUNGBEDJI, *Thèse préc.,* pp. 194 et s.

[832] Les *gouns* sont une ethnie qui se rencontre au sud du Bénin.

que l'union conjugale se maintienne, la femme doit être purifiée. C'est notamment le cas chez les populations de l'Atlantique, de l'Ouémé et chez les *nagots*[833]. Certaines coutumes au Bénin vont jusqu'à interdire l'accès au domicile conjugal à l'épouse adultère pour quelques motifs que ce soit. L'adultère de la femme conduisait dans une large mesure au divorce, même en cas de viol, puisqu'il y a déjà relation intime avec autrui. Elle encourait les mêmes sanctions que lorsqu'elle y a consenti. Ces données ont évolué avec le Code des personnes et de la famille.

319. La conception de l'infidélité par le Code des personnes et de la famille. Le mariage est désormais l'union d'un homme et d'une femme et toute relation intime avec une autre personne que son conjoint constitue l'adultère. Le Code des personnes et de la famille a brisé avec la tradition en optant pour un régime qui ne conduit pas obligatoirement au divorce[834]. En disposant à l'article 234 du Code des personnes et de la famille du Bénin que l'adultère peut être une cause de divorce, le législateur exprime que l'adultère n'est plus une cause péremptoire du divorce. Ainsi, même si l'adultère d'un époux peut donner naissance à un enfant adultérin, cet époux pourrait avoir le bénéfice de conserver son mariage mais aussi, d'assumer quelques obligations issues de la filiation à l'égard de cet enfant. Désormais, l'adultère a presque les mêmes conséquences.

B. L'égalité retrouvée devant l'adultère

320. L'égalité dans l'identité de la répression. Le caractère essentiel qui distingue le droit des autres règles de régulation des comportements de l'homme au sein de la société est la sanction exercée par l'autorité publique[835]. Depuis 2004 où les coutumes ont été supprimées dans les domaines régis par le Code des personnes et de la famille, le Code pénal applicable au Bénin est resté le seul texte qui organise la sanction pénale de l'adultère. La sanction doit toutefois respecter une certaine mesure pour être appliquée. Le Code pénal n'ayant pas subi de modification depuis lors renfermait encore des inégalités.

321. Une inégalité supprimée par la Cour constitutionnelle. Le dynamisme du juge constitutionnel béninois a permis d'introduire désormais l'égalité dans l'appréhension du délit d'adultère. L'inégalité que subissait la femme dans la constitution et la répression du

---

[833] *Cf.* art. 139 et s. du Coutumier du Dahomey.

[834] *Cf.* art. 234 du CPF : « *le divorce peut être prononcé pour : - absence déclarée de l'un des époux ; - adultère de l'un des époux ; - condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante ; - défaut d'entretien ; - refus de l'un des époux d'exécuter les engagements résultant de la convention matrimoniale ; - rupture ou interruption prolongée de la vie commune depuis quatre (4) ans au moins ; - abandon de famille ; - mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible. Le divorce peut également être prononcé pour impuissance et/ou stérilité médicalement établie antérieure au mariage et non révélée au moment de la célébration* ».

[835] D. SOSSA, *Introduction à l'étude du droit*, Cotonou, éd. Tundé, 2007, pp. 18 et s.

délit l'adultère a conduit le juge constitutionnel a déclaré les articles 336 à 339 du Code pénal discriminatoires avec les conséquences qui en découlent[836]. La fin, ne serait-ce que provisoire de l'adultère est ainsi annoncée.

322. La fin provisoire de l'incrimination de l'adultère. D'un premier point de vue, l'adultère n'est plus une infraction punissable au Bénin. Les articles 336 à 339 du Code pénal applicable au Bénin sont retirés du corpus législatif[837] béninois. C'est d'ailleurs une « *grande première* »[838] au Bénin puisque depuis l'installation de la Cour constitutionnelle, la décision DCC 09-081 du 30 juillet 2009 était la seule[839] par laquelle la Cour a déclaré une disposition législative contraire à la Constitution. L'adultère a ainsi été extirpé du cercle des infractions. Á voir de près, elle ne l'était pas au regard de l'époux. C'est moins l'incrimination de l'adultère que l'inégalité qui portait sur l'adultère qui a été censuré. La décision DCC 09-081 rendue par la Cour constitutionnelle du Bénin le 30 juillet 2009 a ainsi une portée considérable.

323. La possibilité d'une sanction pénale de l'adultère, œuvre du législateur. Le retrait de ces dispositions du Code pénal ouvre un nouveau chantier au législateur qui détient l'initiative des lois. Certes, le législateur peut à nouveau incriminer l'adultère, mais il doit veiller au respect de l'égalité entre époux. Espérons que le nouveau Code pénal en instance de vote au parlement incriminera à nouveau l'adultère de manière égale[840].

---

[836] Voy. DCC 09-081 du 30 juillet 2009 de la Cour Constitutionnelle du Bénin. Saisi d'une exception d'inconstitutionnalité sur les articles 336 à 339 du Code pénal, il a constaté « *qu'il résulte de la lecture des articles 336 à 339 du Code pénal que le législateur a instauré une disparité de traitement entre l'homme et la femme en ce qui concerne les éléments constitutifs du délit ; que dans le cas d'espèce, alors que l'adultère du mari ne peut être sanctionné que lorsqu'il est commis au domicile conjugal, celui de la femme est sanctionné quel que soit le lieu de commission de l'acte ; que l'incrimination ou la non incrimination de l'adultère ne sont pas contraires à la Constitution, mais que toute différence de traitement de l'adultère entre l'homme et la femme est contraire aux articles 26 de la Constitution, 2 et 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; qu'en conséquence, les articles 336 à 339 du Code pénal sont contraires à la Constitution* ».

[837] L'effet d'une décision rendue sur saisine par exception d'inconstitutionnalité est discuté. Pour certains, elle a un effet *erga omnes* alors que d'autres pensent le contraire. Il ne s'agit pas d'une abrogation à proprement parler de la disposition visée qui est l'œuvre du législateur mais il s'agit plutôt d'une mise en veilleuse de la disposition. Sur cette question, voy. I. SALAMI, *art. préc.,* p. 29 et s ; voy. également Th. HOLO, « Émergence de la justice constitutionnelle », *Revue Pouvoirs,* n° 129, 2009, p. 107.

[838] I. SALAMI, *art. préc.*, p. 33.

[839] La décision DCC 09-081 du 30 juillet 2009 n'est plus la seule, car le juge constitutionnel a, par la décision DCC 14-172 du 16 septembre 2014, rendu les dispositions des articles 8, 12.2, 13 et 18 de la loi n° 65-17 du 23 juin 1965 portant Code de la nationalité béninoise contraire à la Constitution du Bénin.

[840] Les articles 367 et 368 du projet de Code pénal de 2001 répriment sans discrimination l'adultère de l'époux et de l'épouse d'une amende de 50.000 à 250.000 francs sur dénonciation de son conjoint ; voy. I. SALAMI, *art. préc*., p. 32.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

324. Le Code civil organisait le mariage civil et le Coutumier du Dahomey organisait le mariage coutumier. Le pluralisme juridique ainsi consacré consistait en lui-même une source de violation du principe d'égalité dans la mesure où les deux systèmes juridiques en présence ne sont pas égaux. Le passage de ce pluralisme au monisme est une évolution considérable dans la quête de l'égalité en droit de la famille. Les époux se trouvent désormais parfaitement égaux en droit en ce qui concerne non seulement leur statut civil mais aussi à travers la suppression des options matrimoniales. L'unification du droit de la famille vise ainsi à établir l'égalité entre les couples mariés en les soumettant au même droit, ce qui n'était pas le cas avant la promulgation du Code des personnes et de la famille. La suppression des options matrimoniales conduit, quant-à-elle, à harmoniser le contenu de la loi unique applicable en supprimant des institutions qui constituaient des atteintes à la dignité de la personne[841]. La polygamie a été supprimée et cette suppression est assortie de sanction comme la nullité du mariage. En plus, l'adultère n'est plus, du moins pour le moment, un délit pénal.

Au demeurant, l'unification du statut civil a entraîné un pluralisme juridique de type nouveau résultant de la prise en considération de la liberté et l'égalité en droit.

[841] Comité des droits de l'homme des Nations Unies, *Observation Générale n° 28 : Equality of rights between men and women (art. 3), adopté le 29 mars 2000, point 24* : « *la polygamie est incompatible avec l'égalité de traitement en ce qui concerne le droit de se marier. La polygamie est attentatoire à la dignité de la femme. Elle constitue, en outre, une inadmissible discrimination à son égard* ».

CHAPITRE II :
L'ÉGALITÉ DANS LES RELATIONS AU SEIN DES COUPLES

325. L'égalité par la terminologie. Le Code des personnes et de la famille du Bénin a révolutionné le droit béninois de la famille. Si autrefois, on notait une inégalité flagrante entre les personnes mariées au sein d'un même couple, ces données ont complètement changé. D'abord la terminologie en est longuement explicative[842]. Afin de donner exactement les mêmes droits et devoirs aux personnes mariées, le législateur a davantage utilisé les mots « *époux* » ou « *conjoint* » pour marquer une certaine neutralité. Une large partie des relations d'ordre personnel entre époux a ainsi été largement revue à la lumière du principe d'égalité. Il en est de même des relations d'ordre pécuniaire entre époux.

326. La différence entre les relations personnelles et pécuniaires. Il existe un certain nombre de rapports au sein des couples qualifiés de rapports personnels. Ce sont des rapports qui n'ont aucune connotation financière et qui touchent à la personne des époux[843]. Elles sont des restrictions à la liberté personnelle que les époux acceptent volontairement en se mariant. Ces restrictions s'expliquent selon le Doyen Carbonnier[844] par deux idées générales qui relèvent l'une du droit des obligations et l'autre du droit des groupements. Les premières créent entre les époux des devoirs réciproques et les secondes créent une sorte d'unité qui est le ménage. Le régime de ces rapports échappe pour l'essentiel à la volonté des époux[845]. Il est d'ordre public[846].

Les relations pécuniaires s'opposent aux relations pécuniaires entre époux. Celles-ci ont des effets sur les intérêts pécuniaires des époux. Elles englobent les régimes matrimoniaux et les successions[847]. L'ensemble du régime des relations pécuniaires n'est

---

[842] Dans le Code des personnes et de la famille, seuls les articles 6, 12, 15, 139, 145, 146, 147, 156, 202, 300, 303, 304, 305, 307, 308, 310, 315, 479 et 488 utilisent l'expression « mari ». Les articles 12, 15, 113, 124, 139, 149, 156, 202, 261, 278, 305, 315, 321, 322, 325, 330, 331, 479, 888 utilisent l'expression « femme ». Pour le reste, le législateur a voulu être neutre en utilisant soit l'expression conjoint ou époux.

[843] J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1*, introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple,* Paris, PUF, 2004*,* n° 547, p. 1215 et s. ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil, la famille,* Paris, 4è éd. Defrénois, 2011, n° 1470 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille,* in J. Ghestin (dir.), Paris, 2è éd., LGDJ, 1993, n° 1009.

[844] J. CARBONNIER, *op cit.* et *loc. cit.*

[845] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1470.

[846] J. CARBONNIER, *op.* et *loc. cit.*

[847] J. CARBONNIER, *op.* et *loc. cit.*

pas d'ordre public. Il existe un régime impératif concernant les régimes matrimoniaux. Il est régi par les articles 164 à 176 du Code des personnes et de la famille. Les époux ont une grande latitude dans les rapports pécuniaires mais ils ne peuvent pas déroger au régime impératif qui est d'ordre public.

327. Plan. Le fonctionnement du ménage est ici en question et l'accent sera mis sur les relations personnelles (section 1) et pécuniaires (section 2) des époux qui peuvent faire partie du noyau dur de l'égalité en droit béninois de la famille.

SECTION 1. LES RELATIONS PERSONNELLES DES ÉPOUX

328. Plan. Il sera examiné l'ensemble des rapports personnels irrigués par le principe d'égalité en droit béninois de la famille. On remarquera globalement qu'après avoir consacré la capacité juridique distincte de chaque époux (§ 1), le législateur a essayé de créer une union personnelle égalitaire entre eux (§ 2).

§ 1. LA CONSÉCRATION DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE DISTINCTE DE CHAQUE ÉPOUX

329. Notion de capacité juridique. La capacité juridique ou civile est selon le vocabulaire juridique « *l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer reconnue en principe à tout individu* »[848]. Elle est donc l'« *aptitude à faire des actes valables* »[849]. Elle se distingue du pouvoir qui est l'« *aptitude à engager des biens par ses actes. Des biens, ce peuvent être ses propres biens, ce qui est le cas normal, ou ceux des autres, ce qui est le cas du mandataire ou, d'une manière plus générale, des administrateurs du patrimoine d'autrui* »[850]. De façon classique, les auteurs considèrent que la capacité est l'aptitude à exercer ses propres droits alors que le pouvoir serait l'aptitude à exercer les droits d'autrui[851]. Cette dernière conception ne sera pas retenue dans ce cadre.

330. Les évolutions des rapports personnels entre époux. Initialement privée de la capacité juridique, la femme mariée l'acquiert au Bénin avec le Code des personnes et de la famille. Le Code civil français de 1804 a organisé le droit de la famille autour d'un

---

[848] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, voy. « Capacité ».
[849] PH. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1828.
[850] PH. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op.* et *loc. cit.*
[851] E. GAILLARD, *La notion de pouvoir en droit privé*, Thèse, préf. G. Cornu, Paris, Économica, 1981, n^{os} 64-76.

chef[852] afin d'assurer l'unité du ménage. La femme est celle sur qui pesaient les sacrifices[853]. Elle était subordonnée à son mari pour l'unité du ménage. C'est ainsi qu'il a été institué la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée. Les actes pris par la femme n'étaient pas valables. En 1938, la capacité juridique de la femme a été symboliquement[854] consacrée par la loi du 18 février 1938 en dépit du fait que la puissance maritale a conservé ses principaux attributs[855]. La puissance maritale a été retirée du droit français par la loi du 22 septembre 1942[856]. Elle subsistera cependant dans le droit français jusqu'en 1970 à travers l'article 213 du Code civil français qui dispose que « *le mari est le chef de la famille* »[857]. Or le Code civil applicable au Bénin est le Code civil français avec ses mises à jour jusqu'en 1958. Le droit moderne appliqué au Bénin reconnaissait par conséquent la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée puisque le mari était demeuré le chef de la famille.

331. La consécration de la domination du mari par le droit coutumier. Le mari était demeuré le chef de la famille en droit traditionnel aussi[858]. Dans le droit moderne issu du Code civil français rendu applicable au Bénin et dans le Coutumier juridique, la femme mariée devait donc obéissance à son mari.

332. Plan. L'entrée en mariage consacrait l'incapacité juridique de la femme et érigeait l'homme en chef de famille. La puissance maritale ainsi consacrée a connu des évolutions[859] et ce n'est qu'en 2004 que celle-ci a été délaissée[860], supprimant du coup l'incapacité juridique de la femme mariée. La suppression des institutions symboles de la domination du mari (A) est une avancée notable surtout en raison du fait qu'elle s'oppose radicalement aux traditions. Il conviendrait donc d'examiner l'effectivité de la capacité juridique de la femme mariée (B).

---

[852] H. MAZEAUD, « Une famille sans chef », (Le projet de loi relatif à la filiation) », *D.* 1971, Chron., p.141. Le Doyen Carbonnier parle à ce sujet des deux techniques traditionnelles de subordination ; voy. *Droit civil,* t. 1, n° 552, p. 1229.

[853] J. CARBONNIER, *op.* et *loc. cit.*

[854] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1004.

[855] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1828 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1005 ; J. CARBONNIER, *op. cit*., n° 552, p. 1229.

[856] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1004 ; J. CARBONNIER, *op* et *loc. cit.*

[857] *Cf.* article 213 du Code civil français rendu applicable au Bénin.

[858] *Cf.* art. 122 du Coutumier du Dahomey : « *les relations au cours du mariage sont placées sous la règle de l'obéissance au mari. La femme doit s'occuper du ménage et des enfants jusqu'à l'âge de 3 à 5 ans. Elle doit fidélité au mari. L'homme doit bien traiter sa femme, la loger, la nourrir et la vêtir. Il n'est pas tenu à la fidélité. En général, il doit ses faveurs à toutes ses femmes. Il doit cependant cesser toutes relations avec elles dès qu'elles deviennent enceintes et pendant toute la durée de l'allaitement. Il est aussi tenu d'aider la famille de sa femme dans le malheur ou simplement la gêne* ».

[859] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1005.

[860] En France, la loi du 23 décembre 1958 a supprimé toutes les inégalités en droit de la famille ; voy. Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1471 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n^{os} 1003-1005 ; J. CARBONNIER, *op* et *loc. cit.*

A. La suppression des institutions symboles de la domination du mari

333. Plan. La consécration de l'incapacité juridique de la femme mariée la plaçait sous le joug de son mari[861]. La lutte pour l'égalité entre l'homme et la femme a connu des progrès dans les relations personnelles entre époux par la suppression les deux institutions symboles[862] du mariage que sont la puissance maritale et l'incapacité juridique de la femme mariée. Elle a procédé par la suppression de la puissance maritale (1) et la consécration de la capacité juridique de la femme mariée (2).

1. La suppression de la puissance maritale

334. Les fondements de la puissance maritale. Afin de cerner la puissance maritale, il convient tout d'abord de tracer ses contours. La puissance maritale remonte très loin dans l'histoire de la famille[863]. Elle est une institution du droit de la famille qui crée une hiérarchie dans la famille en l'organisant autour d'un chef. Le mari était érigé en chef de famille et avait le contrôle sur toute chose[864]. L'article 213 du Code civil français rendu applicable au Bénin est l'assise juridique de cette autorité accordée au mari dans la famille. Après avoir disposé que le mari est « *le chef du gouvernement de la famille* »[865], il ajoutait que « *celui-ci administre tout, il surveille tout, les biens et les mœurs de sa compagne* »[866].

La conception chrétienne de la famille a largement influencé l'instauration et la pérennisation de la puissance maritale. L'Église conçoit la femme comme étant un être inférieur à l'homme. Elle reconnaît cependant la dignité de la femme, mais l'estime quand même inférieure à l'homme, principalement en raison du fait que la femme a été créée après l'homme et à partir de lui[867]. De ce fait, la femme mariée est soumise à son mari comme une subordonnée le serait à son chef. Le mari, chef de famille concentrait donc

---

[861] J. CARBONNIER, *op* et *loc. cit.*

[862] J. BAUGNIET, « L'égalité des époux en droit belge », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, p. 46.

[863] *Cf.* RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Paris, LGDJ, t. 1, n° 2140 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1002.

[864] Le mari paraît à lui seul incarner le ménage ; voy. J. Carbonnier, *op* et *loc. cit.*

[865] *Cf.* art. 213 du Code civil français rendu applicable au Bénin.

[866] *Cf.* art. 213 du Code civil français rendu applicable au Bénin ; RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planio*l, Paris, LGDJ, t. 1, n° 2142.

[867] *Cf.* Genèse 2. 22 ; voy. également M. HOFFERT, *L'évolution des droits des femmes conditionnée par la protection de la famille*, Thèse, Laval et Strasbourg, 2007, p. 22.

entre ses mains tous les pouvoirs[868]. Pour faire asseoir la puissance maritale, il s'est avéré important de soumettre la femme à l'obéissance et à l'autorité de son mari[869].

335. Le maintien du devoir d'obéissance de la femme mariée. Logiquement, la femme mariée est placée dans un état de dépendance par rapport à son mari. Son incapacité juridique fut ainsi instaurée. Elle ne peut donner, aliéner à titre onéreux, hypothéquer, acquérir à titre gratuit, s'obliger, sans le consentement du mari, sauf les exceptions déterminées par la loi. Cette incapacité juridique de la femme mariée la replongeait dans la minorité. Elle était ainsi considérée comme une « *éternelle mineure* »[870] et rangée à côté des fous et des mineurs[871]. L'incapacité juridique de la femme résultait ainsi essentiellement du mariage.

336. Une incapacité juridique de la femme résultant du mariage. La jeune femme non mariée, la veuve ou la femme divorcée avaient la pleine capacité juridique. C'est justement dans ce sens qu'allait les réflexions du Doyen Carbonnier lorsqu'il écrivait à propos du Code civil français que « *l'inégalité dont la femme pouvait se plaindre n'était pas une inégalité pour cause de sexe mais pour cause de mariage. Il suffisait pour la femme de ne point se marier pour être à égalité civile avec l'homme, et elle retrouvait l'égalité par le veuvage ou le divorce* »[872]. Il s'agissait d'une hiérarchie dans la famille, la femme mariée était obligée de se soumettre à son mari. La hiérarchie dans la famille s'est affaiblie compte tenu de la modernité[873].

337. La suppression de la hiérarchie en raison du principe d'égalité. Si autrefois la famille avait un chef, elle est aujourd'hui devenue une famille sans chef[874] ou une famille à

---

[868] C'est l'idée que véhiculait l'une des boutades de Bonaparte lors de la discussion devant le Conseil d'État. Bonaparte aurait dit : « *la nature a fait de nos femmes nos esclaves. Le mari a le droit de dire à sa femme : « Madame, vous ne sortirez pas! Madame, Vous n'irez pas à la Comédie! Madame, vous ne verrez pas telle personne !". C'est à dire "Madame, vous m'appartenez corps et âme"* ».

[869] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1002, p. 734 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1471.

[870] La place donnée à la femme dans le Code civil français a poussé Mme de Lauribar a titré l'un de ses ouvrages *Le Code de l'éternelle mineure* en 1922 ; voy. RIPERT et BOULANGER, *op. cit*., n° 2143.

[871] RIPERT et BOULANGER, *op.* et *loc. cit*.,

[872] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e^ République,* Paris, Flammarion, 1996, p. 212.

[873] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1002.

[874] H. MAZEAUD, *art. préc*., p. 141 ; A.-M. BOURGEOIS, « La loi du 13 juillet 1965 et les séquelles du statut d'infériorité de la femme mariée », *RTD civ.* 1968, p. 69 ; C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », *Dr. fam.* n° 5, mai 2003, chron. 15 ; J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges Ripert,* t. 1, *études générales. Droit de la famille,* Paris, LGDJ, 1950, p. 328 ; R. DECOTTIGNIES, « *Requiem* pour la famille africaine », *Ann. afr.* 1965, p. 251 ; P. GANNAGÉ, « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 437 ; A. N. GBAGUIDI, « Égalité des époux, égalité des enfants et le projet de Code de la famille et des personnes », *RBSJA*, n° spécial oct. 1995, p. 3-24 ; J. POUSSON-PETIT, « La mutation des principes fondamentaux dans les droits des personnes et de la famille en Europe », in

deux chefs[875]. D'autres parleront de « *la mort du père* »[876]. Il n'existe presque plus de droits du mariage organisés en catégorie selon qu'il s'agisse du mari ou de la femme. Au lieu des droits et devoirs respectifs des époux comme consacré par le Code civil français rendu applicable au Bénin en son chapitre VI, le législateur béninois du Code des personnes et de la famille évoque désormais les obligations du mariage au chapitre V du livre deuxième consacré à la famille. La capacité juridique de la femme est ainsi consacrée.

2. La réforme de la capacité juridique de la femme mariée

338. Les manifestations de l'incapacité juridique de la femme mariée. La puissance maritale subordonne les actes des femmes mariées à l'autorisation maritale. Depuis la fin du Moyen-Âge, l'autorisation maritale était une procédure qui obligeait les femmes mariées à obtenir de leur époux une autorisation pour la plupart des actes juridiques qu'elles souhaitaient effectuer. Ce système ne se révèle pas très pratique pour les actes quotidiennement posés par la femme. C'est ainsi qu'il a connu des assouplissements en parallèle. Deux institutions existaient en parallèles pour assouplir la puissance maritale. Il s'agit du mandat domestique et de l'autorisation en justice[877].

339. Premier assouplissement de la puissance maritale : le mandat domestique. Le mandat domestique est une création[878] jurisprudentielle et doctrinale destinée à pallier les lacunes textuelles concernant l'autorisation maritale[879]. La femme ne pouvait passer aucun contrat majeur[880] sans une autorisation spécifique de son époux, ce qui était impraticable quotidiennement. L'absurdité de cette situation qui n'était pas prévue par les textes a poussé les juristes à mettre en place une théorie selon laquelle le mari est présumé donner à sa femme un mandat tacite l'autorisant à agir en son nom pour tout contrat concernant la vie quotidienne de la famille[881].

340. Second assouplissement : l'autorisation judiciaire opposable au mari. Les textes avaient mis en place une procédure destinée à compléter le système de l'autorisation

---

J. KRYNEN et M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. 1, 2005, pp. 35-83.

[875] G. CORNU, « La refonte dans le Code civil français du droit des personnes et de la famille », in G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 372.

[876] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1002, spéc. p. 734.

[877] M. HOFFERT, *Thèse préc.,* p. 6.

[878] *Cf.* Ephésiens 5. 22 à 5. 24 ; Ephésiens 5. 22 « *Femmes, soyez soumises à vos maris, comme au Seigneur* » ; Ephésiens 5. 23 : « c*ar le mari est le chef de la femme, comme Christ est le chef de l'Église, qui est son corps, et dont il est le Sauveur* » ; Ephésiens 5. 2*4* : « *Or de même que l'Église est soumise à Christ, les femmes aussi doivent l'être à leurs maris en toutes choses* ».

[879] M. HOFFERT, *Thèse préc*., p. 46.

[880] R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, 2è éd., LGDJ, 1963, pp. 85-86.

[881] J. BAUGNIET, *art. préc.,* p. 55.

maritale. En cas de refus injustifié ou d'incapacité du mari à donner son autorisation, la femme mariée avait la possibilité de demander au juge une autorisation pour éviter d'être bloquée dans une situation inextricable[882]. Afin d'accorder un même traitement juridique aux époux, le législateur béninois a repris la formule de l'autorisation judiciaire en la mettant au service des deux époux[883]. Il paraît désormais clair qu'il n'existe plus d'autorité en famille et que le pouvoir de chaque époux est limité soit par la loi, soit par le juge et non plus par l'un des époux considéré comme le chef[884]. Cependant, il est surprenant de constater que dans un domaine précis comme celui du choix du domicile conjugal, le législateur donne la priorité à la volonté du mari et à ce sujet, la femme est seule orientée vers le juge. Cette question entre dans la problématique d'une transition vers l'égalité par le syncrétisme juridique qui est traitée plus haut[885].

341. L'égale capacité juridique des époux. On peut conclure, avec un peu d'hésitation, que « *les deux institutions qui symbolisaient encore dans ce domaine l'état de dépendance de la femme* »[886] – la puissance maritale et l'incapacité de la femme mariée – ont connu des bouleversements au point d'être supprimées. La femme retrouve ainsi, ne serait-ce que par la loi, la pleine capacité juridique. Le mariage n'a plus d'autres effets sur la capacité juridique de la femme mariée que ceux reconnus sur la capacité juridique du mari à savoir que le régime matrimonial peut limiter la capacité juridique de chaque époux[887]. Au demeurant, on pourrait bien s'interroger sur l'effectivité de la pleine capacité juridique distincte de chaque époux au sein de la société béninoise en dépit de sa consécration par la loi.

---

[882] *Cf.* art. 217 du Code civil français rendu applicable au Bénin ; voy. A. CROTEAU, « Les dettes de la communauté nées du chef de la femme recourant à l'autorisation judiciaire de l'art. 217 », *D.*, 1974, Chron. p. 5.

[883] *Cf.* art. 178 du CPF qui reprend *in extenso* les termes de l'art. 217 du Code français civil actuel : « *un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de son conjoint serait nécessaire, si celui-ci est hors d'état de manifester sa volonté ou si son refus n'est pas justifié par l'intérêt de la famille. L'acte passé dans les conditions fixées par l'autorisation de justice est opposable à l'époux dont le concours ou le consentement a fait défaut* ».

[884] Tandis qu'en 1970, la qualité du mari, chef de famille, était rayée du Code civil français par la loi du 4 juin 1970, elle continuait à avoir légalement court au Bénin jusqu'en 2004. Le Code civil français avec ses réadaptions qui l'ont complété jusqu'en 1958 étaient la loi applicable au Bénin. En clair, jusqu'en 2004 au Bénin, le mari continuait d'être le chef de famille.

[885] Voy. *supra* n°s 67 et s.

[886] J. BAUGNIET, *art. préc.,* p. 46.

[887] *Cf.* art. 173 du CPF : « *chaque époux a la pleine capacité juridique ; mais ses droits et pouvoirs sont limités par l'effet du régime matrimonial et les dispositions ci-après* ».

B. L'effectivité de la pleine capacité juridique de chaque époux

342. La survivance de la puissance maritale au mépris du principe de la succession des règles de droit. Il faut, en vue d'examiner si chaque époux, en l'occurrence l'épouse, a vraiment la capacité juridique au Bénin, faire un bref aperçu de son effectivité. En général, la loi nouvelle est d'application immédiate, sauf le cas des restrictions faites dans la loi[888]. Le Code des personnes et de la famille régit les conséquences des situations régulières créées avant son entrée en vigueur[889]. Les hommes mariés qui exerçaient la puissance maritale sur leur épouse se voient ainsi évincer de leur fonction de chef de famille. Ils n'ont plus la direction unilatérale de la famille, leur droit d'autorisation maritale est vidé de son contenu. Il est donc évident que cette réorganisation des familles existant avant 2004 est périlleuse et la pratique doit s'avérer bien complexe.

Il y a des choses dont on ne peut se départir sans complications. L'effectivité de l'égalité des époux dans les couples constitués avant 2004 est limitée. Par habitude[890], les femmes demandaient toujours autorisation à leur mari et ces derniers se revendiquent encore le droit d'autoriser leur femme pour passer des actes en dépit du fait qu'ils ne peuvent plus se prévaloir de ces droits devant les juges. Il subsiste à ce sujet une autorité sans fondement juridique, une autorité illégale. C'est ce que le doyen Carbonnier[891] schématise en démontrant que l'« *abrogation dogmatique* » n'est pas à confondre avec l'« *abrogation sociologique* ». En réalité, il exprime qu'il peut exister des cas où « *le commandement disparu fait un retour offensif dans les attitudes collectives ou les consciences individuelles […]. La loi abrogée dans les textes peut survivre dans les faits plus ou moins longtemps* »[892].

343. Une méconnaissance presque totale de la puissance maritale par les nouveaux couples. Contrairement aux couples qui ont subi une transition dans le droit issu du Code des personnes et de la famille, les nouveaux couples constitués après l'entrée en vigueur du Code des personnes et de la famille ne ressentent plus assez les contraintes de la puissance maritale. Étant en général jeunes et ayant reçu les messages de sensibilisation des organisations non gouvernementales, les femmes mariées à l'ère du Code des

---

888 J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n°s 131 et s.

889 *Cf.* art. 1018 du CPF : « *les dispositions du présent Code s'appliquent aux actes et faits juridiques postérieurs à son entrée en vigueur ainsi qu'aux conséquences que la loi tire des actes et faits antérieurs ayant créé une situation juridique régulière au regard de la coutume et de la loi* ».

890 Il semble bien que les prescriptions du CPF qui vont à l'encontre de l'ensemble des principes reconnus par la coutume sont difficiles à respecter car les populations font plus recours à la coutume qu'aux lois dans leur vécu quotidien. En général, ce n'est qu'en cas de différends qu'elles se posent des questions sur les prescriptions législatives.

891 J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, 2è éd., PUF, 2004, p. 358.

892 J. CARBONNIER, *op. cit.,* p. 358.

personnes et de la famille du Bénin opposent de plus en plus leur capacité juridique à leur époux et l'exercent librement. Elles résistent, ne serait-ce qu'un peu, à l'autorité du mari. On peut donc dire que la loi a établi l'égalité entre homme et femme sur la capacité juridique des époux qui est effective en dépit des habitudes prises par les couples anciens. La suppression de l'Ancien droit par le Code des personnes et de la famille paraît effective au sujet des nouveaux couples[893]. L'organisation des relations personnelles au sein du couple conduit également le législateur à la création d'une union personnelle égalitaire entre époux.

§2. LA CRÉATION D'UNE UNION PERSONNELLE ÉGALITAIRE ENTRE LES ÉPOUX

344. Plan. Il est plausible de faire observer que le droit de la famille tel qu'il est vécu il y a quelques années a fondamentalement changé[894]. La division des rôles selon le sexe dans la famille a connu une véritable métamorphose au point que le sexe n'est plus un élément déterminant du partage des rôles dans la famille. On distingue désormais uniquement entre les obligations mutuelles[895] (A) des époux et leur fonction conjointe (B).

A. Les devoirs mutuelles entre époux

345. L'expression de la mutualité des obligations des époux. La consécration de l'égalité dans le droit de la famille au Bénin a permis de contraindre[896] les époux, indépendamment de leur sexe, aux mêmes obligations et à leur donner les mêmes droits. La mutualité des obligations des époux fait apparaître leurs devoirs réciproques. En cela, l'égalité entre époux voit son expression ultime. L'une des premières obligations mutuelles

---

[893] Au Bénin, la pratique de la recherche de l'accord du mari avant de contracter avec la femme mariée est en recul. Sur 1000 personnes interrogées, seuls 371 recherchent encore l'avis du mari avant de contracter avec sa femme. Les autres n'y font plus recourt ; voy. annexe I, question 5.

[894] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1002 ; R. SAVATIER, *op. cit.,* p.80 ; I. THÉRY, *Couple filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, p. 13 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice,* Paris, La documentation française, 1999, pp. 11-12.

[895] J. ROCHE-DAHAN, « Les devoirs nés du mariage, obligations réciproques ou obligations mutuelles ? », *RTD civ*. 2000, pp. 735 et s.

[896] Contrairement à d'autres législations dans lesquels l'aspect moral des charges du mariage a été mis en avant, le législateur béninois a préféré montrer l'aspect juridique de ces charges. Le mot « obligation » est très évocateur de la conception sociale initiale du mariage au Bénin, conception qu'il faut rompre pour faire régner l'égalité au sein de la famille. La famille étant jadis dirigée par son chef, le père de la famille ; les relations personnelles étaient aussi sous son règne.

des époux trouve son fondement dans l'article 153 du Code des personnes et de la famille aux termes duquel « *les époux s'obligent à une communauté de vie. Ils se doivent respect, secours et assistance* »[897]. Les époux s'obligent ainsi par le mariage à une communauté de vie. Ils ont également les devoirs mutuels de respect, de secours et d'assistance et le devoir de fidélité. Ces devoirs opèrent comme des obligations contractuelles. Le mari doit respecter sa femme et inversement. Pour mieux cerner le contenu égalitaire de ces obligations, il convient de les examiner séparément.

346. Plan. Il apparaît nécessaire d'aborder, d'une part, le devoir de communauté de vie (1) et, d'autre part, les obligations de respect, d'assistance et de fidélité (2). L'obligation de secours a un aspect pécuniaire[898] et en conséquence, elle ne sera pas étudiée dans cette rubrique.

1. Le devoir de communauté de vie

347. Le premier aspect de la communauté de vie : La communauté de lit. La communauté de vie[899] regroupe trois éléments que sont la communauté de lit, de table et de toit. La communauté de lit qui est le devoir conjugal par excellence[900] suppose en effet les relations charnelles entre les époux. La mutualité de ce devoir est assez prononcée dans la mesure où l'existence de relations charnelles appelle la participation des deux époux. La réciprocité du devoir de cohabitation charnelle exige de l'autre de favoriser l'union charnelle. C'est d'ailleurs un aspect essentiel du mariage puisqu'un mariage sans relations charnelles est considéré comme un mariage imparfait[901]. L'inobservation de ce devoir peut avoir plusieurs conséquences.

348. Les manifestations de l'inobservation de l'obligation de communauté de lit. L'inobservation du devoir de communauté de lit entre les époux peut s'observer lorsqu'il y a absence totale de relations charnelles entre les époux, refus ou excès de relations charnelles. Il peut aussi être question d'une relation charnelle non voulue par l'un des

---

[897] *Cf.* art 153 du CPF.

[898] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1031.

[899] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 547, p. 1216 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1479. Ces auteurs, conformément au droit canonique, distinguent trois éléments constituant le devoir de communauté de vie des époux alors que pour d'autres auteurs comme J. Hauser et D. Huet-Weiller, la communauté de vie présenterait deux aspects, un aspect charnel, la vie sexuelle des époux, un aspect plus matériel, la vie sous un même toit – *op. cit*., n° 1018.

[900] J. CARBONNIER, *op. cit.,* t. 1, n° 547, p. 1217.

[901] A. SERIAUX, « Concubinage formel et mariage informel. Réflexions sur le rôle des formes dans la constitution du couple », in Brunetti-Pons (dir.,), *La notion juridique de couple,* Paris, Économica, 1998, p. 43 ; J. HAUSER, « Des détournements du mariage », *RTD Civ*. 1991, p. 296 ; J. HAUSER, « Les époux séparés : un mariage en service minimum ? », *RTD civ*. 1993, p. 103 ; G. HENAFF, « La communauté de vie du couple en droit français », *RTD Civ.* 1996, p. 558 ; J. ROCHE-DAHAN, « Les devoirs nés du mariage. Obligations réciproques ou obligations mutuelles ? », *préc*., p. 746.

époux et forcé par l'autre ; c'est le cas du viol[902]. Dans l'un ou l'autre des cas, toute violation du devoir de cohabitation charnelle des époux appelle des sanctions ; ce qui renforce l'aspect obligatoire de ce devoir.

349. Les sanctions de l'inobservation de l'obligation de communauté de lit entre les époux. En cas de refus[903] ou d'excès[904] de relations charnelles entre les époux, la sanction qui pourrait suivre ne peut être que le divorce ou la séparation de corps ou même la condamnation au paiement des dommages et intérêts. Dans un système juridique comme celui du Bénin où les dommages et intérêts sont octroyés à l'époux qui a bénéficié du divorce[905], il est important d'établir la faute commise par l'autre dans un refus ou dans l'excès[906] qu'il commet. Il est même arrivé à une époque en France où l'officialité de Paris est intervenue dans ce domaine en imposant aux maris indolents le nombre de relations sexuelles à deux par semaine[907].

Si, pendant longtemps, la possibilité du viol entre époux a été discutée[908], de nos jours, le viol entre époux existe et est sanctionné[909]. Il existe depuis 2012 une loi sur la prévention et la répression des violences faites aux femmes qui répriment le viol entre époux. Le devoir de communauté de vie dans son aspect charnelle incombe aux deux époux qui encourent les mêmes sanctions en cas de violation de ce devoir.

On peut noter qu'une certaine égalité est établie sur la cohabitation charnelle qui est un devoir pour lequel des époux s'obligent mutuellement en se mariant. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une question nouvelle. Elle est juste renforcée de nos jours par la répression du viol entre époux.

---

[902] J. HAUSER, « Viol entre époux », *RTD Civ*. 1991, p. 310 ; *Journal of Family Law*, 1990, vol. 28, p. 489, note. M. D. A. Freeman ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1023.
[903] Civ. 2è, 16 déc. 1963 ; *D*. 1996, 227.
[904] TGI Dieppe 25 juin 1970 ; *Gaz. Pal*. 1970, 2, 243 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1024, spéc. p. 751.
[905] *Cf*. art. 263 du CPF : « *en cas de divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, le juge peut allouer à l'époux qui a obtenu le divorce des dommages et intérêts pour le préjudice matériel et moral que lui cause la dissolution du mariage, compte tenu, notamment, de la perte de l'obligation d'entretien. Le juge décide, selon les circonstances de la cause, si ces dommages et intérêts doivent être versés en une seule fois ou par fractions* ».
[906] TGI Dieppe, 25 juin 1970, *Gaz. Pal*., 1970, 2, 243 ; *JCP*, 1970, II, 1655.
[907] P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français*, Paris, éd. Albin Michel, 1985, p. 291 ; P. OURLIAC, « L'indissolubilité du mariage dans l'Ancien droit », *LPA*, 20 avril 1984, p. 5.
[908] L'un des arguments pour lesquels le viol entre époux a souvent été rejeté est, l'existence du mariage qui suppose un consentement préalable aux relations charnelles et ainsi, la violence dans ce domaine ne serait pas illégitime ; voy. R. VOUIN et M. L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Paris, 5e éd., Dalloz, 1983, n° 304 ; J. DEVEZE, « La sexualité dans le droit pénal contemporain », *Ann. de l'Université des Sciences sociales de Toulouse,* 1985, p. 29.
[909] *Cf*. art. 3, 12è tiret de la loi n° 2011-26 portant prévention et répression des violences faites aux femmes au Bénin : « *tout acte de pénétration vaginale, anale ou buccale par le sexe d'autrui ou la pénétration vaginale ou anale par un quelconque objet sans le consentement intelligent et volontaire de la personne pénétrée. Cependant le consentement n'est pas valable chez les femmes mineures de moins de seize (16) ans* ».

350. Le deuxième élément de la communauté de vie : la communauté de table. La communauté de table laisse croire, dans son sens littéral, que les époux doivent pouvoir partager des repas. Concrètement, cela ne signifie aucunement qu'ils sont obligés de prendre tous les repas ensemble mais cette prescription a rapport avec l'unité des dépenses ménagères[910], ils doivent chacun contribuer aux charges du ménage.

351. Le troisième élément de la communauté de vie : la communauté de toit. La communauté de toit pose la problématique de l'habitation des époux. Une certaine égalité est envisageable au sujet de ce devoir entre époux alors que la prééminence masculine persiste en cas de désaccord entre eux sur le choix du domicile conjugal. Les époux peuvent avoir des domiciles séparés[911], l'essentiel dont il s'agit ici est normalement le choix de la résidence conjugale.

La communauté de vie ainsi analysée peut être considérée comme faisant partie du noyau dur de l'égalité en droit de la famille au Bénin malgré l'incertitude de l'égalité sur l'un de ces éléments constitutifs qu'est la communauté de toit[912]. En marge du devoir de communauté de vie, les époux ont aussi les devoirs de fidélité, de respect et d'assistance entre eux.

2. Les devoirs de fidélité, de respect et d'assistance entre époux

352. Plan. La fidélité, le respect et l'assistance entre époux sont, à l'instar du devoir de la communauté de vie, des obligations mutuelles des époux qui font partie du noyau dur de l'égalité en droit béninois de la famille. Après l'étude du devoir de fidélité entre époux (a), il sera analysé les devoirs de respect et d'assistance (b) en faisant ressortir leur aspect égalitaire entre époux.

a. Le devoir de fidélité entre époux

353. Les aspects du devoir de fidélité. Le devoir de fidélité peut s'appréhender sous deux formes. La première serait une obligation de fidélité physique et l'autre concernerait la fidélité morale. La fidélité physique recommande aux époux de s'abstenir de tout rapport sexuel avec un autre[913] tandis que la fidélité morale interdit les simples intrigues amoureuses avec une personne autre que le conjoint[914]. L'évolution du droit béninois de la

---

[910] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1481.
[911] G. CORNU, *Droit civil, la famille,* Paris, 9e éd., Montchrestien, 2007, n° 22, p. 47.
[912] *Cf. supra* n° 351.
[913] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 547, p. 1220 ; S. BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, Thèse, préf. B. Beignier, Paris, LGDJ, 2013, n° 683.
[914] J. CARBONNIER, *op. cit.,* n° 547, p. 1221.

famille au Bénin a consisté à imposer la fidélité aussi bien à la femme qu'à l'homme à qui l'infidélité morale peut désormais être reprochée. L'égalité au sujet de l'infidélité des époux a été possible grâce aux évolutions de la médecine et à l'émancipation des femmes. Les moyens contraceptifs et l'émancipation des femmes sont des vecteurs importants de la consécration de l'égalité au sujet de l'infidélité.

354. Une véritable avancée. Versant du devoir de communauté de vie dans son aspect de cohabitation charnelle, le devoir de fidélité dans le mariage est l'une des grandes innovations[915] du droit béninois de la famille. Cette innovation s'exprime de deux manières. D'un premier point de vue, il est curieux de voir le législateur consacrer un article du Code des personnes et de la famille à l'obligation de fidélité[916] entre époux en raison de l'imprécision qui a régnée sur les contours du devoir de fidélité pour un homme polygame[917].

D'un second point de vue, la place qu'occupe cette disposition laisse réfléchir sur l'importance de l'obligation qui incombe à chacun des époux. Le cadre de ce devoir est bien circonscrit dès lors que la polygamie n'est plus autorisée. Le devoir de fidélité entre époux suppose la monogamie. Au lieu que la fidélité soit différemment appréciée comme jadis, elle suppose aujourd'hui l'abstention aux rapports sexuels avec tout autre personne. L'époux ne doit avoir des relations charnelles qu'avec son épouse et inversement[918].

355. Les sanctions de la violation du devoir de fidélité entre époux. Afin de contraindre les époux à respecter leur devoir réciproque de fidélité, plusieurs sanctions ont été prévues. Ces sanctions sont à la fois civiles et pénales. Au civil, il peut s'agir du divorce ou de la séparation de corps[919] et des dommages-intérêts différents de ceux liés aux divorces pour faute, car l'infidélité est une faute et peut être classée parmi les fautes civiles telles que les excès, les sévices et les injures graves. Au pénal, l'infidélité constitue le délit d'adultère qui n'est plus de nos jours réprimé ; il s'agit dans ce cas d'une évolution jurisprudentielle déjà étudiée[920]. Le développement des maladies sexuellement

---

[915] Le Coutumier du Dahomey ne faisait aucune obligation de fidélité au mari. En effet, aux termes de l'art. 122 du Coutumier juridique « l*es relations au cours du mariage sont placées sous la règle de l'obéissance au mari. La femme doit s'occuper du ménage et des enfants jusqu'à l'âge de 3 à 5 ans. Elle doit fidélité au mari. L'homme doit bien traiter sa femme, la loger, la nourrir et la vêtir. Il n'est pas tenu à la fidélité. En général, il doit ses faveurs à toutes ses femmes. Il doit cependant cesser toutes relations avec elles dès qu'elles deviennent enceintes et pendant toute la durée de l'allaitement. Il est aussi tenu d'aider la famille de sa femme dans le malheur ou simplement la gêne* ».

[916] *Cf.* art. 154 du CPF : « *les époux se doivent mutuellement fidélité* ».

[917] Voy. *supra* n° 315.

[918] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1014 ; S. BEN HADJ YAHIA, *Thèse préc.*, n°s 683-384.

[919] *Cf.* art. 234 du CPF.

[920] Les articles 336 à 339 du Code pénal applicable au Bénin semblent retirés par l'effet de la jurisprudence ; voy. *supra* n°s 321 et s.

transmissibles devraient logiquement conduire à l'aggravation de la répression de l'infidélité des époux.

356. La possibilité de répression de l'infidélité en raison du risque de contamination des maladies sexuellement transmissibles. Le risque de contracter une maladie sexuellement transmissible, en l'occurrence le VIH/SIDA, est de plus en plus élevé compte tenu du taux élevé de cette maladie au sein de la population[921]. La transmission volontaire de cette maladie grave à d'autres personnes est pénalement réprimée au Bénin par l'article 18, 3è tiret de la loi n° 2003-04 du 03 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction au Bénin[922].

Ne pourrait-on pas également réprimer l'infidélité d'un époux sous la bannière de « *tentative de transmission de maladie grave et incurable à l'autre conjoint* » ? Concrètement, lorsque l'infidélité d'un époux a occasionné sa contamination au VIH/SIDA et la transmission à l'autre conjoint, ce dernier serait-il autorisé à poursuivre son conjoint dans la mesure où chaque acte d'infidélité peut être une source possible de contamination au VIH/SIDA ? Les évolutions législatives en diront davantage même si, déjà, on peut espérer que par le biais du mécanisme juridique existant, cette condamnation serait bien possible.

L'égalité est bien établie au sujet de la fidélité entre époux. Le législateur a opéré ce choix sans ambiguïté. Il s'agit d'une consécration juridique, la loi obligeant les époux à la limitation de leur liberté individuelle d'avoir des rapports sexuels avec les personnes de leur choix. En plus du devoir de fidélité, les époux se doivent mutuellement respect et assistance.

b. Les devoirs de respect et d'assistance mutuelle

357. Définition de respect. Le devoir de respect mutuel entre époux peut bien paraître superfétatoire. En effet, c'est le contenu même de la notion de respect qu'il convient d'interroger afin de voir les prescriptions qu'il impose aux époux. Selon le dictionnaire le

---

[921] En 2013 au Bénin, 57 917 personnes sont infectées du VIH/Sida contre 59 137 personnes en 2013 et 60 345 personnes projetées pour 2015. Ces données montrent l'augmentation du taux d'infection au VIH/Sida ; voy. Comité nationale de lutte contre le sida, *rapport national de suivi de la déclaration politique sur le VIH/Sida*, 2012.

[922] *Cf.* art. 19 de la loi n° 2003-04 du 03 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction au Bénin : « *les actes ci-dessous cités, qui sont considérés comme attentatoires aux droits de la santé sexuelle et reproductive sont incriminés et réprimés conformément aux lois pénales de l'État :*
- toutes les formes de violence sexuelle dont les femmes et les enfants sont en général victimes ;
- les mutilations génitales féminines et la pédophilie ;
- la transmission volontaire du VIH/SIDA ;
- l'exploitation sous toutes ses formes de la prostitution forcée des femmes et des enfants ;
- le mariage forcé ».

Robert, le respect est le « *sentiment qui porte à accorder à quelqu'un une considération admirative, en raison de sa valeur qu'on lui reconnaît et à se conduire envers lui avec réserve et retenue* »[923]. Mais, comment le devoir de respect se manifeste-t-il entre époux ? Le respect n'entrerait-il pas la soumission à l'autre ?

358. Le contenu du devoir de respect entre époux. Le respect est une notion dont le contenu paraît très large au point d'être la charpente principale des obligations qui naissent du mariage. On peut néanmoins essayer de donner un contenu au respect entre époux à partir des évolutions de la jurisprudence et du droit. On peut ainsi noter qu'il existe d'autres obligations dont la violation pourrait entraîner le divorce, qui sont liées à la morale conjugale[924] et non au droit. Il peut s'agir du « *devoir de sincérité, du devoir de patience, du devoir de maintenir avec l'autre conjoint une certaine communion spirituelle, du devoir de veiller à son propre honneur afin de ne pas laisser atteindre par contrecoup l'honneur de l'autre, qui est solidaire* »[925] que le Doyen Carbonnier qualifie, dès 2004, de devoir de « *respect de la personnalité* »[926] de l'autre.

Le devoir de fidélité tel que consacré par le Code des personnes et de la famille n'existait pas en droit français. En effet, jusqu'en 2005, le droit français n'y faisait aucune allusion[927] et ce n'est qu'en 2006 que la loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs l'a intégré à l'article 212 du Code civil français actuel[928]. On peut logiquement déduire le contenu du devoir de respect entre époux qui comporterait le devoir de sincérité, le devoir de patience, le devoir de maintenir avec l'autre conjoint une certaine communion spirituelle, le devoir de veiller à son propre honneur afin de ne pas laisser atteindre par contrecoup l'honneur de l'autre, qui est solidaire. Ces devoirs sont regroupés par d'autres auteurs sous les devoirs de respect de l'autre dans son corps, dans son esprit et dans sa dignité[929]. En plus de l'obligation de respect mutuel des époux, le législateur instaure un devoir d'aide et de soins entre époux.

359. Le devoir d'assistance entre époux. Le devoir d'assistance est « *l'aide mutuelle, morale et matérielle, entre époux, dans la vie quotidienne (des tâches ménagères à l'aide professionnelle) et, surtout, face à l'adversité : le deuil, le chômage, l'échec, la*

---

[923] Dictionnaire *Le Grand Robert*, voy. « Respect ».
[924] J. CARBONNIER, *op. cit.,* n° 548, p. 1222.
[925] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 548, p. 1222.
[926] J. CARBONNIER, *op.*et *loc. cit.*
[927] J. CARBONNIER, *op.*et *loc. cit.*
[928] *Cf.* art. 212 du Code civil français actuel : « *Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance* ».
[929] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1485.

maladie »[930]. Il est ici question d'une aide qui ne revêt pas un caractère pécuniaire[931]. Il est fait obligation aux époux de se donner des soins en cas d'infirmité, par exemple, et de porter aide à l'autre dans son travail. Paradoxalement, la maladie de l'un des époux peut être une cause de divorce comme par l'exemple l'aliénation mentale du conjoint peut être une cause de divorce. En France, le divorce pour aliénation mentale du conjoint peut être prononcé en visant l'altération définitive du lien conjugal prévue par l'article 237 du Code civil[932]. Pour l'instant, le droit béninois ne connaît pas cette cause de divorce.

Il est important d'indiquer qu'il existe une certaine mutualité des obligations tant au sujet de la fidélité que de l'assistance. C'est une avancée, car à l'origine, le devoir de respect était un devoir moral que la société imposait à la femme mariée qui doit se soumettre aux exigences de son mari en lui obéissant. Ces données ont changé et il est possible d'affirmer que les devoirs de respect et d'assistance constituent un élément du noyau dur de l'égalité en droit béninois de la famille à l'instar du devoir de fidélité. Constituant exclusivement le devoir de l'un à un moment donné, ces mêmes obligations sont les droits de l'autre et inversement.

Il existe aussi des obligations ou des fonctions[933] que les époux exercent conjointement.

B. Les devoirs des époux envers les enfants

360. Un bref aperçu des fonctions des parents à l'égard des enfants. Les fonctions conjointes des époux sont les obligations qui appellent la collaboration des deux époux. Au nombre de celles-ci, il y a les obligations des époux liées à l'orientation générale des enfants. Le père jouait un rôle prépondérant par rapport à la mère à ce sujet. Il s'agissait de la puissance paternelle. Or cette fonction que seul le père détenait découle de l'obligation naturelle des plus âgés d'assister les plus jeunes en raison de leur minorité. Elle est la fonction naturelle des parents ; c'est ainsi qu'elle fut élargie à la mère de l'enfant.

361. L'égalité des parents dans les fonctions parentales. Depuis le vote du Code des personnes et de la famille, l'expression « *autorité parentale* » est substituée à celle de « *puissance paternelle* »[934]. Au-delà d'une simple substitution de mot[935], il s'agit d'un

---

[930] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1477.
[931] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1031, p. 755.
[932] *Cf.* art. 237 du Code civil français actuel : « *le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré* ».
[933] C. COLOMBET, « Commentaire de la loi du 4 juin sur l'autorité parentale », *D*. 1971, p. 3.
[934] M.-L. MORANÇAIS-DESMEESTER, « Vers l'égalité parentale », *D.* 1988, p. 7 et s.
[935] J. CARBONNIER, *op. cit.,* n° 144, p. 1222.

véritable changement dans les relations au sein des couples[936]. L'égalité dans les relations entre époux est l'idée première de cette mutation. C'est ainsi que M. Boulanger a pu écrire que « *de toutes les règles qui en ce début du XXIe siècle commandent les rapports juridiques entre parents et enfants, dans l'exercice des droits parentaux, la plus importante est probablement celle de l'égale implication des deux membres du couple consacrée par l'article 18 de la Convention internationale des droits de l'enfant* »[937]. Il faut aussi ajouter que les parents naturels ont conjointement l'autorité parentale au cas où l'enfant est reconnu. Il s'agit du cas de l'assimilation des couples en raison de la consécration de l'égalité entre enfants[938]. L'autorité parentale peut porter sur la personne même de l'enfant ou sur ses biens.

362. Plan. Après avoir démontré l'égalité des époux au sujet de l'autorité parentale sur la personne de l'enfant (1), il sera étudié l'autorité parentale conjointe des époux portant sur les biens de l'enfant (2).

1. L'autorité parentale sur la personne de l'enfant

363. Le contenu de l'autorité parentale. L'autorité parentale est un ensemble de devoirs et de droits exercés dans l'intérêt du mineur[939]. Selon le Code des personnes et de la famille, « *l'autorité parentale a pour but d'assurer la sécurité de l'enfant, sa santé, son plein épanouissement et sa moralité. Elle comporte notamment les droits et devoirs : - de garder, de diriger, de surveiller, d'entretenir et d'éduquer ; - 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 ; - d'assurer la jouissance et l'administration légale des biens de l'enfant* »[940].

364. Plan. L'égalité que révèle l'autorité parentale sur la personne de l'enfant s'illustre dans l'instauration d'un régime dans lequel l'attribution et l'exercice de l'autorité parentale est organisée de manière égale. On analysera l'attribution conjointe de l'autorité parentale (a) avant son exercice conjoint (b).

---

[936] J. HAUSER et E. ABITBOL, « De 1964 à 1970 – Les retombées de la loi "relative à l'autorité parentale" sur les institutions tutélaires – I. autorité parentale et administration légale », *D.* 1971, Chron. p. 59.
[937] F. BOULANGER, « Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, Lextenso, 2012, p. 59.
[938] *Cf. supra* 361.
[939] *Cf.* art. 406 al 2 du CPF.
[940] *Cf.* l'art. 407 du CPF.

a. L'attribution conjointe de l'autorité parentale

365. L'attribution de l'autorité parentale suivant la nature de la filiation. L'autorité parentale appartient aux père et mère de l'enfant[941] et différentes règles sont édictées suivant la nature de la filiation de l'enfant. L'attribution de l'autorité parentale de l'enfant varie selon que l'enfant jouit d'une filiation légitime[942], naturelle, adultérine, incestueuse ou adoptive[943].

Si autrefois, en vertu de la puissance paternelle et de l'incapacité juridique de la femme mariée, le mari était investi de tous les pouvoirs[944] sur l'enfant légitime, l'entrée du principe d'égalité dans droit béninois de la famille a conduit à l'attribution conjointe égale de l'autorité sur l'enfant aux deux époux. En droit béninois de la famille, l'autorité parentale appartient aux personnes à l'égard desquelles la filiation de l'enfant est établie[945]. Concrètement, chacun des époux a les mêmes devoirs en ce qui concerne la personne de l'enfant.

L'autorité parentale sur l'enfant naturel est attribuée à ses deux parents s'ils l'ont tous reconnus. Cependant, lorsque que l'un des parents de l'enfant naturel est dans les liens d'un mariage – il s'agit dans ce cas d'un enfant adultérin – les attributs de l'autorité parentales sont dissociés en raison du fait que l'enfant n'a pas ses deux parents ensemble. L'enfant adultérin est à comparer dans ce cas à l'enfant dont les parents sont séparés ou divorcés. C'est ainsi que sa garde ne peut pas être conjointement attribuée à ses parents. Le droit de garde de l'enfant est aussi limité par le mariage de l'un de ses auteurs dans la mesure où sa garde au domicile conjugal peut se heurter au refus du conjoint de son auteur.

Concernant l'enfant incestueux[946], il ne peut avoir sa filiation établie à l'égard de ses deux géniteurs. L'autorité parentale sur ce dernier est attribuée à sa mère qui est, en général, le parent à l'égard duquel sa filiation est établie en vertu de l'effet de la maternité. Mais, lorsqu'on parle d'enfant, il faut également identifier l'enfant en question.

---

[941] *Cf.* art. 406 du CPF : « *l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation* » ; C. COLOMBET, *art. préc*., p. 3.
[942] *Cf.* art. 406 et 411 du CPF.
[943] *Cf.* art. 413 du CPF.
[944] J. CARBONNIER, *op. cit.,* n° 419 ; R. SAVATIER, *op. cit.,* p. 80.
[945] C'est notamment le cas des enfants nés hors mariage ; *cf.* art. 413 al 1er du CPF : « *l'autorité parentale sur les enfants nés hors mariage est exercée par celui des père et mère à l'égard duquel la filiation est établie* ».
[946] *Cf.* art. 319 du CPF : « *la filiation naturelle est légalement établie par reconnaissance volontaire. Elle peut aussi être légalement établie par la possession d'état ou par l'effet d'un jugement. Néanmoins, s'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par le présent Code pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit de l'établir à l'égard de l'autre* ».

366. L'enfant objet de l'autorité parentale. L'attribution de l'autorité parentale aux père et mère ne semble pas poser de difficultés dans la loi. Cependant, les problèmes s'élèvent en ce qui concerne la personne sur laquelle cette autorité s'exerce. Selon les dispositions de l'article 406 du Code des personnes et de la famille, « *l'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation* »[947]. L'autorité parentale porte sur les enfants mineurs non émancipés. Or l'âge de la majorité est fixé à dix-huit ans par l'article 459 du Code béninois des personnes et de la famille qui dispose que « e*st mineure la personne de l'un ou l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de dix-huit (18) ans accomplis. La personne du mineur est soumise à l'autorité parentale. La gestion du patrimoine du mineur est assurée suivant les règles de l'administration légale ou de la tutelle* »[948].

Cependant, après les dix-huit ans d'âge, les parents considèrent toujours leurs enfants comme des mineurs. Ainsi, même après l'âge de la majorité, les parents se disent toujours titulaires de l'autorité parentale sur l'enfant ; ce qui n'est pas la réalité du droit. L'exercice de l'autorité parentale appartient à ceux à qui la loi l'attribue selon les cas.

b. L'exercice conjoint de l'autorité parentale

367. Une charge commune. L'exercice conjoint[949] de l'autorité parentale suppose désormais que les père et mère de l'enfant assurent ensemble[950] la garde de l'enfant, sa surveillance, son éducation et bien d'autres obligations énumérés à l'article 407 du Code béninois des personnes et de la famille. L'autorité parentale est donc une fonction[951], c'est à dire un ensemble de droits et de devoirs corrélatifs : chaque droit reconnu aux père et mère n'est que l'autre face du devoir qui leur est imposé.

368. La persistance de l'ancienne pratique. Cependant, si du point de vue du texte du Code béninois des personnes et de la famille, on peut dire que l'égalité entre l'homme et la femme est respectée, la pratique dévoie constamment le droit. Le droit a fait le pas en consacrant l'égalité autour de l'autorité parentale, l'exercice égal de ce droit est à nuancer. Il semble que la cause d'un tel fait est loin d'être la volonté du père de dominer la femme ou d'exercer en priorité ces droits mais le problème se situe au niveau des femmes elles-mêmes qui, pour la plupart, évitent de prendre des décisions au sujet de leur propre enfant.

---

[947] *Cf.* art. 406 al. 1er du CPF.
[948] *Cf.* art. 459 du CPF.
[949] M.-L. MORANÇAIS-DESMEESTER, *art. préc.*, p. 7 et s.
[950] J. HAUSER et E. ABITBOL, *art. préc.*, p. 59.
[951] F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *op. cit.,* p. 71 ; I. THERY, *op. cit.,* p. 189 ; C. COLOMBET, *art. préc.*, p. 3.

Le renfermement des femmes serait à combattre afin que l'égalité réelle s'exprime au sujet de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Il est donc évident que le dépassement de cette question pourra encore prendre du temps.

Compte tenu de la prise de conscience des femmes scolarisées et l'émancipation des femmes rurales, l'égalité au sujet de l'exercice de l'autorité parentale sera une effectivité d'ici peu. De toute évidence, la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant implique que les personnes chargées de son orientation soit assez éclairées pour jouer valablement ce rôle qui est le leur. Le niveau de connaissance des parents est alors un facteur assez important pour qu'enfin, l'égalité consacrée au sujet de l'exercice de l'autorité parentale soit une réalité.

L'exercice de l'autorité parentale sur les biens du mineur requiert les mêmes règles.

2. L'autorité parentale conjointe sur les biens du mineur

369. Plan. Le Code béninois des personnes et de la famille est allé encore plus loin sur l'égalité des rapports entre père et mère. Désormais, les père et mère ont conjointement et également l'administration légale des biens des enfants mineurs et la jouissance légale des revenus de l'enfant. La jouissance légale des revenus de l'enfant (a) sera traitée après l'examen de l'administration légale des biens de l'enfant (b).

a. L'administration légale des biens de l'enfant

370. Notion. L'administration légale des biens de l'enfant mineur est l'un des attributs de l'autorité parentale. Elle permet aux parents de représenter le mineur dans tous les actes de la vie civile[952] et d'administrer les biens de celui-ci s'il en possède[953]. Elle est alors la gestion[954] des biens de l'enfant. C'est une conservation des biens de l'enfant pendant sa minorité pour que ce dernier les retrouve à sa majorité. Mais de quoi peuvent-être constitués les biens de l'enfant ?

371. La constitution du patrimoine de l'enfant. En général au Bénin, si le patrimoine de l'enfant est si pauvre qu'il se limite le plus souvent à ses jouets et habits, il arrive aussi souvent que celui-ci soit consistant et estimable en argent. Le patrimoine de l'enfant peut être constitué de legs ou des donations de ses parents, grands-parents, oncles, tantes ou

---

[952] *Cf.* art. 447 du CPF : « *L'administrateur légal représente le mineur dans tous les actes civils, sauf ceux pour lesquels les mineurs sont autorisés à agir eux-mêmes* ».
[953] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1220.
[954] J. CARBONNIER, *op. cit.,* n° 439, p. 910.

frères et sœurs. Dès lors que le patrimoine de l'enfant est constitué, il existe des règles qui permettent sa gestion. L'égalité entre époux a également investi le champ de l'administration légale[955].

L'attribution de l'administration légale des biens de l'enfant varie selon les titulaires de l'autorité parentale. Ainsi, on distingue l'administration légale pure et simple de l'administration légale sous contrôle judiciaire[956].

372. L'attribution de l'administration légale pure et simple des biens de l'enfant. On parle de l'administration légale pure et simple, lorsque les père et mère exercent conjointement l'autorité parentale[957]. C'est en l'occurrence le cas lorsqu'il s'agit des enfants légitimes[958], des enfants naturels dont la filiation est établie à l'égard de leur père et mère qui par la suite font la déclaration conjointe d'exercice en commun de l'autorité parentale[959], des enfants adoptés par les deux époux[960] et des enfants dont les parents sont divorcés ou séparés de corps mais exercent en commun l'autorité parentale[961]. Chacun des parents à qui l'administration légale est attribuée contrôle l'autre parent qui a conjointement l'administration légale[962]. L'administration légale des biens de l'enfant s'exerce conjointement. Dans tous les autres cas, il s'agit de l'administration légale sous contrôle judiciaire[963].

373. L'attribution de l'administration légale sous contrôle judiciaire. L'administration légale sous contrôle judiciaire est attribuée au parent qui, seul, exerce l'autorité parentale sur l'enfant. L'enfant naturel dont la filiation n'est établie qu'à l'égard de l'un de ses parents ou l'enfant naturel reconnu par ses deux parents, sans la déclaration conjointe d'exercice en commun de l'autorité parentale, verra l'administration légale de ses biens attribuée au parent qui exerce l'autorité parentale à son égard[964]. Il en est également

---

[955] L'administration légale des biens de l'enfant était une prérogative du père, chef de famille. Les règles de l'administration ont évolués et l'égalité des époux dans l'administration légale est en l'ultime consécration ; voy. G. DURRY et M. GOBERT, « La réforme de la tutelle et de l'administration légale à l'épreuve du temps », *in Jean Foyer, auteur et législateur, leges tulit, jura docuit : écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, p. 377.

[956] J. CARBONNIER, *op* et *loc. cit.*

[957] *Cf.* art. 445 du CPF, les père et mère exercent conjointement l'autorité parentale dans deux cas à savoir le cas où les père et mère sont mariés (art. 441 du CPF) et le cas où l'enfant a été reconnu par ses père et mère et lorsque ces dernières ont fait la déclaration conjointe d'exercice en commun de l'autorité parentale (413 al. 4. du CPF).

[958] *Cf.* art. 441 du CPF.

[959] *Cf.* art. 43 al. 4 du CPF.

[960] *Cf.* art. 372 du CPF.

[961] *Cf.* art. 412 du CPF.

[962] J. Carbonnier, *Droit civil,* t. 1, n° 439, p. 911.

[963] *Cf.* art. 445 du CPF.

[964] *Cf.* art. 413 du CPF.

ainsi pour l'enfant adopté par une personne[965], l'enfant incestueux[966], l'enfant légitime dont les parents séparés ou divorcés n'ont pas conjointement l'autorité parentale et pour l'enfant orphelin[967] de père ou de mère. Le juge de la tutelle doit intervenir dans l'administration des biens du mineur lorsqu'il s'agit des actes graves.

La qualité de père ou de mère n'est plus un élément qui détermine l'attribution de l'autorité parentale et corrélativement celle de l'administration légale. La diligence des époux est ici recommandée. Cependant, il paraît qu'en général, un époux est plus diligent que l'autre et c'est souvent celui-ci qui gère les biens de l'enfant. L'administration légale des biens de l'enfant n'est pas éternelle.

374. La fin de l'administration légale des biens de l'enfant. L'article 452 du Code béninois des personnes et de la famille dispose que « *l'administration légale cesse par la majorité ou l'émancipation de l'enfant. Á tout moment, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, le juge des tutelles peut convertir en tutelle l'administration légale lorsque cette mesure est rendue nécessaire par le comportement de l'administrateur légal. La tutelle peut également se substituer à l'administration légale sur décision du juge des tutelles en cas de remariage de la mère ou de mariage de la mère naturelle exerçant l'autorité parentale. En cas de conversion de l'administration légale en tutelle, l'administrateur légal a les fonctions de tuteur et ne peut être dispensé ou déchargé de la tutelle. Les causes d'interdiction d'exercice de la tutelle lui sont applicables* » [968]. L'administration légale des biens de l'enfant prend bien évidemment fin avec la majorité de l'enfant ou son émancipation ou son décès. Elle prend également fin avec le retrait total de l'autorité parentale. La jouissance légale suit les mêmes règles.

b. La jouissance légale des revenus de l'enfant

375. L'attribution de la jouissance légale des revenus de l'enfant. La jouissance légale des revenus de l'enfant est attachée à l'administration légale des biens de l'enfant. L'article 446 du Code béninois des personnes et de la famille dispose à cet effet que « *la jouissance légale est attachée à l'administration légale ; elle appartient soit aux deux parents conjointement ; soit à celui des père et mère qui a la charge de l'administration* ».[969] La jouissance légale étant attachée à l'administration légale, elle est

[965] *Cf.* art. 372 al. 1er du CPF.
[966] *Cf.* art. 319 du CPF.
[967] *Cf.* art. 416 du CPF.
[968] *Cf.* art. 452 du CPF.
[969] *Cf.* art. 446 du CPF.

accordée au père et mère de l'enfant suivant les règles de l'attribution de l'administration légale des biens de l'enfant.

376. Le contenu de la jouissance légale. La jouissance légale est un usufruit à titre universel[970] sur les biens de l'enfant. L'usufruit est le droit d'user et de jouir d'un bien ou d'une masse de biens qui reste la propriété d'une autre personne[971]. L'usufruitier a la nue-propriété. La jouissance légale comporte des charges et des droits dont les régimes sont bien définis.

377. Les charges de la jouissance légale. Les charges de la jouissance légale ont été visées en priorité par le législateur qui les énumère à l'article 454 du Code béninois des personnes et de la famille : « *les charges de la jouissance légale sont : - celles auxquelles sont tenus en général les usufruitiers ; - la nourriture, l'entretien et l'éducation de l'enfant selon ses ressources ;- les dettes grevant la succession recueillie par l'enfant lorsqu'elles doivent être acquittées sur les revenus* »[972]. Les père et mère légitimes ayant en commun la jouissance légale, ils assurent ensemble les charges de celle-ci en se basant sur les règles générales qui régissent les usufruits[973]. Ils doivent aussi payer les dettes qui grèvent le patrimoine du mineur, nourrir, entretenir et éduquer l'enfant selon ses ressources.

378. La gestion des charges de la jouissance légale. Il est prévu au titre des charges du mariage que les époux entretiennent leur enfant à proportion de leur revenu[974]. Or, les charges de la jouissance légale leurs imposent une autre obligation : ils doivent nourrir, entretenir et éduquer l'enfant selon ses ressources[975]. Concrètement, cela ne voudrait pas dire que les parents sont exonérés de leur obligation de nourrir, d'entretenir et d'éduquer leur enfant par leur ressource personnelle. Quels que soient les revenus de l'enfant, leurs obligations originelles demeurent. Les ressources de l'enfant viennent en complément de celles de ses parents afin qu'il bénéficie d'une plus grande protection. Le père de l'enfant n'est plus le débiteur principal des obligations parentales. Le concours de la mère est aussi

---

[970] J. HAUSER, « Jouissance légale : les comptes des parents », *RTD civ*. 1993, p. 813.
[971] Y. STRICKLER, *Les biens*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2006, n° 42 ; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civil*, t. 1. *Introduction au droit – personnes –famille – personnes protégées – biens – obligations – sûretés*, Paris, 34e éd., LGDJ, Lextenso, 2013, n° 757.
[972] *Cf*. art. 454 du CPF.
[973] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1221 ; J. CARBONNIER, *op. cit.,* n° 441, p. 916 ; Y. STRICKLER, *Les biens*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2006, n° 42 ; F. ÉLIARD et R. BROCHARD, *Démembrement de propriété : usufruit et quasi-usufruit,* Paris, Ellipses, coll. « Droit notarial », 2008, n°s 203-214.
[974] *Cf*. art. 158 et 159 du CPF.
[975] *Cf*. art. 454, 2è tiret du CPF : « *les charges de la jouissance légale sont : - celles auxquelles sont tenus en général les usufruitiers ; - la nourriture, l'entretien et l'éducation de l'enfant selon ses ressources ; - les dettes grevant la succession recueillie par l'enfant lorsqu'elles doivent être acquittées sur les revenus* ».

sollicité pour assurer l'éducation de l'enfant dans son sens le plus large. Les père et mère ont ainsi les mêmes charges dans la jouissance légale des biens de l'enfant.

379. Les droits de la jouissance légale. L'usufruitier a un droit d'usage et de jouissance sur les biens grevés d'usufruit. La jouissance des biens de l'enfant permet aux père et mère de l'enfant de se mettre à la position d'un usufruitier[976]. Ils n'ont pas le droit de disposer des biens de l'enfant. Les droits de la jouissance légale sous-entendus dans le droit béninois seraient l'excédent du revenu sur la dépense[977]. Si jadis la femme n'avait pas la capacité juridique, le Code des personnes et de la famille l'a consacrée en l'élevant au même niveau que le mari. La femme peut désormais jouir des biens de son enfant, ensemble et également avec le père de l'enfant.

380. La gestion des droits de la jouissance légale entre époux. Les modalités de la jouissance légale varient selon le statut matrimonial des parents. Et c'est d'ailleurs ce sur quoi s'incline l'article 446 du Code des personnes et de la famille en reliant la jouissance légale à l'administration légale. La jouissance légale appartient conjointement aux père et mère de l'enfant ou celui d'entre eux qui exerce l'administration légale[978]. Il y a aussi un lien certain entre la jouissance légale des revenus des biens de l'enfant et le régime matrimonial choisi par les parents.

381. Rapport entre le régime matrimonial des parents et la jouissance légale. En effet, si les parents de l'enfant sont mariés, les modalités de jouissance de l'excédent des revenus sur les biens de l'enfant varieront selon le régime matrimonial choisi par ceux-ci. Cette analyse ressort clairement à la lecture de l'article 159 alinéa 2 du Code béninois des personnes et de la famille qui dispose que « *chacun des époux s'acquitte de sa contribution par prélèvement sur les ressources dont il a l'administration et la jouissance et/ ou par son activité au foyer* »[979]. Les parents peuvent, ayant le pouvoir de prélever sur les ressources dont ils ont l'administration et la jouissance, prélever sur les revenus des biens de l'enfant dont ils ont l'administration et la jouissance.

Au Bénin, le régime de droit commun est la séparation de biens[980]. Lorsque les parents de l'enfant sont mariés sous ce dernier régime, la jouissance légale reviendrait au partage égal de l'excédent des dépenses sur les biens de l'enfant. L'égalité est dès lors établie entre les père et mère qui exercent conjointement mais également cette fonction. Mais le droit de la jouissance légale a des limites en ce qui concerne certains revenus de l'enfant.

---

[976] P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n°s 762 et s.
[977] J. CARBONNIER, *op. cit.,* n° 441, p. 916.
[978] Cf. art. 446 du CPF.
[979] *Cf*. art. 159 al. 2 du CPF.
[980] *Cf*. art. 184 du CPF.

382. Les limites des droits de la jouissance légale. Les droits de la jouissance légale ne s'étendent pas sur certains biens de l'enfant. Les biens que l'enfant acquiert par son travail ne peuvent être l'objet du droit de jouissance légale des parents. Il est prévu à l'article 455 du Code des personnes et de la famille que « *la jouissance légale ne s'étend pas aux biens que l'enfant peut acquérir par son travail ni à ceux qui lui sont donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas, ni aux biens recueillis dans une succession dont le père ou la mère a été exclu comme indigne* »[981]. Cette disposition suscite des questions et principalement la question délicate de s'avoir si le travail des enfants est autorisé au Bénin par opposition aux orientations du Bureau international du travail[982].

383. L'accroissement du travail des enfants. De plus en plus, on observe que le travail des enfants se développe[983] et il existe déjà une partie de la doctrine[984] qui soutient qu'il est indispensable de prôner le travail des enfants contrairement aux orientations de l'Organisation Internationale du Travail[985]. D'ailleurs, cette classe de la doctrine considère que le travail des enfants vient au soutien de sa famille qui vit dans la pauvreté. Mais au fond, il convient de cerner l'enfant dont le travail est interdit au Bénin.

384. Un écart entre l'âge minimum au travail et l'âge de la minorité civil. La loi n° 98-004 du 27 janvier 1998 portant Code du travail en République du Bénin dispose en article 166 que « *les enfants ne peuvent être employés dans aucune entreprise avant l'âge de 14 ans* »[986]. L'âge de la minorité est ainsi fixé à quatorze ans dans le Code du travail du Bénin et en conséquence, à quatorze ans révolus, l'individu au travail n'est plus un mineur. Or l'âge de la minorité est fixé à dix-huit ans dans le Code béninois des personnes et de la famille. Ainsi, aux termes du Code du travail, l'enfant majeur reste un mineur selon le Code béninois des personnes et de la famille. Les règles de la jouissance légale tentent donc d'éviter un écueil ; celui du profit tiré par les parents du travail des enfants mineurs aux termes du Code des personnes et de la famille. Cela ne voudra pas dire que le Code des personnes et de la famille reconnaît expressément le travail des enfants. La jouissance

---

[981] *Cf.* art. 455 du CPF.
[982] BIT, *La lutte pour les droits fondamentaux des travailleurs dans l'économie mondiale*, Bruxelles, 1998, disponible sur le site [www.icftu.org], consulté le 13/04/2015.
[983] Au Bénin, 34% des enfants sont économiquement occupés ; G. L.-P. TOSSA, *La protection juridique de l'enfant au travail en Afrique noire francophone*, Thèse, Abomey-Calavi, 2014, n° 9, p. 17.
[984] A. CISSÉ-NIANG, « L'interdiction internationale du travail des enfants vue d'Afrique », in A. Supiot (dir.), *Regards croisés sur le droit social*, *la semaine sociale*, n° spécial, éd. Lamy, oct. 2002, pp. 9-13 ; G. L.-P. TOSSA, *La protection juridique de l'enfant au travail en Afrique noire francophone*, Thèse, Abomey-Calavi, 2014, n° 16.
[985] C. DUMAS et S. LAMBERT, *Le travail des enfants. Quelles politiques pour quels résultats* ?, Paris, éd. Rue d'Ulm, 2008.
[986] *Cf.* art. 166 de la loi n° 98-004 du 27 janvier 1998 portant Code du travail en République du Bénin.

légale ne doit, en aucun cas, porter sur les revenus tirés du travail de l'enfant puisque les parents ont l'obligation de capitaliser les revenus provenant du travail de l'enfant sans pouvoir en profiter personnellement[987].

385. La fin de la jouissance légale. Contrairement à d'autres législations où la jouissance légale prend fin avant la majorité de l'enfant[988], elle prend fin au Bénin à la majorité ou à l'émancipation de l'enfant. L'article 456 du Code des personnes et de la famille énumère les causes qui mettent fin à la jouissance légale en précisant que « *le droit de jouissance cesse par : - la majorité ou l'émancipation du mineur ; - les causes qui mettent fin à l'autorité parentale ou par celles qui mettent fin à l'administration légale ; - les causes qui emportent l'extinction de tout usufruit* »[989].

L'examen de l'égalité des époux dans les relations personnelles ayant été fait, il convient de faire une analyse des relations pécuniaires entre époux afin de déduire qu'il existe bel et bien un noyau dur de l'égalité entre époux en droit béninois de la famille.

SECTION 2. LES RELATIONS PÉCUNIAIRES DES ÉPOUX

386. Les domaines concernés. Le mariage crée entre les époux une certaine mise en commun des biens. Il met en jeu les droits pécuniaires des époux durant la vie commune et après celle-ci. Or toutes les relations pécuniaires des époux ne sont pas d'ordre public. Le législateur leur offre alors la possibilité de faire des choix dans certaines de leurs relations pécuniaires. Et comme examinée[990], la possibilité de choix des époux peut les amener à déroger à l'égalité[991] que la règle générale prescrit. Pour cette raison, il s'agira

---

[987] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 441, pp. 916 et s ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1221.
[988] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1221 ; *cf*. art. 384 du Code civil français actuel qui dispose que « *le droit de jouissance cesse : 1° Dès que l'enfant a seize ans accomplis, ou même plus tôt quand il contracte mariage ; 2° Par les causes qui mettent fin à l'autorité parentale, ou même plus spécialement par celles qui mettent fin à l'administration légale ; 3° Par les causes qui emportent l'extinction de tout usufruit* ».
[989] *Cf*. art. 456 du CPF.
[990] *Cf. supra* n° 272.
[991] *Cf*. art. 219 du CPF : « *les époux peuvent, par un contrat de mariage, modifier la communauté réduite aux acquêts par toute espèce de conventions non contraires aux articles 164 à 176.*
Ils peuvent, notamment convenir :
- que la communauté comprendra les meubles et acquêts ;
- qu'il sera dérogé aux règles concernant l'administration ;
- que l'un des époux aura la faculté de prélever certains biens communs moyennant indemnité ;
- que l'un des époux sera autorisé à prélever, avant tout partage, soit une certaine somme, soit certains biens en nature, soit une certaine quantité d'une espèce déterminée de biens ;
- que les époux auront des parts inégales ;
- qu'il y aura entre eux la communauté universelle.

essentiellement, dans l'étude de l'égalité dans les relations pécuniaires des époux, de focaliser la réflexion sur les règles du régime matrimonial de droit commun et les règles de la succession *ab intestat*. Ces règles font parties du noyau dur de l'égalité entre époux.

387. Plan. L'égalité des époux dans les successions *ab intestat* (§ 2) sera examinée après l'étude de l'égal droit qu'ils détiennent dans le régime matrimonial de droit commun (§ 1).

§ 1. L'ÉGAL DROIT DES ÉPOUX DANS LE REGIME MATRIMONIAL DE DROIT COMMUN

388. Le régime matrimonial. Aux termes des dispositions de l'article 456 du Code des personnes et de la famille, « *le régime matrimonial règle les effets patrimoniaux dans les rapports des époux entre eux et à l'égard des tiers* »[992]. Les époux, en s'unissant, mêlent une partie de leurs biens[993] pour le bon fonctionnement du ménage. Et puisque les hommes ne peuvent vivre enfermés sur eux-mêmes, les époux entretiennent également des rapports avec des tiers.

389. Les types de régime matrimonial. Il existe plusieurs régimes matrimoniaux à savoir le régime de la séparation de biens qui est le régime de droit commun[994], le régime de la communauté réduite aux acquêts[995] et les autres régimes conventionnels[996]. Les époux peuvent, selon cette dernière modalité, organiser leur régime matrimonial par des conventions spéciales. Leur possibilité de choix n'est limitée que par les bonnes mœurs et le droit impératif[997]. Toutefois, on remarque que seul le régime de droit commun établit l'égalité entre époux.

390. La circonscription du noyau dur de l'égalité au régime de droit commun. Au demeurant, le souci du législateur en organisant le régime de droit commun est d'établir

---

Les règles de la communauté réduite aux acquêts restent applicables en tous les points qui n'ont pas fait l'objet de la convention des parties ».

[992] *Cf.* art. 163 du CPF.

[993] Le mariage affecte ainsi profondément la situation patrimoniale des gens mariés ; voy. Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1810.

[994] *Cf.* art. 184 et s. du CPF.

[995] *Cf.* art. 190 et s. du CPF.

[996] *Cf.* art. 219 et s. du CPF.

[997] *Cf.* art. 164 du CPF : « *La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales. Les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent* » ; Il s'agit là d'une question d'ordre public à laquelle les époux ne peuvent déroger ; A. COLOMER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Paris, 6è éd., Litec, 1994, n° 108, p. 59 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, Paris, 6è éd., Dalloz, 2011, n° 54 ; J. CARBONNIER, *op. cit.,* n° 557, p. 1242.

l'égalité entre époux. C'est le choix tacite du législateur pour les époux puisqu'ils ne sont pas obligés de faire une convention avant que leurs biens ne soient régis par ce régime[998]. Dans le régime de droit commun, les époux sont appelés à contribuer de façon égale aux charges du mariage et au paiement des dettes du ménage. Ces règles peuvent ainsi s'insérer dans le noyau dur de l'égalité en droit béninois de la famille.

391. Plan. Pour la raison ci-dessus évoquée, l'étude de l'égalité des époux dans le régime matrimonial sera faite au regard des règles qui organisent leurs contributions aux charges du ménage (A) et le paiement des dettes ménagères (B) dans le régime de droit commun.

A. L'égale contribution des époux aux charges du ménage dans le régime de droit commun

392. Un bref rappel. Le Code civil français rendu applicable au Bénin imposait à l'homme de fournir à sa femme « *tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie* »[999]. Cette prescription est semblable à celle du Coutumier du Dahomey[1000]. Les charges matérielles du ménage pesaient essentiellement sur l'époux. Il était le pourvoyeur des biens de la famille. La femme étant confinée dans les rôles domestiques, le mari était obligé de fournir les ressources nécessaires pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. Désormais, l'obligation de contribution aux charges du ménage est un effet direct du mariage [1001] et pèse sur chacun des époux. Son objet est bien défini afin d'éviter qu'un époux n'entraîne son conjoint dans des excès.

393. Plan. L'objet de la contribution aux charges du ménage permettra sans doute d'examiner l'égalité des époux à ce sujet. Ainsi, il conviendra avant tout de rechercher l'objet de la contribution aux charges du ménage (1) afin d'examiner l'égalité dans la contribution aux charges reposant sur la faculté respective de chaque époux dans le régime de droit commun (2).

---

[998] *Cf.* art. 189 du CPF : « *à défaut de contrat de mariage, les époux sont soumis au régime de la séparation de biens* ».

[999] *Cf.* art. 214 du Code civil français rendu applicable au Bénin : « *La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état* ».

[1000] *Cf.* art. 122 du Coutumier du Dahomey : « *Les relations au cours du mariage sont placées sous la règle de l'obéissance au mari. La femme doit s'occuper du ménage et des enfants jusqu'à l'âge de 3 à 5 ans. Elle doit fidélité au mari. L'homme doit bien traiter sa femme, la loger, la nourrir et la vêtir. Il n'est pas tenu à la fidélité. En général, il doit ses faveurs à toutes ses femmes. Il doit cependant cesser toutes relations avec elles dès qu'elles deviennent enceintes et pendant toute la durée de l'allaitement. Il est aussi tenu d'aider la famille de sa femme dans le malheur ou simplement la gêne* ».

[1001] A. TISSERAND-MARTIN, « La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, p. 803.

1. L'objet de la contribution aux charges du ménage

394. Les deux objets des charges du ménage. Les charges du ménage comprennent aussi bien les dépenses que les dettes ménagères[1002]. Elles permettent l'entretien du ménage et l'éducation des enfants au sens large du terme[1003]. La contribution aux charges du ménage a donc un double objet.

395. Le premier objet : l'entretien du ménage[1004]. L'entretien du ménage est en quelque sorte une obligation alimentaire envers l'autre époux même s'ils sont, au fond, très différents[1005]. L'entretien du ménage n'opère pas comme une obligation alimentaire puisque celle-ci suppose que le débiteur d'aliments soit dans le besoin et que le créancier d'aliments ait les moyens de satisfaire sa créance d'aliments[1006]. Cette condition suppose que le ménage est séparé et qu'il ne s'agit plus des époux. L'entretien du ménage ne se limite pas aux besoins d'aliments entre époux. Il s'étend sur tout ce qui contribue au bien-être du ménage : les dépenses de nourriture, de logement, d'habillement, de santé, de loisirs[1007]. Ainsi, l'entretien du ménage comprend toutes les dépenses qui, sans être nécessaires à l'existence, contribuent au bien-être des époux telles que celles de l'aménagement de l'habitation, les gages des domestiques, les frais de voyages de villégiature, *etc*.[1008] On peut pourtant, connaissant la société béninoise, rechercher à savoir si l'obligation d'entretien du ménage s'étend aux dépenses occasionnées par les obsèques des parents de l'un des époux ? Il paraît bien que celles-ci ne relèvent pas des charges du ménage et pourraient bien évidemment entrer dans le cadre de l'obligation de secours entre époux. Le devoir de secours entre époux serait donc une obligation alimentaire, qui suppose qu'un époux soit dans le besoin[1009].

[1002] B. VAREILLE, « Régime des dettes », in M. Grimaldi, (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, n° 112.12.
[1003] J. CARBONNIER, *op. cit.,* n° 557, p. 1244 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1031.
[1004] Au fil du temps, le vocabulaire a varié. Ainsi, en France, les lois du 13 juillet 1907 et 18 février 1938 ont utilisé les termes « charges du ménage », la loi du 22 septembre 1942, celui de « charge du mariage ». En fait, le contenu ne saurait guère être défini par la loi et intéresse plus la sociologie ; voy. M. SEGALEN, *Sociologie de la famille*, Paris, A. Colin, pp. 225 et s. et p. 242 et s. M. GLAUDE et F. de SINLGY, « L'organisation domestique », Économie et statistique, n° 187, p. 30 ; F. de SINLGY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Nathan, 1993.
[1005] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1031.
[1006] J. CARBONNIER, *op. cit.,* n° 557, p. 1242 et s. ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1028 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1824.
[1007] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1825.
[1008] Paris, 17 février 1966, *D*. 1966, J. 456 ; Cass. Civ. 1ere, 23 juin 1970, *D*. 1971, J. 162, note Larroumet ; *RTD civ*. 1971, 822, obs. R. Nerson ; Cass. civ. 1ere, 20 mai 1981, *Bull. civ*. n° 176, p. 143 ; *JCP* 1981, IV, p. 281, y compris des dépenses d'agrément ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, Paris, 6è éd., Dalloz, 2011, n° 51.
[1009] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1824, spéc. p. 694 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 1030.

396. Le second objet : l'éducation des enfants. Concernant la contribution aux charges du ménage dans son volet d'éducation des enfants au sens large, les époux sont appelés à mettre tout en œuvre afin de fournir une éducation de qualité à leurs enfants communs conformément à leurs ressources. Cette obligation va au-delà car les époux sont aussi obligés d'entretenir l'enfant mineur conformément à ses ressources[1010]. Les parents sont ainsi appelés à mettre leurs ressources et celles de l'enfant en commun afin de lui donner une éducation de qualité.

L'entretien du ménage fait peser sur chaque conjoint le devoir d'assurer à son époux une condition égale à la sienne et d'assumer le train de vie du mariage. Elle tient toutefois compte de la faculté de chaque époux.

2. L'égalité dans la contribution aux charges du ménage reposant sur la faculté de chaque époux

397. Une obligation pour chaque époux. Il existe désormais en droit béninois une amélioration des conditions de vie en famille. On se saurait, du coup, se prononcer sur le membre de la famille à qui profite l'instauration de l'égalité. Le Code des personnes et de la famille vient de rectifier une inégalité qui pesait sur les hommes et dont la contrepartie était l'obéissance et la consécration aux tâches ménagères imposées aux femmes mariées. L'influence du principe d'égalité a orienté le choix du législateur à faire de la contribution aux charges du ménage une obligation pour les deux époux.

398. Les modalités de la contribution aux charges du ménage. L'article 159 du Code des personnes et de la famille dispose que « *nonobstant toutes conventions contraires, les époux contribuent aux charges du ménage à proportion de leurs facultés respectives. Chacun des époux s'acquitte de sa contribution par prélèvement sur les ressources dont il a l'administration et la jouissance et/ ou par son activité au foyer* »[1011]. Les époux peuvent donc choisir de contribuer aux charges du ménage financièrement, par leurs activités au foyer ou les deux à la fois. En réalité, la mesure de l'égalité sur la contribution aux charges du ménage paraît délicate. C'est ainsi que le progrès opéré par cette loi porte sur le respect de la capacité contributive de chaque époux.

399. La prise en compte de la capacité contributive de chaque époux. S'agissant de la contribution aux charges du ménage, le législateur a pris en compte la « *faculté de*

[1010] *Cf. supra* n° 378.
[1011] *Cf.* art. 159 du CPF.

chaque époux »[1012]. Il ne s'agit pas d'une égalité mathématique entre époux au sujet de la contribution aux charges du ménage qui imposerait à chaque époux de contribuer pour moitié aux charges du ménage. Comme, par exemple, si les charges du ménage sont estimées à trois cent mille francs, il sera imposé à chaque époux de contribuer à raison de la moitié ; c'est-à-dire à hauteur de cent cinquante mille francs. Si tel était le sens de la loi, le législateur aurait orienté les individus dans le choix de leur conjoint, car il faut estimer être d'une même classe sociale avant de contracter mariage. Seule la capacité contributive est prise en compte dans ce cas. La question de la proportion se pose ainsi.

400. La proportionnalité dans la contribution financière. S'agit-il, en fait, d'une proportion a imposer à chaque époux comme par exemple l'épouse contribuerait à 60% et l'époux à 40% ou l'inverse ? En réalité, pour traiter à égalité chaque époux, cette proportion devrait être la même à appliquer sur le revenu de chacun d'eux. Il pourrait être question d'appliquer une proportion de 40% par exemple sur le revenu de chaque époux. Supposons que, comme précédemment, les charges du ménage s'élèvent à 300.000 francs. Les revenus des époux sont respectivement 700.000 francs et 300.000 francs. Pour parvenir à rassembler les 300. 000 francs nécessaires au fonctionnement du ménage, chaque époux devrait contribuer à 40% de ses revenus. L'époux dont les revenus s'élèvent à 700.000 francs doit contribuer à hauteur de 280.000 francs et celui dont le revenu est de 300.000 francs contribuera à hauteur de 120.000 francs. Cependant, l'obstacle majeur à la détermination de la proportion de la contribution de chaque époux aux charges du ménage est la réticence des béninois à se communiquer le montant de leur revenu[1013]. Il se poserait alors le problème de la base sur laquelle reposera la proportionnalité.

401. La proportionnalité entre l'activité au foyer et la contribution financière. Le législateur a prévu comme alternative à la contribution aux charges du ménage, l'« *activité au foyer* »[1014]. Il convient avant tout de chercher à savoir si l'époux qui s'occupe de toutes les activités au foyer sera exonéré de toute contribution financière.

[1012] G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 9è éd., PUF, 1997, n° 10, spéc. p. 85. Les facultés de chaque époux désignent l'ensemble des ressources de chaque époux et englobe non seulement les revenus actuels qu'un époux retire de son travail et de son capital, mais compte tenu de la valeur des biens dont il est propriétaire, des revenus potentiels qu'une gestion utile de ceux-ci pourrait lui procurer ; Civ. 1ere, 27 oct. 1992, *D*. 1993, p. 422.

[1013] Aux termes de l'enquête menée, la plupart des époux ne se communiquent pas leurs revenus. Ils s'attendent, en général, à une plus large contribution de la part de l'autre conjoint ; voy. Annexe I, question n° 1.

[1014] *Cf*. art. 159 du CPF.

En général au Bénin, c'est l'épouse qui s'occupe des charges du ménage[1015]. S'il en est ainsi, on retomberait dans l'ancien système où l'homme entretient financièrement le ménage et la femme s'occupe en priorité des activités au foyer.

402. L'effectivité de la contribution aux charges du ménage. Si au plan de la reconnaissance des droits, il est observé que l'obligation de contribution aux charges du ménage pèse sur chacun des époux selon ses moyens, il est important de rechercher l'effectivité de cette obligation. Les époux sont libres d'organiser leurs contributions aux charges du ménage, même s'ils ne peuvent pas faire des contrats dont l'objet serait de priver l'un d'eux de toute contribution aux charges du ménage[1016].

403. La perpétuation des rôles stéréotypés. En réalité, il est ancré dans la conscience des béninois que les activités au foyer sont du domaine des femmes qui, en général, trouvent la légitimité de cette répartition des tâches du ménage et, corrélativement, les contributions financières demeurent l'apanage des hommes. Il est ainsi loisible de constater qu'en général, l'essentiel des dépenses occasionnées par les charges du ménage sont faites par le mari et la femme contribue en général par son activité au foyer[1017].

404. Une certaine évolution des pratiques. Cette tendance est pourtant poussée vers la disparition compte tenu notamment du resserrement de la conjoncture économique. La défaillance des hommes appelle de plus en plus à la contribution financière des femmes mariées, si bien que la contribution aux charges du ménage est devenue une obligation pour les deux époux sans pour autant être une obligation dont la modalité d'exécution diffère selon le sexe de l'époux. C'est ainsi qu'on peut observer de plus en plus des femmes[1018] qui sont des « *chefs du ménage* » au Bénin. L'expression met en avant la personne qui assume les charges du ménage. On peut aussi remarquer un début de changement chez une partie de la classe sociale notamment certains intellectuels et ceux qui ont vécu une partie de leur existence en Occident. Pour le reste de la population, les épouses donnent une contribution financière en plus de s'être occupée de toutes les tâches ménagères notamment la cuisine, le nettoyage de la maison, la lessive, le soin des enfants

---

[1015] L'enquête réalisée montre que 93 femmes mariées sur 100 s'occupent de tout le ménage et 9 hommes sur 100 participent aux activités au foyer, voy. annexe I, questions 2 et 3.

[1016] Il s'agit là d'une question d'ordre public à laquelle les époux ne peuvent déroger ; A. COLOMER, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Paris, 6è éd., Litec, 1994, n° 108, p. 59 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.,* n° 54 ; J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, n° 557, p. 1242 ; voy. aussi É. MICOU, *L'égalité des sexes en droit privé. De quelques aspects essentiels*, Thèse, préf. Y. Saint-Jours, Presses universitaires de Perpignan, 1997, n° 228, p. 209.

[1017] R. SAVATIER, *op. cit.,* p. 106.

[1018] Au recensement de 2002, il a été dénombré 22,7% de femmes chefs de ménage. L'importance des femmes chefs de ménage connaît une évolution croissante : 14,2% en 1961 ; 20,6% en 1979 et 21,4% en 1992 ; voy. les données du recensement général de la population réalisé par l'INSAE en 2002, p. 40.

etc. Au reste, si en droit l'égalité est établie dans la contribution aux charges du ménage, la pratique demeure complexe, car son effectivité est freinée par les pesanteurs sociales.

Le fonctionnement du ménage entraîne parfois des dettes. Quels est le régime des dettes ménagères ?

B. L'égalité des époux dans le paiement des dettes ménagères

405. Le fondement de l'obligation au paiement des dettes ménagères. Le législateur béninois a établi une certaine contrainte autour des dettes ménagères. Cette contrainte a une portée double. Elle permet d'accroître le crédit des époux par l'apparence de mandat tacite tout en élargissant l'assiette des créanciers par l'instauration de la solidarité autour des dettes. Si la présomption de mandat tacite permet d'accroître le crédit des époux, la solidarité autour des dettes ménagères permet d'assurer la garantie du paiement des créanciers par l'élargissement de l'assiette.

406. Plan. Il sera traité le mandat légal de chaque époux (1) avant la solidarité des époux autour des dettes ménagères (2).

1. Le mandat domestique légal de chaque époux consacré

407. Une mutation du mandat domestique tacite au mandat domestique légal. Le mandat est défini par le Vocabulaire juridique comme un *« acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom* »[1019]. Il est un pouvoir donné à une personne pour engager les biens d'autrui[1020]. Le législateur a organisé le mandat entre époux au sujet des dettes ménagères. Pendant longtemps, la femme a été privée de tout pouvoir. Seul le mari pouvait engager légalement le patrimoine du couple. Or certaines charges du ménage requièrent de la rapidité comme par exemple l'achat de vivres. Il était alors impérieux de donner à la femme le pouvoir d'engager les biens du ménage et c'était le cadre d'un mandat domestique tacite. Pour faciliter le crédit ménager, la loi donne désormais le pouvoir à chacun des époux pour engager son patrimoine et celui de son conjoint[1021].

[1019] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., voy. « Mandat ».
[1020] Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit*., n° 1828.
[1021] B. VAREILLE, « Régime des dettes », in M. Grimaldi (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Paris, Dalloz, 2014, n° 111.11.

408. La consécration du mandat domestique parallèle de chaque époux. Indifféremment du sexe de l'époux, la loi lui donne un pouvoir individuel de contracter efficacement. Il s'agit désormais d'un mandat domestique légal. C'est cette idée qui ressort de l'article 179 alinéa 1er du Code des personnes et de la famille qui dispose que « *chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants ; toute dette ainsi contractée par l'un oblige solidairement l'autre* »[1022]. Il n'est plus question pour la femme d'attendre une autorisation du mari pour engager des dépenses qui entrent dans le cadre des charges du ménage.

409. L'égal pouvoir des époux consacré dans le ménage. On peut déduire de cette disposition que la loi supprime toute autorité venant de la part de l'un des époux en l'occurrence du mari autrefois chef de famille. Au lieu de supprimer tout mandat domestique, le législateur l'a plutôt réaménagé dans le sens d'un privilège des deux époux en plus de lui avoir donné un caractère légal. Il n'y a plus de hiérarchie dans la famille, ni de répartition des tâches par sexe. Ce pouvoir donné à chaque époux fonde le comportement des tiers qui ne sont plus tenus de rechercher l'avis du mari avant de contracter avec l'épouse[1023]. Aussi, un époux ne saurait retirer à l'autre le pouvoir d'agir seul, même en notifiant son désaccord au tiers, sur le point de contracter. Chaque époux a le plein pouvoir d'engager le patrimoine du ménage. L'égalité entre époux est ainsi légalement établie[1024] sur le pouvoir ménager.

410. L'effectivité de l'égal pouvoir ménager des époux. La question se pose de savoir si, en pratique, chaque époux a un pouvoir ménager réel. Dans la société béninoise, le mandat légal entre époux est présumé en dépit de la situation des concubins entre lesquels il n'existe pas de pouvoir légal[1025]. Pourtant, il paraît que la prééminence du mari demeure car en pratique, certaines personnes[1026] recherchent encore l'accord du mari pour contracter avec l'épouse lorsque cette dernière n'a pas d'activité économique. Le pouvoir individuel de contracter de chaque époux pourrait se voir limiter par l'impécuniosité de l'époux.

2. La solidarité des époux autour des dettes ménagères

411. Source de l'obligation de solidarité des époux. Aux termes des dispositions de l'article 179 du Code des personnes et de la famille : « *chacun des époux a pouvoir pour*

[1022] *Cf.* art. 179 al. 1er.
[1023] B. VAREILLE, *art. préc.,* n° 111.12.
[1024] F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.,* n° 79.
[1025] F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.,* n° 80.
[1026] *Cf.* annexe I, question 5.

passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants ; toute dette ainsi contractée par l'un oblige solidairement l'autre. Néanmoins, la solidarité n'a pas lieu pour des dépenses manifestement excessives eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Elle n'a pas lieu non plus pour les obligations résultant d'achats à tempérament ou d'emprunts, à moins que ces engagements ne soient modestes et nécessaires aux besoins de la vie courante »[1027]. La solidarité des époux porte essentiellement sur les dettes contractées dans le cadre des charges du ménage. Le législateur a ainsi limité l'objet de l'obligation qui peut appeler la solidarité des époux. L'entretien du ménage, l'éducation des enfants, les achats à tempérament et les emprunts modestes et nécessaires aux besoins de la vie courante obligent solidairement les deux époux[1028].

412. L'intérêt de la solidarité des époux. La mise en place d'un mécanisme de solidarité entre époux est d'un intérêt certain[1029]. En effet, il s'agit de faire participer également les époux aux charges du ménage en permettant aux créanciers de l'un de poursuivre l'autre. L'égalité sur la contribution aux charges du ménage s'observe manifestement. Les époux étant obligés de contribuer aux charges du ménage, cette obligation s'étend jusqu'aux dettes. En réalité, lorsqu'un époux s'endette pour les charges du ménage[1030], cela suppose qu'il est dans l'impossibilité de pouvoir aux besoins en question. C'est justement dans ce cadre que s'inscrit la proportionnalité dans la contribution aux charges du ménage. L'impécuniosité de l'un des époux ne doit pas être un frein pour la satisfaction des besoins du ménage. La solidarité des dettes ménagères est donc un corollaire de la contribution aux charges du ménage. On comprend alors la raison qui fonde le pouvoir donné à chaque époux d'engager les biens de son conjoint. Cependant, la personne humaine est naturellement poussée à l'excès.

413. Une possible brèche ouverte à l'inégalité entre époux. La solidarité sur les dettes ménagères peut être perçue comme une inégalité puisqu'en réalité, il est fait beaucoup plus appel à la contribution de l'un que de l'autre. Par contre, si on s'en tient à la capacité contributive de chaque époux, on peut bien estimer qu'il ne s'agit point d'une inégalité. L'égalité est ici dans la proportion. Mais la question se pose lorsque, après avoir

---

[1027] *Cf*. art. 179 du CPF.
[1028] *RTD Civ*. 2007, p. 617, obs. B. Vareille ; Civ. 1ere, 4 juin 2007, *D*. 2007. 1790, obs. P. Guiomard ; *AJ fam*. 2007. P. 403, obs. F. Chénedé ; *RTD civ*. 2006, p. 811, obs. B. Vareille.
[1029] La solidarité est une exception en droit civil. En effet, il est exceptionnel qu'une dette contractée par une personne oblige une autre personne solidairement ; B. VAREILLE, « Régime des dettes », *préc*.
[1030] Pour l'étendue du contenu des dettes ménagères, B. VAREILLE, *art. préc.* ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 81.

fixé la contribution de chaque époux aux charges du ménage, d'autres besoins naissent et que l'époux impécunieux engage les biens de son conjoint en vertu de la solidarité des dettes ménagères. Il semble bien qu'en définitif, il serait délicat d'établir l'égalité dans la solidarité autour des dettes ménagères.

414. L'égalité restaurée par la possibilité de compensation entre époux. Au demeurant, il existe des mécanismes de compensation entre époux et dès lors, même si les biens de l'un des époux sont poursuivis par les créanciers au nom des dettes ménagères, le *solvens* pourra après avoir payé les créanciers, rechercher une contribution de l'autre conjoint. Ainsi, l'égalité serait rétablie entre époux et la solidarité des époux sur les dettes ménagères deviendrait un simple mécanisme destiné à protéger leurs créanciers[1031]. L'égalité entre époux en droit est donc effective en ce qui concerne le paiement des dettes ménagères à la condition du recours possible contre celui qui a engagé le patrimoine de son époux. Mais en pratique, il serait difficile de poursuivre le patrimoine de l'autre conjoint en temps de paix pour une compensation des dettes payées.

Tout comme la vie en mariage entraîne des conséquences sur les biens des époux, la fin de vie a également des conséquences sur leurs biens.

§ 2. L'ÉGAL DROIT DES EPOUX DANS LES SUCCESSIONS *AB INTESTAT*

415. Un bref rappel. Il fut un temps au Bénin où l'inégalité régnait sur les successions. Pendant cette période, l'inégalité dont il était question portait sur une certaine mise à l'écart des femmes mariées du champ des successions par le droit coutumier. Il ne s'agissait d'ailleurs pas des veuves uniquement. Le conjoint survivant n'a aucun droit dans la succession du conjoint décédé. La règle est édictée par l'article 256 du Coutumier du Dahomey qui indique que « *le mode de réparation des biens particuliers varie avec les coutumes ; la règle générale est que seuls héritent les descendants mêmes du défunt (les filles héritent toujours des pagnes, parures et ustensiles de ménage)* »[1032]. Parallèlement, en raison du pluralisme juridique qui prévalait, le Code civil français rendu applicable au Bénin limitait le droit du conjoint survivant qui ne peut qu'avoir l'usufruit en présence de

[1031] La solidarité entre époux est d'un grand intérêt pour les créanciers du couple car elle est, pour eux, non seulement une affaire de preuve mais aussi une question de gage ; B. VAREILLE, *art. préc.,* n° 112.35 ; les créanciers peuvent engager, d'une part, l'ensemble des biens des deux époux pour avoir le paiement de la dette née du chef de l'un d'eux et, d'autre part, les biens de chacun des deux époux peuvent être poursuivis pour payer la totalité de la dette ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.,* n° 81.
[1032] *Cf.* art. 256 du Coutumier du Dahomey.

certains héritiers[1033]. Mais il ne s'agissait pas de l'exclusion de la femme de la succession de son époux. Le conjoint survivant avait les mêmes droits qu'il s'agisse de la veuve ou du veuf.

416. Plan. Le Code des personnes et de la famille a révolutionné le droit de la succession *ab intestat* en donnant la vocation successorale universelle au conjoint survivant en même temps qu'il consacre l'égalité dans la dévolution successorale. Après l'examen de la vocation successorale universelle du conjoint survivant (A), il sera analysé l'égalité du conjoint dans la dévolution successorale *ab intestat* (B).

A. La vocation successorale universelle de la femme consacrée

417. Plan. L'égalité dans la vocation successorale s'observe de deux manières. Le conjoint survivant a désormais la vocation successorale. Si autrefois les conjoints furent considérés comme étrangers l'un à l'autre et par conséquent exclus de la succession, le Code des personnes et de la famille consacre la vocation successorale du conjoint survivant qui est d'ailleurs devenu un héritier réservataire. La femme n'est plus un bien successible.

Après avoir examiné la condition qui fut celle de la veuve comme étant un bien successible, l'analyse sera consacrée au droit de succession accordé au conjoint survivant.

418. L'élévation de la veuve au rang de successible. Autrefois, la veuve rangée, à quelques titres, comme un bien successible en droit traditionnel[1034] est élevée en successible[1035]. L'article 162 du Coutumier juridique prévoyait que « *la femme, après la mort de son mari, est généralement héritée. Elle épouse l'héritier naturel de son mari, sauf le frère aîné (pour toutes les coutumes côtières), dès que les secondes funérailles sont faites. Jusqu'à ce moment, elle était censée, en effet, être restée l'épouse du défunt* ». Il s'agit du lévirat. L'institution du lévirat permettait manifestation d'observer que la femme était un bien successible en droit traditionnel. La femme n'est plus un bien dont on peut hériter.

[1033] *Cf*. art. 767 du Code civil français rendu applicable au Bénin ; A. N. GBAGUIDI, *Pluralisme juridique et conflit de lois en Afrique noire francophone*, Thèse, Bordeaux IV, 1998, p. 139.

[1034] *Cf*. art. 162 du Coutumier du Dahomey : « *la femme, après la mort de son mari, est généralement héritée. Elle épouse l'héritier naturel de son mari, sauf le frère aîné (pour toutes les coutumes côtières), dès que les secondes funérailles sont faites. Jusqu'à ce moment, elle était censée, en effet, être restée l'épouse du défunt* ».

[1035] A. SOW-SIDIBÉ, *Le pluralisme juridique en droit sénégalais des successions ab intestat*, Thèse, Paris, 1987, p. 77. L'auteur pense que le conjoint survivant rattaché au défunt par un lien d'alliance, est également un héritier.

419. La consécration du droit du conjoint survivant à la succession. Selon l'article 256 du Coutumier du Dahomey, « *le mode de réparation des biens particuliers varie avec les coutumes ; la règle générale est que seuls héritent les descendants mêmes du défunt (les filles héritent toujours des pagnes, parures et ustensiles de ménage)* »[1036]. On comprend par cette prescription que l'héritage passe aux descendants et se transmet ainsi en raison du lien de sang. Le Code des personnes et de la famille a établi un droit de la famille qui ne tient plus uniquement compte des descendants comme les seuls héritiers. L'article 604 du Code des personnes et de la famille dispose que « *les successions sont dévolues aux enfants et descendants du défunt, à ses ascendants, à ses parents collatéraux et à son conjoint survivant selon la ligne et le degré des héritiers dans l'ordre et suivant les règles ci-après fixées* »[1037]. Le conjoint survivant, qu'il s'agisse de la veuve ou du veuf ont désormais une part dans la succession.

420. L'indifférenciation sur le sexe du conjoint survivant. La loi ne fait aucune différence de sexe dans le partage de la succession. Quel que soit le sexe du premier époux décédé, le survivant recueille la même part en proportion que celui qu'aurait recueilli le mourant dans sa succession[1038]. Le veuf ou la veuve a donc les mêmes droits dans la succession de son époux prédécédé. Il est précisé dans le Code des personnes et de la famille le droit du conjoint survivant selon qu'il se trouve en concurrence avec d'autres personnes ou pas. L'article 632 du Code des personnes et de la famille dispose que « *lorsque le défunt laisse des enfants, le conjoint survivant a droit au quart de la succession* »[1039]. Également, l'article 633 précise que la part du conjoint survivant lorsqu'il est en concurrence avec les ascendants et les collatéraux ou l'un seulement d'eux comme suit : « *lorsqu'à défaut de descendants, le défunt laisse des ascendants et/ou des collatéraux, son conjoint survivant a droit à la moitié de la succession* »[1040]. La loi prévoit aussi le cas où le conjoint survivant peut hériter de la totalité des biens de son conjoint décédé à l'article 634 du Code des personnes et de la famille qui dispose qu'« *à défaut de descendants et de parents au degré successible, la succession est dévolue en totalité au conjoint survivant* »[1041].

Les époux ont désormais les mêmes parts dans la succession au Bénin. Cette égalité se manifeste par l'indifférenciation sur le sexe du conjoint survivant dans la dévolution

---

[1036] *Cf*. art. 256 du Coutumier du Dahomey.
[1037] *Cf*. art. 605 du CPF.
[1038] *Cf*. art. 630 à 634 du CPF.
[1039] *Cf*. art. 632 du CPF.
[1040] *Cf*. art. 633 du CPF.
[1041] *Cf*. art. 634 du CPF.

successorale et sur la succession de leur enfant en cas de prédécès. En plus d'être successible, l'égalité est instaurée entre le mari et la femme dans la dévolution successorale.

B. L'égalité dans la dévolution successorale consacrée

421. L'égalité dans le partage de la succession de leur descendant. L'égalité des époux au sujet de la succession se poursuit également dans la part échue à chaque époux lorsqu'il y a prédécès d'un enfant du couple. Il est bien vrai que la succession d'un enfant ne devrait pas revenir à ses parents car le décès d'une personne dont les parents sont encore en vie est une situation spéciale. Et l'expression y consacrée en est expressif. Il s'agit de prédécès. Aux termes des dispositions de l'article 622 du Code des personnes et de la famille du Bénin, « *si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendants d'eux, la succession se divise par moitié entre les ascendants de la ligne paternelle et ceux de la ligne maternelle. L'ascendant qui se trouve au degré le plus proche recueille la moitié affectée à sa ligne, à l'exclusion de tous autres. Les ascendants au même degré se succèdent par tête* »[1042]. Les parents se trouvent ainsi à égalité dans le partage de la succession de leur descendant lorsqu'ils se trouvent au même degré. L'article 623 alinéa 1er du Code des personnes et de la famille va dans le même sens qu'il dispose que « *lorsque les père et mère d'une personne morte sans postérité lui ont survécu, si elle a laissé des frères, sœurs ou descendants d'eux, la succession se divise en deux portions égales, dont moitié seulement est déférée au père et à la mère qui la partagent entre eux également* »[1043]. Même au cas de prédécès, les époux ont les mêmes droits et en pratique, ce partage n'est pas assez difficile et l'égalité semble bien atteinte sur ce point. L'égalité des conjoints dans la succession peut prendre d'autres virages en cas de pluralité d'épouses.

422. L'égalité entre veuves en cas de pluralité d'épouses. Avant 2004, la polygamie avait légalement cours au Bénin. Dès lors, certains hommes se sont unis, sous les prescriptions coutumières, en célébrant un mariage polygamique. Or dans le mariage coutumier, les femmes n'ont pas le droit à l'héritage de leur défunt époux. La question se pose alors de savoir si, malgré leur statut de base, la nouvelle loi leur permet d'avoir le droit à la succession. Elles ont, de toute évidence, le droit à la succession puisque la nouvelle loi régit les situations en cours. On peut espérer que les veuves accèderont à la succession de leur défunt époux.

[1042] *Cf*. art. 622 du CPF.
[1043] *Cf*. art. 623 al. 1er du CPF.

Cependant, la question de la part dévolue à chacune des veuves dans la succession du conjoint décédé, en cas de pluralité d'épouses, se pose. L'égalité entre elles supposerait-elle que la part de la succession dévolue au conjoint survivant se partage entre elles à égalité ou chacune d'elles aura droit à la part réservée au conjoint survivant dans la succession globale ? L'esprit de la loi ne serait point de diminuer la part des descendants au profit des conjoints survivants. Il ne doit leur revenir que la part dévolue au conjoint survivant lorsqu'il est unique. C'est ainsi que, par exemple, le quart dévolu au conjoint survivant en concurrence avec les descendants leur reviendrait. Cette portion de la succession se partagera alors entre elles à égalité. La loi ne l'a pas prévu de façon expresse, mais il paraît que son esprit ne devrait pas être très éloigné de cette conception de l'égalité entre conjoints survivants.

Un autre problème peut se poser en cas de pluralité d'épouses. Cette question peut paraître banale mais elle trouve son importance dans le contexte béninois. Il s'agit du cas du prédécès d'un des enfants dans une famille polygamique. En général, dans une telle famille, les enfants considèrent toutes les épouses de leur père comme leur mère et les traitent ainsi et inversement. Dans ce cas de figure, pourrait-on s'attendre à ce que chacune des épouses du père vienne à la succession de l'enfant prédécédé en se partageant à égalité la part normalement dévolue à la mère de l'enfant ? Ou peut-être se partageront-ils tous la part dévolue aux ascendants à part égale ? Ainsi par exemple, si le mari à trois épouses, la famille sera ainsi composée de quatre ascendants. La part dévolue aux ascendants sera-t-elle partagée en quatre portions égales ? Cette conception de la famille semble ne pas être celle que prône le Code des personnes et de la famille. Les ascendants visés par l'article 604[1044] du Code des personnes et de la famille sont ceux qui ont un lien juridique avec la personne. L'épouse du père ne peut donc pas avoir un droit successoral dans la succession d'un enfant d'un autre lit. Cette réponse est applicable à l'enfant adultérin à patre ou à matre qui ne peut prétendre a aucun droit dans la succession du conjoint de son auteur.

La loi a fait le pas, en intégrant l'égalité entre conjoints à propos de la succession. Cependant, la pratique et la conception générale de certaines femmes risquent d'être un frein à l'égalité sur la succession. Plusieurs éléments compliquent la succession de la veuve au Bénin.

423. Le poids social obstacle à l'effectivité de la loi. En pratique, la société tend à écarter la veuve de la succession. La plupart des femmes n'ont pas fait le mariage

[1044] *Cf.* art. 604 du CPF : « *les successions sont dévolues aux enfants et descendants du défunt, à ses ascendants, à ses parents collatéraux et à son conjoint survivant selon la ligne et le degré des héritiers dans l'ordre et suivant les règles ci-après fixées* ».

moderne ; l'union a été scellée sous le sceau du Coutumier juridique. Dès lors, beaucoup, pour n'avoir pas fait le passage devant l'officier de l'état civil, doutent de la validité de leur union. Or la valeur juridique de leur union est bien reconnue par le législateur béninois[1045] et ainsi, les veuves devraient pouvoir se prévaloir de la légalité de leur mariage afin de revendiquer leur droit à la succession en tant que conjoint survivant. Par ailleurs, il leur est souvent difficile de saisir le juge pour revendiquer leur droit à la succession. Et même en général, il est prouvé que celles qui sont légalement mariées ne saisissent pas les juridictions compte tenu du poids social.

424. L'illégitimité de la succession ressentie par certaines femmes. Un autre élément qui freine l'effectivité de la loi est la conception des femmes elles-mêmes qui pensent qu'il est anormal qu'une femme hérite des terres[1046]. Il y a encore une bonne majorité des femmes qui s'interdisent par elles-mêmes le bénéfice de la succession. Elles considèrent que la succession, surtout foncière n'est pas réservée à la femme en considération au rôle traditionnel de l'homme dans la société. D'autres par contre, se voient écartées en raison de la tradition[1047].

Cependant, dans la majorité des cas, les femmes surtout les veuves héritent déjà des biens meubles et immeubles au Bénin. L'égalité entre l'homme et la femme est ainsi réalisée à ce sujet, ne serait-ce que par l'œuvre de la loi. Les règles de la succession *ab intestat* peuvent ainsi entrer dans le noyau dur de l'égalité en droit béninois de la famille.

[1045] *Cf.* art. 1018 du CPF : « *les dispositions du présent Code s'appliquent aux actes et faits juridiques postérieurs à son entrée en vigueur ainsi qu'aux conséquences que la loi tire des actes et faits antérieurs ayant créé une situation juridique régulière au regard de la coutume et de la loi* ».

[1046] L'enquête menée révèle que dans certains milieux, certaines femmes réprouvent elles-mêmes l'idée que les femmes puissent hériter des immeubles. C'est surtout en milieu adja que cette conception est encore maintenue. On aurait pu imaginer que le niveau d'étude scolaire ou le lieu de résidence des individus aurait pu avoir une incidence notable sur la question. Cependant, il est étonnant de rencontrer en pleine ville à Abomey-Calavi des étudiantes qui trouvent légitime que les femmes soient écartées de la succession. Sur les 1000 personnes questionnées, 475 ont répondu positivement à la question de savoir si une femme peut hériter des immeubles au même titre que les hommes. Voy. annexe I question 9.

[1047] M. JEUGUE DOUNGUE, « La garantie des droits de la femme par le protocole de Maputo comme condition du développement durable en Afrique », *RTDH*, 2014, n° 99, p. 587.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

425. Au terme de l'étude des relations personnelles et pécuniaires des époux durant le mariage, on peut affirmer que l'égalité est établie entre eux. Si jadis, les époux avaient des obligations différentes dans le Coutumier comme dans le Code civil français rendu applicable au Bénin, cette catégorisation a perdu toute sa valeur. L'évolution du droit de la famille à la lumière du principe d'égalité est alors assez nette au sujet des relations personnelles et pécuniaires examinées et il est possible de reconnaître, sans aucun doute, que ces éléments étudiés entrent dans le noyau dur de l'égalité en droit de la famille au Bénin.

S'agissant des relations personnelles des époux, la pleine capacité juridique distincte de chacun d'eux est consacrée. De même, il est organisé une union personnelle égalitaire entre eux. La femme a acquis la pleine capacité juridique, au lieu d'être une « *éternelle mineure* »[1048] soumise à l'obéissance à son mari. Il n'existe plus en droit béninois la puissance maritale sur laquelle s'alignait le pouvoir de chef de famille. La famille béninoise est ainsi devenue une famille sans chef ou une famille à deux chefs. Aussi la division des rôles au sein du ménage a-t-elle été délaissée par la création d'une union égalitaire entre époux qui ont désormais des obligations mutuelles et des fonctions conjointes. Les obligations mutuelles des époux sont celles qui appellent la participation réciproque de ceux-ci. On peut aussi constater que les époux sont obligés de la même manière à une communauté de vie, de lit et de toit, au devoir de respect et de fidélité, d'assistance et de secours. Les fonctions conjointes des époux quant-à elles ont rapport à l'attribution et à l'exercice de l'autorité parentale tant sur la personne de leurs enfants mineurs que sur ses biens. Il ne s'agit plus d'une puissance paternelle qui prive l'épouse du devoir naturel d'orienter l'enfant. L'attribution de l'autorité parentale varie uniquement suivant la nature de la filiation de l'enfant.

Parallèlement aux droits et aux obligations dont les époux ont la charge dans les relations personnelles, ils ont les mêmes droits et les mêmes obligations dans les relations pécuniaires. Dans le régime matrimonial de droit commun comme dans la succession *ab intestat*, les époux sont désormais traités à égalité. On constate que l'égalité entre les époux dans les relations pécuniaires fait appel à des proportions. Le régime matrimonial de droit commun fait référence à une égalité proportionnelle comme les règles de la succession *ab intestat* qui prescrivent une part donnée dans la succession du *de cujus*.

[1048] G. RIPERT et F. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Paris, LGDJ, t. 1, 1952, n° 2143.

CONCLUSION DU TITRE II

426. Le droit de la famille a connu une évolution remarquable au Bénin. Á travers, d'une part, l'unification du droit applicable et la suppression des options matrimoniales, et d'autre part, l'uniformisation des règles qui régissent les relations des époux, le noyau dur de l'égalité en droit de la famille est obtenu. Cette transformation du droit au Bénin est due à l'interaction de nombreux facteurs internes et internationaux. Au plan international[1049], le Bénin a ratifié d'importantes conventions qui prônent la promotion des droits des femmes et l'égalité entre l'homme et la femme dont l'influence a été déterminante dans l'élaboration du Code des personnes et de la famille. Au plan interne, il y a eu surtout la veille de la Cour constitutionnelle du Bénin. On peut alors affirmer que les éléments étudiés forment le noyau dur de l'égalité en droit de la famille.

L'effectivité du droit de la famille est une autre préoccupation et ne saurait être prise en compte pour examiner le noyau dur de l'égalité en droit béninois de la famille. La loi a posé les principes de base du fonctionnement de la famille pour le bonheur de ses membres. Il faut ainsi comprendre que « *la famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité* »[1050]. Les couples peuvent donc concevoir autrement leurs relations, en général, le droit ne les rattrape qu'en cas de différends.

Il en est d'ailleurs souvent le cas en ce qui concerne les relations pécuniaires des époux pour lesquelles ils peuvent faire des conventions spéciales ; l'essentiel pour eux est de respecter les bonnes mœurs, l'ordre public et le régime impératif établi. L'écart entre le droit et le vécu des citoyens peut aussi s'expliquer du fait des couples qui sont en transition vers le nouveau droit. Ces couples ont des particularités dans la mesure où, le nouveau droit a tendance à remettre en cause leurs droits acquis sous l'ancien régime. C'est un problème général né de l'application d'une nouvelle loi qui bouleverse le droit antérieur. L'abrogation dogmatique ne pouvant pas coïncider toujours avec l'abrogation sociologique[1051] car la croyance en la légitimité de la norme abrogée peut être très forte. La pratique n'est donc pas aisée.

[1049] La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant adoptée en juillet 1990 signée par la République du Bénin le 27 février 1992 et ratifiée en février 1997, le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des Femmes ratifié par le Bénin le 30 septembre 2005 et au plan universel, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques *et le* Pacte international aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, tous entrés en vigueur au Bénin le 12 juin 1992 ; la Convention relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur le 2 septembre 1990 et la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes de 1995.

[1050] J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 1979, p. 171.

[1051] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, 2e éd., PUF, 2004, p. 358.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

427. L'état actuel du droit béninois de la famille est marqué par deux constats majeurs : le maintien de l'inégalité entre époux sur certaines questions et la consécration de l'égalité entre époux sur d'autres.

S'agissant du maintien de l'inégalité entre époux en droit béninois de la famille, l'option du syncrétisme juridique est en le principal vecteur. La grande importance accordée à certaines institutions du droit coutumier a conduit à la transposition de celles-ci dans le Code des personnes et de la famille en violation de l'égalité au sein de la famille. Le nom de l'enfant, le nom de la femme mariée, la nationalité, le délai de viduité, le domicile conjugal, la dot sont des questions sur lesquelles aucune égalité en droit n'est envisagée pour le moment. Ce maintien de l'inégalité en droit de la famille s'est, en quelque sorte, imposé au législateur. La conséquence du syncrétisme juridique est d'avoir établi une loi en contradiction avec l'esprit général des lois tiré de l'ordre juridique.

Au demeurant, ces mesures prévues sont d'une efficacité certaine en raison de ce qu'ils sont pour la plupart des règles de droit et non des droits individuels. Le nom et la nationalité de l'enfant échappent par exemple à la volonté de la mère. Le nom du père est attribué automatiquement à l'enfant. Il en est également ainsi de la règle imposant le délai de viduité et ses modulations auxquelles la femme ne peut échapper en cas de remariage.

Concernant la consécration de l'égalité entre époux en droit béninois de la famille, les mutations sociales constatées, l'influence des conventions relatives aux droits de l'homme ratifiées par le Bénin et le regard bienveillant de la Cour constitutionnelle en ont été le socle. Le droit béninois de la famille a ainsi établi un ensemble de relations qui met en avant l'égalité des époux en procédant par l'unification du droit de la famille, la suppression de la polygamie, la suppression de la puissance maritale et paternelle, la suppression des rôles stéréotypés des époux, l'élévation des époux au rang de successible *etc*. En conséquence, le texte de la loi respecte au mieux l'esprit de la loi tiré de l'ordre juridique et consacre l'égalité qui est un principe constitutionnel entre époux.

Cependant, l'effectivité des règles du noyau dur de l'égalité en droit de la famille peut être atténuée en raison des changements de pratiques auxquelles elles appellent. On peut dans cette mesure constater que les époux continuent d'exercer la puissance maritale et paternelle, les veuves sont encore écartées de la succession *ab intestat*, la femme mariée continue de s'occuper entièrement des tâches ménagères et l'époux demeure le principal pourvoyeur des besoins financiers de la famille.

Après l'analyse du droit de la famille dans son état actuel, on peut conclure que l'intégration du principe d'égalité dans le droit de la famille est un processus. L'égalité en droit de la famille serait réduite à un domaine ciblé pour l'instant et ainsi tout un ensemble de matières comprises dans le droit de la famille y sont soustraites. Au demeurant, le respect de l'égalité en droit de la famille s'insère dans un avenir, bien proche. Le droit béninois de la famille est en pleine transformation et il ne saurait s'arrêter en de si bon chemin. Son avenir s'annonce remarquablement au sujet du principe d'égalité en droit de la famille qui sert de base à la revendication de droits nouveaux issus de la modernité.

SECONDE PARTIE :
LE DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE SOUS LE PRISME DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ : *DE LEGE FERENDA*

« *Pour découvrir les meilleures règles de société qui conviennent aux Nations, il faudrait une intelligence supérieure, qui vît toutes les passions des hommes et qui n'en éprouvât aucune, qui n'eût aucun rapport avec notre nature et qui la connût à fond, dont le bonheur fût indépendant de nous et qui pourtant voulu bien s'occuper du nôtre ; enfin qui, dans le progrès des temps se ménageant une gloire éloignée, pût travailler dans un siècle et jouir dans un autre* »[1052].

428. Une mutation sociale observée. Des formes variées de vie en couple se revendiquent. Si à l'origine, seules les personnes de sexes opposés se mariaient, les personnes du même sexe aussi veulent de nos jours à se marier, cherchant ainsi à se prévaloir du droit de se marier.

Également, le mariage est devenu la seule forme d'union organisée au Bénin alors que des couples continuent de se former sur la base du versement de la dot. En plus, il y a des personnes qui veulent vivre une vie commune sans se marier, il s'agit des concubins qui refusent de se marier mais cherchent à fonder une famille. Ils se prévalent ainsi du droit de fonder une famille.

Le droit de se marier et de fonder une famille se détache ainsi pour devenir deux droits différents. Or le droit de fonder une famille ne pouvait être détaché du droit de se marier. On supposait en effet que seuls ceux qui sont mariés pouvaient fonder une famille. Il s'agit ainsi d'une remise en cause de la législation familiale, la famille ne se fonde plus ainsi sur le mariage. Les découvertes de la médecine s'ajoutent à cette mutation de la famille pour couronner la remise en cause du droit issu du Code des personnes de la famille de 2004 puisque les couples peuvent chercher à avoir des enfants lorsqu'ils en sont naturellement privés ou les refuser. Aussi bien les couples hétérosexuels mariés que les homosexuels et les concubins hétérosexuels peuvent ainsi chercher à bénéficier des progrès de la médecine qui leur servent de base pour des revendications.

[1052] J. J. Rousseau, *Du contrat social*, par Bruno BERNARDI, Paris, Flammarion, 2012, livre II, chapitre VII, pp. 75-76.

429. La distinction suivant la nature des couples de concubins. Il n'y a pas que les couples hétérosexuels qu'on peut qualifier de concubins. De plus en plus, des couples de personnes du même sexe se constituent et de surcroît, ils revendiquent le mariage. On pourrait ainsi distinguer un couple de concubin hétérosexuel d'un couple de concubin homosexuel. Dès lors, il convient, parlant des couples, de spécifier le type d'union en question – mariage ou concubinage – et s'il s'agit de concubinage, de préciser également la nature de celui-ci.

Lorsque l'union de deux personnes n'est pas célébrée devant un officier de l'état civil, il s'agit de concubinage. Certains auteurs le désignent aussi mariage de fait[1053]. Pour la suite du développement, on choisira de désigner les concubins hétérosexuels par concubins sans autres précisions. La précision sera par contre faite en ce qui concerne les concubins homosexuels. Il faut peut-être aussi apporter une nuance en ce qui concerne les concubinages car il en existe de différentes sortes, indépendamment de leur double nature.

430. Le concubinage adultérin et le concubinage simple. Le concubinage simple désigne des relations continues entre un homme et une femme ou entre deux personnes du même sexe, en dehors de toute communauté d'habitation. Le concubinage adultérin regroupe l'ensemble des unions de fait plus ou moins informelles, précaires ou épisodiques qui se développent en marge de la vie conjugale. Elle est aussi désignée sous le vocable de *stuprum*[1054]. Le concubinage adultérin ne peut se qualifier que par rapport à une union légale. C'est dire concrètement que si une personne s'engage dans deux concubinages, on ne peut parler d'adultère. Autrement dit, lorsqu'une personne libre de tout engagement légale organise plusieurs concubinages, il n'y a non plus d'adultère. La raison même d'être d'un concubinage est la liberté. Il ne devrait donc pas avoir une exigence de fidélité. Seule l'existence d'une première union légale qualifie la seconde d'adultère. Toutes les sociétés ont connu le concubinage[1055] simple même si le concubinage adultérin reste un phénomène parfois condamné. Si la réprobation sociale du concubinage adultérin paraît bien profonde, ce phénomène perdure.

431. Le rapport du droit de la famille au temps. Comme l'a affirmé le Doyen Carbonnier « *la famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un*

[1053] L. LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé*, Thèse, préf. M. Gobert, Paris, LGDJ, 1990, n° 279 ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait », *RTD civ*. 1984, n° 1, p. 390.
[1054] J.-C. JAMES, « Les unions para-matrimoniales en droit Gabonais de la famille », in *Afrique juridique et politique*, vol. 2, n° 1, *La revue du CERDIP*, janv. -juin 2003, p. 46.
[1055] G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Paris, 9è éd., Montchrestien, 2007, n° 44.

instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité »[1056]. La finalité de la famille serait pour ainsi dire de permettre l'épanouissement de chacun de ses membres. Dès lors, le droit de la famille doit suivre l'évolution du temps car il est un droit sensible aux fluctuations de la société. Des données nouvelles sont liées au temps et les besoins nécessaires pour l'épanouissement de chacun varient d'un temps à l'autre. Les modes de vie varient d'un moment à un autre et les aspirations aussi. Avec l'entrée en vigueur du Code des personnes et de la famille, s'il est loisible d'affirmer qu'il y a une amélioration certaine par rapport au Code civil français rendu applicable au Bénin, on peut néanmoins remarquer que cette évolution notable est continuellement éprouvée par le temps et les évolutions de la médecine.

432. Plan. Le droit de la famille nécessiterait donc des aménagements en raison des mutations sociales (Titre I) et des progrès de la médecine (Titre II) afin de satisfaire les revendications légitimes de l'égalité qui s'y reposent.

[1056] J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 1979, p. 171.

TITRE I :
LES MUTATIONS SOCIALES, VECTEUR DE PLUS D'ÉGALITÉ EN DROIT DE LA FAMILLE

433. Une extension souhaitable du droit. « *La vie générale de la société ne peut s'étendre sur un point sans que le droit s'y étende en même temps et dans le même rapport* »[1057]. Les mutations sociales appellent ainsi en général l'extension du droit. C'est sans doute dans le même ordre d'idée que Kouassigan a affirmé que « *le droit, par essence, est lié à la vie sociale* »[1058]. L'évolution de la société africaine est due à plusieurs facteurs dont le principal paraît être la rencontre des civilisations africaines avec celles européennes. La colonisation, et avec elle, son idéologie de faire prévaloir la suprématie du droit colonial sur le droit traditionnel a occasionné le bouleversement des mœurs et des habitudes[1059]. Elle a conduit certains africains à concevoir les comportements sociaux des Français comme étant l'idéal ; ce qui n'est pas évident. Cette tendance est toujours d'actualité et un bon nombre d'africains continue de croire que les comportements à l'européenne sont les meilleurs. En conséquence, ils ambitionnent de vivre comme eux.

Á l'heure actuelle, seule la réglementation relative au couple hétérosexuel marié a été faite par le législateur béninois[1060] alors qu'il y a des couples de concubins hétérosexuels et homosexuels qui se multiplient. C'est pour cette raison que le choix est fait de traiter des couples de concubins en soulevant particulièrement la problématique de l'égalité des couples. Mais aussi, l'union de deux personnes implique une certaine communauté de vie qui induit la mise en commun des moyens financiers.

434. Plan. Il sera donc examiné, dans un premier temps, la marche inachevée vers une égalité consacrée dans les différentes formes de couples (Chapitre I) et, dans un second temps, les conséquences embryonnaires d'une égalité consacrée au sein des couples (Chapitre II).

[1057] E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1939, p. 28.
[1058] A. G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire francophone*, Paris, Pedone, 1974, p. 162.
[1059] A. G. KOUASSIGAN, *op. cit.,* p. 13.
[1060] Même si les effets du couple non marié ont été appréhendés transversalement par le législateur de 2004 surtout en ce qui concerne les enfants, il reste que les concubins eux-mêmes ne sont pas encore pris en compte.

CHAPITRE I

LA MARCHE INACHEVÉE VERS UNE ÉGALITÉ CONSACRÉE DANS LES DIFFÉRENTES FORMES DE COUPLES

435. Les homosexuels et les transsexuels face au droit de se marier et de fonder une famille. Les droits de se marier et de fonder une famille sont de plus en plus revendiqués par les couples ayant une orientation homosexuelle ou des couples dont l'un des membres aspire ou a déjà subi une conversion sexuelle. Pour ceux-ci, le droit de se marier ne peut être examiné comme le droit pour les seules couples hétérosexuels de se marier surtout que le droit de se marier n'est pas lié au droit de fonder une famille qui exigerait une possible différence de sexe biologique entre les époux[1061].

436. La problématique de l'égalité. La situation de fait dans laquelle vivent les concubins et qui leur permet d'obtenir des droits égaux à ceux des époux est en général tolérée alors que les homosexuels et les transsexuels sont très critiqués dans leurs revendication du droit de se marier. Les couples de concubins hétérosexuels ont plus de facilité d'accès au mariage mais refusent de le contracter tout en profitant des conséquences du droit de fonder une famille alors que les couples homosexuels sont, pour la plupart, interdit du mariage qu'ils revendiquent avec ardeur.

Il convient alors de vérifier si la différence de sexe est une condition du droit de se marier. Aux termes des dispositions de l'article 23 point 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, « *le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile* »[1062]. Cette disposition suscite deux observations. En premier lieu, elle consacre, à l'instar de l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[1063], le droit de se marier et celui de fonder une famille qui n'ont pas les mêmes contenus. Le droit de fonder une famille serait le droit de procréer tandis que le droit de se marier peut s'exprimer par le

---

[1061] C'est le principe dégagé par l'arrêt de la Cour EDH, grande chambre, 11 juill. 2002, n° 28957/95, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni,* § 98-100.
[1062] *Cf*. art. 23 point 2 du PIDCP.
[1063] *Cf*. art. 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui dispose qu'« *à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

refus ou le désir de se marier. En second lieu, elle ne pose pas la condition de la différence de sexe comme condition du mariage.

Or le droit de se marier est souvent considéré comme un droit réservé aux personnes qui ont une orientation hétérosexuelle afin qu'ils puissent fonder une famille. L'article 123 du Code des personnes et de la famille du Bénin qui dispose que « *le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme âgé d'au moins dix-huit (18) ans et une femme âgée d'au moins dix-huit (18) ans, sauf dispense d'âge accordée pour motif grave par ordonnance du Président du tribunal de première instance sur requête du ministère public* »[1064] est ainsi en contradiction avec l'article 23 point 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques sur l'orientation sexuelle des couples appelés à se marier.

L'égalité entre l'homme et la femme devrait normalement conduire à l'interprétation du droit de se marier comme une liberté de se marier quelle que soit l'orientation sexuelle ou la nature du sexe des personnes concernées. Sur cette base, les homosexuels revendiquent le droit de se marier et de fonder une famille, par tous les moyens, y compris par le recours à la Science. Les homosexuels et les transsexuels peuvent ainsi se plaindre de l'inégalité dans les conditions de formation du mariage. Ces revendications ne sont pas encore faites de façon spécifique au Bénin. Par contre, plusieurs États membres du Conseil de l'Europe se sont vus confrontés à de pareilles revendications. Il convient d'envisager ces revendications au Bénin et ses solutions possibles puisque l'ouverture sur le monde faire évoluer les mœurs partout et l'imitation est à la mode.

437. Plan. Si les couples de concubins hétérosexuels peuvent jouir d'une parfaite égalité avec les époux (Section I), la revendication d'égalité poursuivie par les couples de concubins homosexuels ou les transsexuels est très délicate et même virtuelle (Section II).

[1064] *Cf*. art. 123 du CPF.

SECTION 1 :
UNE PARFAITE ÉGALITÉ POUR LES CONCUBINS HÉTÉROSEXUELS

438. Une égalité de droits et d'obligations en dépit de la non-adhésion au statut établi. Le concubinage est une forme de situation de fait qui bénéficie des mêmes effets positifs que la situation de droit qu'il concurrence à savoir le mariage. Certains effets positifs du mariage profitent aux concubins ; ce qui leur permet d'être sur ces points, à égalité avec les époux. L'égalité dont le couple de concubins hétérosexuels est bénéficiaire n'est nullement une égalité consacrée en raison de la situation dans laquelle ils vivent. Mais il s'agit de l'ensemble des droits qui profitent à ceux-ci indépendamment de leur adhésion à un statut établi, le statut d'époux.

439. La perturbation de l'ordre juridique. Comme l'a écrit M. Leveneur, il s'agit de la perturbation de l'ordre juridique positif par des situations de fait[1065]. La perturbation de l'ordre juridique dont il est question vient de « *la contradiction qu'il y a d'une part, à maintenir les règles sur la base desquelles la situation de droit doit être constituée et, d'autre part, à tendre à reconnaître que les individus qui ne respectent pas ces exigences peuvent néanmoins bénéficier des mêmes effets positifs que ceux qui y soumettent* »[1066]. Il s'agit d'une inégalité qui est instaurée entre les couples.

440. Plan. Les concubins, en s'unissant, désirent les effets positifs du mariage. Cependant, il y a des effets négatifs qui, normalement revenant aux époux, appréhendent les concubins hétérosexuels. Si les effets positifs du mariage sont souhaités par les concubins hétérosexuels sous la bannière de l'égalité des couples, les effets négatifs du mariage sont fortement déplorés à l'aune de ce même principe. Les couples de concubins hétérosexuels souhaitent donc être traités à égalité avec les époux en ce qui concerne les droits liés au mariage (§ 1). Cependant, ils rejettent et réprouvent d'être assimilés aux époux en ce qui concerne certains effets du mariage, notamment ses devoirs (§ 2).

[1065] L. LEVENEUR, *Thèse préc.*, n° 258.
[1066] L. LEVENEUR, *op* et *loc. cit.*

§ 1. UNE ÉGALITÉ EN FAVEUR DES CONCUBINS

441. Les domaines concernés. Certains effets du mariage profitent aux concubins hétérosexuels tout comme s'ils étaient mariés. Ces bénéfices sont tant désirés par les concubins alors même qu'ils ignorent le mariage. On observe ainsi que les concubins se confondent largement aux époux au plan social[1067]. Il en est également le cas lorsque le législateur ou le juge accordent les mêmes droits aux personnes unies par des liens de famille différents.

442. Plan. Il convient, en vue de faire ressortir les effets positifs du mariage recherchés par les concubins et qui d'ailleurs leurs profitent, de montrer que le concubinage jouit d'une parfaite égalité de vie sociale (A) et d'une égalité de vie juridique avec le mariage (B).

A. Une parfaite égalité de vie sociale entre concubins et époux

443. Plan. À l'analyse minutieuse des couples hétérosexuels de concubins et des époux, on observe qu'ils jouissent d'une égalité parfaite de vie sociale[1068] en même temps qu'ils ont une large similitude de droit par endroits. Et c'est d'ailleurs cette situation qui fait que certains couples préfèrent vivre en marge du droit en profitant tout de même de certains privilèges consacrés aux époux. La légitimité sociale du concubinage (1) sera examinée avant de monter sa tolérance générale (2).

[1067] J. RUBELLIN-DEVICHI, « L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait », *RTD civ*. 1984, n°s 8-11.
[1068] D. GANANCIA, « Droits et obligations résultant du concubinage », *Gaz. Pal*. 1981, I. p. 16.

1. La légitimité sociale du concubinage

444. La consécration de l'union civile comme mariage. Depuis 2004, le mode légal de formation d'un couple est le mariage civil[1069]. Le Code béninois des personnes et de la famille rejette complètement la validité d'un mariage célébré par le versement de la dot en disposant en son article 142 que « *la dot a un caractère symbolique* »[1070]. C'est vouloir dire que le versement de la dot n'est plus l'élément essentiel de la formation du mariage. Cependant, on ne peut se passer de la dot[1071]. La loi a été plus loin dans sa volonté d'encadrer le mariage dans le cadre strict de la loi. Le Code des personnes et de la famille dispose en son article 126 al 2 que « *seul le mariage célébré par un officier de l'état civil a des effets légaux* »[1072]. Mais, cette disposition ne signifierait-elle pas qu'il existe d'autres formes de mariages ? C'est évident, d'autres modes de conjugalités ont toujours existé et sont connus. Un ensemble d'agissements conforte la légitimité du concubinage en dépit de l'organisation de son statut. En effet, c'est de nouveaux faits qu'il convient d'examiner.

445. Une indifférenciation dans les aides sociales. Dans la politique du gouvernement du Président de la République du Bénin, M. Yayi Boni, il a été initié une prise en charge spécifique pour les femmes enceintes afin de limiter le nombre de décès occasionnés par l'accouchement. Cette mesure a été consacrée par le décret n° 2008-730 du 22 décembre 2008 portant "Institution de la gratuité de la césarienne au Bénin". Cette action vise les femmes qui accouchent sous césarienne auxquelles une prise en charge totale est assurée. La césarienne est ainsi totalement prise en charge et il n'est exigé aucun justificatif de situation de famille pour en bénéficier. Il y a ainsi un traitement égal de situation de famille. Cette aide n'est pas déplorable en soi mais elle ne montre pas la spécificité du mariage et constitue une forme de reconnaissance de la famille hors mariage. Le concubinage s'assimile ainsi au mariage par le vécu social.

[1069] Le Bénin, à l'instar d'autres pays, a connu une phase au cours de laquelle l'État n'organisait pas le mariage mais il fut essentiellement organisé sous l'empire des coutumes et des religions. (J. Carbonnier, Droit civil, t. 1, introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple, Paris, PUF, 2004, n° 386). Pendant que cette phase poursuivait son cours, le Code civil français qui organise le mariage civil a été rendu applicable au Bénin jusqu'en 1958. On observe que trois règles coexistaient et organisaient toutes le mariage ; chacune édictant la forme de vie en couple conséquente. Il y a la règle coutumière, la règle religieuse et la règle de droit qui organisait chacune le mariage. On observait ainsi trois cercles de formalisation du mariage : le mariage coutumier, le mariage religieux et le mariage civil. Avec l'évolution des mœurs (P. RAYNAUD, « Les deux familles. Réflexions comparatives sur la famille légitime et la famille naturelle », in *Aspects du droit privé en fin du 20è siècle - Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, LGDJ, 1986, n° 4, p. 64) et la laïcité de l'État, deux types de mariage ont été privilégiés par le législateur. Il s'agit notamment du mariage coutumier et du mariage civil.

[1070] *Cf.* art. 142 du CPF.

[1071] La dot n'est pas bannie au Bénin car, sur les fiches du mariage, la dot est mentionnée et si elle n'est pas versée à la femme, l'officier de l'état civil ne pourra procéder à la célébration du mariage. Verser la dot n'est pas contre la loi même si son *quantum* n'est pas déterminé.

[1072] *Cf.* art. 126 al. 2 du CPF.

446. Une assimilation des couples par le vécu social. Quelle que soit la forme du concubinage, la similitude au mariage est grande. Les caractéristiques essentielles du mariage sont la communauté de toit, la communauté de lit et la communauté de table. Elles s'observent également dans un concubinage.

Il n'y a également aucune différence quant à la durée de l'union. Un concubinage peut durer aussi longtemps qu'un mariage. Il peut être aussi éphémère. Il est donc difficile, voire impossible, de distinguer dans les faits un couple marié d'un couple de concubin. La frontière sociologique entre ces unions est floue[1073]. La preuve du passage devant l'officier de l'état civil est le seul moyen qui distingue un couple marié d'un couple non marié. C'est donc la formalisation de la déclaration de volonté qui, dans ce cadre, donne au couple un statut juridique, et non pas tant la réalité de leur communauté de vie[1074].

2. La tolérance générale du concubinage

447. L'ancienneté du concubinage. Contrairement en France où la cohabitation hors mariage emportait une réprobation sociale[1075] et c'est par la suite qu'elle s'est banalisée[1076] et est désormais tolérée voire reconnue[1077], elle a toujours été au Bénin un phénomène banal pour la simple raison que la célébration du mariage par l'officier de l'état civil n'était pas indispensable pour sa validité. Si pour les uns, le concubinage est un phénomène récent qu'il conviendrait d'encadrer afin d'en limiter les effets, pour les autres, il est un phénomène très ancien qui mérite d'être élucider pour en encadrer les effets. La question du concubinage devient ainsi particulièrement importante au Bénin car l'habitude est de traiter les concubins comme les époux[1078], du moins socialement et le mariage civil était réservé à quelques couples.

[1073] I. THÉRY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée,* Rapport à la ministre de l'emploi et de la solidarité et au garde des sceaux, Ministre de la justice, La documentation française, Odile Jacob, 1998, p. 141.

[1074] J. SOSSON et N. DANDOY, « La reconnaissance juridique du couple non marié », in J.-L. Renchon et F. Tainmont (dir.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale, acte du colloque de la journée d'étude relative à la cohabitation légale*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, mars 2008, p. 47.

[1075] Le Code civil français rendu applicable au Bénin avait une attitude de combat à l'égard du concubinage. Les concubins et leurs enfants étaient ignorés du législateur ; L. LEVENEUR, *Thèse préc*., n° 279.

[1076] J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les concubinages, mise à jour », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, LGDJ, 1994, p. 389 ; I. THÉRY, *op. cit.,* p. 141.

[1077] P. RAYNAUD, *art. préc.,* n° 17, p. 69.

[1078] *Cf. supra*, n° 33.

Des plus anciens aux plus jeunes, le concubinage est toléré. Il s'observe sous différentes formes et est en évolution[1079]. Ainsi, « *il est indéniable que les modes de conjugalité hors mariage se rapprochent du mariage selon un mécanisme de maillage* »[1080]. Pour les anciens, il s'agissait d'un concubinage avec plusieurs personnes. Un homme organisait en effet une vie de famille avec plusieurs femmes qui se connaissent presque toutes. Mais, avec l'évolution et le resserrement de la conjoncture économique, on observe une nouvelle forme de concubinage.

448. Les données probables sur l'ampleur du concubinage. L'Institut National de Statistique et de l'Analyse Économique (INSAE) n'a fait aucune différence entre couples mariés et non mariés dans son recensement de 2002 et s'est juste contenté de recenser les ménages, les considérants tous comme une situation légale. Le Code des personnes et de la famille est voté après le dernier rapport publié du recensement de la population fait par l'INSAE. Dans cette mesure, il sera difficile de donner la proportion des couples non mariés. Cependant, en faisant une analyse parallèle des données publiées par l'INSAE, on constate qu'il y a une montée du phénomène dit des « *deuxièmes bureaux* » [1081] qui peut être une forme de concubinage adultérin. En plus, le rapport de l'INSAE montre la persistance de la polygamie qui implique 27% des hommes. Á cela s'ajoute le taux des hommes impliqués dans la grande polygamie qui est de 2%. Toutes ces situations sont en dehors du cadre tracé par le Code des personnes et de la famille. Il est donc aisé de les assimiler au concubinage. Il y a donc une grande majorité de la population béninoise impliquée dans le concubinage.

Cette tolérance du concubinage se poursuit donc en marge des réformes importantes opérées par le législateur, même si ce dernier offre par ailleurs, une vie juridique aux concubins.

[1079] En France, le nombre de couples non marié est en forte progression depuis 1968 (314.000). Il a plus que quintuplé en vingt ans (1.707.000 en 1990, soit un couple sur trois pour les générations de 25 à 39 ans et un sur huit dans la population générale). Recensement de la population de 1990, INSEE, 1992.

[1080] F. GRANET-LAMBRECHTS, « Partenariat ou mariage : identité de genre dans les législations européennes », *AJ fam*. 2012. p. 504.

[1081] Voy. Synthèse des analyses du troisième recensement général de la population et de l'habitat de février 2002, p. 22, disponible sur le site [http://www.insae-bj.org/] ; voy. aussi *supra* n^{os} 306 et 307.

B. Une égalité de vie juridique entre concubins et époux

449. Plan. Il est observé dans plusieurs domaines que le concubinage bénéficie des effets juridiques positifs du mariage. Il en est ainsi de la protection assurée aux enfants qui profitent à leurs parents concubins et de la protection assurée au concubin survivant. L'égalité parfaite des concubins et des époux est ainsi obtenue par l'influence de l'égalité des enfants sur les parents concubins (1) et par l'égalité assurée directement par le biais des principes généraux de la responsabilité civile (2).

1. L'influence de l'égalité des enfants sur les parents concubins

450. Les acteurs de l'assimilation des couples. L'égalité des filiations induit la reconnaissance du concubinage[1082]. Deux principaux acteurs contribuent à l'assimilation des concubins aux époux par l'égalité des enfants. Il s'agit du législateur à travers la loi et du juge par la jurisprudence qui confortent parfois la position des concubins en accordant les mêmes effets au concubinage et au mariage.

451. Le fait de la loi. Avec le nouveau droit, l'enfant naturel est assimilé à l'enfant légitime dans les cas où ses parents sont en concubinage simple. D'abord, il réside en général avec ses parents qui ne sont pas liés par d'autres unions. Ensuite, les géniteurs peuvent faire la déclaration conjointe devant le juge des tutelles afin d'exercer en commun l'autorité parentale[1083]. S'agissant des successions, l'article 620 du Code des personnes et de la famille prévoit l'égalité des enfants face aux successions[1084]. Cette disposition suscite deux réflexions.

En premier lieu, l'abstraction faite de l'origine de la filiation implique une connaissance de l'existence de la situation de fait qui est la source de cette filiation par le législateur. Le législateur reconnaît implicitement l'existence du concubinage. Cette consécration est une forme de reconnaissance du concubinage par ses œuvres[1085] qui induit la fragilisation du mariage et consacre une égalité certaine du concubinage avec le

---

[1082] J. RUBELLIN-DÉVICHI, « L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait », *RTD civ.*1984, n° 7.

[1083] *Cf.* art. 413 du CPF : « *l'autorité parentale sur les enfants nés hors mariage est exercée par celui des père et mère à l'égard duquel la filiation est établie. Lorsque la filiation est établie à l'égard des père et mère, l'autorité parentale est exercée par celui qui a la garde de l'enfant. S'il s'élève un conflit entre les père et mère relativement à la garde, le tribunal civil statue en considérant l'intérêt de l'enfant, et les règles de l'article 412 s'appliquent. L'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles* ».

[1084] *Cf.* art. 620 du CPF : « *les enfants, quelle que soit l'origine de leur filiation, jouissent des mêmes droits successoraux, sous réserve des dispositions de l'article suivant* ».

[1085] J. CARBONNIER, « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 265.

mariage par endroits. Tous les enfants ayant ainsi droit à la succession de leur père et mère. Ils ont non seulement l'égale vocation successorale mais ils ont une même part successorale en dehors de l'enfant naturel incestueux qui ne peut avoir ses deux filiations établies[1086]. Il y a ainsi une assimilation totale du concubinage au mariage quant à la succession des enfants.

En second lieu, l'égalité accordée quel que soit le type de filiation n'induirait-elle pas que les concubins jouissent des mêmes considérations que les époux ? Il y a une volonté législative affichée d'attribuer automatiquement le nom du père à tous les enfants dont le père est connu. L'attribution du nom du père à l'enfant s'observe même si le père venait à reconnaître l'enfant plus tard. Il y a ainsi également là une tendance à assimiler les enfants naturels aux enfants légitimes. Le concubinage bénéficie ainsi des privilèges accordés au mariage. De fait, on ne peut distinguer les enfants naturels des enfants légitimes. Cette confusion créée volontairement est une brèche d'égalité avec les époux ouverte aux concubins. L'assimilation des concubins s'observe également dans la jurisprudence.

452. Le fait de la jurisprudence. Quel que soit le lien qui unit les parents, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la ligne directrice qui oriente la décision du juge[1087]. Il décide souvent indépendamment de la relation de famille qui a uni les parents de l'enfant. De fait, on assiste en général à des décisions de justice qui vont dans le même sens : l'attribution d'une pension alimentaire à l'enfant quel que soit le type de relation qui a existé entre ses parents et l'attribution préférentielle de la garde de l'enfant aux femmes[1088]. Il paraît que deux phénomènes sont à la base de cet état de chose. Il s'agit de

---

[1086] *Cf*. art. 621 du CPF : « *l'enfant incestueux n'a de droits successoraux qu'à l'égard du parent qui l'a reconnu conformément à l'article 319 du présent Code* ».

[1087] *Cf*. art. 413 al. 3 du CPF qui dispose que « *s'il s'élève un conflit entre les père et mère relativement à la garde, le tribunal civil statue en considérant l'intérêt de l'enfant, et les règles de l'article 412 s'appliquent* ».

[1088] B. C. TOSSAVI, *La grande d'enfant à la lumière de la jurisprudence béninoise*, Mémoire de DEA, Chaire Unesco des droits de la personne humaine et de la démocratie, Abomey-Calavi, 2010-2011 ; en cas de divorce, la garde de l'enfant est souvent confiée à la mère et le père est condamné au paiement d'une pension alimentaire avec le droit de visite et d'hébergement des enfants : TPI de Cotonou, jugement n° 68-2005 (inédit) ; TPI de Cotonou, jugement n°99-2007, (inédit) ; TPI de Porto-Novo, jugement n° 20-2008 (inédit). En cas de rupture du concubinage, les décisions vont dans le même sens et la mère a, la plupart des cas, la garde de l'enfant est confiée à la mère et le père est condamné au paiement d'une pension alimentaire avec le droit de visite et d'hébergement des enfants : TPI de Parakou, 05 mars 2010 , jugement n° 324/10, (inédit) ; TPI de Ouidah, 12 déc. 2006, Jugement n° 436/06, (inédit) ; Cour d'appel d'Abomey, 18 juillet 2011, jugement n° 44/11-EP, (inédit) ; TPI d'Abomey-Calavi, 10 octobre 2010, jugement n° 016, (inédit) ; TPI d'Abomey-Calavi, 12 août 2010, jugement n°009, (inédit) ; TPI de Cotonou, 10 juin 2010, jugement n° 57/2010, (inédit) ; TPI de Porto-Novo, 27 mars 2008, jugement n° 006/B/R2/08, (inédit). Il arrive cependant des cas où la garde de l'enfant est confiée au père et, en général, sans aucune condamnation de la mère au paiement d'une pension alimentaire et il lui accordé un droit de visite et d'hébergement des enfants. Les exemples sont rares. Par exemple en cas de divorce, TPI de Lokossa, 21 décembre 2000, n° 1035/00 (inédit) ; en cas de rupture du concubinage, TPI d'Abomey-Calavi, 28 octobre 2010, jugement n° 015 (inédit).

la montée en force des droits de l'homme et de la protection accrue de l'intérêt des enfants dans tous les cas.

L'individualisation occasionnée par l'intégration des droits de l'homme tend à saper les fondements du mariage et chaque membre du couple est traité indépendamment de sa situation de famille. Le culte de l'enfant aussi conduit à la recherche d'une protection maximale de l'enfant. Ces deux facteurs combinés dénudent en partie le mariage. Á titre comparatif, on peut dire qu'« *il n'existe plus en Europe et dans les systèmes juridiques anglo-américains d'effet de mariage inaccessibles sans mariage formel* »[1089].

Si les enfants peuvent servir de fondement pour faire bénéficier indirectement certains droits à leurs auteurs concubins, ces derniers obtiennent désormais directement des droits identiques avec les époux en raison de leur concubinage.

2. Une égalité assurée directement aux concubins par le biais des principes généraux de la responsabilité civile

453. L'indemnisation en raison de la rupture par accident du concubinage. La manifestation de la reconnaissance directe du concubinage s'est observée à diverses occasions devant le juge. En général, lorsque le concubinage vit, le juge n'est point saisi. Au demeurant, en cas de rupture pour cause d'accident ou d'abandon, le concubin survivant ou délaissé ne manque pas de saisir le juge. Á diverses reprises, la Cour de cassation française a eu l'occasion de se prononcer sur la question de la réclamation par un concubin de l'indemnisation du dommage résultant du décès de son autre concubin dans un accident de la circulation[1090]. Le concubin demandeur invoquait l'article 1382 du Code civil pour revendiquer l'indemnisation de son dommage tant moral que matériel. On pouvait justement croire qu'il était question de la mise en œuvre de la responsabilité civile d'une personne et ainsi conclure que cette demande n'est pas fondée sur la situation du concubinage de la personne concernée. Cependant, celui-ci était tenu d'établir, outre la faute du tiers et le lien de causalité entre la faute et le dommage prétendu, le caractère licite et certain de son dommage[1091]. La relation hors mariage posait ainsi la question de la licéité du dommage.

[1089] R. FRANK, « Mariage et concubinage, réflexion sur le couple et la famille », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, études offertes à Jacqueline Rubellin-Dévichi*, Paris, Litec, 2002, p. 6.

[1090] J. VIDAL, « L'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage », *JCP* 1971, I, 2390, n° 4 et s.

[1091] N. JEANMART, *Les effets civils de la vie commune hors mariage*, Bruxelles, Larcier, 1986, p. 167.

454. La problématique de la licéité du dommage. Appréciant au départ au cas par cas licite ou non une relation hors mariage, et accordant le cas échéant une indemnisation au concubin survivant, la Cour de cassation a fini par rendre un arrêt de principe dans lequel elle considère qu'une relation hors mariage, même adultérine, appartient à la vie privée des individus, de sorte que l'auteur du dommage ne peut invoquer le caractère illicite de cette relation pour échapper à ses responsabilités[1092]. Malgré diverses critiques, le principe semble définitivement acquis. La jurisprudence est aujourd'hui fixée par un arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970 : le concubin survivant est en droit d'invoquer l'article 1382 à l'encontre du tiers responsable de l'accident qui a causé la mort de son compagnon, sans que l'on puisse lui opposer le caractère non juridique du concubinage[1093]. Le concubin est ainsi assimilé aux proches du défunt auxquels il est reconnu le droit à réparation d'un dommage par ricochet[1094]. La reconnaissance du concubinage par le juge s'observe également après sa rupture volontaire.

455. La reconnaissance du concubinage dans la gestion de sa rupture volontaire. Par principe, la rupture du concubinage est libre[1095]. Chacun des compagnons est libre d'en prendre seul l'initiative. La rupture unilatérale du concubinage est légitime. La liberté qui est de l'essence de ce type d'union en marque l'entrée autant que la sortie[1096]. Cependant, ce principe a depuis longtemps été atténué par certains tempéraments. Le concubin délaissé peut dans certaines circonstances trouver un droit à réparation en raison du principe de la responsabilité délictuelle tiré de l'article 1382 du Code civil. La victime de l'abandon est en droit de demander une indemnité pour le dommage que lui cause cette rupture. Mais il faut bien que la victime prouve la faute de l'auteur de l'abandon. Cette faute ne consiste pas dans le fait brut de la rupture, mais elle doit plutôt être une faute indépendante de la rupture[1097] puisqu'il ne peut pas avoir de rupture fautive du concubinage[1098].

[1092] J. VIDAL, *art. préc*., n° 1.
[1093] Cass. ch. mixte, 27 févr. 1970, *D*. 1970 ; J. Carbonnier, *Droit civil, t. 1,* n° 649, p. 1460 ; J. VIDAL, *art. préc*., n° 2 ; D. HUET-WEILLER, « "L'union libre" (La cohabitation sans mariage) », in *The American journal of comparative law*, vol. XXIX, 1981, p. 259.
[1094] J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 2, la famille, les biens, les obligations,* Paris, PUF, 2004, n° 1123, p. 2274 ; J. VIDAL, *art. préc*., n° 4.
[1095] G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Paris, 9è éd., Montchrestien, 2007, n° 48, p. 92 ; J. RUBELLIN-DÉVICHI, « L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait », *RTD civ*. 1984, n° 15 ; D. HUET-WEILLER, *art. préc*., n° 2, p. 261.
[1096] Depuis le vote du Code des personnes et de la famille du Bénin, une nouvelle forme d'égalité s'établit entre époux et concubins au sujet de la liberté de la rupture du lien. Les époux peuvent désormais organiser la rupture du mariage. Il s'agit du divorce par consentement mutuel prévu par les articles 221 et s. du CPF.
[1097] G. CORNU, *op. cit.,* n° 44, p. 92.
[1098] J. RUBELLIN-DÉVICHI, « L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait », *RTD civ*. 1984, n° 16.

La jurisprudence admet que cette faute peut résulter à l'origine d'un comportement répréhensible[1099] – séduction dolosive, promesse de mariage, contrainte, abus d'autorité – [1100] de l'auteur. Elle admet aussi que les éléments de la faute peuvent être puisés non dans le comportement originaire du concubin, mais dans son attitude finale[1101]. L'abandon avec charge d'enfant, la violence ou la brutalité exercée pour obtenir la rupture peuvent constituer la faute de l'auteur. Cela se double parfois d'une mutation de l'obligation naturelle d'aliments en obligation civile d'aliments[1102], même si le créancier doit prouver son état de besoin. S'il existe des effets du mariage qui intéressent les concubins et qu'ils réclament vivement, il y en a d'autres qu'ils déplorent.

§ 2. UNE ÉGALITÉ EN DÉFAVEUR DES CONCUBINS

456. Une égalité assurée par la répression des violences conjugales. Il existe des effets du mariage que les concubins réprouvent. Ce sont essentiellement les contraintes liées au mariage. Pour les concubins, le choix du concubinage réside en général dans la réprobation de ces effets du mariage. Les violences faites aux femmes s'accroissent et atteignent une grande majorité des femmes soit les 60 % selon une étude de Wildaf Bénin[1103]. Leurs répressions s'organisaient sur la base du Code pénal. Pour enfin donner une base légale spécifique à la répression[1104] de ce fait, la loi n° 2011-26 du 09 janvier 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes a été votée. Elle est très redoutée des concubins. Elle a introduit dans l'ordre juridique béninois des innovations importantes. Elle sanctionne les violences faites aux femmes en général et met un accent particulier sur les violences conjugales.

457. Plan. Cette loi consacre ainsi la reconnaissance explicite du concubinage par le législateur (A) et lui confère d'ailleurs le même statut que le mariage en assurant l'égale protection contre les violences aux concubins et aux époux (B).

[1099] Civ., 17 juin 1953, *JCP* 1953, IV, 118 ; D. HUET-WEILLER, *art. préc*., p. 262.
[1100] Cette raison ne peut avoir de fondement que dans le cas des unions passagères, même s'il faut compter avec ceux qui, pendant des années, font miroiter le mariage ou un avenir de sécurité.
[1101] Civ.1ere, 30 juil., 1954, *Bull. Civ.* 1ere, n° 226, p. 192.
[1102] J. RUBELLIN-DEVICHI, *art. préc*., n° 16.
[1103] Violence faites aux femmes et aux filles au Bénin*, Étude de base du projet Empower*, 2008, p. 31.
[1104] Avant la mise en vigueur de cette loi, l'Association des femmes juristes du Bénin a toujours aidé les femmes sur la base du Code pénal, donc pas sur la base de la situation familiale des victimes.

A. La reconnaissance explicite du concubinage par le législateur

458. Une reconnaissance du concubinage à travers les violences. La reconnaissance d'un phénomène peut être explicite ou implicite. Elle est explicite lorsqu'on le vise nommément. La réglementation sur le mariage a visé le mariage. Par contre, le législateur ou le juge font allusion à certains phénomènes. C'est donc une certaine forme de reconnaissance, une reconnaissance par la médiane des concubins avec la répression des violences.

459. Définition de violence. Aux termes des dispositions de l'article 2 de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012, « *les violences à l'égard des femmes sont définies aux termes de la présente loi comme, tous actes de violence dirigés contre le sexe féminin, et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée. Les atteintes concernent : les violences physiques ou morales, sexuelles et psychologiques exercées au sein de la famille tels que les coups, le viol conjugal, les agressions et atteintes sexuelles, les mutilations génitales telles que prévues par la loi 2003-03 portant répression de la pratique des mutilations génitales féminines en République du Bénin, les mariages forcés ou arrangés, les crimes d'"honneur" et autres pratiques traditionnelles préjudiciables aux femmes. Les violences physiques ou morales, sexuelles et psychologiques exercées au sein de la collectivité y compris le viol, les agressions et atteintes sexuelles, le harcèlement sexuel tel que prévu par la loi 2006-19 portant répression du harcèlement sexuel et protection des victimes en République du Bénin, et l'intimidation au travail, dans les établissements d'enseignement et autres lieux, le proxénétisme, la traite, la prostitution forcée. Au titre de la présente loi, sont également considérées comme des violences faites aux femmes, le fait, pour un agent médical, paramédical, de ne pas apporter à une femme au cours d'un accouchement, toute la diligence requise, ou de s'abstenir d'accomplir son devoir professionnel* »[1105]

460. Plan. En optant pour la protection contre les violences, le législateur a reconnu de façon explicite le concubinage. Il donne non seulement un contenu à la notion de concubinage (1) mais il l'assimile également au mariage à travers la qualification « *relation domestique* » (2).

[1105] *Cf.* art. 2 de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012.

1. La définition du concubinage par le législateur

461. Les critères du concubinage en France. Un certain nombre d'éléments est généralement pris en compte lorsqu'on veut définir le concubinage. En France, c'est l'article 515-8 qui définit le concubinage. Selon cette disposition, « *le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité entre deux personnes de sexe différent ou du même sexe, qui vivent en couple* »[1106]. Les éléments caractéristiques du concubinage sont donc la stabilité et la continuité de la vie en couple[1107]. La stabilité comme la continuité suppose une durée de vie en commun. Pour estimer la durée caractéristique du concubinage, on peut se référer à la loi bioéthique de la France qui subordonne l'accès à la procréation médicalement assistée à un minimum de vie en couple de deux ans[1108].

Contrairement à la loi française, il faut mettre ici l'accent sur le fait que la durée n'est pas un élément déterminant du concubinage au Bénin puisque le législateur en vue de sanctionner les violences basées sur la relation domestique a mis uniquement l'accent sur la communauté de résidence.

462. Des références multiples au concubinage. La loi portant répression des violences faites aux femmes[1109] a fait, à plusieurs reprises, référence au concubinage et prévoit des sanctions entre concubins. Le législateur, dans sa définition de violence dans le milieu familial[1110] ou violence domestique[1111], désigne nommément le concubinage. Le législateur a ainsi reconnu le concubinage dans le cadre des sanctions applicables aux violences entre concubins. Le couple non marié est ainsi saisi par le droit en cas de violence. Cette réforme est comparable à celle opérée par le législateur français en 1999. Cette dernière a conduit à la reconnaissance du statut des concubins[1112]. Cette loi a d'ailleurs été suivie plus récemment de la loi n° 2006-399 du 04 avril 2006 qui renforce la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises sur les mineurs.

En marge de l'aspect reconnaissance par les textes, le concubinage est aussi appréhendé par le juge.

[1106] *Cf*. art. 515-8 du Code civil français actuel.
[1107] J. HAUSER, « La définition de l'article 515-8 constitue-t-elle le droit commun du concubinage ? », *RTD civ.* 2001, p. 336 ; voy. Paris, 16 janv. 2001, *D*. 2002. p. 536, obs. J.-J. Lemouland.
[1108] *Cf*. art. 7 de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en France.
[1109] Mais lorsque l'on parle de violence, il faut entendre au sens de la nouvelle loi « *tous actes de violence dirigés contre le sexe féminin et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée* » ; voy. art. 2 de la loi sur la prévention et la répression des violences faites aux femmes au Bénin.
[1110] *Cf*. art. 3, 13è tiret de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012.
[1111] *Cf*. art. 3, 15è tiret de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012.
[1112] *Cf*. loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 en France.

2. L'assimilation des couples à travers la qualification « relation domestique »

463. Définition. La relation domestique est un élément qui permet l'assimilation juridique des couples mariés et des couples de concubins. La question qu'il paraît légitime de poser est celle de savoir comment peut-on identifier et qualifier une relation domestique ? L'article 3 de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012 ne définit pas directement la relation domestique. Cependant, cette expression a un lien évident avec celle de violence domestique qui est définie comme « *toute violence physique ou sexuelle faite par une personne contre la personne d'autrui quand les deux parties sont mariées, concubines, ou consanguines, ou qu'elles vivent dans la même maison, ou quand les deux parties ont eu une relation intime dans le passé, mais ne sont plus ensemble* »[1113]. La relation domestique se qualifie donc par des éléments comme les relations de mariage, de concubinage, de consanguinité, de partage de résidence ou de relation intime dans le passé[1114].

464. Une égalité des concubins avec les époux sur l'occupation de la résidence familiale en cas de violence. L'article 20, 2è alinéa de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012 prévoit qu'« *en cas de violences domestiques ou conjugales, où les deux parties occupent le même logement, la partie violentée aura droit à continuer à occuper provisoirement le logement* »[1115]. Il est ainsi recommandé aux juges de faire profiter le logement familial à l'un des concubins et notamment à celui qui est violenté. Cette règle va au-delà de la règle prévue par le Code des personnes et de la famille dans la procédure de divorce puisqu'en matière de divorce pour faute, le juge doit statuer sur la résidence de chacun des époux[1116]. La loi 2011-26 du 09 janvier 2012 tranche désormais la situation en prévoyant la solution du juge qui doit autoriser la personne violentée, qu'il s'agisse d'un concubin ou d'un époux à continuer d'occuper, ne serait-ce que provisoirement, le domicile commun. Les concubins sont ainsi traités à égalité avec les époux.

Cependant, on peut d'ailleurs réfuter la spécificité de l'assimilation du concubinage au mariage dans ce cas, car le législateur inclut dans les relations dites domestiques les relations de consanguinité et de cohabitation. Toutefois, on peut mentionner un cas spécifique de reconnaissance du concubinage par le législateur.

[1113] *Cf*. art. 3, 15è tiret de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012.
[1114] *Cf*. art. 3 de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012.
[1115] *Cf*. art. 20, al. 2 de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012.
[1116] *Cf*. art. 239, 2è al. du CPF : « *par la même ordonnance, le juge statue après avoir entendu les avocats des parties, si celles-ci le demandent, sur la résidence des époux durant l'instance, sur la remise des effets personnels et, s'il y a lieu, sur la garde provisoire des enfants, sur le droit de visite des parents et sur la demande d'aliments* ».

465. La garde de l'enfant en cas de violence entre ses géniteurs. L'article 29 de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012 dispose que « *lorsqu'en application de la présente loi, une femme saisit une juridiction pour des atteintes à son intégrité physique ou psychologique, ou à celle des enfants, la résidence de l'enfant est déterminée automatiquement par le juge compétent en faveur du parent qui n'est pas poursuivi. La décision pourra être modifiée par le juge ou le Tribunal selon le jugement* »[1117]. Cette disposition fait référence au parent de l'enfant qui n'est pas poursuivi à qui il accorde la garde de l'enfant. On peut en déduire que la violence en question a été exercée par l'un des parents de l'enfant sur l'autre parent. Il peut être question des parents de l'enfant qui sont mariés ou non. Cette disposition recommande aux juges de faire profiter à la personne violentée et leurs enfants de continuer à occuper la résidence familiale. Il s'agit d'une surélévation du concubinage qui s'assimile désormais au mariage.

466. Des incriminations nouvelles. Pour empêcher la perpétration des violences domestiques, il est prévu des mesures en amont et en aval de ces actes. Il s'agit des mesures de prévention des violences domestiques et des mesures de répression. Á ces différents sujets, le législateur a prévu les mêmes mesures pour les concubins que pour les époux. Diverses infractions sont prévues et punies par la loi n° 2011-26 du 09 janvier 2012. Certaines de ces infractions sont anciennes et la relation domestique ne constituerait donc qu'une circonstance aggravante[1118], d'autres sont plutôt nouvelles. C'est ainsi que les actes « *causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée* »[1119] constituent désormais des violences à l'égard des femmes. L'intérêt de l'incrimination de ces faits résident dans l'abolition des attributions du père chef de famille qui pouvait limiter les sorties de sa femme et qui pouvait battre sa femme pour la corriger. Au-delà de la suppression de la puissance maritale dans le droit du mariage, le législateur la supprime également dans les relations entre concubins.

Les couples se voient ainsi mêlés, sans distinction aucune. La relation domestique est désormais l'élément qui rassemble les couples et leur confère les mêmes sanctions, en tout cas, en ce qui concerne les violences.

[1117] *Cf*. art. 29 de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012.
[1118] Voy. *Guide d'animation sur les violences faites aux femmes et aux filles au Bénin et les lois spécifiques y afférentes*, AFJB, p. 25.
[1119] *Cf*. art. 2 de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012.

B. L'égale protection contre les violences assurée aux concubins et aux époux

467. Une assimilation des couples par l'aggravation de la répression. Au Bénin, par quoi peut-on distinguer les couples face aux violences ? Depuis le vote de la loi 2011-26 du 9 janvier 2012, on assiste à une assimilation complète des couples dans la répression des violences domestiques. L'article 30 de la loi 2011-26 du 9 janvier 2012 dispose que « *pour toute infraction pénale qui réprime des violences physiques ou sexuelles, le fait que la victime et l'auteur jouissent d'une relation domestique, définie à l'article 3 de la présente loi, sera retenu comme circonstance aggravante. La peine maximale en matière délictuelle est aggravée par cinq (05) ans d'emprisonnement, et celle en matière criminelle est aggravée d'au moins dix (10) ans* »[1120]. Or le concubinage constitue au titre de la loi une relation domestique tout comme le mariage. Il est donc aisé de constater que les concubins sont appréhendés au même titre que les époux.

468. L'institutionnalisation du juge des affaires familiales. Il est désormais institué un juge qui représente le ministère public dans tous les dossiers de violences domestiques au niveau de chaque parquet[1121] ainsi qu'un juge d'instruction[1122] qui est chargé au niveau de chaque tribunal d'instruire tous les dossiers de violences domestiques. Toutes ces mesures sont prévues indifféremment de la situation de famille des personnes concernées. On constate ainsi que la protection induite par les droits de l'homme conduit à offrir un traitement égal aux couples en ce qui concerne la prévention des violences. Il en est de même en ce qui concerne la répression de telle violence.

469. L'effectivité de l'égale protection des couples. Avant la mise en vigueur de cette loi, la répression des violences commises sur les concubines reposait sur le régime général de protection de l'intégrité physique[1123]. Ce régime n'était pas assez répressif et n'englobait pas les souffrances psychologiques et les privations de liberté. La reconnaissance du concubinage par les textes permet désormais aux femmes de trouver une base légale à leur action en justice. De plus, le poids de la tradition ne permettait pas aux femmes de saisir le juge pour les questions de famille. La vulgarisation de cette loi délie la société de la tradition et permet aux femmes de saisir le juge sans préjugés.

Dans ce domaine, l'action de l'Association des Femmes Juristes du Bénin (AFJB) est appréciable en raison de son assistance judiciaire aux victimes[1124]. On peut donc conclure

---

[1120] *Cf*. art. 30 de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012.
[1121] *Cf*. art. 16 al. 3 de la loi n° 2011-26 du 09 janvier 2012.
[1122] *Cf*. art. 16 al. 4 de la loi n° 2011-26 du 09 janvier 2012.
[1123] Le viol était réprimé par l'art. 332 du Code pénal, les coups et blessures volontaires par l'art. 309.
[1124] Les actions menées par l'Association des Femmes Juristes du Bénin (AFJB) s'observent surtout dans le domaine de la sensibilisation de la population et à l'assistance juridique des femmes victimes de violences.

que la loi n° 2011-26 du 09 janvier 2012 assure une protection égale aux personnes vivant en couple par le biais du système répressif qu'elle a mis en place, en aggravant les anciennes peines lorsqu'il existe une relation domestique entre la victime et l'auteur de l'infraction. Les concubins ne sont plus simplement appréhendés dans le cadre général de la répression pénale.

En marge de ces différents bénéfices du mariage qui profitent aux concubins, il existe une forme d'égalité recherchée en raison de la nature du sexe et de l'orientation sexuelle.

SECTION 2 :
UNE DÉLICATE ÉGALITÉ EN RAISON DE L'ORIENTATION SEXUELLE ET DE LA NATURE DU SEXE

470. Le sexe. Selon le *Vocabulaire juridique*, le sexe est « *chez l'homme ou la femme, organe de la reproduction et de la sexualité* »[1125]. C'est également « *l'appartenance à l'un de ces groupes, élément de l'état des personnes auquel la loi attache certaines conséquences juridiques parfois discriminatoires et contraires à l'égalité civile, parfois compensatoire parfois inhérentes à une différence naturelle* »[1126]. C'est donc « *la conformation particulière qui distingue l'homme et la femme* »[1127]. Le sexe serait non seulement un organe de reproduction mais également un élément de l'état des personnes. On peut donc retenir que le sexe est un organe qui permet de déterminer le genre de la personne.

Il existe en parallèle un lot de personnes qui, bien qu'étant d'un sexe donné, se sentent mieux du sexe opposé et vont jusqu'à pratiquer une chirurgie afin d'avoir un sexe nouveau qui correspond à leur sexe psychologique ; il s'agit du transsexualisme qui est « *la conviction inébranlable d'appartenir au sexe opposé et le désir corrélatif d'une transformation sexuelle* »[1128].

[1125] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique*, voy « Sexe ».
[1126] *Ibid.*
[1127] A. GOUTTENOIRE, « Sexe, sexualité et droit de la convention européenne des droits de l'homme », in O. Dubos et J.-P. Marguenaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, Pedone, 2007, p. 19.
[1128] F. LYN, P. ROMUALD et J.-B. WALTER, « Transsexualisme et droit européen », in O. Dubos et J.-P. Marguenaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, Pedone, 2007, p. 55.

471. L'orientation sexuelle. L'orientation sexuelle peut s'entendre comme le type d'usage qu'une personne fait de son sexe ; elle serait un « *comportement sexuel* »[1129]. La sexualité chez l'espèce humaine est soit hétérosexuelle, homosexuelle ou bisexuelle. On constate que les personnes ayant une orientation homosexuelle revendiquent un certain nombre de droits. Le sexe peut servir de base pour des discriminations[1130] et la sexualité peut appeler à un régime juridique donné.

472. La problématique de l'égalité. Le principe d'égalité impose-t-il que les couples formés de personnes du même sexe – qu'il s'agisse du sexe biologique ou apparent – se voient reconnaître, en droit de la famille, les mêmes droits que les couples composés d'un homme et d'une femme ? C'est en cela que se résumerait la problématique du mariage homosexuel et transsexuel. Il convient de faire une distinction entre les questions qui se posent autour du sexe et de la sexualité car il serait erroné de croire qu'en matière de sexe et de sexualité, la solution posée pour une question est transposable à une autre[1131]. C'est ainsi que naissent deux autres formes de revendications d'égalité à propos du droit de se marier et de fonder une famille. Il y a, d'un côté, des couples du même sexe qui cherchent une égalité devant le mariage et, d'un autre côté, il existe des personnes ayant subi une conversion sexuelle complète et qui demandent à être traitées à égalité avec les personnes du même sexe d'origine ; ce qui revient à demander un traitement équivalent à leur nouveau sexe devant le mariage.

473. Plan. On peut ainsi regrouper ces nouvelles formes de revendications d'égalité, d'une part, en revendication d'égalité devant le mariage des couples de personnes ayant le même sexe (§ 1) et, d'autre part, en une nouvelle forme d'égalité à raison d'une conversion sexuelle (§ 2).

[1129] A. GOUTTENOIRE, *art. préc.,* p. 19.
[1130] *Cf. supra* n° 10.
[1131] A. GOUTTENOIRE, « Sexe, sexualité et droit de la convention européenne des droits de l'homme », in O. Dubos et J.-P. Marguenaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, Pedone, 2007, p. 19.

§ 1. L'ÉGALITÉ DANS L'ORIENTATION SEXUELLE COMME BASE D'ACCÈS AU MARIAGE PAR LES COUPLES HOMOSEXUELS

474. La problématique. Dès les débuts de l'ère chrétienne, les hommes ont été contrôlés quant à leur orientation sexuelle[1132]. C'est ainsi que plusieurs États condamnaient du fait des pratiques homosexuelles. Depuis quelques années, presque tous les États ont dépénalisé l'homosexualité[1133] même s'il en existe encore quelques-uns qui punissent cette pratique[1134]. À la suite d'une large dépénalisation de l'homosexualité, une nouvelle revendication relative au mariage des personnes du même sexe a fait surface. La recherche de l'ouverture du mariage aux personnes ayant une orientation homosexuelle suit ainsi un certain nombre d'étapes. La première étape est celle de la dépénalisation de l'homosexualité, la deuxième étape est relative à la suppression des discriminations à raison de l'orientation sexuelle et la troisième étape est celle de l'accès au mariage par les personnes du même sexe[1135]. Plusieurs facteurs servent de soubassement pour cette revendication du mariage basée principalement sur l'égalité.

475. Plan. Il existe non seulement des facteurs internes (A), mais aussi des facteurs internationaux résultant de la volonté de certains États d'assurer le rayonnement international de leur loi nationale (B) qui peuvent servir de base de revendications en vue de l'accès au mariage par les personnes du même sexe.

[1132] *Cf.* les Lévitiques qui interdisent des relations homosexuelles entre les hommes couchant *« avec un homme comme on couche avec une femme »* (18, 22 ; 20, 13) ; et plus généralement, voy. F. LEROY-FORGEOT, « Homosexualité », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, PUF, 2003, p. 787 et s.

[1133] Au sein de l'Union européenne, ce n'est qu'en 1981 que la Cour européenne a entériné le retrait du droit pénal d'un domaine désormais réservé à la vie privée ; voy. Cour EDH, 22 octobre 1981 (Cour plénière), *Dudgeon c. Royaume-Uni*, série A, n° 45.

[1134] Il existe encore six pays dans le monde qui punissent l'homosexualité de la peine de mort à savoir l'Arabie saoudite, l'Iran, le Nigéria, la Mauritanie, le Soudan et le Yémen. Il y en a vingt-sept qui condamnent les homosexuels à des châtiments physiques ou à des peines d'emprisonnements.

[1135] M. LAMARCHE, « Les homosexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme », in O. Dubos et J.-P. Marguenaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, Pedone, 2007, p. 45 et s.

A. Une revendication du mariage homosexuel résultant de facteurs internes

476. La différence de sexe, une condition substantielle du mariage au Bénin. Pour accéder à l'institution du mariage, il faut remplir certaines conditions de fond et de forme. Parmi les conditions de fond, figure en bonne place la différence de sexe dans plusieurs États[1136]. L'article 123 du Code des personnes de la famille du Bénin est une condition de fond du mariage. Elle pose le principe fondamental du mariage hétérosexuel. On verra l'accès au mariage interdit à toute personne ayant une orientation homosexuelle puisqu'il s'agit d'un statut organisé pour les personnes ayant une orientation hétérosexuelle. Le mariage serait vu comme une institution organisant le statut de deux personnes de sexes différents. Dans ce sens, il sera difficile d'envisager une inégalité sur la question. Il suffira de remplir les conditions fixées par le législateur pour y avoir accès.

Il est une chose de permettre à une personne de jouir de sa liberté sexuelle, mais il est également tout autre de chercher à bénéficier d'un statut prédéfini. La différence de sexe paraît ainsi être non seulement le fondement du mariage mais elle justifierait également le droit de fonder une famille au Bénin. Cependant, il sera possible de voir des couples de personnes du même sexe revendiquer le droit au mariage au Bénin au nom de l'égalité puisqu'on assiste de plus en plus, et de par le monde, à la recherche par les couples de personnes du même sexe de la levée du saut de la différence de sexe comme condition du mariage.

477. Plan. Deux voies s'offrent à cette revendication d'égalité. Il y a, d'une part, celle tendant à déclarer l'orientation hétérosexuelle du mariage contraire à la Constitution (1) et, d'autre part, le recours au législateur – comme c'est le cas dans plusieurs États –, pour une réorientation de son choix en faveur de tous les couples (2).

[1136] Á la date du 1er janvier 2013, quatorze (14) pays reconnaissent le mariage homosexuel, onze (11) sur la totalité de leur territoire, trois (03) sur une partie seulement. Pour l'Union européenne il y a la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Irlande, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, la Suède et la France rejoint ces États le 17 mai 2013 avec la loi n° 2013-404. En Amérique, nous avons le Canada, l'Argentine. En Afrique, seule l'Afrique du Sud a reconnu le mariage homosexuel. D'autres pays ont reconnu partiellement le mariage homosexuel ; N. MAMERE, *Éloge du mariage pour tous*, Paris, éd. L'esprit du temps, 2013, p. 56.

1. L'accès au mariage homosexuel par le recours possible à l'inconstitutionnalité de l'article 123 du CPF

478. La base juridique de l'interdiction du mariage homosexuel : l'article 123 du CPF. L'article 123 du Code béninois des personnes et de la famille dispose que « *le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme âgé d'au moins dix-huit (18) ans et une femme âgée d'au moins dix-huit (18) ans, sauf dispense d'âge accordée pour motif grave par ordonnance du Président du tribunal de première instance sur requête du ministère public* »[1137]. Cette disposition est la base de l'interdiction du mariage aux personnes du même sexe.

479. Une possible inconstitutionnalité de l'article 123 du CPF à rechercher. Pour revendiquer le mariage homosexuel, il y aura lieu d'examiner la possibilité de l'accès au mariage par les personnes du même sexe par l'effacement de la condition de différence de sexe qui est prescrit quant à l'accès au mariage par le recours à l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 123 du Code des personnes et de la famille du Bénin. La question de la discrimination des homosexuels quant à l'accès à l'institution du mariage se trouverait ainsi être posée et ce serait une remise en cause de l'article 123 du Code au regard de l'article 26 de la Constitution béninoise. Il convient donc de rappeler le contenu de l'article 26 de la Constitution afin de vérifier la possible inégalité que pourrait recouvrir le refus du mariage aux personnes homosexuelles. Aux termes des dispositions de l'article 26 de la Constitution, « *l'État assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale. L'homme et la femme sont égaux en droit. L'État protège la famille et particulièrement la mère et l'enfant. Il veille sur les handicapés et les personnes âgées* »[1138]. Dans cette disposition, on peut voir qu'il est envisagé une égalité indifféremment du sexe. L'analyse combinée de cette disposition avec le sens que le juge constitutionnel a souvent donné du principe d'égalité permettrait de vérifier s'il y a une inégalité à refuser l'accès au mariage aux personnes ayant une orientation homosexuelle.

480. La solution possible du juge constitutionnel. On peut envisager que, si la question de la conformité à la Constitution de l'article 123 du Code des personnes et de la famille se posait à la Cour constitutionnelle du Bénin, il pourra le déclarer contraire à la Constitution puisqu'elle est restée constante sur son interprétation de l'article 26 de la Constitution. Le sexe ne peut constituer selon elle, un critère de distinction. On peut bien

---

[1137] *Cf*. art. 123 du CPF.
[1138] *Cf*. art. 26 de la Constitution du Bénin.

observer qu'il est recommandé par la Constitution une neutralité par rapport au sexe de la personne car en effet, c'est hors de toute considération de type sexuel que l'égalité a commencé à investir les champs du droit[1139]. Mais là, il ne s'agit pas d'une inégalité visant uniquement les femmes ou les hommes ; il s'agit ici d'une condition posée pour bénéficier d'une institution. Il ouvrira ainsi la voie au mariage homosexuel, à moins qu'il renvoie la question homosexuelle au législateur comme l'a déjà fait le juge constitutionnel français. La question du mariage homosexuel relèverait ainsi de la seule responsabilité du politique.

481. La décision du juge constitutionnel français. Cette même question s'est posée en France en 2010. La Cour de cassation française[1140] a été saisie d'une revendication des couples du même sexe. Or la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 avait déjà introduit dans la Constitution française un article 61-1[1141] qui permet au Conseil constitutionnel de statuer désormais sur les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC). Cette disposition est comparable à celle de l'article 122 de la Constitution du Bénin[1142] du 11 décembre 1990, même si cette dernière à la spécificité de permettre directement la saisine aux citoyens[1143]. Elle a donc renvoyé les articles 144[1144] et 75 dernier alinéa[1145] du Code civil français actuel devant le juge constitutionnel afin qu'il statue sur leur constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel ainsi saisi d'une QPC, s'est non seulement

---

[1139] F. FINES, « L'égalité entre les sexes en droit communautaire », in O. Dubos et J.-P. Marguenaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, Pedone, 2007, p. 31.

[1140] En 2007, la Cour de cassation avait retenu dans l'une de ses décisions que « *selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme* » ; Civ. 1ere, 13 mars 2007, n° 05-16.627, *D*. 2007. 935, obs. I. Gallmeister, 1389, rapp. G. Pluyette, 1375, point de vue H. Fulchiron, 1395, note E. Agostini, et 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *GAJC*, 12e éd., 2007, n° 32 ; *AJ fam*. 2007. 227, obs. F. Chénedé.

[1141] *Cf*. art. 61-1 de la Constitution française de juillet 2008 : « *lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. − Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article* ».

[1142] *Cf*. art. 122 de la Constitution du Bénin : « *tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours* ».

[1143] En plus de l'obligation que seul le Conseil d'État et la Cour de cassation peuvent transmettre ce recours en QPC au Conseil constitutionnel, elle est subordonnée à trois conditions prévues par l'ordonnance du 7 novembre 1958 modifiée portant la loi organique sur le Conseil constitutionnel en son article 23-4. Dans la mesure où il est soutenu devant la Cour de cassation qu'une disposition est non conforme à la Constitution, celle-ci vérifie les conditions du renvoi d'une telle revendication devant le juge constitutionnel que sont : la disposition législative doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; la disposition contestée n'a jamais été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux ; voy. déc. 2009-595 DC du 3 décembre 2009 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel,* Paris, 17è éd., Dalloz, 2013, déc. n° 48, pp. 484 et s.

[1144] *Cf*. art. 144 du Code civil français rendu applicable au Bénin : « *l'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage* ».

[1145] *Cf*. art. 75 dernier al. du Code civil français rendu applicable au Bénin : « *il (l'officier de l'état civil) recevra de chaque partie [...] la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme* ».

prononcé sur la constitutionnalité des dispositions législatives en question mais il s'est également prononcé sur l'interprétation jurisprudentielle[1146] de celles-ci[1147]. Il a décidé de la conformité de ces dispositions à la Constitution[1148] en se basant sur le principe d'égalité devant la loi[1149]. Il a renvoyé en outre l'opportunité d'une éventuelle ouverture du mariage aux couples homosexuels au législateur[1150]. Tout le contraire a été l'attitude des juges américains par exemple.

482. La réponse des systèmes de la *common law*. Dans les systèmes juridiques de la *common law*, ce sont les cours suprêmes qui ont été les acteurs de l'ouverture du mariage aux personnes du même sexe. Pour elles, l'interdiction de l'accès du mariage sur la seule orientation sexuelle des personnes constitue une violation flagrante du principe d'égalité et du *due process of law*. C'est sur le fondement de cet argument que la Cour suprême du Massachusetts[1151] a déclaré discriminatoire l'interdiction de l'accès du mariage aux personnes du même sexe en 2003. Cet exemple a été suivi par les cours suprêmes de la Californie[1152]. Et même très récemment, le 26 juin dernier, la Cour suprême des États-Unis a rendu légal le mariage homosexuel[1153] dans l'ensemble de ses États par ce moyen.

Si la voie du recours au juge échoue pour ouvrir le mariage aux personnes du même sexe, le législateur peut bien être une alternative.

[1146] Même si auparavant la Cour de cassation a considéré que le Conseil constitutionnel ne pouvait se prononcer dans le cadre d'une QPC, sur l'interprétation jurisprudentielle d'une disposition législative. Cass., 19 mai 2010, n° 09-70.161. Dans cette décision, la Cour de cassation a jugé que la QPC ne pouvait porter que sur une le texte même de la disposition législative et non sur l'interprétation qu'en donne le juge *; D*. 2010. 1352, et 2236, point de vue H. Nico ; *RTD civ*. 2010, p. 508, obs. Nico, P. Deumier et 810, obs. P. Théry : « *La question posée déduit une telle atteinte, non du texte même d'une disposition législative, mais de l'interprétation qu'en donne la jurisprudence ; comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précité* » de l'art. 61-1 de la Constitution française. Dans le même sens, voy. Cass., 31 mai 2010, n° 09-87.578, *D*. 2010. 1486 ; Cass., 11 juin 2010, n° 10-81.810, *D*. 2010. 1714. Dans le même esprit, voy. Cass., 11 juin 2010, n° 09-87.884, *D*. 2010. 1712, et 2732, obs. G. Roujou de Boubée, Th. Garé et S. Mirabai ; J. ROUX, « La QPC sur le "mariage homosexuel" : une question plus nouvelle que sérieuse ? », *D*. 2011 p. 209.

[1147] L. FAVOREU et L. PHILIP, *op. cit*., déc. n° 48, pp. 484 et s.

[1148] J. Roux, *art. préc*., p. 211.

[1149] Mais cela pourrait être dû à la conception souple qui en est continûment retenue en France par la jurisprudence constitutionnelle ; J. ROUX, *art. préc*., p. 210 ; Cons. const., 23 juill. 1996, n° 96-380-DC, § 9, *AJDA* 1996. 694, note O. Schrameck ; *D*. 1998, p. 151, obs. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; 28 mai 2010, n° 2010-3-QPC, considérant 3 : « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur traite de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ».

[1150] J. ROUX, *art. préc*., p. 210.

[1151] M. R. MARELLA et G. MARINI, « Famille », in M. Troper et D. Chagnollaud, (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, p. 512.

[1152] M. R. MARELLA et G. MARINI, *art. préc*., p. 513.

[1153] Voy. affaire *Obergeffel c. Hodges* du 26 juin 2015 ; voy. aussi le journal *Le Monde* du 27 juin 2015.

2. La possibilité légale du mariage homosexuel

483. L'incitation à une réforme législative. On peut appeler à une intervention législative afin d'introduire le mariage homosexuel dans le droit de la famille et ce faisant, établir l'égalité recherchée par les couples homosexuels au sujet du mariage. On peut ainsi assister à l'élaboration d'une loi élargissant le mariage aux personnes du même sexe. Ce serait une question de pure politique législative d'un pays.

484. Des exemples de législations. Suivant cette méthode, plusieurs sont les États qui ont élaboré une loi afin d'élargir le mariage aux personnes du même sexe. C'est le cas notamment de presque tous les États du Conseil de l'Europe qui ont introduit le mariage homosexuel dans leur droit[1154]. Le premier des États européens à autoriser le mariage homosexuel par une loi sont les Pays-Bas en 2000. En effet, la loi du 21 décembre 2000, entrée en vigueur le 1er avril 2001 organise désormais le mariage homosexuel aux Pays-Bas. La Belgique a suivi le pas et a reconnu le mariage homosexuel en 2003 par la loi du 13 février 2003, entrée en vigueur le 1er juin 2003. Il y a également l'Espagne en 2005 avec la loi n° 13/2005 du 1er juillet 2005, la Norvège en 2008 grâce à la loi n° 53 du 27 juillet 2008, entrée en vigueur le 1er janvier 2009, la Suède depuis le 1er mai 2009, le Portugal avec la loi du 17 mai 2010, l'Island avec la loi du 11 juin 2010, entrée en vigueur le 27 juin 2010 , le Danemark en 2012[1155] et la France en 2013[1156] par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

Il est donc possible que des facteurs internes concourent à la reconnaissance du mariage au profit des personnes du même sexe. Mais, la reconnaissance du mariage homosexuel peut aussi résulter de facteurs internationaux.

[1154] M. R. MARELLA et G. MARINI, *art. préc*., p. 510 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « Partenariat ou mariage : identité de genre dans les législations européennes », *AJ fam*. 2012, p. 541.
[1155] S. PARICARD, « Mariage homosexuel et filiation. Quelques éléments de droit comparé », *Dr. fam*. 2013, n° 1, p. 28.
[1156] F. GRANET-LAMBRECHTS, *art. préc.,* p. 541.

B. Une revendication du mariage homosexuel résultant de facteurs internationaux

485. Une question délicate. L'ouverture du mariage aux personnes du même sexe en France et dans d'autres pays est une question délicate. Elle pose plusieurs difficultés en droit international privé[1157]. En effet, les règles régissant l'ouverture du mariage aux couples homosexuels ont profondément renouvelé la réflexion sur les règles de rattachement. Elles ont ainsi une évidente répercussion sur l'ordre public des autres États dont les ressortissants peuvent désormais célébrer un mariage homosexuel, comme par exemple en France. Ainsi, l'égalité des homosexuels devant le mariage peut être assurée par l'éviction de la loi nationale applicable au statut personnel (1). On assistera alors à la naissance d'une nouvelle revendication d'égalité par la perturbation de l'ordre public béninois (2).

1. L'égalité des homosexuels devant le mariage assurée par l'éviction de la loi nationale applicable au statut personnel

486. Un exemple de bouleversement des lois internes par une loi étrangère. En vue d'assurer le « *rayonnement maximum de ses choix* »[1158], certains législateurs se sont vus dans l'obligation de remodeler les règles de conflit de lois. C'est notamment le cas en France par l'adoption de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes du même sexe. Il est ainsi mis en place un dispositif juridique afin de permettre une large permissivité aux célébrations de mariage des personnes du même sexe. L'article 202-1 alinéa 2 du Code civil français actuel dispose que « *[...] deux personnes du même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet* »[1159]. Cette disposition a une influence considérable sur les autres législations. Deux conséquences peuvent en être déduites. Il s'agit de la mise à l'écart de loi personnelle d'un époux lorsque celle-ci ne reconnaît pas le mariage des personnes du même sexe et la mise en place d'un nouvel élément de rattachement qu'est le territoire lorsqu'il s'agit de mariage homosexuel.

[1157] H. FULCHIRON, « Le "mariage pour tous" en droit international privé : le législateur français à la peine… », *Dr. fam*. 2013, n°1, p. 31.
[1158] H. FULCHIRON, *art. préc.*, p. 32.
[1159] *Cf.* art. 202-1 al. 2 du Code civil français actuel.

487. La première conséquence. Cette disposition limite, par exemple, l'application de la règle béninoise de conflit de lois dans l'espace qui dispose que « *lorsque les futurs époux ont, au moment de la célébration, des nationalités distinctes, les conditions de fond du mariage sont régies, pour chacun des époux, par la loi de l'État dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage* »[1160]. Ainsi disposé avant la promulgation de la loi sur le « *mariage pour tous* » en France, on appliquerait normalement la loi béninoise à tout ressortissant béninois en tout lieu en ce qui concerne les conditions de fond du mariage. La règle béninoise de conflit de lois permet ainsi d'exclure tout béninois du champ du mariage homosexuel. Or la dimension internationale de la loi française sur le mariage homosexuel s'impose par le rattachement à la résidence pour la célébration du mariage homosexuel. La loi française permet donc que le territoire soit un élément de rattachement qui écarte tout autre. Une personne de nationalité béninoise pourra désormais contracter le mariage avec une personne du même sexe en France.

488. Seconde conséquence. On assistera, en deuxième lieu, au mariage sur le territoire français de deux personnes dont les lois nationales respectives interdisent le mariage homosexuel. On verra ainsi par exemple une personne de nationalité béninoise se marier avec une personne de nationalité togolaise du même sexe. On pourrait y déduire la grande influence que la reconnaissance des droits dans un États peut exercer sur les ressortissants des autres États. Le « *mariage pour tous* » est ainsi élevé au rang des « *principes essentiels* » constitutifs de l'ordre public français en matière international[1161]. Le principe d'égalité entre les couples qui induirait le refus de discrimination relative à la nationalité de la personne pousserait la France a étalé sa règle de conflit jusqu'au point de bouleverser l'ordre public interne des autres États.

Cet état de chose va provoquer la perturbation de l'ordre public des États n'ayant pas reconnu le mariage homosexuel au point d'être le fondement des revendications du mariage par les personnes du même sexe.

[1160] *Cf*. art. 981 al. 2 du CPF.

[1161] H. FULCHIRON, « Le "mariage pour tous" en droit international privé : le législateur français à la peine… », *art. préc*., p. 33.

2. La naissance d'une nouvelle revendication de l'égalité par la perturbation de l'ordre public béninois

489. La possibilité du mariage homosexuel offerte aux béninois. La reconnaissance par certains États du mariage homosexuel pourrait induire deux nouvelles difficultés en ce sens qu'elle a une certaine répercussion sur l'ordre public en même temps qu'elle pourrait donner naissance à une nouvelle forme de revendication homosexuelle[1162]. La principale difficulté d'ordre public que le « *mariage pour tous* » à la française poserait au Bénin sera de voir désormais des nationaux béninois unis par les liens du mariage homosexuel.

490. La problématique. Il serait donc important de se poser la question de savoir si la législation béninoise peut reconnaître ce mariage et le cas échéant, les conséquences d'une telle reconnaissance dans l'ordre public béninois. Il conviendrait de rechercher d'abord la qualification que l'on peut donner à une union homosexuelle avant d'envisager sa reconnaissance car il se pose, avant tout, la question de conflit de qualification[1163]. Ainsi, l'on se pose la question de savoir si, une union célébrée en France entre deux personnes du même sexe entrerait dans la catégorie « mariage » au sens du droit international privé béninois.

491. Une nouvelle définition du mariage. Il est de tradition en droit international privé d'« *élargir les catégories du for pour y faire entrer des institutions étrangères que le droit ne connaît pas ou dont les formes et les modalités diffèrent* »[1164]. Cependant, il ne serait pas aisé de suivre ce raisonnement en ce qui concerne le mariage homosexuel car il ne s'agirait pas dans ce cas, d'un simple élargissement des catégories du droit interne pour y faire entrer telle ou telle modalité particulière du mariage[1165]. La nature même du mariage est en cause[1166] car il reviendrait à admettre que le mariage n'est plus l'union entre un homme et une femme.

Au-delà de la catégorie « mariage » du droit international privé béninois, c'est donc la définition même du mariage en droit béninois qui serait indirectement transformée. Renversant la perspective traditionnelle qui veut que les catégories du droit international privé ne soient, sous réserve de quelques adaptations, que la projection sur le plan

---

[1162] H. FULCHIRON, « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D*. 2006, Chron. p. 1253.
[1163] D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Paris, PUF, t. 2, 2007, p. 385.
[1164] H. FULCHIRON, *art. préc*.
[1165] H. FULCHIRON, *art. préc*.
[1166] D. BUREAU et H. MUIR WATT, *op. cit,* p. 150.

international des institutions du droit interne[1167], la catégorie mariage du droit interne serait indirectement mais radicalement modifiée sous l'action du droit international privé.

492. La sanction possible du mariage homosexuel célébré à l'étranger par des personnes de nationalité béninoise. Comment peut-on analyser l'union homosexuelle contractée à l'étranger ? Il manquerait en effet un élément essentiel[1168] à l'union matrimoniale dans le mariage homosexuel au regard de la loi nationale béninoise. Ce mariage sera frappé de nullité absolue conformément à l'article 148 du Code des personnes et de la famille[1169].

493. Les effets d'un mariage nul au Bénin. La nullité du mariage n'opère pas en principe comme la nullité dans le cadre général du droit des contrats en raison des conséquences drastiques que cette solution peut avoir sur les personnes. Le principe de la rétroactivité de la nullité est limité en ce qui concerne le mariage et ce n'est qu'en cas de mauvaise foi des deux époux que le mariage nul produit les effets d'un contrat nul[1170]. Des tempéraments sont donc apportés au principe général des nullités en raison de la bonne ou mauvaise foi des époux.

494. Le mariage putatif comme le principe des nullités. La bonne foi de l'un des époux est toujours présumée en cas de nullité du mariage. Cette idée ressort clairement à l'analyse de l'article 152 al. 1er du Code des personnes et de la famille qui dispose que « *le jugement prononçant la nullité doit, en toute hypothèse, statuer sur la bonne foi de l'un ou l'autre des époux ; celle-ci est présumée* »[1171]. Dès lors, la nullité du mariage conduit à la bonne foi de l'un des époux et la nullité du mariage correspond davantage au mariage putatif et opère, dans ses effets antérieurs, comme un divorce à l'égard de l'époux de bonne foi. Le principe des nullités du mariage est ainsi posé par les dispositions de l'article 151 du Code des personnes et de la famille selon lequel, « *le mariage nul produit ses effets comme s'il avait été valable, jusqu'au jour où la décision prononçant la nullité est devenue définitive. Il est réputé dissous à compter de ce jour. En ce qui concerne les biens, la dissolution remonte, quant à ses effets entre les époux, au jour de la demande ; elle n'est opposable aux tiers que du jour de l'accomplissement des formalités prévues à l'article*

[1167] H. FULCHIRON, *art. préc*.
[1168] Il peut s'agir d'un élément naturel (la différence de sexe comme dans le cas du mariage homosexuel), d'un élément volontaire (absence totale de volonté) ou d'un élément formel (absence complète de célébration).
[1169] *Cf*. art. 148, 2è tiret du CPF.
[1170] *Cf*. art. 152 al. 2 du CPF : « *si les deux époux sont de mauvaise foi, le mariage est réputé n'avoir jamais existé, tant dans les rapports des époux entre eux que dans leurs rapports avec les tiers* ».
[1171] *Cf*. art. 152 al. 1er du CPF.

précédent »[1172]. Le mariage homosexuel célébré par un béninois dans un État comme la France sera considéré du coup comme un mariage putatif et aura presque les mêmes effets qu'un divorce.

495. Les effets possibles d'un mariage homosexuel au Bénin. Le mariage homosexuel aura des effets tant au sujet des enfants qu'entre les époux. En ce qui concerne les enfants d'un couple homosexuel dont la filiation est, pour la plupart d'entre elles, une filiation élective, conserve ses effets. L'article 152 al. 2 du Code des personnes et de la famille dispose en effet que « *les enfants issus du mariage ou légitimés conservent à l'égard de leurs auteurs et des tiers la qualité qui leur avait été conférée par le mariage, sans que l'époux de mauvaise foi puisse s'en prévaloir à leur encontre* »[1173]. Il sera également statué sur la garde de l'enfant comme dans le cas du divorce conformément à l'article 152 al. 3 qui dispose qu'« *il [le mariage nul] produit cependant des effets à l'égard des enfants, quand bien même les deux époux n'auraient pas été de bonne foi. Il est statué sur leur garde comme en matière de divorce* »[1174].

En ce qui concerne les relations des époux, l'article 165 dispose à cet effet que « *les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles relatives à l'autorité parentale, à l'administration légale et à la tutelle* »[1175]. La garde de l'enfant sera alors discutée entre les parents homosexuels comme en matière de divorce ordinaire[1176]. Il pourra être statué sur la pension alimentaire des enfants du couple homosexuel dont le mariage aura été déclaré nul.

496. Conséquences sur l'ordre public. La nullité qu'encourt le mariage homosexuel au Bénin a d'importantes conséquences sur l'ordre public en raison de ses effets juridiques qui l'assimilent au divorce. D'abord, le fait que l'enfant conservera ses liens de filiation constitue une reconnaissance de la filiation par deux personnes du même sexe. Ensuite, les parents homosexuels dont le mariage aura été déclaré nul peuvent décider d'alterner la garde de l'enfant. Enfin, en cas de manquement à l'obligation de paiement de la pension alimentaire par exemple, le parent gardien peut saisir la justice pour la condamnation du parent débiteur. Il pourrait en résulter une perturbation de l'ordre public lorsque, par exemple, un homme recherche la condamnation d'un autre homme aux

---

[1172] *Cf*. art. 151 du CPF.
[1173] *Cf*. art. 152 al. 4 du CPF.
[1174] *Cf*. art. 152 al. 3 du CPF : « *il produit cependant des effets à l'égard des enfants, quand bien même les deux époux n'auraient pas été de bonne foi. Il est statué sur leur garde comme en matière de divorce* ».
[1175] *Cf*. art. 165 du CPF.
[1176] *Cf*. art. 264-270 du CPF.

fins de versement de la pension alimentaire d'un enfant commun à eux, *etc*. On pourra également faire face à une nouvelle forme de revendication de l'égalité des couples.

497. La demande d'accès au mariage homosexuel en raison de l'inégalité entre couples. Cette inégalité résiderait dans le traitement différent des couples béninois ayant une orientation homosexuelle vivant au Bénin et ceux qui vivent à l'étranger. L'un bénéficierait du droit au mariage alors que les autres en seraient privés. Il est donc important de fixer à nouveau les contours du droit international privé béninois afin de limiter l'effet des lois des États qui, comme la France, souhaitent assurer à leurs choix nationaux, un rayonnement assez considérable[1177] grâce à des règles de droit international privé particulièrement souples[1178].

Á cette revendication du mariage homosexuel sur la base du principe d'égalité, viendra s'ajouter celle des personnes ayant subi une conversion sexuelle.

§ 2. L'ÉGALITÉ DES SEXES COMME BASE D'ACCÈS AU MARIAGE PAR LES COUPLES DE TRANSSEXUELS

498. La problématique des sexes nouveaux. La différence de sexe est l'une des conditions de fond du mariage au Bénin. Mais, de quel type de sexe s'agit-il ? Depuis quelques années, il est mis en place des techniques médicales qui permettent le changement de sexe. Dès lors, on peut être confronté au problème de la nature du sexe accepté dans le mariage. On distingue deux types de sexes suivant leur nature. Il peut s'agir du sexe à la naissance qui est le sexe biologique et du sexe obtenu après une conversion sexuelle qui est le sexe apparent de la personne. Le problème est alors le suivant : le couple qui peut envisager de se marier au Bénin doit-il être composé de deux personnes de sexes biologiques différents ou simplement de deux personnes de sexes différents quelle que soit la nature du sexe ? On plonge ainsi dans la problématique de la nature des sexes dans le mariage.

499. Plan. Le législateur béninois n'a pas donné de précision sur ce qu'il entend par sexe. On peut alors se demander quelle peut-être l'issue d'un mariage contracté avant un changement médical de sexe (B) ? Mais également, que deviendra le couple marié dont l'un des époux a effectué un changement de sexe avant le mariage (A) ?

[1177] H. FULCHIRON, *art. préc*.

[1178] Il y a notamment les Pays-Bas, la Belgique, la France et bien d'autres qui érigent l'admission du mariage homosexuel en principe d'ordre public, en écartant la loi nationale étrangère qui prohibe le mariage homosexuel.

A. Le sort du mariage ultérieur à la conversion sexuelle

500. Les problèmes posés par la conversion sexuelle avant le mariage. Il s'agit dans ces cas, d'une personne qui a subi une chirurgie à la suite de laquelle son sexe à la naissance a été changé et qui cherche à se marier avec une personne de sexe opposé à son nouveau sexe : le mariage de deux personnes de sexe différent dont l'un a un sexe biologique et l'autre un sexe apparent. Il est ici en cause l'égalité des sexes accordée à une personne ayant subi la conversion sexuelle avant l'initiative du mariage. Deux situations peuvent s'observer. Cette personne pourrait non seulement rencontrer des difficultés à la formation du mariage mais aussi, si cette première étape fut franchise pour quelques raisons qu'il soit, le mariage pourrait avoir des difficultés à se poursuivre. Ainsi serait-on confronté à la difficulté de savoir si celui dont le nouveau sexe, le sexe apparent, est différent du sexe biologique de son futur époux peut contracter le mariage ou s'il peut le mener à bien au Bénin à l'instar de deux personnes de sexes différents à la naissance ?

501. Plan. On examinera, en premier lieu, l'égalité des sexes et la formation du mariage (1) et, en second lieu, le sort du mariage dont l'un des membres a eu à subir une conversion sexuelle (2).

1. L'égalité des sexes et la formation du mariage

502. La problématique de l'égalité entre sexes biologique et apparent. L'obtention d'un nouveau sexe a-t-elle une influence sur l'entrée en mariage avec une personne de sexe biologique différent ? Autrement dit, peut-il y avoir une différence de traitement à raison de la nature des sexes quant à l'accès au mariage ? Ce problème est délicat. Au Bénin, en tout cas sur le territoire national, la conversion sexuelle n'est pas une pratique en vogue. Toutefois, l'ouverture sur le monde peut induire certains comportements[1179] et donner naissance à des faits nouveaux. Dès lors, on pourrait envisager la solution à de telles difficultés par le biais de la législation en son état actuel. On pourrait se référer aux solutions apportés par les États qui connaissent déjà de la question afin d'en déduire son applicabilité dans le contexte béninois.

503. L'imprécision de la réponse française. Le mariage de la personne ayant subi une conversion sexuelle a agité les juridictions françaises quant à la licéité de ce mariage. C'est ainsi qu'en France par exemple, la Cour d'appel de Papeete, par une décision en date du 1er

[1179] *Cf. supra* n° 433.

septembre 2011 a, non seulement admis le mariage avec une personne ayant subi une conversion sexuelle, mais également, elle a condamné l'officier de l'état civil qui a refusé de célébrer ce mariage[1180]. En revanche, la Cour d'appel de Versailles a refusé d'admettre la validité du mariage d'une femme qui a subi une conversion sexuelle[1181]. Même si la Cour de cassation française n'avait pas encore répondu directement à cette question[1182], la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH) en a donné un sens.

504. La réponse de la Cour EDH. Dans un arrêt de 2002, *arrêt Goodwin*[1183], la Cour EDH a déclaré qu'elle n'était pas convaincue que le droit pour l'homme et la femme de se marier, tel qu'il est reconnu par la première phrase de l'article 12 de la Convention, soit tributaire d'une appréciation exclusivement biologique du sexe[1184], et que le refus absolu de permettre à une personne qui a subi une conversion sexuelle de contracter mariage avec une personne du même sexe que son sexe biologique constituait une atteinte à la substance du droit au mariage garanti par l'article 12 de la Convention. Ainsi, la Cour EDH a admis, par un revirement de jurisprudence[1185], la faculté pour un transsexuel de se marier avec une personne de sexe opposé à son nouveau sexe, consacrant ainsi la suprématie du sexe psychologique et social sur le sexe biologique.[1186] On peut comprendre que la question du couple qui se forme postérieurement au changement juridique de sexe ne posera pas de réelles difficultés[1187].

505. Une égalité des sexes par l'interprétation extensive de l'article 123 du CPF. Il existe des situations qui peuvent faciliter le mariage d'une personne ayant subi une conversion sexuelle avec une personne de sexe biologique différent. L'article 123 du Code des personnes et de la famille peut être interprété comme une disposition qui tient uniquement compte du sexe apparent de la personne. On assisterait à une égalité des couples hétérosexuels de sexes biologiques différents et des couples hétérosexuels du même sexe biologique. Mais, on pourrait également discuter de la permissivité de la loi béninoise à l'égard des conversions sexuelles. Dès lors que la liberté des individus est

---

[1180] CA Papeete, 1er sept. 2011, n° 65RPG/11, 292-133; *Juris-Data* n° 2011-021235.
[1181] CA Versailles, 8 juill. 2005 ; *RTD civ*. 2006, p. 93, note J. Hauser.
[1182] V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Transsexualisme et couple », *Dr. fam*., 2013, n° 5, p. 14.
[1183] Cour EDH, grande chambre, 11 juill. 2002, n° 28957/95, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, § 100 ; *Juris-Data* n° 2002-400023.
[1184] *RTD civ*. 2002, p. 782 ; obs. J. Hauser.
[1185] Cour EDH, 10 octobre 1986, Requête n° 9532/81, *Rees c. Royaume-Uni*. Dans cette affaire, la Cour EDH a affirmé au § 49 de sa décision que « *l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent. Son libellé le confirme : il en ressort que le but poursuivi consiste essentiellement à protéger le mariage en tant que fondement de la famille* ». Cette position de la Cour EDH a été confirmée dans d'autres arrêts : Cour EDH, 27 septembre 1990, Requête no10843/84, *Cossey c. Royaume-Uni* ; Cour EDH, 30 juillet 1998, Requête n° 31-32/1997/815-816/1018-1019, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*.
[1186] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. préc*., p. 15.
[1187] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. préc*., p. 14.

totalement reconnue, on ne saurait, en principe, empêcher ceux-ci de modifier leur sexe et par conséquent de modifier ou de corriger la mention de leur sexe à l'état civil. De ce fait, on ne pourrait plus remettre en cause l'état civil de cette personne et le traiter au regard de son ancien état.

506. La possibilité de contracter le mariage par les personnes de sexes différents indépendamment de la nature du sexe. Il faut, en vue d'une bonne interprétation de cette disposition, se référer également aux valeurs que le législateur entend imprégner à la société. On se retrouverait certainement devant l'interrogation selon laquelle le législateur béninois pourrait-il autoriser le mariage suite à un changement de sexe. Il sera tout à fait aisé de conclure que le législateur béninois ne fait pas de différence entre les sexes, qu'il soit biologique ou non. Exception faite à l'intime conviction du juge, celui qui a subi une conversion sexuelle chirurgicale ne peut, en principe, se voit empêcher de se marier avec une personne de sexe opposé à son nouveau sexe. Le sexe biologique comme le nouveau sexe, – le sexe apparent – jouissent des mêmes droits devant le mariage à la seule condition que le couple qui cherche à contracter le mariage soit un couple hétérosexuel[1188]. Peu importe donc l'origine du sexe, il suffit qu'il y ait différence juridique de sexe des personnes devant contracter le mariage. Mais le problème se poserait autrement lorsqu'il sera tenu compte du sexe biologique de la personne en méconnaissance de son nouveau sexe qui est son sexe apparent.

2. Le sort du mariage entre personnes de sexes de nature différente

507. La problématique. Dans quels cas un transsexuel peut-il conserver son mariage à l'instar d'une personne ayant conservé son sexe d'origine ? Autrement, à quelle condition pourrait-on remettre en cause l'union de deux personnes dont l'une est un transsexuel de sexe opposé au sexe de l'autre époux ? La solution à cette question pourrait être recherchée dans la nature du sexe retenu pour l'accès au mariage. On se retrouve alors dans deux situations différentes lorsque c'est le sexe biologique ou le sexe apparent de la personne qui est pris en compte en vue d'invalider le mariage. On pourra donc invoquer la nullité du mariage. Mais, si le changement de sexe venait à être connu par son conjoint après le mariage, le divorce pourrait en résulter. Il conviendrait donc d'examiner le mécanisme par lequel chacune de ces actions pourrait être intentée et d'en envisager les issues possibles.

[1188] Cependant, il est indispensable pour le futur conjoint transsexuel de communiquer à l'autre partie qu'il a subi une conversion sexuelle, sans quoi ce dernier peut invoquer une erreur dans la personne pour obtenir le divorce ; A.N. GBAGUIDI, *Family and succession law*, n° 37, p. 50.

508. La voie de la nullité du mariage. L'article 148 du Code des personnes et de la famille dispose en son 2è tiret que la nullité du mariage doit être prononcée lorsque les conjoints ne sont pas de sexes différents[1189]. Elle est donc une norme impérative et relève de l'ordre public. Cependant, dans le cas d'une personne qui a subi une conversion sexuelle avant le mariage, peut-on parler de l'identité des sexes, même si le sexe biologique de la personne est identique avec le sexe biologique de son conjoint ? Tout dépendra de l'interprétation que fera les juges de cette disposition car en effet, soit il sera tenu compte du sexe biologique de l'époux en cause ou de son sexe apparent.

Si la nullité est examinée au regard de l'ancien sexe de l'époux, l'article 148 trouverait application dans la mesure où il sera question de l'inobservation d'une condition essentielle du mariage. Ce dernier sera frappé d'une nullité absolue. Ainsi, l'époux de la personne qui a subi la conversion sexuelle, toute personne qui y a intérêt ou le ministère public peuvent intenter une action en nullité contre ce mariage.[1190] Dans le cas contraire, c'est-à-dire le cas où le sexe apparent de la personne est pris en compte, le mariage ne pourra être annulé car la condition de différence de sexe à l'entrée du mariage a été observée.

509. La voie du divorce. L'un des époux peut demander le divorce pour faute sur la base de l'article 234 du Code des personnes et de la famille. Aux termes de cette disposition, le divorce peut être prononcé pour stérilité médicalement établie antérieure au mariage et non révélée au moment de la célébration[1191]. De toute évidence, une personne qui a subi une conversion sexuelle est privée de sa fonction reproductrice. Et si la chirurgie ayant conduit au changement de sexe a été dissimulée lors du mariage, elle constituerait une faute pouvant conduire au divorce.

D'une manière ou d'une autre, lorsque la personne qui a subi la conversion sexuelle se met dans une union régulière, sa dissolution est délicate même si les mécanismes de la nullité et du divorce pour faute peuvent être invoqués. De fait, l'égalité des sexes, qu'il s'agisse de sexe biologique ou non se verra assurer de quelque manière qu'il soit lors de la formation du mariage ou même après la célébration de celui-ci.

Au demeurant, tout autre est la situation de la personne ayant subi une conversion sexuelle après s'être mariée.

[1189] *Cf*. art. 148 du CPF.
[1190] *Cf*. art. 149 du CPF.
[1191] *Cf*. art. 234 du CPF.

B. Le sort du mariage antérieur à une conversion sexuelle

510. Les problèmes posés. Il s'agira d'examiner la problématique d'une personne qui est déjà dans le mariage et qui décide de changer de sexe. Deux problèmes sont envisageables. Il y a la modification de la mention juridique du sexe de celui qui a subi la conversion sexuelle à l'état civil et le maintien du mariage.

Il sera donc analysé les chances du postulant marié (1) et la survie du mariage (2).

1. La conversion sexuelle d'un époux

511. La liberté de la conversion sexuelle. Il se pose la question de savoir si la loi, dans son état actuel ou si une nouvelle loi doit intervenir, pourra admettre le changement de sexe par une personne mariée ? Á ce sujet, les législations des États de l'Union européenne tendent vers une même solution. La liberté[1192] étant accordée à toute personne de faire une conversion sexuelle, la personne mariée doit pouvoir opérer sa chirurgie afin d'obtenir un nouveau sexe. Cependant, l'obtention de ce nouveau sexe peut avoir des incidences sur le mariage qui est une institution qui unit un homme et une femme. Il conviendra de prendre garde afin de ne pas légitimer un mariage homosexuel.

512. La possibilité de modifier l'acte d'état civil d'un époux. Il existe en effet plusieurs possibilités. Certains États permettent le maintien du mariage après la conversion sexuelle au risque de conduire à un mariage entre homosexuels. Ces États sont au nombre de trois au sein du Conseil de l'Europe. Il s'agit, par exemple, de l'Autriche, de l'Allemagne et de la Suisse qui permettent, par leur législation, la modification du sexe à l'état civil et la conservation du lien matrimonial[1193].

D'autres États ont une attitude plus nuancée. Ils permettent la modification de la mention du sexe à l'état civil après la conversion sexuelle de l'époux mais refusent le maintien du mariage en imposant soit le célibat, soit le divorce ou soit la nullité du mariage. Il s'agit de la Hongrie, de l'Italie, de l'Irlande, de Malte, de la Turquie et de l'Ukraine qui se sont dotés d'une législation sur la reconnaissance du genre[1194].

[1192] Cette liberté s'étend même à la possibilité que la personne unie par un mariage puisse faire sa conversion sexuelle sans pour autant avoir besoin du consentement de l'autre époux, en raison de son droit à la vie privée. A.N. GBAGUIDI, *Family and succession law*, op. cit., n° 37, p. 50 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. La famille*, Paris, 2è éd. Montchrestien, coll. « Domat », 2012, n° 257.

[1193] *Cf*. Cour EDH, 16 juillet 2014, n° 37359/09, *affaire Hämäläinen c. Finlande, § 32*.

[1194] *Ibid*.

Enfin, la majorité des États du Conseil de l'Europe[1195] n'ont pas élaboré un cadre juridique précis réglementant la reconnaissance légale du genre ni aucune disposition juridique traitant spécifiquement de la situation des personnes mariées ayant subi une conversion sexuelle. Dans ces États, le sort du mariage du transsexuel n'est pas défini clairement. Toutefois, ces questions ne se posent pas dans les États qui ont reconnu le mariage homosexuel[1196] car la conversion sexuelle dans le mariage revient à un mariage homosexuel.

513. Les solutions possibles dans les pays qui n'ont pas reconnu le mariage homosexuel. Les personnes ayant subi la conversion sexuelle sont invitées, en général, dans les pays qui n'ont pas reconnu le mariage des personnes homosexuelles, à choisir entre le mariage et la modification juridique de leur sexe pour éviter que l'état civil ne fasse officiellement apparaître que deux personnes du même sexe se sont mariées[1197]. En France en 2011 – avant la loi sur le mariage homosexuel –, le tribunal de grande instance de Brest a refusé une demande de changement de sexe à l'état civil au motif que « *modifier le sexe mentionné dans l'acte de naissance d'une personne mariée aboutirait, non pas à constater mais à créer une situation de mariage entre personne du même sexe* »[1198]. De pareils cas se sont également présentés à la Cour EDH.

514. La solution de la Cour EDH. Dans les *affaires Parry*, qui relevaient du droit anglais et *R. et F.*, qui relevaient du droit écossais[1199], les maris de chacun des deux couples avaient subi des opérations de conversion sexuelle et souhaitaient être juridiquement considérés comme étant de sexe féminin, conformément aux principes dégagés par les arrêts *I. et Christine Goodwin*[1200]. Ils se sont vus opposer un refus par la Cour. Dans une décision récente du 16 juillet 2014, la Cour EDH a jugé que l'État finlandais qui avait subordonné la reconnaissance juridique de son nouveau sexe à la personne qui a subi une conversion sexuelle à la condition de la transformation de son mariage en un partenariat civil, n'avait pas porté une atteinte disproportionnée au droit à la

---

[1195] Il s'agit des États que sont : l'Albanie, l'Andorre, l'Azerbaïdjan, la Bulgarie, la Bosnie-Herzégovine, le Chypre, la Croatie, l'Estonie, la Géorgie, la Grèce, la Lettonie, le Liechtenstein, la Lituanie, le Luxembourg, l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Moldova, le Monaco, le Monténégro, la Pologne, la Roumanie, la Russie, la Serbie, la Slovaquie et la Slovénie.

[1196] Il s'agit de : la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la France, l'Islande, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal et le Royaume-Uni (Angleterre et pays de Galles uniquement) et la Suède.

[1197] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. préc*., p. 12.

[1198] TGI Brest, 15 déc. 2011, n° 11/0975 : *Juris-Data* n° 2011-027855.

[1199] Civ. 1ere, 13 mars 2007, *D*. 2007.1389, rapp. G. Huyette et note E. Agostini ; *AJ fam*. 2007, p. 227, obs. F. Chénedé ; Cour EDH 28 nov. 2006, déc. d'irrecevabilité, *R. et F. c. Royaume-Uni et Parry c. Royaume-Uni.*

[1200] J.-P. MARGUENAUD, « Le mariage entre personnes du même sexe renvoyé aux calendes grecques ? », *RTD civ.* 2007, p. 287.

vie privée de la requérante[1201]. Ils peuvent ainsi vivre en partenariat ou en concubinage. Il est ainsi délicat pour une personne mariée d'obtenir une modification juridique de son sexe et de conserver son mariage.

2. La préservation du mariage d'un époux ayant subi une conversion sexuelle

515. La problématique de la concordance entre l'acte de l'état civil et l'apparence de la personne. Peut-on laisser survivre – au cas où la conversion sexuelle n'est pas interdite aux époux – le mariage contracté antérieurement à la conversion sexuelle de l'un d'eux ? Pour répondre efficacement à cette question, il sera important de réfléchir sur les effets d'un jugement autorisant le changement de mention de sexe.

516. L'impossibilité de modification de l'état suite à une conversion sexuelle. S'il existe des États qui n'accordent pas une grande attention à la concordance entre la réalité et sa constatation officielle portée sur les actes d'état civil[1202], d'autres États accordent un intérêt tout particulier à la fidélité de ces actes. Dans la première catégorie d'États comme la Grande-Bretagne, on observera qu'un transsexuel ayant changé de sexe et donc d'apparence, continuera d'être reconnu sur la base de son ancien état. Cette situation pourrait être, de fait, un tremplin pour que survive le mariage entre deux personnes devenues du même sexe.

517. La possibilité de modification de l'état civil suite à une conversion sexuelle. Nombreux sont également les États qui admettent une modification de l'acte de l'état civil après le changement de sexe. Parmi ces États, on peut bien évidemment citer la France. Ainsi, en France, une personne peut demander la modification de la mention du sexe sur son acte d'état civil suite au changement de sexe. On peut pourtant se demander quelle est la nature juridique de la décision autorisant la modification de la mention du sexe sur l'acte d'état civil. S'agit-il d'un acte déclaratif donc à effet rétroactif ou d'un acte constitutif ? De la nature de cette décision, deux conséquences pourraient se déduire et se concentreront autour des deux critiques sur la question. Une critique aussi bien doctrinale que jurisprudentielle existe donc sur cette question. Pour les uns, le jugement autorisant le changement de la mention de sexe ne peut avoir un effet rétroactif et n'est donc qu'un jugement constitutif[1203] car il ne s'agit pas d'une action en rectification[1204] d'état

[1201] Cour EDH, 16 juillet 2014, n° 37359/09, *affaire Hämäläinen c. Finlande*.
[1202] *RTD civ.* 2002, p. 782, obs. J. Hauser ; Cour EDH, grande chambre, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni ; RTD civ*. 2002, p. 862, obs. J. Marguenaud et J. Raynard.
[1203] Civ. 1ere, 14 nov. 2006, *Bull. civ*. I, n° 478.

proprement dite. Il n'est pas mis en cause une erreur sur la mention du sexe de la personne à sa naissance[1205]. Ainsi il ne peut que s'agir d'une mention en marge de l'acte de l'état civil.

518. L'effet non rétroactif du jugement et ses conséquences. Si l'on retient que le jugement de modification d'état est un acte constitutif, la mention de ce changement de sexe sera faite en marge de l'acte de naissance. Ce nouvel acte peut être sans graves conséquences sur le mariage antérieur puisque l'état de la personne n'est pas modifié avant le mariage et la nullité du mariage s'apprécie au jour de la formation du mariage[1206]. Dès lors que la personne qui a subi la conversion sexuelle n'obtient pas, par le fait de cette chirurgie la modification de son état, elle aurait d'une certaine façon conservé son état jusqu'au jour du jugement. Ce mariage pourrait rencontrer des difficultés mais ne saurait souffrir d'une nullité, fût-elle relative. Cependant, il pourrait être frappé de caducité[1207] car un élément substantiel du mariage aurait changé. La caducité est définie par le Lexique des termes juridiques comme l'« *état d'un acte juridique valable mais privé d'effet juridique à raison de la survenance d'un fait postérieurement à sa création* »[1208]. Les éléments essentiels de la caducité sont la survenance d'un fait et sa postériorité par rapport à la création de l'acte juridique[1209]. On pourrait l'envisager dans le cas, par exemple, d'une conversion sexuelle postérieure au mariage[1210]. Le mariage ne disparaîtra alors que pour l'avenir.

519. L'effet rétroactif du jugement et ses conséquences. Pour certains, puisque l'opération de changement de sexe est antérieure au jugement le consacrant, ce jugement ne peut-être que déclaratif et l'action consacrée à cette fin ne saurait point être une action en changement d'état mais une action en rectification d'état. Ce jugement aura donc un

---

1204 Lyon, 2e civ. 15 mai 2007, *JCP* 2007. IV. 1032 ; *RTD civ*. 2008, p. 78 obs. J. Hauser.
1205 Lyon, 2e civ. 15 mai 2007, *JCP* 2007. IV. 1032 ; *RTD civ*. 2008, p. 78 obs. J. Hauser.
1206 *Cf. supra* n°s 93 et s.
1207 R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques*, Thèse, préf. Y. Lequette, Paris, LGDJ, 2006, spéc. n°s 81 et 82 ; *RTD civ*. 1993, p. 97, obs. J. Hauser ; M. LAMARCHE, « Nullités, sanctions pénales et civiles pour violation des conditions de formation du mariage », in P. Murat (dir.), *Droit de la famille*, Paris, 6e éd., Dalloz, 2013, n° 115.14 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille,* J. GHESTIN (dir.), Paris, 2e éd., LGDJ, 1993, n° 301 ; C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Thèse, préf. Ph. JESTAZ, Paris, L'Harmattan, 2004,
1208 S. GUINCHARD et Th. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Paris, 22e éd., Dalloz, 2014, voy. « Caducité ».
1209 A. BÉNABENT, *Les obligations*, Paris, LGDJ, 2014, n° 201, spéc. p. 160 ; V. WESTER-OUISSE, « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP G*. 2001. I. 290. Pour une étude approfondie de la caducité, voy. F. GARRON, *La caducité du contrat*, Thèse, préf. J. Mestre, PUAM, 2000 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 6e éd., LGDJ, 2013, n° 668 ; C. PELLETIER, *op. cit.* ; R. CHAABAN, *op. cit*.
1210 Cour EDH, Ass. plén. 11 déc. 1992, *RTD civ*. 1993, p. 97, obs. J. Hauser ; M. LAMARCHE, *art. préc.* ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit.* ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil. La famille*, Paris, 4e éd., Defrénois, 2011, n° 170 ; P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Paris, 6e éd., Sirey, 2013, n° 232.

effet rétroactif. Ainsi, on assisterait, non à une mention en marge de l'acte de l'état civil mais à une véritable modification de ce dernier.

L'effet déclaratif du jugement amènera à un changement de l'acte d'état civil et aura un effet rétroactif. Les causes de nullité du mariage s'appréciant au jour de la formation du mariage, on se retrouverait en face de deux personnes du même sexe qui ont contracté mariage. Ce mariage sera ainsi donc frappé d'une « *nullité absolue d'ordre public* »[1211] car en effet, la différence de sexe dans le mariage est une question d'ordre public[1212]. Ainsi, l'on pourrait craindre les conséquences de la qualification qui suivra ce jugement notamment, sur un mariage antérieur qui serait nul[1213] ou sur la filiation d'enfants nés auparavant[1214].

520. Le sort du mariage en absence d'une action en vue de modifier l'acte de l'état civil. La question peut également se poser de savoir si le mariage survivra en absence de toute action visant à faire reconnaître son nouveau sexe ou à faire changer les mentions de son nouveau sexe à l'état civil. Dans ce cas, les époux demeurent juridiquement de sexe opposé et le mariage ne peut encourir ni nullité ni caducité. Cependant, lorsque le conjoint qui a subi la conversion sexuelle n'aura pas informé son conjoint de l'opération et recueillir son consentement, le conjoint du transsexuel peut demander le divorce pour abus de confiance[1215] alors même que l'abus de confiance ne figure pas parmi les causes de divorce pour faute[1216].

[1211] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. préc*., p. 13.
[1212] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique*, voy. « Ordre public ». L'ordre public désigne une « *norme impérative dont les individus ne peuvent s'écarter ni dans leur comportement, ni dans leurs conventions ; norme qui, exprimée ou non dans une loi correspond à l'ensemble des exigences fondamentales (sociales, politiques etc.), considérées comme essentielles aux fonctionnement des services publics, au maintien de la sécurité ou de la moralité (en ce sens l'ordre public englobe les bonnes mœurs), à la marche de l'économie (ordre public économique) ou même à la satisfaction des intérêts particuliers primordiaux (ordre public de protection individuelle)* ».
[1213] V. LARRIBAU-TERNEYRE, *art. préc*., p. 13.
[1214] Lyon, 2e civ. 15 mai 2007, *JCP* 2007. IV. 1032 ; *RTD civ*. 2008, p. 78 obs. J. Hauser ; voy. *supra* n° 464.
[1215] A.N. GBAGUIDI, *op. cit*., n° 37, p. 50.
[1216] *Cf*. art. 234 du CPF.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

521. Les droits de se marier et de fonder une famille sont reconnus à toute personne par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ratifié par le Bénin. Les dispositions de ce traité sont applicables dans l'ordre interne. Cependant, l'orientation sexuelle et la nature du sexe sont des éléments pris en compte au Bénin pour l'accès au mariage. L'article 123 du Code des personnes et de la famille est la source de cette consécration. Or la Constitution béninoise exige l'égalité de droit entre l'homme et la femme et toute référence au sexe est une inégalité. Le Code des personnes et de la famille créerait ainsi une inégalité entre les individus suivant leur orientation sexuelle et suivant la nature biologique ou non de leur sexe.

Le droit de fonder une famille n'est pas la condition du droit de se marier. On peut se marier sans fonder une famille mais on peut fonder une famille sans se marier. L'accueil des enfants serait la base fondamentale de la fondation d'une famille. Les concubins qui ont une orientation hétérosexuelle refusent le mariage en dépit du fait qu'ils remplissent les conditions fixées par la loi. Pourtant, ils sont pour la plupart, traités comme les époux : ils jouissent à égalité de tous les avantages liés au droit de fonder une famille. Il arrive parfois qu'ils jouissent directement des effets du droit de se marier notamment par l'indemnisation de l'un d'eux en raison de la rupture volontaire mais brusque de l'union. Le concubin survivant peut aussi être indemnisé pour l'accident qui a causé la mort à l'autre concubin alors qu'au départ, ce droit était réservé aux ayant droits de la victime.

S'il est à noter que la plupart des effets positifs du mariage profitent aux concubins, ceux négatifs leurs sont désormais directement applicables. Il est donc aisé de constater que la loi 2011-26 du 09 janvier 2012 tend à une assimilation complète du concubinage au mariage à travers la relation domestique que ces personnes entretiennent. Les concubins se voient imposer des obligations du mariage qu'ils n'auraient point souhaité. Une situation de fait, qu'est le concubinage sort ainsi progressivement de sa léthargie.

Cependant, la véritable question qui semble se dégager d'un tel phénomène est celle de savoir jusqu'à quel degré le concubinage va concurrencer le mariage puisqu'en réalité, il y a peu de droits des époux auxquels les concubins ne peuvent accéder au Bénin. Un véritable statut du concubinage[1217] est ainsi en élaboration. D'ailleurs, ce statut du concubinage est déjà formellement établi dans la pratique administrative. Le constat est

[1217] F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, p. 249 ; J.-J. LEMOULAND, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, chron. p. 135.

bien évident, les officiers de l'état civil délivrent déjà des attestations de concubinage au Bénin[1218]. L'opportunité d'une réforme législative pour achever la marche vers l'égalité serait la bienvenue afin d'organiser un statut de base applicable à tous les couples, tout en leur maintenant un statut spécifique : il s'agit de régler les conséquences embryonnaires d'une égalité consacrée au sein des couples.

[1218] Voy. l'annexe II pour un exemple d'attestation de concubinage, modèle disponible à la mairie d'Abomey-Calavi.

CHAPITRE II :

LES CONSÉQUENCES EMBRYONNAIRES D'UNE ÉGALITÉ CONSACRÉE AU SEIN DES COUPLES

522. La nécessité d'organiser un statut primaire des couples. La vie en couple appelle le concours de ses membres en créant des rapports personnels et patrimoniaux entre eux ; elle nécessite ainsi des devoirs[1219]. On remarque que les couples, qu'ils soient mariés ou non, ont des points communs. Il est alors nécessaire d'organiser un minimum de rapport qui régira les couples, quel que soit leur mode de vie. Aussi, il est indispensable d'envisager une égalité au sein de ce rapport minimum des couples. Il ne s'agit pas d'une égalité en raison du fait d'avoir fondé une famille. La démarche est déjà en cours dans certains domaines où le législateur a décidé d'accorder les mêmes droits aux enfants. Il en est de même lorsque, par le biais de certains mécanismes, notamment la responsabilité civile, le juge accorde les mêmes droits aux membres du couple victimes par ricochet.

Pour une certaine sécurité juridique et pour que l'absence de droit ne consacre une situation où l'oppression est la règle, la nécessité d'une intervention législative s'avère indispensable. L'utilité de la consécration d'un statut primaire commun à tous les couples serait un moyen de réaliser l'égalité des couples indépendamment de leur nature. Cependant, ce droit commun égalitaire du couple n'exclut pas la consécration d'un statut particulier pour chaque mode de conjugalité compte tenu de leur spécificité.

523. Les fondements de l'organisation d'un statut juridique primaire. Quatre principaux facteurs orientent le choix vers l'organisation d'un statut juridique primaire du couple. Il s'agit de la légitimité[1220] du concubinage au Bénin, de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la défaillance de l'État dans l'aide sociale et de la garantie à assurer aux créanciers des couples.

Les enfants ne doivent pas souffrir de l'innocence ou de l'inconscience de leurs auteurs compte tenu de leur intérêt supérieur. On peut, sur cette base noter une certaine

---

[1219] X. LABBÉE, *op cit.*, p. 121.
[1220] *Cf. supra* n°s 444 et s.

convergence des droits des enfants quel que soit la nature de leur filiation. Aussi constate-t-on la défaillance de l'État dans les aides sociales. Au Bénin, il n'existe pas une aide aux chômeurs, aux diplômés sans emplois et à plusieurs autres catégories qui vivent dans le dénuement. Enfin, la distinction entre les couples liés par le mariage et ceux vivant hors mariage n'existent presque pas dans le vécu social. On observe aussi le nombre croissant des recompositions familiales et le traitement juridique unifié des violences commises au sein des couples[1221]. Il conviendra aussi d'offrir une certaine garantie aux créanciers des concubins compte tenu de la spécificité du concubinage au Bénin.

524. Une certaine évolution du droit constatée. Dans d'autres pays, on constate des formes organisées et variées de mode de conjugalités. C'est ainsi qu'ailleurs, on parle, en marge du mariage, du Pacte Civil de Solidarité[1222], du partenariat ou du concubinage. Le droit ne saurait s'établir en dehors des comportements humains. On peut bien déduire la marche vers un droit commun du couple compte tenu de la similitude de leur vécu. Ce sont des conséquences embryonnaires d'une égalité consacrée au sein des couples.

525. Plan. La démarche consistera à rechercher dans ce cadre un minimum de rapport égalitaire commun à tous les couples. Il serait donc envisagé dans un premier temps, le minimum de rapport personnel commun à tous les couples (Section 1) et, dans un second temps, le minimum de relations patrimoniales commun à tous les couples (Section 2).

[1221] *Cf.* la loi 2011-26 du 09 janvier 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes ; X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, Villeneuve d'Ascq, PUS, 2012, p. 13.

[1222] La loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 a introduit les articles 515-1 à 515-7 sur le PACS dans le Code civil français actuel.

SECTION 1 :
LA CONSÉCRATION D'UN MINIMUM DE RAPPORT EXTRAPATRIMONIAL COMMUN AU COUPLE

526. Un bref rappel. Si entretemps, la puissance paternelle permettait au père de l'enfant d'être seul investi de tous les pouvoirs à l'endroit de l'enfant, ce principe a connu des évolutions. Après la réforme de 2004, ceux-ci sont partagés entre les père et mère de l'enfant[1223]. On assiste ainsi au passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale. L'autorité parentale est selon le vocabulaire juridique l'« *ensemble des droits et devoirs qui appartiennent aux pères et mères en vertu de la loi et que ceux-ci exercent en commun pendant le mariage, d'une part relativement à la personne de leurs enfants mineurs non émancipés, en vue de les protéger (garde, surveillance, éducation), d'autre part relativement aux biens de ceux-ci* »[1224]. L'autorité parentale est donc un « *ensemble de droits et de devoirs, attribué aux parents non dans leur intérêt égoïste mais dans l'intérêt de leurs enfants* »[1225]. Ce n'est donc pas le mariage qui est la source de l'obligation du père et de la mère, mais le seul fait biologique de la procréation[1226]. L'idée de l'obligation qui pèse sur les père et mère est donc indépendante du lien de couple. C'est ainsi, qu'on voit instaurer le couple parental pour protéger les intérêts de l'enfant.

527. Définition de la parentalité. La parentalité est un néologisme non juridique qui évoque, pour les civilistes, « *une fonction culturelle de prise en charge, de protection et d'éducation d'un enfant* »[1227]. Le couple parental est lié à la persistance, malgré l'éventuel échec du couple conjugal et l'absence de communauté de vie des parents, des droits et devoirs parentaux[1228]. Le couple parental, à l'inverse du couple conjugal, n'est pas fondé sur les relations sexuelles et l'affection réciproque, mais sur la nécessité de mener à bien l'éducation des enfants communs[1229].

528. Plan. L'étude des rapports extrapatrimoniaux au sein des couples se limitera à certains éléments sur lesquels il peut être consacré une certaine égalité entre les membres du couple. Ainsi, s'est-il avéré nécessaire d'envisager l'obligation d'exercice en commun

---

[1223] *Cf. supra* n°s 365 et s.
[1224] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire Juridique*, voy. « Autorité parentale ».
[1225] *Cf.* art. 371-1 du Code civil français actuel ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacité*s, Paris, 7e éd., Dalloz, 2011, n° 911.
[1226] J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 1, introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple,* Paris, PUF, 2004, n° 399.
[1227] H. FULCHIRON, « Mariage, conjugalité, parenté, parentalité : métamorphose ou rupture », *in* H. Fulchiron (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité,* Paris, Dalloz, 2009, p. 15.
[1228] P. MURAT, « Couple, Filiation, Parenté », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 59.
[1229] *Ibid*.

de l'autorité parentale indépendamment de la nature de la filiation (§1) et d'examiner l'instauration de la coparentalité avec les difficultés inhérentes à certaines filiations (§2).

§ 1. L'OBLIGATION D'EXERCICE EN COMMUN DE L'AUTORITÉ PARENTALE INDEPENDAMMENT DE LA NATURE DE LA FILIATION : LA COPARENTALITÉ

529. Plan. L'organisation d'un régime juridique primaire du couple sera faite en matière des relations personnelles dans la famille par la coparentalité. Celle-ci conduira à établir un minimum de rapport commun entre les parents indépendamment de la relation qui existerait entre eux (A). Ce faisant, une certaine égalité s'établit entre les père et mère d'un côté et entre les enfants d'un autre (B).

A. Le minimum de rapports personnels commun dans la coparentalité

530. La problématique. Il n'est pas question de chercher à aligner tous les droits des parents sur ceux des couples mariés. Il n'est pas, non plus, question d'aligner les droits des enfants sur l'ensemble des droits des enfants légitimes. Ceci reviendra à vider le mariage de son contenu. Il sera plutôt aménagé un minimum de relation entre les père et mère en raison de l'importance des rôles qui sont les leurs pour la protection des enfants et surtout en raison de la légitimité du concubinage au Bénin. Il s'agira aussi de dégager un minimum commun à tous les enfants compte tenu de leur intérêt supérieur.

531. Plan. Après avoir montré l'importance de l'instauration de la coparentalité (1), il sera dégagé ses attributs possibles (2).

1. L'importance de l'instauration de la coparentalité

532. La nécessité du maintien de la valeur des fonctions parentales. L'organisation sociale de la famille doit largement reposer sur la « *fonction de transmission et de reproduction du corps social qu'elle assume* »[1230]. Le droit doit s'appuyer sur une idéologie qui souligne la valeur du maintien des responsabilités parentales. Même s'il est permis aux

[1230] P. MURAT, *art. préc.*, p. 60.

parents hors mariage de faire une déclaration conjointe d'exercice de l'autorité parentale devant le juge des tutelles[1231], il paraît que certains parents ne se décideront pas à faire cette déclaration pour deux raisons.

La première raison tient au manque d'informations des parents qui, pour la plupart, pensent que le droit leur accorde l'exercice en commun de l'autorité parentale en dehors du cadre du mariage civil. La seconde raison tient au fait qu'en général, les enfants n'ont pas beaucoup de biens et l'exercice de l'autorité parentale revient à assumer des charges. Il convient donc de prendre des mesures afin d'éviter de faire primer la volonté des parents sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Il y a aussi des actes graves de l'autorité parentale qu'il ne convient pas de laisser sous la direction de l'un seulement des deux parents : le consentement à l'adoption de l'enfant, le consentement au mariage de l'enfant mineur *etc*.

533. Les actes graves de l'autorité parentale. Si seul le parent qui a la garde de l'enfant a l'exercice de l'autorité parentale, il est libre de consentir à l'adoption de l'enfant. De tels actes ne pourront être tolérés. Quel que soit le type de filiation, la société béninoise ne saurait tolérer l'exercice unilatéral de l'autorité parentale. Il paraît qu'il y a un écart entre le droit et la pratique. Par contre, il est largement admis, même si les parents autrefois concubins ne vivent plus ensemble, qu'ils s'entendent en ce qui concerne les actes graves sur l'enfant. L'autorité parentale est une fonction et son exercice est tout aussi un devoir qu'un droit pour les parents[1232].

Pour ces raisons mentionnées, il est donc nécessaire de dégager les attributs possibles de la coparentalité.

2. Les attributs possibles de la coparentalité

534. Bref aperçu de la réglementation actuelle en matière de l'autorité parentale hors mariage. La loi béninoise pose des conditions assez rigoureuses pour l'exercice en commun de l'autorité parentale sur les enfants nés hors mariage. L'article 413 du Code dispose en effet que « *l'autorité parentale sur les enfants nés hors mariage est exercée par celui des père et mère à l'égard duquel la filiation est établie. Lorsque la filiation est établie à l'égard des père et mère, l'autorité parentale est exercée par celui qui a la garde*

[1231] *Cf*. art. 413 du CPF.
[1232] F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps,* Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, la documentation française, 1999. p. 79.

de l'enfant. S'il s'élève un conflit entre les père et mère relativement à la garde, le tribunal civil statue en considérant l'intérêt de l'enfant, et les règles de l'article 412 s'appliquent. L'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles »[1233]. On comprend par cette disposition que l'enfant naturel simple a encore la chance d'être élevé par ses deux parents à condition que sa filiation soit établie à leur égard et qu'ils aient fait la déclaration conjointe d'exercice en commun de l'autorité parentale. Cependant, l'enfant naturel simple né avant le mariage de l'un de ses parents avec une autre personne et l'enfant adultérin – enfant né au cours du mariage de l'un de ses parents – ne peuvent avoir l'autorité parentale exercée conjointement par leur père et mère. Aussi, dans ces cas, la garde de l'enfant ne peut être confiée à ses deux parents, car son accueil au domicile conjugal suppose l'accord du conjoint de son auteur[1234]. L'enfant adultérin restait presque toujours sous l'autorité de son parent complice de l'adultère qui est, dans beaucoup de cas, sa mère. Quant à l'enfant incestueux, qu'il soit naturel ou légitime, la réprobation sociale conduisait toujours à l'exercice de l'autorité parentale par l'un de ses parents et, en l'occurrence, sa mère. On conviendra donc qu'on ne peut pas aligner les droits de tous les enfants sur le modèle des droits des enfants légitimes

535. Les attributs de l'autorité parentale à retenir dans le cadre de la coparentalité. La garde de l'enfant dont les parents ne cohabitent pas se révèle être une question délicate. Il convient donc de la soustraire des autres droits et devoirs qui composent l'autorité parentale en lui maintenant son régime. Le droit commun du couple envisagé ici portera sur tous les autres attributs de l'autorité parentale exceptée la garde de l'enfant. Il s'agit des droits et devoirs de diriger, de surveiller, d'entretenir et d'éduquer, 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 et d'assurer la jouissance et l'administration légale de ses biens.

[1233] *Cf*. art. 413 du CPF.

[1234] *Cf*. art. 392 al. 2 du CPF : « *les enfants naturels dont la filiation est régulièrement établie ont vis-à-vis de leurs auteurs, les mêmes droits et obligations alimentaires que les enfants légitimes. Toutefois, ils ne pourront être élevés au domicile conjugal qu'avec le consentement du conjoint de leur auteur* ».

B. L'égalité entre père et mère et entre enfants résultant de la coparentalité

536. La problématique. Il a été démontré *supra*[1235] l'égalité des enfants consacrée par la loi et celle des parents qui en a résulté. Cependant, l'analyse ne portait pas sur l'ensemble des filiations et s'était concentrée sur les enfants naturels simples qui sont plus aisément assimilables aux enfants légitimes. Ensuite, l'analyse précédente consistait à démontrer qu'une assimilation future est possible. Compte tenu de ces éléments, il est possible d'envisager entre tous les enfants, indépendamment de la nature de leur filiation, une possible égalité totale au sujet de certains droits. Aussi, l'élaboration de ce minimum commun égalitaire à tous les enfants conduira à élargir la prise en compte d'autres formes d'unions entre parents qui se seront vus à égalité avec les époux.

537. L'établissement d'une égalité étendue entre les enfants indépendamment de la nature de leur filiation. L'instauration de la coparentalité aura pour conséquence la fixation d'un ensemble de règles minimales qui s'appliqueront à tous les enfants. Il peut demeurer des spécificités liées à la nature du couple qui influencera le contenu de l'exercice de l'autorité parentale comme la garde conjointe des enfants par les époux. Tous les enfants seront traités à égalité dans ce minimum commun établi par la loi ; qu'il s'agisse de l'enfant naturel, de l'enfant dont les parents sont divorcés, des enfants adultérins ou incestueux. Il ne sera plus question d'une déclaration d'exercice en commun de l'autorité parentale par les concubins simples. La coparentalité doit être automatique.

538. La nécessité d'instaurer la coparentalité indépendamment de la nature de la filiation de l'enfant. L'instauration de la coparentalité, quel que soit le type de filiation de l'enfant s'avère une urgence afin, non seulement de tenir compte de l'intérêt de l'enfant que de l'utilité de l'exercice en commun de l'autorité parentale par ses deux auteurs puisque « *de toutes les règles qui en ce début de siècle commandent les rapports juridiques entre parents et enfants, dans l'exercice des droits parentaux, la plus importante est probablement celle de l'égale implication des deux membres du couple consacrée par l'article 18 de la Convention internationale des droits de l'enfant* »[1236].

539. L'ajustement d'une inégalité entre parents sur les charges de l'autorité parentale. En général, les enfants n'ont pas beaucoup de biens et l'exercice de l'autorité parentale revient souvent à supporter leurs charges. Un déséquilibre s'observe : toutes les charges pèsent sur l'un des parents, en l'occurrence la mère puisqu'en général, c'est elle

---

[1235] *Cf. supra* n°s 450 et s.

[1236] F. BOULANGER, « Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux », in *Mélanges en l'honneur à Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, Lextenso, 2012, p. 59.

qui a la garde de l'enfant[1237]. C'est en fait chercher à mettre au monde des enfants sans avenir certain. Même s'il convient de bien encadrer le mariage afin d'inciter les couples à s'unir sous son égide, il est indispensable d'éviter de faire supporter par les enfants les charges des choix de leurs parents. L'instauration de la coparentalité qui dérive de la reconnaissance d'un couple parental est donc urgente. Dans cette mesure, il peut être concevable que lorsque les deux filiations de l'enfant sont établies, que ses père et mère exercent en commun l'autorité parentale. Afin de préserver l'équilibre familial, une certaine limitation s'impose à l'exercice en commun par les parents de l'autorité parentale.

540. Les limites à l'exercice en commun de l'autorité parentale. Si on permet l'exercice par chacun des parents de tous ces droits, il est possible d'assister à l'enlèvement de l'enfant[1238]. Cette obligation est seulement liée à la filiation de l'enfant et non à la continuité des relations affectueuses entre les parents. L'instauration de la coparentalité condamnerait ainsi les deux parents à exercer l'autorité parentale à raison de la filiation de l'enfant. Ainsi conçu, on voit l'utilité de l'exercice en commun de l'autorité parentale par les deux parents quelle que soit la nature de la filiation de l'enfant. Les père et mère seront désormais égaux devant l'exercice de l'autorité parentale.

541. L'obtention du minimum commun égalitaire aux couples. Quelle que soit la nature du couple, les parents auront désormais un ensemble de droits un peu plus élargie que dans le cadre actuel. Les parents divorcés continueront à exercer en commun l'autre parentale conjointement sous réserve de la garde alternée de l'enfant contrairement à ce que prévoit l'article 412 alinéa 1er du Code des personnes et de la famille qui dispose que « *si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le juge a confié la garde de l'enfant, sauf les droits de visite et de surveillance de l'autre et le droit de consentir au mariage, à l'adoption et à l'émancipation de l'enfant mineur* »[1239].

Cependant, il convient de nuancer selon la situation de chaque parent. La naissance hors mariage peut s'associer avec des situations complexes issues notamment des recompositions de famille ou d'adultère. On peut alors fléchir sur la question de la garde de l'enfant qui est un élément de l'autorité parentale. Mais les autres attributs de l'autorité parentale doivent pouvoir demeurer les charges des parents du fait de la filiation.

[1237] Dans les faits, lorsqu'une femme met au monde un enfant, c'est elle la première qui commence à donner les soins à l'enfant et sa filiation est établie en premier. Cela fait d'elle celle qui a la garde de l'enfant, elle exerce du coup l'autorité parentale.
[1238] F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *op. cit.,* p. 80.
[1239] *Cf.* art. 413 al. 1er du CPF.

Il y a des cas où l'une des filiations, notamment la filiation paternelle est établie un peu plus tardivement. Dans ce cas, puisque les deux filiations sont établies alors que l'enfant a déjà un certain train de vie, faut-il permettre aux deux parents d'exercer en commun tous les droits liés à l'autorité parentale ? Bien évidemment, il convient de parer les dérives possibles de telles situations afin de fixer un minimum commun au couple.

Néanmoins, il doit légitimement avoir des restrictions à la coparentalité compte tenu des difficultés inhérentes à certaines filiations.

§ 2. LA COPARENTALITÉ ET LES DIFFICULTÉS INHÉRENTES À CERTAINES FILIATIONS

542. Plan. Certaines filiations peuvent soit heurter la morale commune, soit causer de sérieux problèmes. La filiation adultérine comme celle incestueuse semblent en effet poser de réelles difficultés qu'il convient d'analyser afin de pouvoir assurer un minimum égalitaire à tous les enfants. Il sera donc examiné la situation des enfants adultérins (A) puis celles des enfants incestueux (B).

A. L'existence d'une inégalité orientée portant sur l'exercice de l'autorité parentale de l'enfant adultérin

543. Définition. L'enfant adultérin est un enfant dont l'un des parents est dans un lien formel de mariage au moment de sa conception avec son autre parent[1240]. L'enfant est donc l'enfant né de l'adultère de l'un de ses parents. Cette situation est délicatement réglée par le législateur. Deux cas s'observent selon que l'auteur dans le mariage est le père ou la mère et on parle d'adultère *a patre* ou *a matre*.

544. L'enfant adultérin *a patre*. Dans le cas où c'est le père qui, même étant dans le mariage, engendre un enfant hors le mariage, la filiation de cet enfant peut être établie à son égard par simple reconnaissance conformément aux dispositions de l'article 325 du Code des personnes et de la famille[1241]. La filiation maternelle étant automatique, l'enfant adultérin à patre aura ses deux filiations établies en cas de reconnaissance paternelle. En

---

[1240] A. N. GBAGUIDI, « Égalité des époux, égalité des enfants et le projet de Code de la famille et des personnes », *RBSJ*, n° spécial oct. 1995, p. 17.

[1241] *Cf.* art 325 du CPF : « *la volonté de reconnaissance par un homme marié ou une femme mariée d'un enfant né hors mariage doit être notifiée à son conjoint soit par écrit, soit par exploit d'huissier* ».

plus, les deux parents dans ce cas, et conformément à la loi pourront faire la déclaration d'exercice conjointe de l'autorité parentale. Lorsqu'il s'agit de la mère, la question est plus délicate.

545. L'enfant adultérin *a matre*. La filiation maternelle est automatiquement établie et, en général, l'époux de la mère devient le père de l'enfant. Il s'agit de la présomption de paternité. Cependant, il arrive des cas dans lesquels la mère étant dans le mariage donne naissance à un enfant qui n'est pas issu des œuvres de son mari. Il s'agit d'un enfant adultérin *a matre*. Les conflits peuvent ainsi s'élever au sujet de la filiation de certains enfants conçus dans le mariage. Il peut s'agir, soit d'un désaveu de paternité, soit d'une contestation de paternité.

546. La problématique de l'établissement de la double filiation d'un enfant adultérin à matre. La question se pose alors de savoir les chances réservées à un enfant d'avoir une filiation paternelle au cas où sa filiation paternelle légitime viendrait à être remise en cause. Pourra-t-il, à l'égard d'un enfant adultérin *a patre*, profiter de l'établissement de ses deux liens de filiation ? Il paraît que la loi n'autorise l'établissement de la filiation d'un tel enfant qu'à l'égard de sa mère. Ainsi, l'enfant adultérin *a matre* ne peut avoir que sa filiation maternelle établie[1242]. Et si la mère devrait tenter de faire établir la filiation paternelle de cet enfant, elle devra divorcer et se remarier avec le père biologique de son enfant[1243]. L'enfant adultérin à matre ne peut donc avoir que sa seule filiation maternelle établie tant que sa mère demeure dans son lien de mariage.

547. Une inégalité entre enfants adultérin *a patre* et *a matre*. S'agit-il d'une inégalité justifiable ou non ? La conséquence la plus redoutable est que l'enfant est différemment traité selon qu'il provient de l'adultère de son père ou de sa mère. L'inégalité qui s'observe est que le père adultère peut exercer conjointement avec la mère de l'enfant l'autorité parentale[1244] qui est une institution de protection[1245]. Aussi, l'enfant adultérin *a patre*, pourra, hériter à la fois dans la ligne maternelle comme paternelle.

L'enfant adultérin à matre n'a que son seul parent, sa mère. Seule cette dernière peut avoir l'autorité parentale. Il est donc possible de se demander la légitimité du maintien

---

[1242] *Cf*. art 303 du CPF : « *lorsque la présomption de paternité est écartée dans les conditions prévues aux articles précédents, la filiation de l'enfant est établie à l'égard de la mère comme s'il y avait eu désaveu en justice* ».

[1243] *Cf*. art 310 du CPF.

[1244] Pour que l'enfant naturel né de père unie par un mariage bénéficie de l'exercice en commun de l'autorité parentale de ses deux parents, il suffit, d'une part, que le père reconnaisse l'enfant et, d'autre part, qu'il fasse la déclaration d'exercice en commun de l'autorité parentale, conjointement à la mère de l'enfant devant le juge des tutelles. C'est assez simple et il semble bien que l'article 372 du CPF est conçu uniquement pour les enfants adultérins de père.

[1245] A. N. GBAGUIDI, *art. préc*., p. 9.

d'une telle inégalité entre enfants. L'adultère ne doit pas être en effet encouragé et surtout celle de la femme en raison des confusions qu'elle peut créer dans la détermination de la paternité de l'enfant. Néanmoins, on ne doit pas faire supporter à l'enfant les fautes de ses auteurs. Il serait légitime, d'ériger la coparentalité en règle quelle que soit la nature de la filiation de l'enfant. C'est en fait l'intérêt de l'enfant qui la recommande. Il convient donc de supprimer cette inégalité d'une part, dans les rapports des parents entre eux mais aussi à l'égard des enfants.

Cependant, d'autres cas d'inégalités entre enfants observées sont difficilement gérables et on peut se demander s'il est possible de les redresser ; il s'agit notamment du cas des enfants incestueux.

B. L'existence d'une inégalité dépassée portant sur l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant incestueux

548. Notion. L'enfant incestueux est un enfant né des personnes entre lesquels le mariage est prohibé. Aux termes des dispositions de l'article 122 du Code des personnes et de la famille :

« *Est prohibé pour cause de parenté ou d'alliance, le mariage de toute personne avec :*

- ses ascendants ou ceux de son conjoint ;

- ses descendants ou ceux de son conjoint ;

- jusqu'au troisième degré, les descendants de ses ascendants ou de ceux de son conjoint.

Toutefois, lorsque l'union qui provoquait l'alliance a été dissoute par décès de l'époux, le mariage entre beau-frère et belle-sœur doit être autorisé par le procureur de la République et, pour motif grave »[1246]. Lorsqu'un enfant est issu des personnes entre lesquelles il existe un lien de parenté ou d'alliance à un degré donné, que ces personnes soient mariées ou pas, il s'agit d'un cas d'inceste.

549. La restriction des droits de l'enfant naturel incestueux. Selon les dispositions de l'article 319 alinéa 2 du Code des personnes et de la famille, « *(...), s'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par le présent Code pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un,*

[1246] *Cf.* art. 122 du CPF.

il est interdit de l'établir à l'égard de l'autre »[1247]. Dans la législation actuelle, l'enfant naturel incestueux est privé de l'établissement de sa filiation à l'égard de ses deux parents ; ce qui induit le fait que seul l'un de ses parents exerce l'autorité parentale[1248].

550. Les fondements de la restriction des droits de l'enfant incestueux. Pour comprendre le bien-fondé de cette disposition afin de justifier l'inégalité qui s'y rapporte, il serait louable de pénétrer l'esprit du législateur. En effet, il paraît évident que c'est l'immoralité qui entoure la naissance de l'enfant incestueux qui fonde le refus de l'établissement bilatérale de sa filiation. Il est vrai qu'on doit tenir compte des mœurs pour légiférer, mais en fait, on constate que cette immoralité qui entoure l'inceste est levée par le législateur lui-même sous certaines conditions. En effet, cette immoralité ne frappe que les enfants nés hors mariage.

551. La conservation de l'intégralité des droits de l'enfant légitime incestueux. Le mariage incestueux est un mariage qui encourt la nullité et, comme il a été déjà étudié, la nullité du mariage s'assimile aux effets d'un mariage putatif et profite ainsi largement aux enfants[1249]. La nullité qui frappe le mariage incestueux n'est pas rétroactif, le mariage est dissout pour l'avenir mais conserve ses effets passés[1250]. L'enfant né d'un mariage incestueux conserve la légitimité de sa filiation et tous ses effets[1251]. Cela suppose que l'immoralité qui entoure l'inceste peut être écartée pour l'intérêt de l'enfant. Le mariage est donc l'élément qui lève l'immoralité qui entoure les enfants incestueux.

552. Une possible extension à l'enfant naturel incestueux. On peut cependant fléchir la rigueur du droit à l'égard des enfants naturels incestueux en mettant en avant l'intérêt supérieur de l'enfant. L'inceste paraît ne pas être un obstacle à l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, on peut bien établir les deux filiations des enfants naturels incestueux et

---

[1247] *Cf*. art. 319 al. 2 du CPF.

[1248] *Cf*. art. 319 du CPF : « *la filiation naturelle est légalement établie par reconnaissance volontaire.*
Elle peut aussi être légalement établie par la possession d'état ou par l'effet d'un jugement.
Néanmoins, s'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par le présent Code pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit de l'établir à l'égard de l'autre ».

[1249] *Cf*. art. 152 du CPF : « *le jugement prononçant la nullité doit, en toute hypothèse, statuer sur la bonne foi de l'un ou l'autre des époux ; celle-ci est présumée.*
Si les deux époux sont de mauvaise foi, le mariage est réputé n'avoir jamais existé, tant dans les rapports des époux entre eux que dans leurs rapports avec les tiers.
Il produit cependant des effets à l'égard des enfants, quand bien même les deux époux n'auraient pas été de bonne foi. Il est statué sur leur garde comme en matière de divorce.
Lorsqu'un seul des époux est déclaré de mauvaise foi, le mariage nul est réputé n'avoir jamais existé à son égard, tandis que l'autre peut se prévaloir des dispositions de l'article 165.
Les enfants issus du mariage ou légitimés conservent à l'égard de leurs auteurs et des tiers la qualité qui leur avait été conférée par le mariage, sans que l'époux de mauvaise foi puisse s'en prévaloir à leur encontre » ; voy. *supra* n° 494.

[1250] X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, Villeneuve d'Ascq, PUS, 2012, p. 115.

[1251] A. N. GBAGUIDI, *art. préc*., p. 18 et s.

y attacher toutes les conséquences, contrairement à ce que le Code des personnes et de la famille prévoit[1252]. Il serait ainsi concevable que l'enfant incestueux peut se voit attribuer les mêmes droits que les autres enfants naturels. L'obligation d'assurer l'autorité parentale dérivant du fait naturel de la filiation.

L'égalité envisagée sur la coparentalité peut constituer un minimum que la loi doit pouvoir accorder à tous les couples pour assurer l'harmonie au sein des couples en matière de relations personnelles. Il demeure que l'organisation d'un minimum patrimonial égalitaire entre couple soit une solution à promouvoir.

SECTION 2 :
LA CONSÉCRATION D'UN MINIMUM DE RAPPORTS PATRIMONIAUX COMMUN AU COUPLE

553. La nécessité de la consécration. Le couple hors-mariage, dans son vécu quotidien cherche à imiter le couple marital. Or le couple marié est soumis, dans la vie du mariage comme à la sortie du mariage, à un ensemble de droits et d'obligations qui permettent d'organiser son patrimoine. Par l'entrée en mariage, les époux s'engagent à se porter secours et assistance. Également, la fin de vie commune occasionne un certain nombre d'entraides. Contrairement au mariage, aucune obligation d'entraide ne semble peser sur les concubins, ni pendant la vie en couple, ni après. Ainsi, face au pluralisme des couples, une réflexion s'impose sur la diversité des règles qui leurs sont applicables, mais également sur les éléments de rapprochement qui peuvent apparaître tantôt dans la loi, tantôt dans la jurisprudence, voire dans la pratique.

554. Plan. Il convient donc de rechercher un minimum de règles applicables à l'entraide au sein des couples quel que soit leur mode de constitution. Ainsi, il sera question de dégager un régime assurant une protection minimale égalitaire du couple pendant la vie commune (§ 1) et à sa rupture (§ 2).

[1252] *Cf.* art. 619 et 921 du CPF.

§ 1. LA MODULATION D'UN RÉGIME ASSURANT UNE PROTECTION MINIMALE ÉGALITAIRE DES COUPLES DURANT LA VIE COMMUNE

555. Les fondements. La raison qui légitime l'analogie repose le plus souvent sur la seule similitude des situations[1253]. La protection des membres du couple pendant la vie commune doit passer par l'organisation d'un statut patrimonial du couple. L'élaboration d'un tel statut doit essentiellement s'inspirer du modèle de vie conjugale parce que, même si le mariage reste perfectible, « *il constitue en effet un modèle de réglementation des rapports patrimoniaux dans le couple, mûri par des siècles de réflexion* »[1254]. Dans le mariage, il existe au Bénin deux niveaux de protection patrimoniale des époux, deux niveaux qu'on peut qualifier de minimum. La solidarité des dettes ménagères et la contribution aux charges du ménage semblent être les deux piliers de cette entraide minimale entre les époux pendant la vie maritale. Ces deux sortes d'entraides peuvent être étendues à tous les couples puisqu'en pratique, les concubins s'entraident sans loi.

556. Plan. Ainsi, quel que soit le couple, une solidarité des dettes ménagères doit être prévue (A), de même que l'obligation de contribuer aux charges du ménage (B).

A. La recherche de l'égalité des couples autour de la solidarité des dettes ménagères

557. La pratique existante. L'Ancien droit admettait que les membres des communautés taisibles vivant à même pot et même feu étaient solidairement tenus des dettes contractées par le maître de la communauté[1255]. Ainsi, dès son instauration, la solidarité des dettes n'est pas exclusive du mariage. C'est plutôt la communauté de vie qui en est le fondement. Or cette solidarité est transférée dans le domaine du droit de la famille et le mariage est devenu la seule institution dont les membres sont solidaires des dettes ménagères. En droit positif béninois, la solidarité des dettes ménagères n'est donc imposée qu'aux couples engagés dans le mariage[1256]. En revanche, les simples concubins et, plus généralement, tous les autres cohabitants, y échappent, réserve faite de l'application de la

---

[1253] G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 139.
[1254] A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, Thèse, Grenoble II, 2003, n° 45.
[1255] P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, Les obligations*, t. 1, Paris, PUF, Coll. « Thémis Droit privé », 1969, n° 279, p. 306.
[1256] *Cf*. art. 179 du *CPF*.

théorie de l'apparence[1257]. Afin de rechercher la possibilité d'extension de la solidarité des dettes ménagères aux couples de concubins, il s'avère nécessaire, d'examiner les fondements de cette solidarité.

558. Plan. Deux raisons pourraient fonder l'extension de la solidarité des dettes ménagères aux concubins. Il s'agit de la facilitation de l'accès au crédit ménager (1) et de la nécessité d'offrir une certaine garantie aux commerçants, créanciers des membres d'un couple (2).

1. Une égalité facilitatrice du crédit des couples

559. Le renforcement du crédit ménager. La solidarité des dettes ménagères permet au ménage de ne pas être laissé à la ruine sans nourriture. L'un des principaux fondements de l'instauration de la solidarité des dettes ménagères est le renforcement du crédit ménager[1258]. C'est d'ailleurs cette raison qui a conduit le législateur béninois à l'articulation de l'article 179 du Code des personnes et de la famille ainsi que suit : « *chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants ; toute dette ainsi contractée par l'un oblige solidairement l'autre* »[1259]. L'entretien du ménage et l'éducation des enfants peuvent donc justifier le fait qu'un époux engage le patrimoine de l'autre époux même sans son consentement. Il est aisé de déduire l'idée générale de cette disposition qui est de permettre la satisfaction des besoins de la vie courante sans procédure. Cette solidarité des dettes ménagères instaurée dans le mariage pourrait être étendue au couple de concubins.

560. L'extension de la solidarité des dettes ménagères aux concubins. En effet, « *la confiance des tiers est le miroir de l'indépendance domestique* »[1260]. Les couples, qu'ils soient mariés ou non vivent les mêmes réalités. Chaque couple a besoin des moyens de subsistance et c'est en contemplation du droit du mariage qu'est inévitablement examinée la situation des couples non mariés[1261]. Au Bénin en particulier ou le nombre de couples de concubins dépasse largement le nombre de couple mariés[1262], la conception générale est que deux personnes qui vivent ensemble sont nécessairement mariées. D'ailleurs, pour la

---

[1257] A.-S. BRUN, *Thèse préc.,* n° 154 ; X. LABBÉE, *op. cit.*, pp. 143 et s ; D. GANANCIA, « Droits et obligations résultant du concubinage », *Gaz. Pal*. 1981, I. p. 18.
[1258] A.-S. BRUN, *Thèse préc*., n° 185.
[1259] *Cf*. art. 179 al. 1er du CPF.
[1260] Civ. 1ère, 9 octobre 1990 et Bordeaux, 18 septembre 1989, *RTD civ*. 1990, p. 584, obs. F. Lucet.
[1261] M.-C. RIVIER, « La solidarité entre les concubins », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 98.
[1262] Voy. les résultats de l'enquête, annexe I, spécialement les réponses aux questions n°s 12 et 13.

plupart, la dot continue toujours d'être l'élément qui légitime une union et l'arrivée d'un enfant l'exprime autant. L'extension de la solidarité des dettes ménagères telle qu'articulée pour les époux aux concubins contribuerait à établir un régime primaire égalitaire au sein des couples. L'instauration de cette forme d'égalité autour des dettes ménagères aurait certainement un écho favorable au sein de l'ensemble de la société béninoise qui déjà, assimile presque totalement les concubins simples aux époux.

2. Une égalité assurant la garantie aux créanciers des couples

561. Une forme de solidarité passive entre concubins. La seconde raison qui pourrait justifier l'extension de la solidarité des dettes ménagères au couple de concubins est l'assurance d'une garantie rapide à certains créanciers qui ne peuvent, pour des raisons pratiques, chercher à vérifier la situation matrimoniale d'un membre d'un couple avant de lui vendre à crédit un produit consommable. L'assurance accordée aux créanciers que le paiement de leur créance pourra être puisé dans deux patrimoines est une source de garantie. La solidarité passive étant une source de crédit par la pluralité des débiteurs auxquels le créancier peut s'adresser pour recouvrir la totalité de sa dette[1263].

562. Une garantie aux créanciers résultant de la théorie dite de l'apparence. Lorsqu'elle est légale, la solidarité a pour objectif « *d'assurer ou de consolider la situation de créanciers jugés particulièrement dignes d'intérêts* »[1264]. La situation des créanciers ménagers est digne d'intérêt et recommande la solidarité des membres du couple, parce qu'en octroyant du crédit au ménage, ces créanciers lui permettent de vivre, voire de survivre[1265]. En effet, si la Cour de cassation française réaffirme périodiquement que l'article 220 du Code civil français[1266] n'est pas applicable aux concubins[1267], elle admet

---

[1263] M.-C. RIVIER, *art. préc.*

[1264] F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 11è éd., Dalloz, 2013, n° 1247.

[1265] A.-S. BRUN, *Thèse préc*., n° 183.

[1266] L'article 179 du CPF est la copie conforme de l'article 220 du Code civil français actuel qui dispose que « *chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement. La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant. Elle n'a pas lieu non plus, s'ils n'ont été conclus du consentement des deux époux, pour les achats à tempérament ni pour les emprunts à moins que ces derniers ne portent sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante* ».

[1267] Civ. 1ère 11 janvier 1984, *Defrénois* 1984, art. 33368, p. 1003, obs. G. Champenois ; *RTD civ*. 1987, p. 171, obs. J. Mestre ; Civ. 1ère 17 octobre 2000, *Dr. fam*. 2000, comm. n° 139, note B. Beignier ; Civ. 1ère 2 mai 2001, *JCP G.* 2002, II, 10009, note R. Cabrillac. Il semble également que la solidarité pour les dettes ménagères puisse être prévue conventionnellement par les concubins au sein de leur convention, en particulier au profit du bailleur ; voy. M. STORCK, « Les contrats de concubinage », *Journal des notaires et des avocats* 1988, p. 649 : le bailleur pourra poursuivre l'un ou l'autre des concubins, alors même que le

depuis longtemps que les créanciers de l'un d'entre eux puissent se prévaloir du concubinage pour élargir l'assiette de leur gage lorsque, trompés par l'apparence, ils ont pris les concubins pour des époux[1268]. Les tribunaux français renouant avec une jurisprudence très ancienne, admettent qu'un concubin peut avoir donné mandat tacite à sa concubine pour l'achat de fournitures destinées aux besoins du ménage[1269]. Lorsque c'est sur le fondement de l'apparence de mariage que les concubins sont engagés solidairement, l'article 220 du Code civil français actuel s'applique dans sa plénitude. La solidarité ne peut ainsi jouer que pour recouvrer des dépenses destinées à l'entretien du ménage ou à l'éducation des enfants[1270].

563. Une solution à de possibles insécurités juridiques. Il est possible aux créanciers des concubins d'invoquer la théorie de l'apparence[1271] au mariage comme d'autres palliatifs à savoir l'enrichissement sans cause[1272], la gestion d'affaires ou la notion de société créée de fait[1273]. Les décisions du juge en cas de créance sur les concubins dépendront ainsi de la technique de recouvrement invoquée par le créancier des concubins. La nécessité se fait sentir de prévoir une norme qui régisse la question afin d'assurer une sécurité juridique aux individus. Cette solution aura aussi l'intérêt de porter les concubins à

---

contrat de bail n'a été signé que par l'un d'eux, s'il est établi que la convention de concubinage stipule que les concubins sont solidairement tenus au paiement des loyers car « *cette clause de solidarité est une stipulation pour autrui au profit du bailleur qui peut en revendiquer le bénéfice* ». Est-il cependant bien fréquent que les concubins s'imposent eux-mêmes cette charge ?

[1268] Certaines décisions considèrent que le concubin était tenu en tant que responsable des conséquences dommageables de la faute qu'il avait commise en laissant croire aux tiers que la concubine était sa femme (Paris, 21 novembre 1923, *Gaz. Pal*. 1924, jurispr., 1, p. 187 ; *Paris, 23 juillet 1932*, *Gaz. Pal*. 1932, jurispr., 2, p. 423) ; d'autres pensent que le concubin était engagé comme l'eut été un mari sur le fondement du mandat domestique (*Trib. Paix Lagny 4 juin 1954*, *D.* 1955, somm. 24). Sur l'état du droit positif antérieur, voy. A. PROTHAIS, « Dettes ménagères des concubins : solidaires, *in solidum*, indivisibles ou conjointes ? Après Civ. 1ère, 11 janvier 1984 », *D.* 1987, chron. p. 237. Lorsque le bénéfice de l'apparence est accordé aux tiers créanciers, ce n'est « qu'au prix d'une erreur légitime sévèrement appréciée » ; voy. Nancy, 20 septembre 1990, *RTD civ.* 1992, p. 68, obs. J. Hauser ; sous. Sur la condition de l'erreur légitime, voy. A.P. 13 décembre 1962, *D*. 1963, 277, note J. Calais-Auloy ; Civ. 1ère, 29 avril 1969, *D*. 1970, p. 23, note J. Calais-Auloy. La théorie de l'apparence trouve également à s'appliquer dans l'hypothèse fréquente où des concubins participent ensemble à l'exploitation d'une entreprise qui appartient à l'un d'eux et fait l'objet d'une procédure collective. Néanmoins, l'exploitation en commun suffit à conférer à chaque exploitant la qualité de commerçant et à justifier leur condamnation solidaire (voy. F. GRANET, *J.-Cl. Civ*., art. 515-8, 2000, p. 24, n° 64). La notion de coexploitation n'est cependant pas spécifique au couple et, surtout, ne permet pas aux créanciers ménagers d'élargir l'assiette de leur gage, de sorte que ce p10oint ne fait pas partie de l'affectation au crédit ménager du couple. La gestion d'affaires peut également être invoquée par le créancier, ce dernier soutenant que l'un des concubins avait géré en partie l'affaire de l'autre, que l'acte était nécessaire et, même partiellement, altruiste. Toutefois, ce quasi-contrat ne peut aboutir qu'à faire peser une partie de la dépense sur le géré : en aucun cas, il n'entraîne solidarité du géré et du gérant d'affaires. Sur les voies incertaines du droit commun, voy. Civ. 1ère, 2 mai 2001*, Dr. fam*. 2001, note L. Perrouin, comm. n° 79.

[1269] Rouen 27 septembre 2007, *JCP G*, 2008, IV, 1317.

[1270] A.-S. BRUN, *Thèse préc*., n° 168.

[1271] D. HUET-WEILLER, « Les rapports pécuniaires des concubins avec les tiers » in *F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain, Indépendance financière et communauté de vie, actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1988*, Paris, LGDJ, 1989, p. 132.

[1272] D. GANANCIA, « Droits et obligations résultant du concubinage », *Gaz. Pal*, 1981, I. p. 17.

[1273] M.-C. RIVIER, *art. préc*., p. 99 ; D. GANANCIA, *art. préc.*, p. 17.

égalité avec les époux afin d'assurer, non seulement la survie des membres du couple mais aussi d'offrir une garantie certaine aux créanciers.

564. Une égalité assurée par les mécanismes du droit des sûretés. Seuls les créanciers professionnels protégés par le droit des sûretés ont eu un certain avantage sur les autres, surtout les prestataires de services qui n'exigent, à l'instar des premiers qui, pour l'octroi d'un prêt ou d'un crédit, exigent systématiquement l'engagement du partenaire de l'emprunteur, conjoint ou concubin devenant co-emprunteur ou caution solidaire[1274]. Le droit des sûretés se voit ainsi être certainement un puissant instrument d'égalisation des couples quel que soit leur statut juridique[1275].

La solidarité au sein des couples est d'une grande importance et la nature du couple ne doit pas constituer un obstacle à l'instauration de celle-ci. Cependant, seule la solidarité autour des dettes ne saura protéger le couple et le mettre à l'abri des besoins. Il doit avoir, indépendamment de la nature du couple, une obligation qui pèse sur chacun de ses membres de contribuer aux charges du ménage.

B. L'instauration d'une égalité sur la contribution aux charges du ménage

565. Une question de logique. Lorsque l'on vit à même pot et même feu, la contribution aux charges de la vie commune apparaît logique. L'essence même de la vie commune est faite de l'entraide au quotidien, de la concertation, de la collaboration et du mélange des ressources[1276]. Elle ne se traduit cependant pas toujours en une règle de droit[1277]. La question se pose alors de savoir si le droit doit imposer à deux cohabitants, parce qu'ils forment un couple, de contribuer aux charges de la vie commune et peut-être ainsi parler de « *contributions aux charges du concubinage* »[1278].

566. Plan. On peut observer que le droit impose aux personnes unies par le mariage l'obligation de contribuer aux charges du ménage. Il est nécessaire de rechercher la raison profonde qui fonde cette obligation à la charge des époux et de voir dans quelle mesure on peut l'étendre aux couples de concubins (1). Cette extension de l'obligation de contribution aux charges du ménage aux concubins peut avoir d'importants effets (2).

[1274] M.-C. RIVIER, *art. préc*., p. 100.
[1275] *Ibid*.
[1276] M.-C. RIVIER, *art. préc*., p. 97.
[1277] J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 1979, p. 124.
[1278] Il n'y a pas différentes manières de vivre en couple et il paraît incongru de parler de contribution aux charges du concubinage ; voy. X. LABBÉE, *op. cit.,* pp. 140 et s.

1. Le fondement de la nécessité pour les époux de contribuer aux charges du ménage

567. Une obligation non spécifique au mariage. Il convient en réalité de rechercher si la contribution aux charges du ménage est une mesure spécifique au mariage et au cas contraire de chercher à l'étendre à tous les autres couples. Les charges du ménage se composent de l'obligation d'entretien entre époux et des obligations alimentaires et d'éducations des époux envers les enfants[1279]. Cette entraide minimum est-elle propre au mariage ? L'obligation de contribution aux charges du ménage qui peut s'exécuter comme une obligation alimentaire n'est pas seulement imposée entre époux ou entre parents et enfants dans le mariage. L'obligation alimentaire qui, dans le ménage constitue l'obligation d'entretien, est également imposée aux concubins à l'endroit de leur enfant. Ainsi, le droit a prévu une obligation alimentaire envers les enfants naturels. De ce fait, les charges imposées dans le concubinage consisteraient à satisfaire à l'obligation alimentaire des enfants communs. Les concubins sont laissés schématiquement pour compte. La particularité de la contribution aux charges du ménage dans le mariage est l'existence d'une obligation d'entretien entre époux.

568. L'existence d'une obligation alimentaire entre parents. Il existe également une obligation alimentaire de droit entre parents selon les dispositions de l'article 391 du Code des personnes et de la famille du Bénin qui dispose que « *l'obligation alimentaire résultant de la parenté est réciproque. Entre parents, elle existe en ligne directe sans limitation de degré. En ligne collatérale, elle est simplement morale* »[1280]. À côté des obligations alimentaires de droit, le législateur a également reconnu des obligations alimentaires morales entre collatéraux[1281] et entre les conjoints et les descendants au premier degré de l'autre conjoint[1282]. En somme, il existe une obligation alimentaire de droit entre époux et entre parents et enfants et une obligation morale entre collatéraux et entre conjoints et descendants de l'autre conjoint.

569. Une possible déduction des obligations alimentaires des concubins de la loi. Les concubins n'ont aucune obligation alimentaire, ni de droit ni morale, l'un envers l'autre de façon explicite. Toutefois, ce constat est pourtant difficilement conciliable avec la suppression de la pension alimentaire d'une personne divorcée ou veuve en cas de

---

[1279] *Cf.* art. 387 du CPF.
[1280] *Cf.* art. 391 du CPF.
[1281] *Cf.* art. 391 du CPF : « *L'obligation alimentaire entre un époux et les descendants au premier degré du conjoint reste morale* ».
[1282] *Cf.* art. 394 du CPF.

concubinage notoire de son bénéficiaire[1283]. Aux termes des dispositions de l'article 398 du Code des personnes et de la famille « *Á la mort de l'époux débiteur, la charge de la pension passe à ses héritiers. Cette obligation cesse si le débiteur d'aliments établit qu'il n'a plus de ressources ou si le créancier d'aliments se remarie ou vit en état de concubinage notoire* »[1284]. On peut conclure à l'examen de l'alinéa 2 de l'article 389 du Code des personnes et de la famille que le besoin d'aliment du créancier qui est la personne divorcée peut être satisfait par le fait qu'elle se soit mise en concubinage. Il est alors supposé que, dans le concubinage, chaque partie doit contribuer aux charges de la vie commune ou tout simplement que dans le concubinage, il existe un devoir d'entretien entre concubins qui viendrait suppléer les besoins du créancier d'aliment.

570. Une possible extension de la contribution aux charges du ménage aux concubins. L'extension de la contribution aux charges du ménage aux concubins ne devrait pas poser de sérieuses difficultés. Il reste toutefois à vérifier dans quelle proportion les concubins doivent contribuer. Toutes considérations prises, les concubins ne peuvent contribuer aux charges du ménage qu'à proportion de leur faculté respective. C'est ainsi qu'il peut s'avérer nécessaire d'étendre l'obligation de contribution aux charges du ménage aux concubins. En conséquence, l'article 159 du Code des personnes et de la famille pourrait être reformulé ainsi qu'il suit : article 159 nouveau : « *Nonobstant toutes conventions contraires, les membres des couples contribuent aux charges du ménage à proportion de leurs facultés respectives. Chacun d'eux s'acquitte de sa contribution par prélèvement sur les ressources dont il a l'administration et la jouissance et/ ou par son activité au foyer* ».

Cette extension de l'obligation d'entretien entre époux aux concubins aura des effets indéniables.

2. Les effets de l'extension de la contribution aux charges du ménage aux autres couples

571. La défaillance de l'État en matière de protection sociale. Plusieurs effets peuvent découler de l'extension de l'obligation de contribution aux charges du ménage aux concubins. Parmi ceux-ci, on peut citer la nécessité d'alléger les charges sociales de l'État et l'accomplissement de l'égalité entre couples. Pour les premières conséquences, les

---

[1283] D. HUET-WEILLER, « "L'union libre" (La cohabitation sans mariage) », in *American journal of comparative law*, vol XXIX, 1981, p. 252.

[1284] *Cf.* art. 389 du CPF : « *cette obligation cesse si le débiteur d'aliments établit qu'il n'a plus de ressources ou si le créancier d'aliments se remarie ou vit en état de concubinage notoire* ».

charges sociales qui pèsent normalement sur l'État sont lourdes. Il est de plus en plus démontré que le devoir de l'État d'assister les personnes démunies est limité par ses moyens et les cas dans lesquels l'État se trouverait dans l'incapacité d'assumer son rôle se démultiplient dans les États économiquement faibles comme le Bénin[1285]. D'ailleurs, le social n'est pas assez développé par l'État béninois. Á cela, s'ajoute l'allongement de la durée moyenne de vie[1286], le spectre récurrent de la récession économique, autant d'éléments qui font de la prise en charge des personnes âgées un problème dont l'acuité ne fait que croître[1287].

572. Une alternative à la défaillance de l'État par la solidarité entre concubins. La famille est le lieu des solidarités internes : de solidarités horizontales entre membres du couple ou de solidarités verticales entre générations[1288]. Le concubinage peut être une issue afin d'alléger les charges de l'État. La famille, qu'elle soit légitime ou naturelle doit donc être un point de solidarité afin de permettre d'alléger les charges de l'État. Comme le démontre M. Festy, « *c'est sur la complémentarité entre solidarité familiale et sociale qu'on appréciera sans doute le mieux l'effet des changements actuels en matière de "conjugalité" et de "filiation "* »[1289]. Il conviendrait, de contraindre toute personne vivant en communauté, à la solidarité des dettes ménagères qui est le gage de l'épanouissement des familles. La faveur à l'instauration et à la perpétuation de telles solidarités concerne l'ensemble de la société du fait de la nécessaire interdépendance entre les solidarités familiales et les solidarités nationales[1290]. Dans cette mesure, l'obligation d'entretien entre concubins doit être érigée en règle juridique afin de garantir un minimum à toute personne vivant dans le concubinage.

573. La faveur de la population à l'égalité du concubinage. L'égalité des couples se fera ainsi sentir dans le domaine de la contribution aux charges du ménage parce que la population béninoise est plus sensible à la condition des concubins. Dès lors, s'il y a des mesures prises afin de protéger les concubins, elles seraient très appréciées. Sur ce point, l'égalité des couples pourraient être atteint très prochainement.

[1285] Au Bénin, le taux de croissance en 2013 est de 5,6 % ; le PIB par tête en 2013 est de 407.258 FCFA ; le taux d'inflation en 2013 est de 1 % et l'indice de pauvreté en 2011 de 36, 2 % ; voy. le site Internet [www.Insae-bj.org/], consulté le 27/04/2015.

[1286] En 2002, l'espérance de vie à la naissance est de 59,2 ans dont 57,2 ans pour le sexe masculin et 61,25 ans pour le sexe féminin en 2002 comparativement au recensement de 1992 (RGPH-2) qui montre que l'espérance de vie à la naissance était respectivement 54,2 ans pour l'ensemble, 51,8 ans pour le sexe masculin et 56,6 ans pour le sexe féminin ; *cf*. Voy. Synthèse des analyses du troisième recensement général de la population et de l'habitat de février 2002, p. 19, disponible sur le site [http://www.insae-bj.org/].

[1287] M.-C. RIVIER, *art. préc*., p. 104.

[1288] P. MURAT, « Couple, Filiation, Parenté », *préc*., p. 55.

[1289] P. FESTY, « Le déclin du mariage ? » *Futuribles* n° 235, juil.-août 2000, pp. 69 et s. et spéc. p. 86.

[1290] P. MURAT, *op. cit*., p. 55.

Toutefois, ce n'est que le cas du concubinage simple qui va voir de beaux jours car en effet, les personnes entretenant un concubinage adultérin se seront senties un peu lésées. De toutes les façons, il y a plus d'avantage à établir l'égalité des couples sur la contribution aux charges du ménage. Souvent délaissé sans ressources, le concubinage est souvent source d'asservissement d'un membre du couple qui risque d'être abandonné sans ressources. Il est d'une grande importance d'instaurer un régime primaire du couple qui puisse permettre un minimum d'entretien entre concubins durant la vie commune.

Il est aussi tout à fait normal d'en faire de même en cas de rupture du lien de couple.

§ 2. L'ORGANISATION D'UN RÉGIME MINIMUM ÉGALITAIRE DE LA RUPTURE DU COUPLE

574. La protection des intérêts pécuniaires des époux en cas de rupture du mariage. L'une des obligations auxquelles les époux sont astreints dans le mariage est la communauté de vie[1291] qui implique le devoir réciproque d'entretien entre eux. Ainsi, quel que soit le régime matrimonial choisi, les époux ont l'obligation de mettre ensemble leur effort afin de pourvoir aux besoins du ménage ; que ce soit une contribution financière ou une contribution par l'activité au foyer[1292]. La disparition du couple entraîne donc nécessairement pour chacun de ses membres « *une division des moyens en face de besoins qui sont loin d'être pareillement divisibles ; et même, le plus souvent, c'est pour l'un des deux un effondrement des ressources* »[1293]. Pour pallier à ces difficultés, il est prévu dans le cadre de la rupture du mariage, des mesures permettant d'assurer la survie des conjoints.

575. La protection des intérêts pécuniaires des fiancés en cas de rupture abusive des fiançailles. En plus des mesures prévues en vue de sauvegarder l'intérêt patrimonial des époux, il est également prévu des mesures qui permettent de protéger les fiancés contre les ruptures abusives[1294]. Et, même si les fiançailles ne donnent droit à aucune obligation alimentaire[1295], d'entretien ou de secours, il n'est pas pour autant inutile d'avoir envisagé des dommages et intérêts en cas de rupture abusive. Il y a donc une certaine volonté législative affichée d'assurer un minimum de stabilité financière après la rupture de l'union.

[1291] *Cf*. art. 153 du CPF.
[1292] *Cf*. art. 159 du CPF ; voy. *supra* n° 374.
[1293] J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 1, introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple,* Paris, PUF, 2004, n° 608.
[1294] *Cf*. art. 118 du CPF.
[1295] *Cf*. art. 115 du CPF.

576. L'intérêt d'une protection pécuniaire des concubins en cas de rupture du concubinage. Si on peut admettre que c'est dans le malheur que l'entraide doit déployer tous ses effets[1296], la possibilité d'une entraide entre les anciens concubins mérite d'être étudiée. À cet égard, la reconnaissance d'une obligation, qu'elle soit naturelle ou juridique de secours après rupture du concubinage constituerait un indice de rapprochement égalitaire entre les différents couples. Mais, cette obligation de soutien doit prendre des formes diverses selon que la rupture de la vie commune intervienne du vivant des membres du couple ou qu'il s'agisse de la mort de l'un qui vienne mettre fin à l'union.

577. Plan. On dégagera, d'une part, le minimum égalitaire envisageable entre les membres d'un couple en cas de rupture du lien du vivant des deux membres du couple (A) et, d'autre part, le minimum égalitaire envisageable entre les membres d'un couple en cas de rupture du lien pour cause de décès (B).

A. Le minimum égalitaire envisageable entre les membres d'un couple en cas de rupture

578. Rappel des droits après le divorce. Dans la vie du mariage que le concubinage imite au plus près, la rupture de la vie commune peut avoir plusieurs causes à l'image des causes de dissolution du mariage. Les époux peuvent de commun accord mettre fin à leur union ou la rupture peut intervenir des suites de fautes commises par l'un d'eux. Lorsqu'il y a rupture du lien conjugal, il existe des mesures en vue de réparer le déséquilibre financier qu'aurait créé cette séparation. Dans la législation béninoise, la situation des enfants ainsi que celle du conjoint qui a obtenu le divorce sont privilégiés en ce sens qu'ils ont droit à une aide. Pour les enfants, il s'agit de la pension alimentaire et de leur garde. Pour l'époux ayant bénéficié du divorce, il lui ait alloué des dommages et intérêts.

579. La méconnaissance de la prestation compensatoire par le droit béninois. Pour préserver les couples et décourager les divorces[1297], le législateur béninois du Code des personnes et de la famille a enserré la fin de la vie commune dans des dispositions peu protectrices des époux divorcés. Ainsi, lorsqu'il n'y a pas de divorce prononcé au tort exclusif de l'un des époux, il n'est prévu aucune mesure afin de protéger financièrement l'époux qui n'a pas de revenu. Le droit béninois ne connaît pas de prestation

[1296] A.-S. BRUN, *Thèse préc.*, n° 291.
[1297] *Cf.* les débats parlementaires sur le projet de Code des personnes et de la famille du Bénin

compensatoire. Il évoque seulement la réparation en cas de préjudice matériel ou moral causé par le divorce[1298]. Il peut y avoir de divorce sans que le tort ne soit imputable à l'un seulement des époux. Dans cette optique, il ne peut avoir de réparation, car il n'y a pas de préjudice. Il y a donc la nécessité d'octroyer la prestation compensatoire à l'un des époux au divorce.

580. La nécessité d'octroyer une prestation compensatoire à l'un des époux après divorce. Il est donc important de réfléchir à un système dans lequel, même en cas de faute imputable exclusivement à l'un des époux, que l'on puisse instaurer une prestation compensatoire afin de permettre à l'époux qui a le moins de moyens ou qui contribuait aux charges du ménage par son activité au foyer, de pouvoir continuer à subvenir à ses besoins[1299]. Au sein du couple marié, il est nécessaire d'octroyer à un époux une prestation compensatoire en cas de disparité dans les conditions de vie résultant de la rupture[1300]. En effet, si le législateur a prévu que l'un des époux puisse contribuer aux charges du ménage par son activité au foyer, cela suppose qu'il est concevable que dans un couple, il peut avoir d'époux sans revenu financier. Et si la rupture du lien de mariage n'occasionne de dommages et intérêts qu'en cas de tort exclusif de l'un, on constate aisément qu'il y aura un époux privé de l'essentiel pour mener une vie personnelle.

581. Les droits à la rupture du concubinage. Quant au concubinage, la jurisprudence concernant les ruptures du concubinage évoque le plus souvent la question de la pension alimentaire des enfants communs issus du concubinage et les concubins sont laissés sans ressources[1301]. Un peu plus récemment, la loi sur la prévention et la répression des violences faites aux femmes a également opté pour le fait qu'au moins le droit de logement soit accordé, ne serait-ce que provisoirement à un concubin victime de violence domestique[1302]. De la confrontation de la pratique judiciaire et de la nouvelle vision du

---

[1298] *Cf*. art. 263 du CPF : « *en cas de divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, le juge peut allouer à l'époux qui a obtenu le divorce des dommages et intérêts pour le préjudice matériel et moral que lui cause la dissolution du mariage, compte tenu, notamment, de la perte de l'obligation d'entretien.*
Le juge décide, selon les circonstances de la cause, si ces dommages et intérêts doivent être versés en une seule fois ou par fractions ».

[1299] *Cf*. art. 270 du Code civil français actuel ; J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 1, introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple,* Paris, PUF, 2004, n° 609 ; Cass. 2e civ., 25 nov. 1999 : *D*. 1999, p. 277 ; *RJPF* 2000, 2/28, obs. P. Guerder ; 7 mai 2002, *Dr. fam*., juil.-août 2002, comm. n° 87 ; Cass. 2e civ., 26 sept. 2002, *Juris-Data* n° 2002-015556 ; *Dr. fam*., déc. 2002, *comm*. n° 145 ; H. LÉCUYER, « De la prestation compensatoire en général et de la déclaration sur l'honneur en particulier », *Dr. fam*., n° 4, Avril 2003, chron. p. 11.

[1300] *Cf*. art. 270 du Code civil français actuel.

[1301] Voy. Jugement n°324/10 du 02 mars 2010 du TPI de Parakou ; jugement n° 436/06 du 12 décembre 2006 du TPI de Ouidah ; jugement n°016 du 28 octobre 2010 du TPI d'Abomey-Calavi ; jugement n°009 du 12 août 2010 du TPI d'Abomey-Calavi ; jugement n° 057/2010 du 10 juin 2010 du TPI de Cotonou ; jugement n° 018/10-EP du 18 avril 2011 du TPI d'Abomey.

[1302] *Cf*. art. 20 al. 2 de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012 ; voy. *supra* n° 464.

législateur, on note une certaine convergence qui peut faire déduire que le juge et le législateur tentent subrepticement d'allouer un certain dommage-intérêt au concubin en cas de rupture du lien de couple. Dès lors, on peut bien envisager un minimum de rapport d'obligation au sein des couples en cas de rupture. Ce rapport minimal envisagé est légitime compte tenu du vécu quotidien des couples et induit un minimum d'égalité en leur sein. On peut donc bien envisager qu'en cas de rupture du lien de couple pour cause de rupture de la vie commune qu'il soit prévu une certaine indemnisation des membres du couple.

582. Une extension de la prestation compensatoire à l'un des concubins en cas de rupture du lien. Les couples de concubins, compte tenu de la similitude de leur vécu avec les époux, doivent se voir assurer un minimum de ressource même si, jusque-là, seul le droit commun de la responsabilité civile délictuelle permet à l'un de ses membres de se voir allouer des dommages-intérêts en cas de faute commise par l'autre concubin, faute détachable de la rupture. Il n'est plus question de faute, mais il est légitime que la vie en commun puisse avoir des effets au-delà de la rupture du lien afin d'instaurer une certaine justice et une certaine égalité au sein des couples. L'extension de cette mesure aux concubins devrait être envisageable afin de pallier aux nombreux mécanismes de la réparation civile qui sont usités de façon isolée. Ce faisant, on instaure un mécanisme qui permet d'assurer un minimum à tous les membres du couple afin que les ruptures de vie commune, même s'ils ne doivent pas être encouragés, ne contribuent pas à la ruine de l'un des membres du couple.

De même, il conviendrait d'organiser les biens du couple à la rupture pour cause de décès.

B. Le minimum égalitaire envisageable entre les membres d'un couple en cas de décès

583. Les fondements de la vocation successorale. Trois éléments fondent la vocation successorale du conjoint survivant[1303]. Il s'agit notamment d'assurer sa subsistance en essayant de maintenir son cadre de vie, de concilier ses droits avec ceux des parents par le sang et de conserver les biens dans la famille afin d'empêcher la transmission du patrimoine du prémourant à la famille du survivant lorsqu'il décède à son

[1303] Ph. MALAURIE et Cl. BRENNER, *Les successions, les libéralités*, Paris, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2014, n° 88.

tour. Ainsi, la vocation successorale du conjoint survivant traduit plus les devoirs et les sentiments envers les proches parents qu'il ne constitue une expression de la parenté. Or les sentiments sont également partagés dans les autres types de couple. La soutenance du survivant d'un couple est donc légitime.

584. Plan. On traitera de la légitimité de la soutenance du survivant d'un couple (1) puis on procèdera à la détermination du minimum commun à tous les couples après la rupture du couple par décès de l'un d'eux (2).

1. La légitimité de soutenir du survivant d'un couple

585. Un bref rappel de la soutenance du conjoint survivant avant 2004. Il paraît nécessaire d'examiner la légitimité de la soutenance du survivant d'un couple. Cette légitimité se mesure par rapport aux raisons qui sous-tendent la nécessité d'octroi d'un droit à la soutenance du conjoint survivant. En effet, le droit applicable au Bénin avant les années 2004 ne faisait pas du conjoint survivant un successible. Le Code civil français appliqué jusqu'alors ne reconnaissait pas de droit successoral en pleine propriété au profit du conjoint survivant. Toutefois, l'idée de procurer au survivant des époux, par la voie successorale, une situation qui lui permette de conserver, aussi longtemps que possible, le cadre de la vie commune et de bénéficier de la sécurité de ses vieux jours a toujours prévalue. Elle ne fut certainement pas étrangère à la reconnaissance, par une loi du 9 mars 1891, d'une part, d'une vocation successorale en usufruit et, d'autre part, à titre d'appoint, d'une pension alimentaire, au profit du conjoint survivant[1304].

586. Les raisons d'une plus grande protection en 2004. En 2004, la volonté de garantir un minimum au survivant du couple était présente et depuis la promulgation du Code des personnes et de la famille, le conjoint survivant est devenu un successible et peut donc hériter en pleine propriété les biens de son conjoint décédé dans des proportions données[1305]. Les raisons qui ont valu cette consécration paraissent être identifiables au niveau du couple non marié. En effet, trois éléments se conjuguent pour légitimer l'octroi d'un droit à la soutenance au survivant des membres d'un couple, que ce dernier soit marié

[1304] Une loi du 29 avril 1925 intervint pour majorer le taux de l'usufruit. Sur les lois du 9 mars 1891 et du 29 avril 1925, voy. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et S. GAUDEMET, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Paris, 4e éd., Dalloz, 2014, n° 165.
[1305] *Cf*. art. 630 et s. du CPF ; voy. *supr*a n°s 419 et s.

ou non : l'allongement de la durée de vie, le relâchement des liens familiaux comme source de solidarité et la composition du patrimoine du *de cujus*[1306].

587. L'allongement de la durée de vie. L'allongement de la durée de vie constitue un facteur déterminant de la nécessité de la prévoyance de la soutenance du survivant d'un couple. La durée de vie augmente de façon croissante depuis quelques années. À l'issue des résultats du troisième recensement général de la population et de l'habitation réalisé au Bénin en 2002 par l'Institut National de la Statistique et de l'Analyse Économique (INSAE), l'espérance de vie à la naissance est de 59,2 ans dont 57,2 ans pour le sexe masculin et 61,25 ans pour le sexe féminin en 2002 comparativement au recensement de 1992 (RGPH-2) qui montre que l'espérance de vie à la naissance était respectivement 54,2 ans pour l'ensemble, 51,8 ans pour le sexe masculin et 56,6 ans pour le sexe féminin[1307]. L'âge moyen du survivant compris entre 57 ans et 61 ans fait qu'il n'est guère susceptible de recouvrer une autonomie financière s'il est dans le besoin et notamment qu'il ne lui plus possible de trouver une activité professionnelle convenablement rémunérée[1308]. Des problèmes de subsistance surviennent ainsi fréquemment au décès de l'un des membres du couple dont le survivant est souvent la femme car sa durée de vie est plus longue que celle de l'homme[1309]. Le mariage n'étant pas un facteur de longévité démontré[1310], les concubins se retrouveront dans la même marge d'âge au décès de l'un ; ce qui justifierait la légitimité de la soutenance du survivant quel que soit le type de couple. L'évidence de la légitimité d'une telle consécration s'observe aussi compte tenu du resserrement de la famille.

588. Le resserrement de la famille. Si, en Afrique, et particulièrement au Bénin, la famille était si large et une forte solidarité se dégageait entre ses membres, de nos jours, la famille se réduit de plus en plus au couple et aux descendants d'eux, surtout compte tenu du resserrement de la conjoncture économique. Le législateur a également conforté cette position en précisant que l'obligation alimentaire à l'égard des autres personnes en dehors des parents et des descendants est purement morale ; d'où « *ce resserrement familial a*

[1306] A.-S. BRUN, *Contribution à la découverte d'un droit commun patrimonial du couple*, Thèse, Grenoble II, 2003, n° 401.

[1307] *Cf.* Voy. Synthèse des analyses du troisième recensement général de la population et de l'habitat de février 2002, p. 19, disponible sur le site [http://www.insae-bj.org/]

[1308] Pour analyse comparative, voy. A.-S. BRUN, *Thèse préc*., n° 402.

[1309] Aussi, s'ajoute le fait qu'en général dans un couple, l'homme est plus âgé que sa femme. Selon les données recueillies par l'INSAE, les femmes ont en moyenne 6,5 ans de moins que leurs conjoints et c'est seulement au sein de 1% des couples que les femmes sont plus âgées que leur mari ; Voy. Synthèse des analyses du troisième recensement général de la population et de l'habitat de février 2002, p. 21, disponible sur le site [http://www.insae-bj.org/].

[1310] Il a certes été relevé que le mariage est un facteur de longévité... mais uniquement par comparaison avec le veuvage. Des statistiques indiquent en effet une surmortalité des veufs ou des veuves par rapport aux mariés ; voy. P. FESTY, *art. préc*.,p. 69.

pour corollaire un ardent conjugalisme »[1311]. Et si ce soutien familial n'existe pas pour le compte du couple de concubin, alors il se pose un problème réel et les concubins veufs risquent d'être des charges pour les collectivités publiques. De surcroît, la composition du patrimoine du *de cujus* peut être une raison afin de concevoir un droit à la soutenance du survivant.

589. La composition du patrimoine du *de cujus*. Le régime de la séparation de biens est le régime matrimonial de droit commun sous lequel la plupart des couples se sont mariés au Bénin[1312]. Il est prévu à l'article 159 du Code des personnes et de la famille qu'il peut avoir de contribution aux charges du ménage par l'activité au foyer[1313]. Cette référence conforte la position de certains époux tournés essentiellement vers les activités au foyer. Dès lors, une même et identique difficulté demeure. Un époux pourrait alors se retrouver à la fin de la vie de l'autre conjoint sans ressources en dehors de la succession de son conjoint décédé. Cette difficulté est comparable à celle que vit l'un des concubins à la fin de vie de l'autre. Si pour les couples mariés, la vocation successorale du survivant peut parer un tant soit peu à cette question, plusieurs mécanismes sont utilisés en ce qui concerne le concubinage et il s'agit notamment de l'enrichissement sans cause ou de la société créée de fait qui se révèlent insuffisants[1314]. Cependant, il convient, pour une solution harmonisée et légitimée par l'affection qui se vit dans l'un ou l'autre des couples, de consacrer un droit à la soutenance du survivant qu'il soit marié ou non en raison de la composition du patrimoine du *de cujus*.

Si la légitimité de la soutenance du survivant du couple peut paraître affirmée, la détermination du minimum que l'on doit réserver au survivant, quel que soit le mode de conjugalité est une affaire délicate.

[1311] J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 1979, p. 169.
[1312] *Cf*. les résultats de l'enquête, voy. annexe I, question n° 11.
[1313] *Cf*. art. 159 du CPF.
[1314] A.-S. BRUN, *Thèse préc*., n° 408 ; D. GANANCIA, « Droits et obligations résultant du concubinage », *Gaz. Pal*., 1981, I. p. 17 ; D. HUET-WEILLER, « "L'union libre" (La cohabitation sans mariage) », *American journal of comparative law*, vol XXIX, 1981, p. 251.

2. La détermination du minimum commun à tous les couples après la rupture du couple par décès

590. La prise en compte de la dignité de la personne humaine. S'il est perceptible que les membres des couples vivent les mêmes situations à cause de la mort, il est nécessaire de déterminer le minimum commun à tous les couples afin d'assurer la dignité qui sied à toute personne humaine. Il faut donc rechercher le minimum possible dont une personne a besoin pour survivre avec dignité. Aussi, dans la détermination du *quantum* de ce minimum, il faut bien veiller à la protection du patrimoine du *de cujus* qui risque de passer au compagnon du survivant lorsque ce dernier viendrait à se mettre dans un nouveau lien.

591. Deux droits majeurs à consacrer à tous les couples. Il ressort des analyses que, des éléments les plus indispensables à la survie du conjoint survivant, le logement et les aliments sont les plus nécessaires. Dans l'optique de la recherche d'un droit minimum commun à tous les couples, on peut donc donner une place importante à l'hébergement et à l'alimentation du survivant. On peut ainsi concevoir, à l'image de ce qui est prévu à titre transitoire pour le conjoint survivant, de l'aliment au survivant jusqu'au partage du patrimoine du *de cujus*, lorsque ce dernier se trouve dans le besoin[1315]. Plusieurs raisons peuvent justifier ce choix dans le contexte béninois.

592. Justification de la position. On observe qu'il y a des couples qui ont vécu dans le concubinage toute leur vie par manque de possibilité afin d'accéder au mariage[1316]. Ce sont des personnes qui n'ont pas fui le mariage mais qui n'ont pas pu accéder à l'institution. Comme prévu par le Code des personnes et de la famille, le survivant d'un tel couple n'a droit à rien, il n'y a que les enfants qui puissent se partager cette succession. Aussi, la population béninoise doit pouvoir tolérer, à l'image de sa tolérance du concubinage, la protection du survivant du couple. Dans la majorité des cas où le survivant est une femme, on constate le plus souvent des violences commises par la famille du *de cujus* sur celle-ci. On commence d'abord par lui retirer tous les biens avant de l'expulser de la maison. Il paraît bien que c'est pour limiter ces faits que le législateur a initié au titre

---

[1315] *Cf.* art. 631 du CPF.

[1316] En réalité, le passage devant l'officier de l'état civil semble être pour certain un luxe. Pour d'autres, par contre, c'est par manque de moyens qu'ils n'accèdent pas au mariage ou encore qu'il existe un sérieux problème sur les pièces d'état civil sans lesquels on ne peut procéder à la célébration du mariage car en effet, il existe beaucoup de personnes au Bénin qui n'ont pas des pièces de l'état civil.

des violences dans le milieu familial, des mesures afin de permettre à la personne violentée de continuer à résider dans le logement commun[1317].

593. Le minimum commun dégagé en cas de décès de l'un des membres du couple. Il convient de spécifier pour le cas du décès. Il est bien concevable d'étendre le droit au logement du survivant sur une durée d'un (01) an ou s'il arrivait que le survivant vienne à se mettre dans un nouveau lien avant l'écoulement de ce délai, que ce dernier soit abrégé à compter du jour où il se met dans le nouveau lien.

On peut néanmoins relever des insuffisances à ce minimum commun à tous les couples. En effet, il n'existe pas que des concubinages simples car il en a des adultérins. Puisque cette forme de concubinage n'est pas tolérée dans la société béninoise, le concubin adultérin survivant ne peut, compte tenu des mœurs, s'attendre à un droit à la soutenance. En général, ces cas sont réglés du vivant des deux concubins par des donations.

[1317] *Cf*. art. 20, al. 2 de la loi 2011-26 du 09 janvier 2012 sur la prévention et la répression des violences faites aux femmes.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

594. La conception sociale de la famille au Bénin peine à se départir des coutumes en dépit de leur suppression par le Code des personnes et de la famille du Bénin. La légitimité générale du mariage par le versement de la dot prédomine toujours. Or cette forme d'union équivaut au concubinage dans le droit actuel. Pour cette raison, il serait important d'adoucir la règle de droit ou d'organiser un statut du concubinage qui puisse prendre en compte la spécificité du concubinage au Bénin. Il ne s'agira plus simplement d'attacher des conséquences à la vie commune hors mariage. La situation des enfants nécessite aussi une attention particulière afin que le droit ne soit pas l'instrument par lequel on contribue à la destruction de la société par des insuffisances dans l'éducation des enfants. Pour l'avenir, il serait très important de permettre aux deux parents d'exercer conjointement l'autorité parentale. Il s'agira d'instaurer la coparentalité quelle que soit la nature de la filiation de l'enfant. La coparentalité ne saurait recouvrir tous les attributs de l'autorité parentale en raison notamment des difficultés possibles liées à la garde conjointe des enfants par des parents séparés. On constatera que les enfants auront tous, des droits égaux qui porteront sur ce minimum commun compris dans les attributs de la coparentalité.

Concernant les parents, les relations personnelles et pécuniaires des père et mère peuvent faire l'objet d'une étude particulière compte tenu de la défaillance de l'aide sociale de l'État, de l'allongement de la durée de vie et de la garantie à offrir aux créanciers des couples. On peut, dans cette mesure, organiser des rapports entre les couples de concubins simples en raison de l'apparence de personnes mariées qu'ils donnent. Aussi, une réforme législative doit tendre à imposer la solidarité autour des dettes ménagères et la contribution aux charges du ménage à tout membre d'un couple.

La situation du concubin survivant mérite aussi un regard particulier et il s'avère nécessaire de concevoir un minimum de protection au survivant des couples. Il ne s'agira plus de l'utilisation indirecte des techniques du droit civil pour appréhender les relations entre les concubins. Il s'agira plutôt de l'organisation d'un véritable statut du concubinage. Ce statut doit prendre en compte les relations personnelles et pécuniaires des époux durant la vie commune et à sa rupture.

De toute évidence, l'organisation du statut du concubinage doit imiter au plus près les règles du mariage en raison de la similitude du vécu des couples. Ce faisant, l'égalité entre les couples de concubins simples et les époux sera réalisée à travers un minimum

commun aux deux couples. La consécration d'un tel statut aura une grande faveur au sein de la population béninoise surtout avec le taux élevé de couple vivant hors mariage.

CONCLUSION DU TITRE I

595. Les profondes mutations en cours dans la société doivent conduire inéluctablement à une réorganisation du droit de la famille au Bénin. Si le mariage n'est plus le seul mode de conjugalité et qu'il est de fait concurrencé par le concubinage qui, avec le concours de l'application de la responsabilité civile et de la répression des violences faites aux femmes, le dépouillent de presque tous ses prestiges, il se voit alors dessiner une certaine convergence des modes de vie. Et puisqu'il n'y a pas différentes manières de vivre en couple, on ne peut négliger l'importance de la prise en compte de la situation visée pour accorder les mêmes droits aux intéressés. C'est alors qu'il s'est avéré nécessaire d'organiser un minimum de rapport entre tous les couples qui traduira le principe d'égalité.

Si les changements de vie induisent les changements de mode de conjugalité et appellent par conséquent une réforme du droit à l'aune du principe d'égalité, on verra aussi que les évolutions de la médecine laissent entrevoir une réforme du droit de la famille en raison des progrès de la médecine.

TITRE II :
LES PROGRÈS DE LA MÉDECINE, VECTEUR DE PLUS D'ÉGALITÉ EN DROIT DE LA FAMILLE

596. Le problème posé. Depuis peu, les progrès de la médecine s'investissent davantage dans la procréation humaine. Il est donc de nos jours possible de contrôler la procréation. Chacun de ces moyens de contrôle de la procréation sert de base à la revendication de certains droits par l'évocation de l'application du principe d'égalité. Avoir un enfant au monde a toujours été « *un des grands paris de l'existence* »[1318]. Ainsi, « *dans le domaine de la procréation comme dans d'autres, l'homme a cherché à aider la nature ou à y suppléer quand elle était défaillante* »[1319].

597. Définitions. La procréation est l'action de procréer, de donner la vie, d'engendrer. Il peut s'agir d'une maîtrise négative ou positive de la procréation[1320]. Le premier consiste à limiter le nombre d'enfant par couple[1321] ou à la sensibilisation aux moyens de contraception ou à l'avortement[1322]. Le second au contraire incite à la reproduction[1323]. La maîtrise positive de la procréation consiste à l'appel à la médecine afin de pallier les insuffisances de la nature.

598. Plan. Si certaines personnes recherchent un contrôle positif de la procréation (chapitre I), d'autres, au contraire, poursuivent son contrôle négatif (chapitre II).

[1318] I. DASTUGUC, *La procréation artificielle, droit à l'enfant ou droits de l'enfant*, Thèse, Clermont I., 1987, p. 1.
[1319] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille*, Paris, 2e éd., LGDJ, 1993, n° 892.
[1320] La maîtrise négative de la procréation est le contrôle de la procréation grâce à la contraception et à l'avortement. Quant à la maîtrise positive, elle consiste à faire recours à la procréation assistée ; voy. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit*., n° 462.
[1321] Comme le cas en chine où les dirigeants limitent le nombre d'enfant par couple à un compte tenu des contingentements économiques et sociaux. *Cf.* J.-B. D'ONORIO, « Biologie, morale et droit », *JCP G.*, n° 44, 29 octobre 1986, I, 3261, p. 4.
[1322] L'avortement est par exemple dépénalisé en France et même une adolescente peut y recourir, sans l'autorisation de ses parents ; voy. loi Veil du 17 janvier 1975.
[1323] Telle était notamment la politique des pays occidentaux à la sortie de la deuxième guerre mondiale.

CHAPITRE I :

LA REVENDICATION DE L'ÉGALITÉ VISANT LA MAÎTRISE POSITIVE DE LA PROCRÉATION

599. Définition. Différentes techniques sont utilisées et sont regroupées sous l'expression « Assistance Médicale à Procréation »[1324] (AMP) que d'autres désignent également Procréation Médicalement Assistée (PMA). Celle-ci s'entend « *des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel* »[1325].

600. Les fondements de la maîtrise positive de la procréation. La maîtrise positive de la procréation est un point essentiel des familles compte tenu de la très grande importance accordée à la descendance et ce, particulièrement en Afrique[1326]. La procréation humaine se révèle être le moyen par lequel l'on donne la vie. Dans l'espèce humaine, la procréation fait intervenir naturellement un homme et une femme[1327] qui forment un couple. De tout temps, il a existé des cas dans lesquels le rapprochement sexuel d'un homme et d'une femme avec l'intention de procréer se révèle sans effet ; c'est la problématique d'une stérilité[1328]. Or le désir d'enfant est « violent »[1329] et ce désir conduit certains couples qui n'ont pas bénéficié de la clémence de la nature à rechercher une certaine égalité dans la procréation en faisant recours à la science[1330].

[1324] Le doyen Cornu est le premier a employé l'expression « médicalement assistée » : G. CORNU, *Droit civil. La famille*, Paris, 9è éd., Montchrestien, 2007, n° 298.
[1325] La loi L. 152-1 du Code de la Santé publique en France.
[1326] L. DEPRET, « L' "enfant noir " », in *Droit des personnes et de la famille – Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, PUS/LGDJ, 1994, pp. 79 et s.
[1327] L'évolution des recherches en médecine a montré que la procréation fait appel à la fois à la réunion d'une cellule reproductrice venant d'un homme et celle venant d'une femme ; qu'il s'agisse de la procréation naturelle ou médicalement assistée. Le clonage humain ne pouvant être considéré comme une reproduction.
[1328] Il faut faire la nuance entre la stérilité et l'infertilité.
[1329] Intervention de Jacqueline RUBELLIN-DÉVICHI, in *Acte du colloque Génétique, Procréation et Droit*, Paris, Actes Sud, 1985, p. 61 ; I. DASTUGUC, *Thèse préc.*, p. 2 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant », *RTD civ.* 1988, p. 663 ; voy. annexe I, question 6. Sur 1000 enquêtés, 57 hommes ont déclaré pouvoir se marier avec une femme stérile à condition qu'elle accepte d'avoir une rivale. Les femmes y sont plutôt répondent clairement par la négative. Cela prouve en réalité que le désir d'enfant est violent.
[1330] Au cours de l'enquête, 393 personnes ont accepté qu'elles peuvent faire recours à la PMA contre 607 personnes, voy. annexe I, question n° 7.

601. Une égalité des couples recherchée. En général, la liberté sexuelle[1331] est admise mais elle est plus protégée dans le cadre familial[1332]. Les couples stériles revendiquent un certain « droit à l'enfant » au nom de l'égalité des couples. Le raisonnement consiste à démontrer qu'à l'instar des autres couples qui ont une descendance, ils ont un droit à l'enfant en considérant qu'il existe une thérapie pour contrer le mal. En réalité, ils prouvent que la stérilité est une maladie à laquelle la science a désormais une thérapie.

602. Plan. On assiste à une certaine revendication d'égalité qui se dessine, surtout avec les progrès de la médecine. Au demeurant, la violence du désir d'enfant[1333] peut conduire à des dérives. Il est donc nécessaire qu'une certaine restriction soit faite à l'utilisation des progrès possibles de la médecine. On traitera, dans un premier temps, le « droit à l'enfant » comme le moyen de revendication de l'égalité entre les couples (section 1) et, dans un second temps, les restrictions nécessaires de l'égalité des couples face à la procréation (section 2).

[1331] Actuellement en Europe, le sexe est d'ailleurs accepté dans le commerce, voy. à ce sujet O. DUBOS, « sexe, sexualité et droit européens », in O. Dubos et J.-P. Marguenaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles,* Paris, Pedone, 2007, p. 15 ; CJCE, 20 novembre 2001, Aldona Malgorzata jany et autres c. Staatssecretaris van, Aff. C-268/99, rec., p. I-8615.

[1332] Cette raison avait justifié le refus d'adoption ou de PMA aux couples homosexuels par la Cour EDH en 2007 ; Cour EDH, 26 février 2002, Frette c. France. Il s'est agi dans cet arrêt du refus d'adoption pour motif d'homosexualité du demandeur.

[1333] Il semble qu'il est préférable de parler de désir de descendance et d'accomplissement que de parler de désir d'enfant ; Intervention de F. HÉRITIER, *actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 242.

SECTION 1 :
L'ACCÈS À LA PMA AU NOM DE L'ÉGALITÉ DES COUPLES

603. Les progrès de la médecine dans la reproduction. L'application du principe d'égalité aux couples mariés doit conduire à reconnaître les mêmes droits et les mêmes charges à tous les couples mariés. Il est montré qu'on se marie pour faire des enfants[1334], même si le nombre d'enfant souhaité est inférieur à celui que désiraient les familles au temps où la femme ne pouvait envisager travailler[1335]. Les couples stériles, sous le couvert de l'égalité des couples dont l'un des droits serait le droit à l'enfant, recherchent une thérapie[1336] afin de procréer et de devenir parents. Or certains couples mariés ont des enfants alors que d'autres en sont naturellement privés. Les progrès de la médecine permettent désormais de donner un enfant aux couples qui ne peuvent pas l'avoir puisque soit la stérilité ou soit certaines maladies graves auraient empêché la procréation à certains couples.

604. Plan. On examinera la thérapie revendiquée au nom de l'égalité des couples (§ 1). Cette revendication s'étend à la recherche d'une égalité tempo-spatiale (§ 2)**.**

[1334] J. RUBELLIN-DÉVICHI, « Réflexions sur une proposition de loi tendant à faire de l'insémination artificielle un moyen de procréation », in *Mélanges offerts à Jean Vincent*, Paris, LGDJ, 1981, p. 378.

[1335] Le nombre de naissances vivantes pour 1 000 habitants est passé de 48 en 1992 à 41 en 2002. Le nombre moyen d'enfants nés vivants qu'aurait une femme au terme de sa vie féconde (15-49 ans) est passé de 6,10 à 5,53 enfants au cours de cette période. Une femme de 15 à 49 ans a, en moyenne, 5,53 enfants selon les statistiques de 2002 ; voy. Les résultats des données du troisième recensement général de la population et de l'habitation de 2002. Ce chiffre serait passé en 2012 à 4,9 enfants en moyenne par femme ; Voy. le site Internet [www.insae-bj.org], consulté le 28/04/2015.

[1336] F. GRANET, « L'enfant conçu par procréation médicalement assistée et les projets de lois sur la bioéthique », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, LGDJ, 1994, p. 222 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit.*, n° 894.

§ 1. UNE THÉRAPIE RECHERCHÉE AU NOM DE L'ÉGALITÉ DES COUPLES

605. Plan. La procréation médicalement assistée a pour finalité exclusive de remédier à la stérilité médicalement constatée d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie grave et incurable[1337]. Elle a donc pour objet une thérapie (A) en même temps qu'elle peut fonder un droit (B).

A. L'objet de la thérapie recherchée au nom de l'égalité des couples

606. Une thérapie possible. Afin de pallier l'infertilité ou d'éviter la transmission des maladies graves à la descendance, il est désormais possible, à travers le monde[1338], de faire recours à la science notamment à la procréation médicalement assistée. Il s'agit comme le pense certain, « *de fabriquer, grâce à des manipulations génétiques, un enfant à un homme et à une femme qui ne peuvent pas en avoir* »[1339]. Ainsi, la stérilité n'est plus vécue comme une fatalité mais comme une maladie à guérir[1340].

607. Plan. Le recours à la procréation médicalement assistée a pour objet la recherche de solution à l'infertilité dans le couple (1) et la recherche de solution à la transmission des maladies graves et incurables aux descendants (2).

1. La recherche de solutions à l'infertilité de l'un des membres du couple

608. Les sources possibles de l'infertilité. Il existe plusieurs causes possibles d'infertilité. Certaines sont réversibles tandis que d'autres ne le sont pas. Ces derniers cas appellent l'intervention médicale. Plusieurs techniques permettent de remédier ou de pallier à l'infertilité masculine comme féminine.

609. La découverte de l'infertilité masculine. L'infertilité masculine a été pendant longtemps ignorée[1341]. Sa prise en compte est relativement récente. Elle date du XIXe siècle et fut difficilement admise car elle a été pendant longtemps assimilée à

[1337] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit.*, n° 895.
[1338] La procréation médicalement assistée est de plus en plus répandue et même au Bénin, elle est déjà une réalité depuis le 8 septembre 2011 avec la naissance du premier bébé *in vitro*.
[1339] H. MAZEAUD, « Le droit de la famille face aux progrès de la science médicale », in *Aspects du droit privé en fin du 20è siècle, études réunies en l'honneur de Michel de Juglart,* Paris, LGDJ, 1986, p. 52.
[1340] M. GOBERT (dir.), *Médecine, Bioéthique et droit. Questions choisies*, Paris, Économica, 1999, p. 5.
[1341] Intervention du professeur Jacques Robert, in *Actes du colloque Génétique, procréation, génétique et Droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 368.

l'impuissance[1342]. Ainsi, la stérilité d'un couple était nécessairement comprise comme celle de la femme[1343]. Or un homme stérile est capable d'avoir une érection, une éjaculation et des rapports sexuels parfaitement normaux, mais seulement ne parvient pas à procréer[1344]. Avec le temps, plusieurs causes d'infertilité masculine ont été découvertes. Les unes sont liées à l'espace géographique et aux changements de mode des sous-vêtements[1345], les autres sont génétiques ou pathologiques[1346]. Le spermogramme[1347] est l'une des seuls examens qui permet d'explorer la fertilité d'un homme. En somme, l'infertilité masculine peut être causée par une azoospermie[1348] qui peut être excrétoire[1349] ou sécrétoire[1350] ou liée à une immunologie[1351].

610. Les thérapies possibles à l'infertilité masculine. Les principaux moyens de lutte contre l'infertilité masculine sont au nombre de trois. Il y a la chirurgie, les traitements hormonaux et l'assistance médicale à procréation qui est le dernier recours.[1352] Les deux premiers traitements soignent véritablement l'infertilité et l'homme deviendra capable de procréer de façon naturelle. En revanche, le second traitement permet de donner un enfant à l'homme sans pour autant le guérir et deux techniques sont utilisées à cet effet que sont : l'insémination avec le sperme du conjoint et celle avec donneur de sperme.

611. La première forme de thérapie par l'insémination de spermatozoïde. Compte tenu de la gravité du traitement, on peut faire recours soit à ″l'insémination avec le sperme du conjoint″ (IAC) soit à *″l'Intra Cytoplasmic Sperm Injection″* (ICSI). L'IAC qui consiste en la préparation du sperme en laboratoire permet de séparer les gamètes du liquide séminal. On stimule les meilleurs d'entre eux pour augmenter leur pouvoir fécondant. Puis le sperme est placé dans un cathéter souple passant par le col de la femme et déposé dans la glaire ou dans l'utérus. La fécondation se fait alors naturellement[1353]. La seconde technique, l'ICSI consiste à introduire un spermatozoïde directement dans l'ovule.

[1342] Intervention de M. Héritier-Auge, in *Actes du colloque Génétique, procréation, génétique et Droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 35.
[1343] M. GOBERT, *op. cit*., p. 5.
[1344] M. GOBERT, *op. cit.*, p. 20.
[1345] Voy. l'analyse des biologistes sur l'impact de la chaleur sur la spermatogenèse ; C. PONCELET et C. SIFER, *Physiologie, pathologie et thérapie de la reproduction chez l'humain*, Berlin, Springer Science & Business Media, 2011, spéc. p. 37 ; R. MIEUSSET et J-Cl. SOUFIR, *La contraception masculine,* Berlin, Springer Science & Business Media, 2013, spéc. p. 79.
[1346] M. GOBERT*, op. cit*., p. 5.
[1347] M. GOBERT*, op. cit*., p. 21.
[1348] L'azoospermie est l'absence totale de spermatozoïde dans le sperme.
[1349] L'azoospermie est excrétoire lorsqu'elle est due à un obstacle sur les voies excrétrices.
[1350] L'azoospermie est sécrétoire lorsqu'elle est liée à un obstacle dans la production même du sperme.
[1351] Dans ce cas, l'homme produire des anticorps anti-spermatozoïdes qui vont gêner la mobilité des spermatozoïdes qu'il produit.
[1352] M. GOBERT*, op. cit*., p. 6.
[1353] M. GOBERT*, op. cit*., p. 6 ; J. L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit ?* Paris, PUF, 1987, p. 23.

L'avantage de ces deux premières techniques est que l'enfant à naître est un enfant biologique de la femme et de l'homme[1354].

612. La seconde forme de thérapie par l'insémination de spermatozoïde. La seconde technique est l'insémination avec donneur (IAD). Elle consiste à utiliser le sperme d'une autre personne qu'on appelle « donneur » afin de faire l'ovulation. Elle s'administre lorsqu'il est prouvé que l'homme ne peut produire de spermatozoïde même avec l'assistance médicale. On fait donc recours à des donneurs de sperme. Avec cette technique, l'homme dont l'épouse a été artificiellement inséminée avec le sperme du donneur n'est, de toute évidence pas, le père biologique de l'enfant que sa conjointe mettra au monde.

613. L'infertilité féminine. Parallèlement à l'infertilité de l'homme, il y a celle de la femme qui peut être la source de stérilité du couple. L'infertilité féminine est celle qui est traditionnellement soupçonnée dans la stérilité des couples[1355]. Il existe quatre cas d'infertilité de la femme.

614. *Primo*. Il peut être question d'une affection des trompes[1356] empêchant les ovules de parvenir à l'utérus[1357]. Dans ce cas, l'assistance à procréation consiste en un processus opératoire comportant la stimulation des ovules, leur ponction directe sous anesthésie, leur fécondation *in vitro* avec le sperme du mari et l'implantation des embryons dans l'utérus de la femme. Ce qu'il convient d'appeler FIVETTE – Fécondation *In Vitro* et Transfert des Embryons.

615. *Secundo*. La femme n'arrive pas à mener une grossesse à terme et c'est une pathologie liée à l'utérus[1358]. Dans ce cas, on peut faire recours au prêt d'utérus pour soigner son infertilité. C'est cela que certains appellent les mères porteuses[1359]. D'autres y préfèrent l'appellation de gestation pour autrui[1360].

616. *Tertio*. L'infertilité féminine peut provenir des cas où les ovaires[1361] sont présents mais inaccessibles, ou les ovaires sont déficients – anomalie génétique,

---

[1354] J. L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op.* et *loc. cit*.
[1355] Voy. l'intervention préc. du professeur Jacques Robert et celle préc. de F. HÉRITIER-AUGE, *op. cit.*, p. 243.
[1356] Professeur Jean BERNARD, *De la biologie à l'éthique*, Paris, Buchet/Chastel, 1990, p. 100.
[1357] E. PAPIERNIK, « Rapport sur la congélation d'embryons, fécondation *in vitro* et mères de substitution », in *Actes du colloque Génétique, Procréation, génétique et Droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 55.
[1358] J. BERNARD, *op. cit*., p. 100.
[1359] E. PAPIERNIK, *op. cit.*, p. 57.
[1360] J. RUBELLIN-DÉVICHI, « Rapport sur la congélation d'embryons, fécondation *in vitro* et mères de substitution. Point de vue d'un juriste », in *Actes du colloque Génétique, Procréation, génétique et Droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 311.
[1361] J. BERNARD, *op. cit*., p. 100.

endométriose ovarienne ou ménopause précoce – ou les ovaires ont été retirés par une intervention chirurgicale mais que la femme conserve l'organe utérin.[1362]. Celle-ci peut être supplée par le don d'ovules d'une autre femme. Cet ovule sera fécondé *in vitro* avec le sperme du mari, les embryons pourront ensuite être transplantés dans l'utérus de la femme en question.

617. *Quarto*. La femme peut avoir une pathologie affectant à la fois la fonction ovarienne, la trompe et l'utérus[1363]. Dans ce cas, on peut faire recours à un don d'ovule et à un prêt d'utérus en faisant, bien sûr, la fécondation avec le sperme de son mari. C'est ce qu'il convient sensiblement d'appeler mère de substitution[1364]. C'est schématiquement, en remontant l'histoire, le cas que le livre de la Genèse[1365] relate lorsque Sarah dit à Abraham « *…Va donc vers mon esclave ; peut-être, par elle, aurai-je un enfant* »[1366].

618. Les effets des thérapies féminines. Dans les deux premiers cas suscités, l'enfant à naître sera l'enfant biologique de la femme et de son mari alors que dans les deux derniers cas, l'enfant n'est pas l'enfant biologique de la femme[1367].

Si la procréation médicalement assistée peut être revendiquée en cas de déficience des organes génitaux des membres du couple à quelque niveau qu'elle se situe, la recherche de la procréation médicalement assistée peut également être soutenue par la recherche de solution pour une maladie grave qui risque d'être transmise à la descendance du couple.

2. La recherche de solution pour éviter la transmission d'une maladie grave aux descendants

619. L'existence de maladies graves transmissibles à la descendance. Il existe des maladies congénitales qui peuvent se transmettre des parents aux enfants et qui peuvent être des maladies graves. On peut noter en citer quelques exemples à savoir la drépanocytose, le VIH/Sida et la maladie de *Hogking*[1368]

[1362] R. FRYDMAN, « Rapport sur le don d'ovules », in *Actes du colloque Génétique, Procréation, génétique et Droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 225.
[1363] J. BERNARD, *op.* et *loc. cit*.
[1364] Les mères de substitution sont qualifiées de vendeuses et sont responsables d'abandon d'enfant avec préméditation ; J. BERNARD, *op. cit*., p. 96.
[1365] J. RUBELLIN-DÉVICHI, *art. préc*., p. 311.
[1366] *Genèse XVI, I-2.*
[1367] R. FRYDMAN, « Rapport sur le don d'ovules », *préc.,* p. 225.
[1368] La maladie de *Hodgkin* est le cancer des ganglions.

620. La drépanocytose. La drépanocytose se transmet des parents aux enfants. Elle a été déclarée comme l'un des grands problèmes de santé publique[1369]. Une large sensibilisation des futurs candidats au mariage est faite afin d'éviter la transmission des maladies congénitales à leurs descendances[1370]. Cette maladie, la drépanocytose, est due à une certaine déformation chromosomique. Depuis 2004, le certificat prénuptial est l'une des pièces constituant le dossier de demande du mariage et les futurs époux ont l'obligation de se communiquer les résultats des examens[1371]. L'idée qui fonde cette disposition serait de permettre aux futurs époux de pouvoir décider en toute connaissance de leur état de santé respectif. Lorsqu'il est révélé que les deux futurs époux ont cette tare[1372] à un degré quelconque, on les incite à la séparation. On serait déjà, dans ce cas, au cœur d'une perspective eugéniste selon certains auteurs[1373]. Il serait ainsi possible de prendre en compte les évolutions de la médecine pour limiter les risques de transmission d'une maladie par le recours à l'assistance médicale à procréation[1374]. Par exemple, en procédant à la procréation *in vitro* après avoir sélectionné le bon grain de l'ivraie. Cela fait appel au génie génétique dans son aspect thérapeutique. La revendication du droit à l'enfant peut aussi passer par cette thérapie.

621. Le VIH / SIDA. Au début des années 1980, une nouvelle maladie a été découverte[1375] : le Syndrome d'Immunodéficience Acquise (SIDA). Il s'agit d'une maladie contagieuse, qui se transmet[1376] par la voie sexuelle, sanguine ou transplacentaire (transmission de la mère à l'enfant). La transmission peut également se faire lors de l'accouchement ou pendant l'allaitement. Les progrès techniques de la médecine permettent une évolution favorable vers une limitation accrue de la transmission du virus de la mère à

[1369] La drépanocytose a été reconnue comme problème de Santé Publique d'abord par l'Union Africaine le 5 Juillet 2005, puis par l'UNESCO le 19 octobre 2005 et, enfin par l'OMS le 27 mai 2006. Le 22 décembre 2008, ce fut le tour de l'Assemblée Générale des Nations Unies de la reconnaître comme problème de santé publique par la Résolution A/63/237 et de consacrer le 19 Juin de chaque année comme journée internationale de sensibilisation à la drépanocytose.

[1370] A. LAINÉ, « Constructions d'un stigmate sanitaire : la drépanocytose, entre situations locales et globales », disponible sur le site [https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00436022], consulté le 28/05/2015, p. 18.

[1371] *Cf.* art. 127 du CPF : « *chacun des futurs époux doit remettre personnellement à l'officier de l'état civil compétent pour procéder à la célébration du mariage :*
- une copie de son acte de naissance datant de moins de trois mois délivré en vue du mariage ;
- une copie des actes accordant des dispenses dans les cas prévus par la loi ;
- un certificat médical attestant que les examens prénuptiaux ont été effectués par les futurs époux et qu'ils s'en sont communiqué les résultats ».

[1372] H. J. MÜLLER, « Our load of mutations », in *American Journal of Human Genetics*, vol. 2, 1950, p. 111-176 ; A. LAINE, *art. préc.,* p.15.

[1373] A. LAINÉ, *art. préc.,* p. 18.

[1374] J. L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit*., p. 24.

[1375] P. A. RUBBO, *La découverte du SIDA*, disponible sur le site Internet [http://www.masterenseignementsvtnice. com/documents/Dcouverte-du-SIDA.pdf], consulté le 28/04/2015.

[1376] Voy. sur cette question les spécialistes de la matière ; P. TATTEVIN, *Infection à VIH et Sida*, Paris, éd. Estem, 1998, spéc. p. 9 ; Ch. FORTIN et J. J. LEVY, *Mourir à trop aimer : sexualité, VIH/SIDA et prévention dans l'imaginaire des jeunes Québécois*, Laval, Presses Université Laval, 2003, spéc. p. 48.

l'enfant. Par des soins appropriés, il est en effet désormais possible de freiner la contagion et d'empêcher la mère de transmettre le virus à son enfant. Il a même été découvert dernièrement qu'un bébé a pu être guéri[1377] après sa contamination par sa mère séropositive non-traitée. Il semble ainsi qu'on est déjà au cœur de la thérapie génétique par ce traitement.

622. La maladie de *Hogking*. Le traitement de la maladie de *Hogking* peut occasionner par exemple la stérilité[1378]. La personne concernée peut alors demander la conservation de son sperme avant le traitement afin de procéder à une insémination après traitement. Il s'agit en fait de la nécessité du recours à la procréation médicalement assistée compte tenu de l'altération de l'état de santé du donneur. Le recours à la procréation médicalement assistée peut ainsi être nécessité par l'état de santé du demandeur.

Le recours à la procréation médicalement assistée peut bien évidemment être une solution afin d'éviter qu'une maladie grave se transmettent à la descendance. Les traitements médicaux évoluent et l'accès au soin doit être de plus en plus facilité. L'évolution de la science médicale pour sauver la vie peut ainsi fonder des revendications juridiques.

B. Le fondement de la thérapie recherchée au nom de l'égalité des couples : le droit à l'enfant

623. Plan. Une certaine doctrine soutient que le fondement de la demande de la procréation médicalement assistée est le droit à l'enfant[1379], à un enfant sain, alors que d'autres récusent cette théorie et pensent plutôt qu'il ne peut exister un tel droit. Certes, cette revendication d'enfant est un désir légitime de perpétuation de l'espèce humaine (1) qu'il convient d'examiner avec minutie afin de vérifier son éventuel nature juridique (2).

[1377] Voy. *Journal télévisé* de 20h du 4 mars 2013 sur TF1 ; le professeur Yves Levy, directeur de l'Institut de recherche contre le vaccin VIH-SIDA à l'hôpital Henri-Mondor de Créteil. Il appelle à la prudence car il pense qu'il ne s'agit pas d'une guérison mais d'une rémission ; voy. son *interview* sur TF1 le 4 mars 2013, consultable en suivant le lien [http://lci.tf1.fr/science/sante/ce-n-est-pas-une-guerison-mais-une-remission-7859933.html].

[1378] J. BERNARD, *op. cit*., p. 89 et s.

[1379] Le droit à l'enfant est décrit par le doyen Cornu comme « un droit fondamental, attente naturelle, essentielle » ; voy. premières journées du comité national d'éthique, *Le monde,* 8 décembre 1984 ; J.-B. D'ONORIO, « Biologie, morale et droit », *JCP G* n° 44, 29 octobre 1986, I, 3261, p. 4.

1. Le droit à l'enfant comme moyen de perpétuation de l'espèce humaine

624. L'incitation à la perpétuation de l'espèce humaine par la Bible. Pour suivre la conception chrétienne de la procréation, le livre de Genèse[1380] enseigne que Dieu donna le pouvoir à l'homme et à la femme de se multiplier et de remplir la Terre. La procréation serait donc d'abord un droit d'essence divin que les textes juridiques ont juridicisé. Le droit à la postérité[1381] serait en jeu.

625. L'incitation à la perpétuation de l'espèce humaine par les États. À commencer par la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et même la Constitution, la famille est protégée, et ce surtout dans son rôle de perpétuation de l'espèce humaine. On assiste à des moments donnés dans certains États, à une politique étatique de contrôle de la natalité. Soit on incite beaucoup plus à une maîtrise négative soit à une maîtrise positive de la natalité. De toutes les façons, il existe toujours dans un État une politique de natalité. L'espèce humaine est de plus en plus menacée alors que la procréation est le seul moyen de sa perpétuation. Il est d'ailleurs prouvé que la stérilité gagne davantage du terrain. Au-delà de la politique d'une nation de contrôler la natalité, il est remarqué que l'idée de descendance est présente[1382] chez la plupart des personnes.

626. La procréation comme ultime finalité du mariage au Bénin. L'absence de descendance est universellement conçue comme un malheur biologique[1383], car la fin principale du mariage est, en général, la naissance d'un enfant[1384]. En Afrique et particulièrement au Bénin, les enfants sont considérés comme une richesse[1385]. L'enfant

---

[1380] *Cf*. Genèse 1 : 28.

[1381] J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, t. 1, Paris, PUF, 2004, n° 467, p. 987. L'auteur fait référence à la Genèse XXII, § 17.

[1382] Voy. annexe I, question 6.

[1383] *Acte du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 34.

[1384] P. KAYSER, « Les limites morales de la procréation artificielle », *D*. 1987, Chron. p. 190.

[1385] *Cf*. Cour suprême, chambre judiciaire, décision n° 14/CJC du 29 juin 1973, *AHO Justin Etienne c. Dame AHO Alimatou Née Gatta*. Dans cette décision, le juge a confié la garde des enfants de plus de 7 ans à la mère, contrairement à ce qui est prévu par le Coutumier juridique – l'attribution de la garde de l'enfant au père après l'âge de 7ans – en raison de l'importance de l'enfant qui est considéré comme une « richesse qu'il ne fallait pas distraire du clan paternel », c'est le début d'un revirement de jurisprudence qui prend en considération l'intérêt supérieur de l'enfant.

constitue un « *capital économique* »[1386] et une « *assurance-vie* »[1387]. De fait, la stérilité est perçue comme un drame[1388].

627. La stérilité perçue comme un drame. En général au Bénin, tous ceux qui n'ont pas d'enfant sont marginalisés par la société. Cette situation pousse à rechercher tous les moyens possibles pour se donner un enfant. Le recours au fétichisme est l'un des moyens les plus usités au Bénin afin d'accomplir un devoir envers soi-même et la collectivité[1389] dès lors que l'absence de procréation est un « *crime contre soi-même* »[1390]. L'épouse peut être poussée à l'infidélité afin de prouver l'infertilité de son époux pour lui donner des enfants[1391], l'époux aussi peut faire recours à d'autres femmes afin de vérifier sa fertilité[1392]. Le couple stérile passe par « *une étape de dénégation, puis de dévalorisation, enfin de persécution et d'accusation de la société et de la nature* »[1393].

Au regard à l'importance sociale et psychologique de la descendance, pourrait-on affirmer qu'il existerait un droit à l'enfant ?

2. La nature juridique d'un possible droit à l'enfant

628. La question posée. La revendication d'un droit à l'enfant exprime d'abord qu'il existerait un droit subjectif à l'enfant que toute personne pourrait rechercher. Il sera question de prouver, avant tout, qu'il existe un droit à l'enfant et d'en déduire sa nature juridique.

629. L'existence possible d'un droit subjectif à l'enfant. Une certaine revendication sous-tend la recherche de l'assistance médicale à procréation. La procréation assistée est d'abord un droit[1394], donc un droit subjectif[1395] que cacherait le droit à la santé.

[1386] F. HÉRITIER-AUGÉ, « Don et utilisation de sperme et d'ovocytes, mères de substitution. Un point de vue fondé sur l'anthropologie sociale », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, *op. cit.,* Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 243.
[1387] I. DASTUGUC, *La procréation artificielle, droit à l'enfant ou droits de l'enfant*, Thèse, Clermont I., 1987, p. 151 ; F. HÉRITIER-AUGÉ, *op. cit.*, pp. 242 et 243.
[1388] J. RUBELLIN-DÉVICHI, « Réflexions sur une proposition de loi tendant à faire de l'insémination artificielle un moyen de procréation, in *Mélanges offerts à Jean Vincent*, Paris, LGDJ, 1981, p. 378.
[1389] F. HERITIER-AUGE, *op. cit.,* p. 242.
[1390] F. HÉRITIER-AUGÉ, *op. cit.,* p. 243.
[1391] L'adultère est l'une des solutions pour pallier à l'infertilité de l'époux. Ainsi, il existerait quatre solutions pour les couples stériles ; soit ils font le deuil définitif de l'enfant tant désiré, soit ils acceptent l'adultère, soit ils font recours à l'adoption ou soit enfin ils peuvent recourir à l'une des techniques de procréation assistée que proposent désormais la biologie ; voy. I. DASTUGUC, *Thèse préc.*, pp. 3-4.
[1392] Dans la société béninoise, plusieurs techniques sont utilisées, traditionnellement, pour pallier à l'infertilité du couple. On fait parfois recours au frère de l'époux pour suppléer à la stérilité de celui-ci.
[1393] F. HÉRITIER-AUGÉ, *op. cit.*, p. 243 ; et l'intervention de M. SOULÉ dans *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, *op. cit.,* p. 34.
[1394] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit.*, n° 893.

Or le droit subjectif est l'ensemble des prérogatives que le droit objectif reconnaît à un individu en tant que sujet de droit. Cette définition du droit subjectif relève des éléments dont il faut vérifier la présence dans le « droit à l'enfant » afin de juger de son existence. Un droit subjectif se caractérise par deux éléments fondamentaux. Le premier élément qu'il convient d'identifier est la norme qui réglemente le droit à l'enfant et qui n'est rien d'autre que le droit d'avoir un enfant. Il doit être prévu par le droit objectif et doit avoir un sujet.

630. Les sources du droit subjectif à l'enfant. Le droit objectif est l'ensemble des règles qui gouvernent notre existence et la protègent[1396]. L'analyse partira du fait que toute personne a droit à une thérapie qui est un droit à la santé protégé par la Constitution du Bénin[1397]. Le droit à la santé est donc un droit fondamental. On partira ainsi du cadre général de protection du droit à une thérapie.

631. Les sources internationales du droit à l'enfant. L'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme prévoit en son alinéa 1[er] que « *à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* »[1398]. Le Pacte international aux droits civils et politiques a prévu une disposition similaire en son article 23 alinéa 2 aux termes de laquelle « *le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile* »[1399]. Il est donc prévu pour l'homme et la femme « *le droit de se marier et de fonder une famille* ». Il est possible de lier l'interprétation des deux droits comme l'a fait la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Rees c. Royaume-Uni*[1400], *Cossey c. Royaume-Uni*[1401] et *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*[1402]. Le droit de fonder une famille serait dérivée du droit de se marier ; le mariage ayant dans ce cas pour but de fonder une famille. Or la fondation d'une famille repose beaucoup sur la procréation. L'une des finalités du mariage est ainsi la procréation. Par le mariage, on acquiert le droit de procréer. En raison de la conjonction

---

[1395] Pour certains auteurs, il ne saurait exister un droit subjectif à l'enfant et il vaudrait mieux parler de la liberté procréative, le droit subjectif à l'enfant étant selon eux, une coquille vide, voy. G.-M. FAURE, *Le désir d'enfant à l'épreuve du droit (Essai sur le droit de la procréation médicalement assistée),* Thèse, Montpellier I, 1991, pp. 92 et s.

[1396] H. MAZEAUD, « Le droit de la famille face aux progrès de la science médicale », *Aspects du droit privé en fin du 20è siècle, études réunies en l'honneur de Michel de Juglart,* Paris, LGDJ, 1986, p. 45.

[1397] *Cf*. art. 8 de la Constitution du Bénin.

[1398] *Cf*. art. 16 de la DUDH.

[1399] *Cf*. 23 du PIDCP.

[1400] Cour EDH, 10 octobre 1986, Requête n° 9532/81, *Rees c. Royaume-Uni*.

[1401] Cour EDH, 27 septembre 1990, Requête no10843/84, *Cossey c. Royaume-Uni*.

[1402] Cour EDH, 30 juillet 1998, Requête n° 31-32/1997/815-816/1018-1019, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni.*

« et », cette consécration peut être interprétée comme un droit de fonder une famille[1403] et d'avoir des enfants et notamment par procréation médicalement assistée.

632. La source nationale véritable du droit à l'enfant. Aux termes des dispositions de l'article 3 de la loi n° 2003-04 du 3 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction au Bénin, « *toute personne a le droit d'accéder à la meilleure santé en matière de reproduction sans être en but à la discrimination, à la coercition ou à la violence.*

Tout individu, tout couple a le droit de décider librement et avec discernement, de la taille de sa famille et de procréer au rythme de son choix dans le respect des lois en vigueur, de l'ordre public et des bonnes mœurs. Pour ce faire, tout individu a le droit de choisir la méthode de planification familiale qui lui convient et de disposer des informations nécessaires. Par la même occasion, l'État crée les conditions et les services pour aider les couples qui ont des difficultés à la conception ou des couples stériles à avoir d'enfants »[1404]. Cette disposition fait clairement référence à la procréation médicalement assistée dans son dernier alinéa. Le but de la procréation étant d'avoir un enfant, il existe donc un droit à l'enfant[1405]. Mais peut-on avoir un droit à l'enfant qui impliquerait le droit d'avoir un enfant, quand on veut, comme on veut et dans n'importe quelle circonstance[1406] ?

633. Le droit à l'enfant comme un droit-créance. Le débiteur du droit à l'enfant est l'État[1407] qui le répercute sur le médecin en cas de procréation médicalement assistée. Le médecin est dès lors perçu comme un "prestataire de service"[1408] à qui il est demandé de satisfaire le droit à l'enfant. Ainsi, le droit de procréer et plus précisément le droit de

---

[1403] Par ce lien de coordination « et », on assiste à une distinction entre droit de se marier d'une part et droit de fonder une famille d'autre part. Cependant, pour certains, on ne saurait dissocier le droit de fonder une famille du droit de se marier car c'est la famille est fondée sur le mariage. Pour cette analyse voy. notamment H. MAZEAUD, « Une famille dans le vent : la famille hors mariage, (le projet de loi relatif à la filiation) », *D.* 1971, Chron., p. 99. Ainsi, la fondation d'une famille reposerait sur l'arrivée de l'enfant dans le mariage. Par contre, certains droits reconnus à certaines personnes pousseraient, de manière certaine, à penser à la possibilité de fonder une famille sans mariage. C'est notamment le cas de l'adoption par une personne vivant seule ou l'obligation imposée aux parents naturels d'entretenir leurs enfants qui est un droit qui s'exerce en famille ; M. LAMARCHE, « Les homosexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme », *in* O. Dubos et J.-P. Marguenaud (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles,* Paris, Pedone, 2007, pp. 51 et s.

[1404] *Cf.* art. 3 de la loi n° 2003-04 du 03 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction au Bénin.

[1405] À la question de savoir s'il existe un droit pour chaque individu, pour chaque femme comme pour chaque homme de donner la vie, de procréer, le professeur Jacques Robert argue que l'évolution des mœurs, la libération de la législation, les découvertes scientifiques qui permettent de surmonter les stérilités ou d'y suppléer, amèneraient logiquement à répondre par l'affirmation, J. ROBERT, « La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 368.

[1406] M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Le doit à l'enfant face au droit de l'enfant », *RTD civ*. 1998, p. 663.

[1407] *Cf.* art. 3 al. 3 de la loi n° 2003-04 du 03 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction au Bénin.

[1408] I. DASTUGUC, *Thèse préc*., p. 150.

procréer avec l'assistance médicale[1409] est comme un droit-créance[1410]. Ses créanciers sont les époux infertiles.

634. Un droit circonscrit à l'enfant à venir. Les détracteurs de l'existence d'un droit à l'enfant sont les plus nombreux. Ils développent qu'il n'existe pas un droit à l'enfant mais qu'il existerait plutôt un droit à soigner les stérilités par des moyens éthiquement légitimes[1411]. Pour eux, l'existence d'un droit à l'enfant pousserait toute personne, même célibataire a désiré un enfant. Cependant, toute règle de droit à des limites[1412] et l'existence de ces dernières ne peut être prise en compte pour nier le principe. À partir du moment où la société se donne la possibilité de régler l'arrivée et le nombre des enfants, elle se trouve nécessairement confrontée à l'exigence inverse, qui est l'affirmation du droit à l'enfant[1413]. L'existence du droit à l'enfant ne se résumerait-il pas à l'existence du droit à l'enfant à venir ? L'enfant à venir pouvant être considéré comme l'œuf humain ou l'embryon qui est un produit du corps et qui ne peut avoir une personnalité juridique. L'objet du droit à l'enfant paraît être l'œuf humain qui est un enfant à venir.

Si on s'accorde sur l'existence du droit à l'enfant donc de l'embryon-chose, quelle peut-être alors la nature juridique de ce droit ? Est-ce un droit inné ou un droit acquis ? L'avons-nous dès la nubilité ou seulement après des appels infructueux à la nature ?

635. Le droit à l'enfant comme un droit acquis dans le mariage. La procréation médicalement assistée est une thérapie mais une thérapie particulière car elle permet de soigner l'infertilité. Elle est perçue comme une thérapeutique de la stérilité du couple[1414]. Le droit protège la famille et permet de procréer en organisant les relations entre parents et enfants au sein de la famille. Aux termes des dispositions de l'article 158 du Code des personnes et de la famille du Bénin, « *le mariage crée la famille légitime. Les époux contractent ensemble, par leur mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever, et éduquer leurs enfants* »[1415]. Cette disposition met non seulement en exergue la forme contractuelle du mariage mais elle fait aussi intervenir une troisième partie envers laquelle les époux ont des obligations : les enfants. Ce texte circonscrit le droit à l'enfant autour de

---

[1409] De façon naturelle, on ne peut analyser le droit à l'enfant comme un droit-créance dans la mesure où seul le cas d l'infertilité requiert une action positive de l'État.
[1410] J. RIVERO, *Les libertés publiques*, t. I, *Les droits de l'homme,* Paris, 8e éd., PUF, 1997, p. 97.
[1411] Position de l'Église catholique, Révérend Père Thévenot, voy. *acte du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 47.
[1412] J. ROBERT, « La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit,* Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p.368.
[1413] Intervention de M. WIDLÖCHER, in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 47 ; I. DASTUGUC, *Thèse préc*., p. 149.
[1414] J. RUBELLIN-DÉVICHI, « Réflexions sur une proposition de loi tendant à faire de l'insémination artificielle un moyen de procréation », in *Mélanges offerts à Jean Vincent*, Paris, LGDJ, 1981, p. 379.
[1415] *Cf*. art. 158 du CPF.

la famille fondée sur le mariage. L'analyse combinée de cette disposition avec l'article 18 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui stipule que « *la famille est l'élément naturel et la base de la société* »[1416] permet de déduire qu'au Bénin, c'est la famille légitime qui devrait assurer la perpétuation de l'espèce humaine par la procréation. On ne peut soigner qu'une personne qui se trouve dans le besoin d'une thérapie. Le cadre légitime de la procréation (qu'elle soit naturelle ou assistée) serait donc le mariage.

Il paraît aussi que le droit à l'enfant est un droit acquis à la nubilité ou plus précisément à la majorité, sous réserve des cas d'émancipation.

636. Un droit acquis à l'âge nubile. Pour savoir si le droit à l'enfant est un droit inné ou acquis, il faut commencer par examiner les conditions d'accès à ce droit. Le mariage paraît le seul cadre légitime de procréation. Il sera donc question de faire une déduction des conditions d'accès au mariage pour établir la nature du droit à l'enfant qui, comme vu, est un droit de la famille. En effet, seules les personnes remplissant les conditions d'âge de dix-huit ans révolus peuvent accéder au mariage au Bénin, sauf dispense d'âge accordée[1417]. Ainsi, le droit à l'enfant serait lié aux dix-huit ans d'âge au Bénin. Ce droit n'est donc pas un droit inné, mais un droit que toute personne acquiert au moment même de son entrée en mariage[1418]. Le droit à l'enfant est par conséquent un droit acquis à l'âge nubile et dont l'existence peut être remontée à un âge inférieur dans les cas où il y a dispense d'âge pour accéder au mariage. Le droit à l'enfant existerait non seulement, mais il est un droit de la famille et appartient à chaque époux. C'est donc un droit que l'on acquiert par le mariage ; d'où le droit à l'enfant est un droit acquis à la nubilité.

La revendication du droit à l'enfant se fait également ressentir en raison du temps et de l'espace.

[1416] *Cf*. art. 18 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.
[1417] *Cf*. art. 123 du CPF.
[1418] Compte tenu du respect de l'éthique, on peut restreindre le droit à l'enfant en fixant une limite maximale d'âge pour en bénéficier. Ce maximum à fixer doit prendre en compte la nature de la personne humaine. Pour une certaine harmonisation du maximum à fixer, cette limite devra être fixée compte tenu de l'âge à laquelle une femme ne peut plus concevoir de façon naturelle même n'étant pas stérile. Il s'agit de la ménopause qu'on situe entre 45 et 55ans. Cette limitation répond également à l'idée d'égalité entre les couples car les couples fertiles ne pourront avoir un enfant de façon naturelle à la ménopause de l'épouse.

§ 2. UNE ÉGALITÉ SPACIO-TEMPORELLE, SOUBASSEMENT DE LA REVENDICATION DU DROIT À L'ENFANT

637. Plan. Le droit positif est l'ensemble des règles applicables dans un État donné à une époque donné[1419]. Dès lors que le droit positif prend en compte dans sa définition le temps, elle varie donc au gré du temps. En conséquence, le droit positif diffère d'un moment à un autre. Aussi, l'ouverture des États aux autres entraîne l'évolution du droit et les fluctuations du droit au sein d'un autre État peuvent influencer les autres. C'est en quelque sorte la mondialisation qui laisse ces ouvertures des États. On traitera, d'une part, l'égalité temporelle revendiquée par les couples (A) et d'autre part, l'égalité spatiale recherchée par les couples (B).

A. L'égalité temporelle revendiquée par les couples

638. Un bref aperçu de la genèse de la PMA. La procréation est mise à l'épreuve du temps dans cette analyse. L'ère nouvelle est essentiellement caractérisée dans le domaine de la procréation par l'essor de la procréation assistée. Pour que le droit joue le rôle qui est le sien dans une société, il faut l'adapter au temps. La première naissance d'enfant à partir d'une procréation médicalement assistée remonte aux années 1790 en Angleterre[1420]. Et depuis cette date, la technique de l'assistance à procréation ne cesse de s'affiner. Depuis lors, presque tous les pays du monde connaissent ce procédé[1421]. D'autres États mettent en place des dispositifs pour faciliter son accès aux couples.

639. Un droit lié aux progrès réalisés par la médecine dans le temps. Le temps permet aux couples d'accéder à un nouveau droit ; le droit à l'assistance médicale afin de procréer. La procréation étant un droit du couple, chaque couple peut la revendiquer tant qu'il existe des moyens pour y accéder. Cette responsabilité pèse sur l'État qui doit permettre à chacun de jouir de ses droits. L'égalité des époux dans le temps postule en faveur de la prise en compte par l'État des progrès médicaux afin de satisfaire un droit fondamental du couple conforme aux aspirations du temps.

[1419] J. CARBONNIER, *op. cit*., n° 38.
[1420] J. L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit* ? Paris, PUF, 1987, p. 26.
[1421] Certains législateurs feignent d'ignorer l'existence des techniques de procréations assistées. C'est le cas de la plupart des législateurs des États d'Afrique de l'Ouest francophone dont notamment le Bénin. Depuis quelques années, les PMA se réalisent au Bénin. Le constat le plus frappant est le phénomène des accouchements d'enfants multiples considéré comme une bénédiction alors qu'ils proviennent de la transplantation de plusieurs embryons après la fécondation *in vitro*.

640. La nécessité d'adapter le droit au temps. Serait-il indispensable d'adapter le droit au temps ? Autrement, faudrait-il adapter le droit aux aspirations du peuple ? Une réponse positive à cette question serait avantageuse car « *il faut tenir compte juridiquement de l'évolution des faits si l'on ne souhaite pas que se creuse un fossé entre les aspirations de nos concitoyens et le droit qui a une fonction structurante et de régulation sociale* »[1422]. Le temps détermine donc le droit et l'égalité évolue avec le temps. Un appel au législateur est important afin d'adapter le droit béninois de la famille aux aspirations de la population et pour organiser l'action médicale. C'est surtout l'assistance médicale à procréation qui appelle cette intervention. Cette obligation de l'État pèse pour une grande partie sur le législateur, car il a le devoir de « *construire une famille saine, une famille forte, une famille stable* »[1423].

Cette obligation de l'État se dédouble lorsqu'un autre facteur s'ajoute au temps. Ce facteur est l'espace.

B. L'égalité spatiale recherchée des couples

641. La problématique de l'égalité spatiale. L'égalité des couples mariés dans l'espace se conçoit de deux façons. Il peut s'agir de la comparaison des droits consacrés au couple d'un État par rapport à un autre État. C'est par exemple la comparaison des droits des couples mariés en France et au Bénin. Cette question ne pose aucune problématique sérieuse dans la mesure où chaque État doit concevoir ses normes.

Il peut, par contre, être question de l'égalité entre les couples mariés au sein d'un même État en raison de la mobilité de la personne humaine qui peut être une source de déséquilibre. De deux couples stériles, l'un pourrait, sans fraude à la législation, fait recours à des techniques évoluées de l'assistance médicale afin de procréer alors que le second couple ne le peut, pour des raisons financières. La mobilité de la personne lui permet d'avoir des droits que d'autres personnes de son espace géographique ne peuvent avoir. Ceci appelle une action positive de la part de l'État.

642. L'effectivité des droits-créances. L'égalité des couples signifie que tous les couples bénéficient des mêmes chances et que le manque de moyens ne fasse obstacle à la

---

[1422] Lettre de mission de la Garde des sceaux, Ministre de la justice à Mme Françoise Dekeuwer-Défossez le 15 janvier 1998 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Rénover le droit de la famille. Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps,* Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Paris, La documentation française, coll. des rapports officiels, 1999, p. 3.

[1423] H. MAZEAUD, « Le droit de la famille face aux progrès de la science médicale », in *Aspects du droit privé en fin du 20è siècle, études réunies en l'honneur de Michel de Juglart,* Paris, LGDJ, 1986, p. 45.

jouissance des droits. Il se pose une question plus générale de l'effectivité des droits de la personne. Il y a donc un lien très étroit entre le développement et l'effectivité des droits de la personne et ce surtout en ce qui concerne les droits-créances comme le droit à l'enfant à venir. Ce dernier impose à l'État, la mise en place du dispositif nécessaire pour procéder à une assistance médicale à procréation.

Le monde se globalise de même que les droits. Le monde tend vers un ordre juridique international. L'État, dans son devoir d'organiser la société doit un regard particulier à la famille. Il serait incongru de ne pas prendre en compte les progrès de la médecine. Cependant, il convient d'envisager des restrictions aux progrès de la médecine dans la mesure où des questions éthiques peuvent se poser à leurs sujets.

SECTION 2. LES RESTRICTIONS NÉCESSAIRES DE L'ÉGALITÉ DES COUPLES FACE Á LA PROCREATION

643. Position du problème. L'évolution de la médecine a entraîné la révolution d'une nouvelle forme de thérapie en vue de la procréation. « *Le droit, c'est la vie ; c'est l'ensemble des règles qui gouvernent notre vie et la protègent. La science médicale est, elle aussi, la science de la vie, qu'elle défend contre la maladie et la mort. La confrontation du Droit et de la science médicale devrait donc être sereine : l'un et l'autre ont le même but : permettre la vie* » [1424]. Cependant, les progrès de la médecine peuvent conduire parfois à des dérives et, comme tout droit, le droit à la procréation a des limites.

644. Plan. Des limitations doivent être opérées quant à la qualité des demandeurs (§1) d'assistance médicale à procréation mais également des limitations s'imposent quant aux techniques utilisées (§2) car en effet « *c'est dans le culte de la morale que le Droit et la Science, mis face à face, doivent se reconnaître* »[1425].

[1424] H. MAZEAUD, *art. préc.,* pp. 45-46.
[1425] *Ibid.,* p. 54.

§ 1. UNE RESTRICTION EN RAPPORT AUX DEMANDEURS

645. La limitation des dérives possibles. Il est nécessaire d'encadrer l'accès à la PMA afin d'anticiper quelques dérives. Il convient donc de limiter les conflits de filiation et la perturbation de l'ordre des générations. C'est ainsi qu'il serait nécessaire de limiter non seulement la procréation médicalement assistée aux seuls couples mariés mais également de limiter certaines pratiques.

On examinera d'abord la limitation de la procréation médicalement assistée aux couples mariés (A) avant d'envisager la limitation nécessaire des conflits de filiation par la restriction de certaines pratiques (B).

A. La limitation de la PMA aux couples mariés

646. Les fondements de la limitation de la PMA. La procréation médicalement assistée tente d'imiter la nature. Pour cette raison, sa réalisation doit s'insérer dans un véritable projet parental[1426]. La procréation médicalement assistée doit être autorisée en priorité aux époux en dépit du caractère spécial du concubinage au Bénin. Les concubins seront obligés de donner un premier consentement à la procréation médicalement assistée. La difficulté à assimiler les concubins aux époux se posent moins lorsque la naissance d'enfant survient de façon tout à fait naturelle. La procréation médicalement assistée doit connaître aussi des restrictions pour tenir compte de la nature qu'elle imite. L'âge, le sexe et la situation matrimoniale doivent être des éléments à prendre en compte afin de protéger le but naturel de la procréation et son ordre.

647. Plan. On traitera, d'une part, la nécessité de circonscrire la procréation médicalement assistée aux couples mariés (1) et, d'autre part, les autres restrictions de la procréation médicalement assistée (2)**.**

[1426] F. GRANET, « L'enfant conçu par Procréation médicalement assistée et les projets de lois sur la bioéthique », in *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, LGDJ, 1994, p. 223.

1. La nécessité de circonscrire la PMA aux couples mariés

648. Le mariage comme un acte de protection de l'enfant. « *Qui marche dans le vent, rencontre la tempête »*[1427]. La famille naturelle est considérée comme une *« famille dans le vent »*[1428] et la famille qui protège le mieux les intérêts de ses membres serait la famille fondée sur le mariage[1429] dans la mesure où les époux contractent par cet acte, l'engagement d'entretenir les enfants. La famille fondée sur le mariage optimise donc les droits de l'enfant. Ce n'est point une remise en cause de la famille hors mariage, qu'il s'agisse du concubinage simple ou adultérin. Dans le premier cas, malgré la légitimité du concubinage au Bénin, il faut remarquer aussi qu'il y a des concubinages qui se forment par la volonté de l'un des concubins de se soustraire aux contraintes liées au mariage. La liberté de chaque compagnon est hautement professée. Il faudra alors prendre garde afin de donner des enfants à des personnes qui n'offrent pas une garantie à l'éducation de l'enfant. Dans le second cas, la procréation médicalement assistée ne doit pas conduire à la dislocation des familles légitimes. L'accès à la procréation médicalement assistée doit donc être restreint aux couples non mariés. L'instabilité des concubins ne protège pas les enfants et donne souvent lieu à des conflits. Aussi, le mariage offre une garantie à la filiation de l'enfant. De cette garantie de chaque époux, découle la protection de l'enfant. On ne pourrait donc envisager une inégalité des couples quant à l'accès à la procréation médicalement assistée. Autrement dit, l'égalité entre couples ne peut postuler l'attribution des mêmes droits à des personnes placées dans des conditions différentes[1430].

649. Une question liée à l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a existé dans les pays où la procréation médicalement assistée est autorisée aux couples non mariés des cas de séparation avant la transplantation de l'embryon. Ces cas sont sources de véritables conflits sur l'avenir de l'enfant à naître. Faut-il transplanter l'embryon, faut-il le conserver ou faut-il le détruire ?[1431] Il arrive en effet que le juge autorise l'un des futurs parents à fait garder les embryons. De toutes les façons, il serait prudent de veiller au bien-être de l'enfant avant tout. Une protection spéciale est accordée aux enfants dans la famille légitime. Ainsi,

---

[1427] H. MAZEAUD, « Une famille dans le vent : la famille hors mariage, (le projet de loi relatif à la filiation) », *D.* 1971, Chron., p. 99.
[1428] H. MAZEAUD, *art. préc*.
[1429] A.-M. LEROYER, « Bioéthique – Caractéristiques génétiques – Don d'organes – Embryon – Cellules hématopoïétiques – IVG – AMP – Consentement – Anonymat. Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (JO 8 juill. 2011, p. 11826) », *RTD civ*. 2011, p. 609.
[1430] La différence de conditions sur laquelle l'accent est ici mis porte sur l'engagement de recevoir les enfants au sein de la famille et de s'en occuper. Par le mariage, les époux prennent l'engagement d'entretenir les enfants. Il serait malséant de faire naître des enfants sachant qu'il n'existe pour eux aucune garantie sérieuse d'épanouissement.
[1431] J. BERNARD, *op. cit*., p. 99.

chaque époux est tenu responsable de l'éducation et de l'entretien de l'enfant. Il est inutile d'avoir un enfant sans éducation. L'État tient un intérêt particulier de l'éducation des enfants qui ne sont rien d'autre que les majeurs de demain.

S'il faut limiter la procréation médicalement assistée aux seuls couples mariés, d'autres limitations s'imposent afin de protéger la famille.

2. Les autres restrictions de la PMA

650. Les cas de restriction. Les exclusions dont il sera question porteront essentiellement sur le sexe des personnes, sur leur situation matrimoniale et sur leur âge.

651. Les restrictions de la PMA en raison du sexe. La question de l'homosexualité ou du transsexualisme se pose ici. S'agissant des couples d'homosexuels, certains considèrent que la recherche d'enfant par ceux-ci est purement utopique et relève de la convenance[1432]. En l'état actuel de la législation béninoise, l'homosexualité n'est point reconnue. Cela peut relever du rêve de certaines personnes de voir cette institution mise au jour. Cependant, il faut compter des années encore pour espérer la prise en compte de ce nouveau mode de conjugalité même si la globalisation des droits pourrait entraîner et entraînent déjà la revendication d'autres droits[1433]. Il existe aussi une forme voilée d'homosexualité ; il s'agit du mariage d'un transsexuel avec une personne de sexe différent avec son nouveau sexe légal. En effet, on peut se demander s'il est possible de permettre l'accès à la procréation médicalement assistée aux couples mariés dont l'un des membres est un transsexuel, qui en tant que tel, a obtenu un changement à l'état civil sans pour autant acquérir la capacité procréatrice correspondant à son nouveau sexe légal et qui est donc stérile. Certains États s'y opposent. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme va à l'encontre de ces décisions et l'opposition d'accès à la procréation médicalement assistée faite à ces couples par certains pays a conduit à leur condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme[1434].

[1432] F. GRANET, *art. préc*., p. 223.

[1433] C. HOUEDEY, *Analyse socio-juridique de l'homosexualité en Afrique noire francophone*, Mémoire de DEA, Chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie d'Abomey-Calavi, 2008-2009, pp. 73 et s.

[1434] Cour EDH 25 mars 1992, *aff. B. c. France*, *Defrénois* 1992, art. 35334 ; *LPA*, 1992, obs. J. Massip ; *D.* 1992, Chron., p. 323, C. LOMBOIS ; *JCP* 1992, II, 21955, note Th. Garé ; *RTD civ* 1992, p. 540, obs. J. Hauser.

652. Les restrictions de la PMA en raison de la situation matrimoniale. S'agissant des personnes vivant seules[1435], il n'y a rien de discriminatoire à ce sujet. En effet, lorsqu'on place les droits de l'enfant[1436] à naître en face du droit des parents, on doit veiller à ne pas mettre l'intérêt de l'enfant en péril face à ceux des parents. L'intérêt supérieur de l'enfant devant toujours être préservé. De toute évidence, on ne peut empêcher une femme vivant seule d'avoir des enfants de façon naturelle sans se mettre dans un lien de mariage. Cependant, il est incongru de compliquer l'existence à un enfant en le concevant sans père[1437] ou sans mère[1438]. Autrement, il faut éviter les inséminations de convenance qui programment des enfants orphelins[1439]. La naissance d'un enfant par la procréation médicalement assistée doit s'insérer dans un véritable projet parental[1440]. L'idéal souhaité pour un enfant est de connaître et d'être élevé par ses deux parents[1441]. Les femmes célibataires, les femmes divorcées, les femmes en séparation de corps ne devront donc pas accéder à la procréation médicalement assistée.

653. Les restrictions de la PMA en raison de l'âge. Il est tout aussi important de faire des limitations par rapport à l'âge des membres du couple. La procréation médicalement assistée ne doit pas non plus être un instrument pour défier les limites de la nature[1442] humaine, car elle est une thérapie. Après la ménopause, il est judicieux de faire une interdiction aux femmes demandant une assistance médicale à procréation. Il importe donc de faire une limitation autant pour la femme que pour l'homme afin de respecter l'égalité entre homme et femme. Mais aussi, un âge minimum s'impose.

Comme pour le mariage, l'âge minimum est de dix-huit ans même s'il peut avoir des dispenses afin de contracter le mariage plus tôt. Au demeurant, une assistance médicale à procréation ne saurait être demandée avant l'âge de dix-huit ans. Et comme il faut un temps pour vérifier que la conception ne pourra se faire de façon naturelle, l'âge minimal

---

[1435] L'expression p*ersonnes vivant seule* est utilisée afin d'éviter de dire célibataire, car ce terme paraît inapproprié aujourd'hui ; M. GOBERT*, Médecine, Bioéthique et droit. Questions choisies*, Paris, Économica, 1999, p. 43.

[1436] Le droit de l'enfant est d'avoir ses deux parents et d'être éduqué par eux.

[1437] Un enfant sans père est un enfant née par PMA avec don de sperme. Cet enfant peut être né d'une femme vivant seule, d'une femme divorcée ou d'une veuve.

[1438] En réalité, il ne peut exister d'enfant sans père ni mère. Mais la technique juridique permet de priver l'enfant de l'une de ses filiations. Le cas d'un enfant sans mère s'observe avec les couples d'homosexuels hommes qui font recours à une mère de substitution.

[1439] J. BERNARD, *De la biologie à l'éthique*, Paris, Buchet/Chastel, 1990, p. 94.

[1440] F. GRANET, *art. préc*., p. 223.

[1441] L'article 7-1 de la *Convention sur les droits de l'enfant*, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies à New-York le 26 janvier 1990 stipule que « *dans la mesure du possible* », l'enfant a « *le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ».

[1442] J. BERNARD, *op. cit*., p. 224.

d'accès à la procréation médicalement assistée doit être bien pensé. Il ne serait donc pas trop osé de penser à l'âge minimum de vingt ans pour y avoir accès[1443].

654. Les restrictions de la PMA *post mortem*. Il est aussi tout à fait indispensable de faire une limitation après la mort de la personne. Le risque d'insémination *post mortem*[1444] ou le transfert d'embryon à une mère porteuse sont à éviter afin de respecter la nature de l'humain[1445]. La procréation médicalement assistée *post mortem*[1446] pose de graves problèmes éthiques et perturbe l'ordre des générations. Mais au-delà, il peut avoir des difficultés successorales[1447] assez importantes dans la mesure où la procréation médicalement assistée *post mortem* peut faire surgir un héritier dans une succession déjà partagée.

En plus de ces limitations de la procréation médicalement assistée, il convient également de limiter certaines pratiques de la procréation médicalement assistée afin de limiter les conflits de filiation.

B. Une limitation nécessaire des conflits de filiation par la restriction de certaines pratiques

655. Les types de PMA. Les progrès de la médecine se développent et peuvent inquiéter. Dès lors, certaines limitations tenant aux types de procréation médicalement assistée s'imposent. Les techniques de l'assistance médicale à procréation peuvent être regroupées en deux[1448] à savoir : les techniques de procréation médicalement assistée qui se déroulent uniquement au sein du couple et celles qui font intervenir des personnes

---

[1443] En France, il faut justifier de deux années de vie de couple pour avoir accès à la PMA.

[1444] I. DASTUGUC, *La procréation artificielle, droit à l'enfant ou droits de l'enfant*, Thèse, Clermont I., 1987, pp. 2 et s., il parle de la délicatesse de l'IA dans la mesure où elle peut être utilisée pour braver l'espace (le transfert du sperme d'un espace géographique donné à un autre) et le temps (Insémination *post mortem*).

[1445] Avec l'insémination *post mortem*, le doyen Carbonnier pense au risque d'accréditer le fantasme qu'un jour, l'homme arrivera à triompher de la mort, de s'affranchir de sa condition de mortel, voy. J. CARBONNIER, « Rapport de synthèse », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 83.

[1446] T.G.I Créteil, 1er août 1984, *RTD civ* 1984, p. 703, obs. J. Rubellin-Dévichi ; *JCP*. 1984, II, 20321, note G. Cornu ; D. HUET-WEILLER, « Le droit de la filiation face aux nouveaux modes de procréation », *Rev. De métaphysique et de morale*, 1987, n° 3, pp. 331 et s. ; M. GOBERT, « Les incidences juridiques des progrès des sciences biologiques et médicales sur le droit des personnes », in *Acte du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 108 ; B. CALAIS, « Le droit de la mort », *D*. 1985, Chron. p. 73.

[1447] Beaucoup de pays interdisent la PMA *post mortem*. Cependant, la loi espagnole permet l'insémination *post mortem* de la veuve, même si elle le fait dans des cas limitatifs : il faut que le mari l'ait autorisé par testament et qu'elle soit réalisée dans les six mois du décès, voy. O. QUINTANA-TRIA, « La loi espagnole sur la procréation assistée : le point de vue des médecins », in C. Byk (dir.), *Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit ? Une contribution multidisciplinaire et internationale,* Paris, Masson, 1989, p. 235.

[1448] I. DASTUGUC, *Thèse préc*., p. 3.

extérieures aux couples. Les premières sont qualifiées de procréations médicalement assistées homologues et les secondes sont des procréations médicalement assistées hétérologues.

656. Plan. Certaines techniques de procréation médicalement assistée sont moins lourdes que d'autres et appellent par conséquent à plus de réprobations éthiques[1449]. Il conviendra de limiter la procréation médicalement assistée à ses techniques acceptables par le grand nombre. On traitera les PMA homologues et ses conséquences (1) avant de traiter les PMA hétérologues avec ses conséquences (2).

1. Les PMA homologues et ses conséquences

657. Les techniques de la PMA homologues. Les PMA homologues sont celles qui se font à l'intérieur du couple et font intervenir uniquement les cellules reproductrices des époux. L'assistance médicale dans ce cas consiste à faire la FIVETTE pour la femme et l'IAC ou l'ICSI pour l'homme. Ces deux techniques posent le moins de problèmes et il est possible d'inciter à celles-ci. Ce sont des artifices techniques sans implications éthiques aucune. Ces techniques « *peuvent être regardées comme des parenthèses techniques* »[1450].

658. Les critiques de cette pratique. Dans le mariage, la règle fondamentale est l'indivisibilité de la paternité. Ainsi, l'enfant légitime a-t-il pour père le mari de sa mère[1451]. La désignation de la mère de l'enfant est donc le fait qui permet d'identifier son père. La procréation médicalement assistée homologue a l'avantage de respecter la filiation biologique des enfants qui se confond avec leur état d'enfant légitime. La FIVETTE comme l'IAC sont donc de simples techniques permettant, grâce à la technique médicale, d'obtenir un enfant biologique du couple. Cependant, pour certains moralistes, elle serait contre nature dans la mesure où elle pousse à un choix des cellules reproductrices. La querelle est dressée contre l'aide humaine dans la procréation elle-même. La technique de l'IAC fait, par exemple, l'objet d'une certaine approbation morale de la part des églises[1452]. La technique de l'extraction de l'ovule, la fécondation *in vitro* et le transfert d'embryon est

---

[1449] L'analyse des résultats de l'enquête a montré que la majorité de population béninoise réprouvent la procréation médicalement assistée avec don d'organe pour des raisons éthiques ; voy Annexe I, question 8.
[1450] F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1992, p. 100.
[1451] *Cf*. art. 300 du CPF.
[1452] La condamnation de l'artifice dans la procréation est formulée par l'Église catholique. Sa doctrine officielle a été longtemps rattachée à des discours prononcés par le Pape Pie XII, notamment en 1949 et en 1951. Leur analyse montre qu'il n'en résulte pas une condamnation absolue et générale de l'insémination artificielle : celle-ci est admise par le souverain pontife lorsqu'elle est pratiquée entre époux, avec le sperme du mari ; sans doute un tiers intervient-il dans l'acte conjugal en apportant son aide mais ne se substitue pas à l'époux défaillant ; F. TERRÉ, *op. cit*., p. 97.

une technique assez lourde, c'est d'ailleurs ce qui justifie la lenteur de sa mise en œuvre alors que le recueil de sperme se passe totalement de médecin et son utilisation le requiert à peine[1453].

659. Une technique mise en application au Bénin. Mais au-delà de ces critiques, son importance est hautement prouvée. Elle est la véritable voie de réalisation de l'égalité entre couple. Le couple candidat demande une aide médicale qui ne fait pas intervenir d'autres personnes. D'ailleurs, cette technique est déjà utilisée au Bénin depuis quelques années[1454] et a permis la naissance de plusieurs enfants. Une intervention législative s'imposera afin de réglementer sa pratique, car elle semblerait mieux tolérable au Bénin compte tenu des pesanteurs socio-culturelles qui ne permettront pas la pratique de la procréation médicalement assistée hétérologue[1455].

2. Les PMA hétérologues et ses conséquences

660. Plan. La procréation médicalement assistée hétérologue fait appel au don de cellules reproductrices ou au don d'organe. Des questions sont soulevées sur la licéité du don (a) et sur l'opportunité du don en raison des problèmes de filiation que le don de cellules peut poser (b).

a. La problématique de la licéité du don de cellules reproductrices

661. Les dons de cellules pour la PMA. La réalisation de la procréation médicalement assistée hétérologue chez une femme consiste à un certain don d'organe. Il peut s'agir du don d'ovule, du don d'embryon, du prêt d'utérus avec la possibilité que les deux dernières se cumulent en donnant le cas des mères de substitution. Chez l'homme, elle consiste au don de sperme.

662. Les positions doctrinales sur la licéité du don de cellules reproductrices. La doctrine est divisée sur le don de cellules reproductrices. Le problème est de savoir si les forces génétiques peuvent être l'objet de contrat ? Pour certains, il ne peut y avoir de contrat sur les forces génétiques de l'individu car le sperme, l'ovocyte et l'ovule ne sont

---

[1453] G. DAVID, « Texte synthétique. Don et utilisation de sperme et d'ovocytes », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 31.

[1454] La procréation médicalement assistée est officiellement pratiquée depuis les années 2011.

[1455] Au Bénin, il y existe une certaine pratique qui ne tolère pas les enfants adultérins dans la famille, car en effet, la PMA hétérologue conduirait à avoir l'enfant issu d'un autre homme. Il est communément répandu que ce sont les enfants adultérin à matre qui commettent souvent le parricide.

pas des produits comme les autres. Leur don n'est même pas assimilable à celui du sang ou d'autres produits du corps humain[1456].

D'autres pensent plutôt qu'un tel échange est bien possible à la seule condition qu'il s'agisse de don[1457] car on ne saurait mettre les parties du corps humain dans le commerce.

Á l'extrême, certains juristes, même, s'ils sont rares[1458], soutiennent que l'embryon ou les gamètes, une fois détachée du corps qui les produits, constituent un objet de nature patrimoniale, soumis au droit des obligations et partant au droit de libre disposition de leur propriétaire[1459]. C'est ainsi que certains moralistes, juristes ou médecins estiment qu'un embryon ou un fœtus humain, qu'il soit dans ou hors du corps humain ne mérite respect que dans la mesure où il est porteur d'un projet d'enfantement[1460]. Cependant, ce qu'il est possible de chercher à éviter, c'est la décision de substituer dans un couple désirant un enfant, un élément marquant ou anormal par un don étranger.[1461] Il s'agit donc de l'IAD, du don d'ovocytes, du prêt d'utérus, de l'insémination des femmes seules, veuves ou divorcées.

En marge des problèmes posés au sujet des types de procréation médicalement assistée, il est certain que de sérieuses difficultés se posent en ce qui concerne la détermination de la filiation des enfants et induisent donc d'importants recours en contestation de filiation.

b. La fluctuation des recours en contestation de filiation

663. La division de la filiation par la PMA hétérologue. La filiation est le lien de droit qui unit un enfant à ses parents. Elle peut être légitime, naturelle, adultérine, incestueuse ou adoptive[1462]. Chaque type de filiation comporte des avantages pour les enfants et celle qui protège le mieux les intérêts de l'enfant semble être la filiation légitime. En effet, lorsqu'il est fait recours à un donneur, la division de la filiation s'observe. La maternité peut s'éclater en mère gestatrice ou mère porteuse, en mère génétique ou en mère

---

[1456] Intervention de J. RUBELLIN-DÉVICHI, in *Acte du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 61.
[1457] J. BERNARD, *op. cit*., p. 92.
[1458] M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant », *RTD civ.,* 1988, p. 660.
[1459] Ces auteurs sont essentiellement néerlandais ou néerlandophones.
[1460] M.-Th MEULDERS-KLEIN, *art. préc*., p. 660, note de bas de page n° 66.
[1461] *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, pp. 62-63.
[1462] J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction. Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, t. 1, Paris, PUF, 2004, n^{os} 450, 512, 469 et 483.

biologique. La paternité peut également se diviser en père biologique ou père légitime. Cette division de la filiation pose un certain nombre de problèmes pour chaque type de filiation.

664. La division de la filiation maternelle.- L'enfant né d'une mère gestatrice peut être revendiqué par celle-ci. Le droit occidental transposé au Bénin, attaché à la tradition judéo-chrétienne s'appuie sur une donnée naturelle d'autant plus solide qu'elle est simple : l'enfant qu'une femme met au monde, à l'instant même où il voit le jour est le sien ; entre celle-ci et l'enfant, le lien persiste après la rupture du lien ombilical et aspire à se nouer en filiation dans l'ordre social et juridique. Pour cette raison, il est permis à la mère gestatrice de revendiquer et de garder l'enfant dès lors que c'est l'accouchement[1463] qui fait la filiation maternelle. Par le principe *mater semper certa,* la mère étant toujours celle qui accouche[1464].

665. La division de la filiation paternelle. Des conflits s'élèvent aussi souvent au sujet de la paternité de l'enfant né de donneur de sperme. En effet, le père légal, qui doit être le seul père à l'exclusion du donneur de sperme[1465], peut contester la filiation de l'enfant même après avoir donné son consentement[1466] à l'acte. En réalité, en consentant à la procréation médicalement assistée, l'époux donne son accord à la naissance d'un enfant adultérin sans adultère[1467]. De fait, il ne serait plus question de la preuve évidente de la non-paternité biologique pour fonder l'action en désaveu de paternité par l'époux. Il conviendrait donc d'écarter la preuve ordinaire de filiation lorsque le mari a donné son consentement[1468]. Il convient de mettre la filiation de l'enfant né d'une insémination à l'abri de toutes les initiatives qui pourraient troubler son état. Il suffirait d'opposer une fin de non-recevoir à toutes les demandes émanant de l'enfant, des parents ou des tiers qui tendraient à établir sa filiation sur d'autres bases, qu'il s'agisse de l'action en contestation d'état, en revendication d'enfant ou en recherche de paternité ou de maternité génétique.

666. L'établissement strict de la filiation de l'enfant à l'égard des époux demandeurs. La principale question qui se peut se poser ici est celle de la détermination de la filiation d'un enfant né grâce à la procréation médicalement assistée hétérologue. L'accès à la procréation médicalement assistée hétérologue supposera non seulement que

---

[1463] F. TERRE, *op. cit*., pp. 82 et s.
[1464] A.-M. LEROYER, *art. préc.*, p. 609.
[1465] J. BERNARD, *op. cit*., p. 94.
[1466] C'est le cas, souvent, lorsque le père légitime a des doutes.
[1467] Grâce aux techniques médicales, il est désormais possible de concevoir un enfant qui ne soit pas celui de l'époux sans commettre l'adultère ; J. CARBONNIER, « Rapport de synthèse », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 80.
[1468] J. BERNARD, *op. cit*., p. 94.

les candidats soient mariés mais aussi elle nécessitera un engagement des deux parents en vue de faire le recours à l'assistance médicale. La filiation serait alors établie à l'égard des époux demandeurs de la procréation médicalement assistée. Dans cette mesure, il est important de circonscrire le champ des contestations. D'abord, dans le mariage, il existe des cas limitatifs de contestation de la filiation[1469].

667. L'indispensable limitation des recours sur la filiation. La législation béninoise nécessite une grande réforme d'ensemble en matière de filiation. L'ensemble des dispositions du Code des personnes et de la famille sur la filiation n'ont pas pris en compte l'évolution de la médecine. En effet, à aucun moment, il n'est fait allusion aux techniques modernes de détermination de la filiation de l'enfant. On peut alors se demander quel type de lien de filiation la législation béninoise priorise. Est-ce le lien biologique qu'on appelle aussi le lien de sang ou la vraisemblance ? Ce flou législatif semble se dissiper lorsque le Code recommande au juge, en cas de conflit de filiation, qu'il puisse faire recours à la filiation la plus vraisemblable[1470]. Le lien du sang importerait peu dans la législation dans ce cas, conformément aux coutumes de certaines régions du pays[1471].

668. La réforme du droit de la preuve de la filiation. Il est prévu par la loi que l'incapacité physique du mari semble suffire pour intenter une action en désaveu de paternité. Aux termes des dispositions de l'article 305 du CPF, « *le mari peut désavouer l'enfant conçu pendant le mariage :- s'il prouve que pendant le temps qui a couru depuis le trois centième (300ème) jour jusqu'au cent quatre vingtième (180ème) jour avant la naissance de cet enfant, il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme ; - si, selon les données acquises de la science, il est établi qu'il ne peut être son père ; - par tous moyens, si la femme lui a dissimulé la grossesse ou la naissance de l'enfant dans des conditions de nature à le faire douter gravement de sa paternité* »[1472]. Le législateur béninois semble assimiler, dans ce cas, l'impuissance à la fertilité alors même que le premier n'entraîne nécessairement pas le second. Aussi, sans être physiquement apte à procréer, le mari peut désormais faire recours à la procréation médicalement assistée hétérologue. Il semble donc indispensable de revisiter toutes ces incohérences de la loi en son état actuel en faisant recours aux avancées de la médecine.

Chaque État doit librement décider de sa politique législative. Mais, les conventions internationales sont un frein à la libre direction de la politique législative de chaque pays.

[1469] *Cf*. art. 330 à 335 du CPF.
[1470] *Cf*. art. 298 du CPF : « *les tribunaux règlent les conflits de filiation pour lesquels la loi n'a pas fixé d'autres principes, en déterminant par tous les moyens de preuve, la filiation la plus vraisemblable.*
Á défaut d'éléments suffisants de conviction, ils ont recours à la possession d'état ».
[1471] *Cf*. art. 136 du Coutumier du Dahomey : « *les enfants adultérins sont au mari* ».
[1472] *Cf*. art. 305 du CPF.

C'est ainsi que la Cour EDH a substantiellement modifié le droit de la famille en France et continue d'ailleurs de le modifier[1473]. L'indispensable prise en compte de la procréation médicalement assistée emporterait une refonte de la loi sur les filiations avec une restriction suffisante des cas de désaveu et de contestation de filiation.

Il est tout aussi indispensable de prendre en compte la bioéthique afin de limiter certaines pratiques pouvant donner un enfant à une personne.

§ 2. LA RESTRICTION DE L'ÉGALITÉ DEVANT LA PROCRÉATION EN RAPPORT AVEC LA BIOÉTHIQUE

669. Définitions. Il existe des notions au contenu mouvant auxquels il est pénible de donner une définition unanimement acceptée. Il en est le cas de la notion de bioéthique[1474] qui est un néologisme utilisé pour qualifier l'éthique dans les domaines des sciences de la manipulation de l'humain[1475]. C'est un synonyme d'éthique médicale. Á la définition du mot « éthique », le Vocabulaire de Lalande répond : « *science ayant pour objet le jugement d'appréciation en tant qu'il s'applique à la distinction du bien et du mal* »[1476]. On dit aussi que l'éthique est la science de la morale. Le mot « morale » quant à lui provient du latin et signifie : « *un ensemble de règles de conduite admises à une époque ou par un groupe d'hommes et reposant sur la distinction du bien et du mal* »[1477].

670. Une limitation en raison des limites de la science. Mais pour les savants, l'éthique n'est plus « *la science de la morale mais la morale de la science* »[1478]. Dans ce sens, le droit à l'enfant qui recommande le recours à la science pour établir l'égalité des couples à des limites ; celles-ci sont des limites imposées à la science elle-même. Or le droit doit exercer « *à la fois une fonction moralisatrice des pratiques et une fonction pacificatrice et organisatrice en établissant un ordre social fondé sur l'équilibre des divers intérêts, sans quoi il y aurait confrontation au sein de la société* »[1479].

[1473] B. MOUTEL, *L' « effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français,* Thèse, Limoges, 2006.
[1474] R. MARTIN, « Personne et individu, (un arrière-plan de la bioéthique) », in *Droit et actualité, études offertes à Jacques Béguin*, Paris, Litec, 2005, p. 481.
[1475] B. LEGROS, *Droit de la bioéthique*, Bordeaux, Les études hospitalières, 2013, p. 18.
[1476] A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2006, voy. « Éthique ».
[1477] A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF, 2006, voy. « morale ».
[1478] F. TERRÉ, *op. cit*., p. 94.
[1479] P. PIRNAY, *Bioéthique et droit, Interactions*, LEH, coll. « Essentiel », 2011, n° 6, p. 102.

671. Plan. Il apparaît urgent que le droit intervienne dans un domaine comme celui de la bioéthique afin de limiter certaines pratiques notamment le génie génétique (A) et le clonage (B) qui sont deux limites nécessaires à la recherche de descendance.

A. Les restrictions du droit à l'enfant en rapport avec le génie génétique

672. La problématique du droit à l'égalité et l'éthique. La véritable question qui se pose est de savoir s'il est possible au nom de l'égalité d'autoriser des pratiques qui heurtent l'éthique. En réalité, si l'égalité sous-tend le droit à l'enfant, peut-on aller jusqu'à fixer les traits de l'enfant grâce au génie génétique ? Les progrès de la procréation médicalement assistée et du génie génétique suscitent aujourd'hui des questions d'ordre éthique.

673. Définition. Le génie génétique ou manipulation génétique ou encore ingénierie génétique s'entend des méthodes qui se proposent de modifier le patrimoine génétique d'un être vivant[1480]. Sous le vocable génie génétique se cachent quatre opérations distinctes[1481].

674. Les possibilités offertes par le génie génétique. Mais de quelle manière le génie génétique peut-il modifier l'homme ? Il peut en effet s'agir de la modification d'un organe ou de la modification complète de l'enfant à naître[1482]. La modification d'un organe de l'enfant à naître s'entend des pratiques qui permettent de modifier l'identité de l'enfant dès sa conception. Il est désormais possible à la science de modifier l'enfant à naître en se proposant de modifier de ses organes et, ce faisant, on parvient à changer certains traits de l'enfant par le génie génétique. Ainsi, « *la possibilité de faire pulluler des géants ou des Prix Nobel serait surement cause d'effroi et de refus, tandis que les enquêtes pourraient*

[1480] J. BERNARD, *De la biologie à l'éthique*, Paris, Buchet/Chastel, 1990, p. 127.

[1481] J. RIVERO, « Génie génétique, transfert de gènes dans la cellule », in *Acte du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, pp. 91-92. Le génie génétique consiste : 1/ en la recombinaison d'un fragment de chromosome à un vecteur et dans son clonage dans une bactérie. 2/ La deuxième étape est un transfert de cette chimère génétique dans la cellule bactérienne. 3/ Celle-ci est liée à l'expression du gène. 4/ Le transfert à un organisme pluricellulaire, l'intégration de la chimère dans un ovule fécondé de telle façon que le gène étranger s'associe et s'intègre chimiquement au chromosome de l'ovule et que l'individu qui en résulte recèle dans ses propres gamètes ce gène étranger. Ce qu'on appelle la transgénose ; J. BERNARD, *op. cit*., p. 128 ; R. FRYDMAN, *Dieu, la médecine et l'embryon*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 149.

[1482] Les questions visées dans ce cadre par le génie génétique concernent le diagnostic prénatal (DPN) et surtout le diagnostic préimplantatoire (DPI), ainsi que la thérapie génique germinale ; voy. R. FRYDMAN, *op. cit*., p. 135.

s'accommoder aisément d'un génie génétique qui permettrait seulement de choisir le sexe de l'enfant »[1483].

675. Une nécessaire conciliation du droit à l'enfant et de la préservation de l'espèce humaine. Autant le désir d'enfant est violent, autant la préservation de l'espèce humaine est nécessaire. Le droit à l'enfant recommanderait d'aider un couple à avoir des enfants. Cependant, il est aussi urgent de limiter la science dans ses expériences et dans ses exploits. D'ailleurs, en France, les progrès de la science sont étroitement contrôlés. Ainsi, certaines pratiques sont limitées[1484].

Il existe également une autre pratique qui peut valablement donner un enfant à un couple. Cependant, elle pose de graves questions éthiques. Il s'agit bien évidemment du clonage et l'inquiétude suscitée par les progrès de la médecine pourrait ainsi se ressentir davantage à son sujet.

B. L'interdiction du clonage comme moyen de reproduction

676. Définition. Le clonage consiste en effet à produire un être parfaitement identique à partir du seul organisme d'un être vivant. On distingue le clonage reproductif du clonage thérapeutique[1485]. Le clonage reproductif désigne la reproduction d'un ou plusieurs êtres vivants à partir d'un individu appelé donneur, qui ont exactement le même patrimoine génétique que ce dernier. Ce type de clonage[1486] ne consiste qu'en la reproduction exacte d'un être vivant. En effet, pour satisfaire au désir d'enfant, une personne peut faire recours au clonage. L'enfant obtenu aura exactement les mêmes traits que le donneur. Cette pratique est objet de vives critiques et même interdite. En outre, la conception *in vitro* ou la constitution par clonage d'embryons humains à des fins de recherche ou à des fins industrielles ou commerciales est expressément interdite[1487].

[1483] J. CARBONNIER, « Rapport de synthèse », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 154.
[1484] Voy. par ex. la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en France.
[1485] Le clonage thérapeutique est une technique de production de matériel vivant, dans le but d'une greffe. Le fait d'obtenir le tissu dont on a besoin directement à partir d'une cellule somatique de l'individu malade assurant l'absence de risque de rejet. L'application de ce type de clonage reste donc strictement médicale. Le clonage thérapeutique est lui aussi sujet à polémique.
[1486] Créer un clone humain consiste à placer le noyau d'une cellule adulte (contenant 46 chromosomes) dans un ovule dont le noyau (de 23 chromosomes) aura été préalablement enlevé. Ainsi le patrimoine génétique (ADN) est transféré dans l'ovule et (par des mécanismes inconnus) retrouve un état embryonnaire qui va réamorcer tout le processus de développement. La première division de cet ovule fécondé survient quelques heures après le transfert du noyau (transfert nucléaire) ; voy. R. FRYDMAN, « Le clonage reproductif et thérapeutique », *RTDH*, 2003, p. 421.
[1487] *Cf.* art. L. 2151-2 et L. 2151-3.

677. L'opportunité d'une intervention législative. La question que l'on se pose ici est de savoir si ce qui est scientifiquement possible est toujours moralement et juridiquement acceptable ? Autrement, c'est la problématique de l'opportunité d'une législation qui se trouve être posée. L'opportunité d'une législation devrait avant tout dépendre de trois (03) facteurs cumulatifs. Il faut d'abord voir si la loi éventuelle répond vraiment à une utilité sociale, si elle améliorera le sort d'un nombre significatif de citoyens, si elle mettra le droit en accord avec la réalité vécue. Ensuite, il faut rechercher si son texte apportera un mieux-être collectif en gommant les disparités et inégalités entre les hommes. Enfin, il faut que la loi éventuelle n'évacue point toute considération morale étant entendu que toute morale est contingente, qu'elle varie avec la conjoncture et qu'elle doit toujours s'apprécier à la lumière de l'évolution sociale[1488]. Le clonage reproductif humain remet en cause les notions de famille, d'hérédité, de paternité, de maternité, de reproduction sexuée, *etc*. Il convient donc de les exclure du champ de la procréation médicalement assistée.

[1488] J. ROBERT, « La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit*, Paris, Actes Sud, Hubert Nyssen éditeur, 1985, p. 366.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

678. Il existe certains droits qui sont inhérents à la famille. Ce sont des droits qu'on ne peut exiger que dans le cadre familial. Au nombre de ces droits des couples, on peut énumérer le droit à l'enfant à venir. Le droit à l'enfant à venir recommanderait d'aider un couple à avoir des enfants. Ce droit est une thérapie recherchée par les couples stériles. Si le débiteur du droit à l'enfant est l'État qui le répercute sur le médecin spécialiste de la procréation médicalement assistée, ses créanciers sont les couples mariés mais stériles ou simplement les couples mariés qui cherchent à éviter de transmettre une maladie grave à leur descendance.

Cependant, même si l'on peut reconnaître l'existence d'un certain droit à l'enfant, il n'est pas moins nécessaire d'en encadrer la pratique. Si le désir d'enfant est assez violent, toutes les pratiques ne peuvent être admises puisque la procréation médicalement assistée doit essayer de respecter la nature humaine et ainsi elle ne doit pas la dépasser. Il est important de limiter la procréation médicalement assistée avec un don extérieur ; ce que l'on appelle la procréation médicalement assistée hétérologue.

Également, il convient de limiter les procréations médicalement assistées qui tentent de braver la fin de vie comme la procréation médicalement assistée *post mortem*.

Aussi, la bioéthique est une limite de la science à prendre en compte afin de donner une certaine humanité à l'envie d'avoir des enfants. Il conviendrait aussi de limiter le génie génétique de même que le clonage reproductif humain qui remettent en cause les notions de famille, d'hérédité, de paternité, de maternité, de reproduction sexuée afin de respecter la nature de l'homme car ce qui est scientifiquement possible n'est toujours pas moralement et juridiquement acceptable.

La procréation médicalement assistée n'est pas une question pour laquelle il faut envisager une solution à long terme. Sa pratique est devenue effective au Bénin depuis des années : le premier bébé *in vitro* est né au Bénin le 18 septembre 2011. Il y a donc des embryons surnuméraires qui sont détruits fréquemment ou qui sont utilisés à d'autres fins. Il faut une intervention législative pour encadrer cette thérapie qui tente d'instaurer l'égalité des couples ayant pour fondement le droit à l'enfant.

Aux antipodes de la revendication de l'égalité des couples par la maîtrise positive de la procréation, il se fait de plus en plus ressenti une autre forme d'égalité des couples.

On constate ainsi que certaines personnes recherchent une maîtrise négative de la procréation.

CHAPITRE II
LA REVENDICATION DE L'ÉGALITÉ VISANT LA MAÎTRISE NÉGATIVE DE LA PROCRÉATION

679. La possibilité de refus de la procréation. Au sujet de la venue d'enfant, on observe que la femme joue un rôle important en gardant le fœtus en son sein et en lui donnant naissance par l'accouchement. Il peut toutefois arriver des cas dans lesquels l'enfant à naître ou l'enfant né ne soit pas un enfant voulu par ses géniteurs. Les charges de l'enfant dans ce cas pèsent en général sur un seul des parents, en l'occurrence la mère qui voit établir la filiation de l'enfant à son égard de façon automatique. L'égalité est un principe qui immerge de plus en plus tous les domaines du droit de la famille. Mais « *en cas de survenance d'un enfant non voulu, l'inégalité naturelle entre l'homme et la femme entraîne une disparité de leurs situations respectives : le géniteur en effet peut échapper aisément à ses responsabilités* »[1489]. C'est pourquoi l'évolution législative doit tendre à compenser cette situation de fait. On devrait éviter de faire peser sur la génitrice toutes les responsabilités de l'enfant dès lors qu'il peut exister des mécanismes pour y parvenir.

680. Les moyens de refus de la procréation. Telle la procréation est un droit, son refus doit l'être également. Refuser un enfant, « *c'est empêcher sa venue au monde, ou l'abandonner après sa naissance* »[1490]. Le refus de la procréation peut donc se manifester de deux manières principalement. Il s'agit de l'interruption volontaire de grossesse (IVG) ou avortement et de l'accouchement sous X.

681. Plan. L'égalité au sujet du refus de la procréation par l'avortement (section 1) sera traitée avant d'aborder l'égalité dans le refus de la procréation à travers l'accouchement sous X (section 2).

[1489] F. DREIFUSS-NETTER, « L'accouchement sous X », in *Droit des personnes et de la famille – Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller,* Paris, LGDJ, 1994, p. 105.
[1490] G.-M. FAURE, *Le désir d'enfant à l'épreuve du droit (essai sur le droit de la procréation médicalement assistée),* Thèse, Montpellier I, 1991, n° 477.

SECTION 1 :
L'ÉGALITÉ ET L'AVORTEMENT

682. Définition. L'avortement ou Interruption Volontaire de Grossesse (IVG.) constitue l'une des formes de refus de la procréation. En effet, en dehors de la contraception qui permet de refuser la grossesse[1491], l'avortement permet de suspendre le cours de la grossesse. Aux termes de l'article 3 de la loi portant prévention et la répression des violences faites aux femmes au Bénin, l'avortement est « *le fait d'employer des moyens ou substances destinées à provoquer l'expulsion prématurée du fœtus ou, plus généralement, l'interruption artificielle de la grossesse chez la femme* »[1492].

683. Un problème féminin. Il est vrai qu'il existe désormais des méthodes pour prévenir les grossesses. Néanmoins, il continue d'avoir des grossesses dont le couple ou simplement les femmes n'en veulent pas. Dès lors, l'avortement devient l'un des moyens pour renoncer à la procréation. Même interdit, l'avortement se pratique car « *il serait vain de croire qu'une femme qui a décidé d'avorter y renonce* »[1493]. La loi sur l'avortement concerne en premier lieu les femmes puisque ce sont elles qui portent les grossesses. On se poserait alors la question de savoir comment la femme peut se désengager d'une grossesse lorsqu'elle ne la désire pas.

684. Les causes possibles de l'avortement. La gestation concerne uniquement la femme et engage son corps et ainsi toutes les femmes ne voudront pas assumer jusqu'à terme une grossesse pour diverses raisons ; qu'il s'agisse des raisons de santé ou d'études, des raisons professionnelles, des raisons de l'indétermination de la paternité de l'enfant, de l'inceste, de viol et bien d'autres. Parfois même, c'est à la fois l'homme et la femme qui ne veulent pas de la venue de l'enfant.

685. Plan. L'application du principe d'égalité sur la venue d'enfant postulerait que l'avortement signe du refus de la procréation soit autorisé. Or compte tenu du fait que la pratique de l'avortement occasionne des débats éthiques, il convient d'y apporter quelques aménagements, car l'avortement entraîne la destruction d'un fœtus dont la nature juridique est fortement discutée. L'examen du refus de porter une grossesse permettra (§ 1) de conclure l'existence possible d'un droit à l'avortement (§ 2).

[1491] P. VELLAY, « La contraception : état de la science et ses conséquences médico-psychologiques », *in* C. Labrusse et G. Cornu (dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques, acte de colloque*, Paris, Économica, 1982, p. 71.
[1492] *Cf*. l'article 3 de la loi portant la prévention et la répression des violences faites aux femmes au Bénin.
[1493] J. RUBELLIN-DÉVICHI, « Le droit et l'interruption volontaire de grossesse », *LPA*, juin 1996, p. 25.

§ 1. LE REFUS DE PORTER UNE GROSSESSE

686. Plan. L'égalité est un principe qui sous-tend désormais le droit de la famille au point où l'on peut bien se demander s'il pourrait exister une égalité au sujet de la gestation. Le refus de porter une grossesse peut être créateur de conflit de droits entre les droits de l'enfant à naître et les droits de la mère (A). Cependant, en raison de la protection due à la mère, il est nécessaire de dépénaliser l'avortement (B).

A. Difficile conciliation de deux droits

687. Plan. L'interruption volontaire de grossesse paraît mettre en opposition les droits de l'enfant à naître et ceux de la femme qui le porte. Si dans certaines circonstances, l'avortement peut paraître une violation des droits de l'enfant (1), son interdiction porterait également atteinte aux droits de la mère (2).

1. L'avortement comme une violation des droits de l'enfant

688. La base juridique de violation des droits de l'enfant par l'avortement. Aux termes des dispositions de l'article 1er alinéa 2 du Code des personnes et de la famille du Bénin, « *le droit à la vie, à l'intégrité physique et morale, est reconnu à l'enfant dès sa conception sous réserve des cas exceptés par la loi* »[1494]. L'avortement étant la destruction de l'enfant à naître, il violerait selon ce texte, les droits de l'enfant à naître qui aurait déjà le droit à la vie, à l'intégrité physique et morale. L'enfant conçu est ainsi comparé à tout autre individu. Les cas de dérogation aux droits énumérés pour le compte de l'enfant à naître sont les circonstances dans lesquelles l'avortement est possible. L'article 17 de la loi n° 2003-04 du 3 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction au Bénin énumère ces cas :

« *l'avortement est autorisé :*

- lorsque la poursuite de la grossesse met en danger la vie et la santé de la femme enceinte ;

- à la demande de la femme, lorsque la grossesse est la conséquence d'un viol ou d'une relation incestueuse ;

[1494] *Cf.* art. 1er al. 2 du CPF.

- lorsque l'enfant à naître est atteint d'une affection d'une particulière gravité au moment du diagnostic »[1495].

Cependant, en dehors de ces cas, la femme peut avoir le désir d'avorter pour des raisons de convenance. Contrairement à la violation flagrante du droit de l'enfant sous-tendue par l'avortement, il peut être également revendiqué pour les intérêts de l'enfant.

689. L'avortement visant la protection de l'enfant à naître. L'avortement peut être recherché en faveur de l'enfant à naître, et c'en est certainement le cas des exceptions faites à l'article 1er al 2 du Code des personnes et de la famille du Bénin qui concerne l'avortement thérapeutique. L'intérêt de l'enfant de ne pas naître dans certaines circonstances est exprimé dans l'alinéa 2 et 3 de l'article 17 de loi n° 2003-04 du 03 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction au Bénin sur les cas d'inceste, de viol ou d'une maladie grave affectant la conception ou l'enfant conçu. Il pourrait donc exister un intérêt pour l'enfant à ne pas naître. Cette question s'est notamment posée au juge français dans l'arrêt dit Perruche[1496] et au juge Belge[1497]. En rapport avec cette question qui porte sur l'avortement thérapeutique, un enfant peut avoir un intérêt à ne pas être né compte tenu des conditions de vie difficile que lui offrent ses parents.

690. L'intérêt pour l'enfant à ne pas naître en raison de la précarité de ses parents. On peut également noter que, exceptéé la cause thérapeutique de l'avortement et les cas liés à la santé de l'enfant à naître, il peut exister un intérêt pour ce dernier à ne pas naître. C'est notamment le cas lorsque les géniteurs manquent de moyens de subsistance afin de parvenir à satisfaire les besoins fondamentaux de l'enfant. Dans un système où le social n'est pas du tout développé, il serait d'un intérêt pour l'enfant de ne pas naître dans la misère et d'être contraint à la rue, à la traite ou être placé.

[1495] *Cf*. art. 17 de la loi n° 2003-04 du 03 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction au Bénin.

[1496] Cass. ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13701. Dans cette affaire, il s'est posé la question de savoir si un enfant né handicapé des suites d'une rubéole contractée *in utero* peut-il obtenir réparation du préjudice subi auprès des médecins qui, par leurs fautes, ont fait croire, à tort, à sa mère qu'elle était immunisée contre cette maladie, l'empêchant ainsi d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; voy. K. SALHI, « Le préjudice de la vie *», in* A. Batteur, *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2012, n° 58 et s.

[1497] Civ. Bruxelles, 72e ch., 21 Avr. 2002, *JT*., 2004, p. 716. En l'espèce, il s'est posé au juge la question de savoir si les parents d'un enfant atteint d'un handicap grave et incurable en raison d'une anomalie génétique non détectée peuvent agir en responsabilité contre les médecins qui ont suivi la grossesse de la mère et ce, tant en leur qualité personnel qu'au nom de leur enfant mineur. Le préjudice invoqué n'est pas le handicap (consécutif à une anomalie chromosomique et non pas à une erreur médicale), mais le fait d'être né handicapé par suite de la non détection de l'anomalie qui a privé la mère de la possibilité de recourir à un avortement thérapeutique. Le tribunal de Bruxelles déclare l'action recevable en retenant comme dommage l'atteinte au droit de l'enfant de ne pas être placé dans une situation de vie préjudiciable, droit qui est pour lui un élément du droit de la femme d'interrompre sa grossesse lorsque les conditions légales sont retenues ; voy. J.-P. MASSON et G. HIERNAUX, « Droits des personnes et de la famille, chronique de jurisprudence de 1999-2004 »*, in Les dossiers du journal des Tribunaux*, n° 56, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 12 et s.

L'État a normalement le devoir d'assurer un minimum d'aide en vertu de son obligation d'assurer le plein épanouissement[1498] de ses citoyens. Dès lors que l'État n'a pas satisfait son obligation constitutionnelle, la loi ne peut contraindre une personne à garder à terme une grossesse pour en fait, faire vivre l'enfant dans la misère. Dans le contexte béninois où la situation économique, à l'instar des autres États en développement se révèle difficile, la maternité peut se révéler dramatique. En effet, les charges de la maternité sont pesantes et l'éducation des enfants très complexe jusqu'au point qu'un enfant né dans une famille misérable peut rechercher à ne pas naître.

691. L'intérêt pour l'enfant à ne pas naître en raison de sa mauvaise qualité de vie. Que l'avortement soit thérapeutique ou non, il est certain que le choix auquel l'avortement appelle est celle de distinguer les vies qui valent la peine d'être vécues et celles qui ne le valent pas. Ce serait donc la qualité de vie d'un enfant qui devrait faire décider de l'avortement. Laquelle doit-on privilégier entre la vie d'un enfant né avec une maladie grave et incurable et celle d'un enfant né sans maladie mais sans l'assurance des moyens de subsistance ? Ni la maladie, ni l'extrême pauvreté ne permettent l'épanouissement d'une personne. Un enfant né avec une maladie grave et incurable et un autre né dans des conditions misérables sont tous dans une situation de détresse. Si à la fin, ces deux catégories d'enfants se trouvent dans la même situation, il serait opportun de leur réserver un même traitement de départ. Ainsi, le choix de l'avortement devrait pouvoir revenir aux parents, que ce soit dans le cadre thérapeutique ou en matière de convenance.

2. L'interdiction de l'avortement comme violation des droits de la mère

692. Une atteinte à l'intégrité physique de la femme. La femme a le droit à l'intégrité physique. Ce droit implique qu'aucune atteinte ne doit pas être portée au corps de la personne sans son consentement[1499]. L'enfant à naître qui se trouve au sein de la femme porterait atteinte au droit à l'intégrité physique de sa mère. Si on considère l'enfant à naître comme une personne humaine[1500] à qui on accordera le droit à l'intégrité physique

---

[1498] *Cf.* art 8 de la Constitution du Bénin : « *la personne humaine est sacrée et inviolable. L'État a l'obligation absolue de la respecter et de la protéger. Il lui garantit un plein épanouissement. Á cet effet, il assure à ses citoyens l'égal accès à la santé, à l'éducation, à la culture, à l'information, à la formation professionnelle et à l'emploi* ».

[1499] B. FEUILLET, « Droit au respect de l'intégrité physique », in D. Chagnollaud et G. Drago, (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 501 et s.

[1500] Certains auteurs pensent que l'embryon est certainement une personne humaine mais n'est doté de la personnalité juridique que si l'enfant naît vivant et viable ; voy., B. VASSALLO, « L'embryon, le commencement de la vie : reconnaissance et protection », in L. Khaïat et C. Marchal, (dir.), *La maîtrise de la vie, les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit*, Toulouse, Erès, 2012, p. 133.

à l'instar de la femme qui le porte, on se heurtera à l'invocation par la femme de l'atteinte que l'enfant à naître porte à son intégrité physique en s'implantant dans son organe reproducteur. Si la grossesse est voulue, il n'y a aucune violation du droit à l'intégrité physique puisque dans ce cas, il s'agirait d'une atteinte voulue. Tout le changement que subi l'appareil génital de la femme est semblable à une atteinte à son intégrité physique. En effet, si un individu provoque une lésion comparable à celle occasionnée par la grossesse au niveau de l'appareil reproducteur de la femme par quelque moyen qu'il soit, cette dernière sera condamnée pour violation de l'intégrité physique de la femme.

693. Une atteinte possible à la vie de la femme. Au Bénin, la grossesse est un facteur assez important de risques de décès. La grossesse peut mettre en danger la vie de la femme. De nombreux décès surviennent pendant l'accouchement au Bénin et il est d'ailleurs démontré par des statistiques que la maternité est le premier facteur de décès maternel au Bénin. Dès lors, une femme en gestation dans le contexte béninois serait entre la vie et la mort. La préservation de sa vie ne postulerait pas qu'on puisse s'éloigner du facteur de risque ?

694. L'extension de l'avortement à tous les cas de grossesse. Dépendant des conditions de la pratique, qui sont surtout liées au contexte social et aux législations en vigueur dans les pays, les avortements peuvent menacer la vie et la santé des femmes, spécifiquement leur santé reproductive et sexuelle. Précisément, la mortalité maternelle causée par l'avortement est élevée dans les situations d'illégalité. Des études ont révélé que l'avortement clandestin est une cause majeure de mortalité maternelle dans les pays en développement. Les adolescentes et les jeunes femmes sont particulièrement touchées par le phénomène. D'après les estimations de l'OMS[1501], sur les 36 000 décès liés aux avortements à risque en Afrique en 2003, 20 500 concernaient les moins de 25 ans. L'avortement, quelles que soient les circonstances de la grossesse, doit être autorité pour enfin permettre sa bonne pratique. La loi ne doit pas nécessairement être la juridicisation des mœurs. La volonté de la femme doit être mise en avant et si une femme se sent déterminée, elle peut passer outre sa coutume.

695. L'importance de la volonté dans la conception. Si l'on peut conclure de l'illicéité du contrat de gestation pour autrui en raison de la dignité humaine[1502], contraindre une femme à porter une grossesse pourrait également être qualifié d'illicite.

Par contre, d'autres pensent plutôt que l'enfant à naître est une personne humaine au sens plein et a d'ailleurs la personnalité juridique que confirme la Constitution du Bénin. Voy. *Commentaire de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990*, Cotonou, FKA, juillet 2009.

[1501] *World Health Organization*, 2007.

[1502] *Cf. infra* n°s 767 et s.

Dans la mesure où on estime que la gestation est un contrat tacite, la volonté de la femme doit être exprimée. Certaines personnes évoqueront volontiers que le fait d'avoir consenti aux relations sexuelles impliquerait l'acceptation de l'une de ses conséquences qu'est la grossesse. Cependant, on sait que les relations sexuelles ne sont pas toujours liées au désir de procréation et peuvent en être détachées. C'est ainsi qu'il y a désormais des méthodes de contraception qui sont autorisées[1503] et qui montrent que l'acte sexuel est détachable du désir d'enfant. Dans cette mesure, si une grossesse survenait du fait de l'échec ou de l'inefficacité de la méthode contraceptive, on ne peut pas dire que le désir de grossesse est attaché aux relations sexuelles. Il peut donc exister des grossesses qui ne soient pas voulues et les porter à terme serait illicite dans la mesure où la volonté de la femme manque à un tel engagement. À la base de toute naissance, il doit avoir une volonté profonde d'assumer les charges de l'enfant. Au cas où cette volonté manquerait, il ne serait point licite de contraindre une femme à mener à terme une grossesse. Le choix de l'avortement, qu'il soit thérapeutique ou de détresse doit être accordé aux parents qui, seuls, peuvent décider de la naissance de l'enfant, car autrement, les droits de la mère se trouveraient menacés.

696. Une possible inégalité née de la prééminence féminine sur la gestation. On peut remarquer que la prééminence féminine au sujet de la procréation peut être à la base d'un traitement inégalitaire avec un homme ayant la volonté d'engendrement. C'est ainsi que l'avortement peut méconnaître les droits d'autres personnes comme le géniteur et il est concevable de faire une analyse tenant compte du statut matrimonial de la femme pour mesurer ses marges de manœuvre en ce qui concerne l'avortement.

Comme susmentionné, l'avortement peut mettre en conflit les droits de la mère et ceux de l'enfant à naître. Il paraît également qu'une troisième personne doit être visée : il s'agit du père de l'enfant à naître. La considération faite du père de l'enfant à naître conduit à distinguer entre l'avortement par les femmes seules (célibataires), les femmes en couples (mariées ou concubines) et les veuves. Dans le premier cas, le recours à l'avortement par une femme seule paraît assez aisé à comprendre puisqu'en fait, il peut avoir des difficultés à déterminer le père de l'enfant et c'est seule sa volonté qui compte puisqu'elle n'a pas d'engagement avec le géniteur.

697. Un possible mépris des droits du père en cas de volonté unilatérale d'avortement par une femme vivant en couple.- Il se pose la question de savoir celui qui

[1503] *Cf.* art. 3 al. 2 de la loi n° 2003-04 du 03 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction au Bénin qui abroge la loi du 31 juillet 1920 relative à la propagande, à la pratique anti-conceptuelle et à l'avortement.

pourra demander l'avortement. Au cas où les deux parents de l'enfant à naître se mettent d'accord, le problème ne se poserait pas, on ne peut parler d'inégalité du fait de la prééminence naturelle de la femme. Au contraire, les difficultés surviendraient lorsque l'un des deux parents de l'enfant à naître ne consent pas à l'avortement et ici encore, on peut distinguer selon qu'il s'agisse d'une femme mariée ou d'une concubine. Au Bénin, c'est le mariage qui crée la famille légitime qui est supposée recevoir les enfants et l'absence de lien formel entre les concubins peut permettre de passer outre la décision du géniteur. La concubine est comparable à une femme seule.

Pour la femme mariée, le recours à l'avortement sans le consentement de son époux peut constituer une faute au point d'entraîner le divorce. D'ailleurs dans ce cas, l'avortement méconnaîtrait les droits de l'époux d'avoir une descendance. Or l'enfant à naître porte aussi le patrimoine génétique du père et il ne peut pas avoir de fœtus sans lui. Autoriser l'avortement pour des femmes mariées se révèle être une question délicate puisque, si toutes les femmes mariées recouraient systématiquement à l'avortement, l'espèce humaine, que seul le corps de la femme peut permettre de perpétuer, risque de disparaître.

698. Des restrictions possibles à la volonté unilatérale d'avortement par la femme. Il est concevable de faire une certaine restriction au droit des femmes mariées de recourir à l'avortement. Ainsi, il serait concevable d'envisager une convention entre époux au sujet du nombre d'enfant lors de la célébration du mariage, laquelle convention pourra également être modifiée ultérieurement à la demande des deux époux. Dès lors, une fois le nombre d'enfant fixé dans la convention dépassée, les époux peuvent se fonder à demander l'avortement.

S'agissant enfin des veuves en gestation avant le décès de leur époux, la question se pose de savoir s'il faut les empêcher d'avorter au cas où elles le désirent ou s'il faut les laisser faire un enfant dont le père est déjà mort. Le choix devrait leur être donné de voir naître l'enfant ou avorter puisqu'elles sont désormais les seules à pourvoir à l'éducation de l'enfant à naître.

699. Les questions éthiques posées par l'avortement. Le refus de porter une grossesse ne signifie pas nécessairement que l'on veuille la destruction de l'embryon ou du fœtus, c'est simplement l'inexistence de technique pouvant suppléer l'utérus de la femme et la conservation du fœtus qui conduit à la destruction du fœtus qui peut poser des questions éthiques.

Les droits fondamentaux de la femme peuvent être méconnus par le refus de lui accorder l'avortement à volonté. Il conviendrait de mesurer les risques liés à chaque grossesse et de dépénaliser l'avortement en conséquence.

B. La nécessité de dépénaliser l'avortement

700. Rappel : la sanction de l'avortement. Le Code pénal sanctionne l'avortement en son article 317. Il dispose que « *quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences, ou par tout autre moyen, aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle y ait consenti ou non, sera puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 120.000 à 2.400.000 francs. L'emprisonnement sera de cinq ans à dix ans et l'amende de 1.200.000 à 4.800.000 francs s'il est établi que le coupable s'est livré habituellement aux actes visés au paragraphe précédent. Sera punie d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 24.000 à 480.000 francs, la femme qui se sera procuré l'avortement à elle-même ou aura fait tenté de se le procurer, ou qui aura consenti à faire usage des moyens à elle indiqués ou administrés cet effet. Les médecins, officiers de santé, sages-femmes, chirurgiens, dentistes, pharmaciens ainsi que les étudiants ou employés en pharmacie, herboristes, bandagistes, marchands de chirurgie, infirmiers, infirmières, masseurs, masseuses, qui auront indiqué, favorisé ou pratiqué les moyens de procurer l'avortement seront condamnés aux peines prévues aux paragraphes 1er et second du présent article. La suspension pendant cinq ans au moins ou l'incapacité absolue de l'exercice de leur profession seront, en outre, prononcées contre les coupables* »[1504].

701. Les arguments en faveur de la dépénalisation de l'avortement. Deux arguments peuvent conduire à la dépénalisation de l'avortement. Le premier porte sur l'obligation de l'État de protéger l'intégrité physique de tout individu et le second porte sur la suppression de l'inégalité du fait des risques que court la femme en portant une grossesse alors qu'il n'y aucun risque pour l'homme.

702. Le premier argument. Selon les dispositions de l'article 15 de la Constitution du Bénin : « *tout individu a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne* »[1505]. Pourrait-on, aux termes de cette disposition, affirmer que l'enfant à naître est juridiquement fondé à revendiquer le droit à la vie et à l'intégrité physique au point

[1504] *Cf*. art. 317 al 1-4 du Code pénal appliqué au Bénin.
[1505] *Cf*. art. 15 de la Constitution du Bénin.

d'interdire l'avortement ? Il revient alors à déterminer si l'enfant à naître est une personne et pourra bénéficier de la protection de l'article 15 de la Constitution du Bénin. De toute évidence, l'enfant à naître n'est pas une personne humaine au sens de l'article 15 suscité puisque les droits énumérés appartiennent à tous les êtres humains sujet de droit et il n'y aura pas d'être humain qui serait privé de l'un de ces droits. Or l'enfant à naître ne peut prétendre avoir le droit à la liberté.

Le droit à la protection de l'intégrité physique de la mère pourrait être une raison évidente pour dépénaliser l'avortement car, l'avortement ne peut être vu comme une violation du droit à l'intégrité physique de l'enfant qui n'en possède pas alors que le fait de porter une grossesse et d'accoucher peut porter atteinte à l'intégrité physique de la mère.

703. Le second argument. En second lieu, il peut s'agir d'une inégalité entre l'homme et la femme et la sanction de l'avortement constituerait une violation de l'article 26 de la Constitution. Lorsqu'il y a une grossesse, il y a toujours le fait d'un homme qui peut, soit avoir le désir d'enfant ou soit ne pas y penser et de toutes les façons, qu'il y ait grossesse ou pas, le corps de l'homme n'est pas engagé. C'est en réalité une inégalité créée par la nature. Alors que la nature ne permet pas à l'homme de porter la grossesse, la femme la porte avec ses conséquences. Or du fait de la grossesse, la femme peut perdre des opportunités, surtout financières et par là même, son patrimoine ne s'agrandit pas comme celui de l'homme avec lequel elle a initialement les mêmes capacités. Devrait-on alors envisager un mécanisme qui permettrait de rétablir l'équilibre entre l'homme et la femme au sujet de l'enfant à naître ? Il peut alors s'agir d'un dédommagement ou même d'un système qui permet au couple de confier la gestation à autrui. Dans le premier cas, une immoralité entacherait une telle indemnisation. Dans le second cas, on pourrait se heurter à l'illicéité de la gestion pour autrui.

§ 2. L'EXISTENCE POSSIBLE D'UN DROIT À L'AVORTEMENT

704. L'avortement, un droit. Le contrôle négatif de la reproduction par l'avortement laisse réfléchir sur l'existence possible d'un droit à l'avortement, donc un droit subjectif qui mérite en conséquence la protection étatique. Il existerait ainsi deux droits sur la procréation ; le droit à l'enfant et le droit à l'avortement. La nature juridique de l'embryon se confirme d'ailleurs par le manque d'organisation de son statut. Cependant, le droit se construit dans la société et les réprobations sociales demeureront, quoi qu'il n'existe pas de statut pour l'embryon.

L'existence possible d'un droit à l'avortement supposerait l'acceptation de l'embryon comme un objet de droit (A). Et même s'il existe un possible droit à l'avortement, il se verra confronter à des questions morales (B).

A. L'embryon objet de droit

705. Plan. La nature juridique de l'embryon comme un objet de droit se précise car il existe des éléments juridiques et factuels qui concourent à sa confirmation. D'abord, l'embryon ne présente pas les formes d'un être humain[1506]. Ensuite, le droit ne le traite pas comme un être humain doté de la personnalité juridique. Enfin, la place de l'embryon dans les catégories de droits est un sujet à polémique.

On examinera, dans un premier temps, le traitement juridique de l'embryon (1) et dans un second temps, la place de l'embryon dans les catégories juridiques (2).

1. Le traitement juridique de l'embryon

706. La personnalité juridique appliquée à l'embryon. Il faut d'abord répondre à une question fondamentale, celle de l'existence de la personnalité juridique de l'enfant à naître afin de vérifier s'il est possible d'avoir un droit à l'avortement. Aux termes des dispositions de l'article 1er al 1er du Code des personnes et de la famille : « *toute personne humaine, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de religion, de langue, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation, est sujet de droit, de sa naissance à son décès* »[1507]. La personnalité juridique est l'aptitude à être sujet de droit et elle s'acquiert avec la naissance et s'éteint par la mort. L'embryon n'est donc pas un sujet de droit et par conséquent l'embryon n'a pas une personnalité juridique[1508].

707. Une personnalité juridique conditionnelle. En droit civil, lorsque l'intérêt d'une personne est en jeu, on peut remonter son existence à la conception ; il s'agit en réalité d'un intérêt patrimonial, les successions ou des donations[1509]. Cependant, il s'agit là d'une personnalité juridique conditionnelle. Le fœtus est un sujet de droit à condition qu'il

---

[1506] F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1992, p. 137.
[1507] *Cf*. art. 1er al. 1er du CPF
[1508] L'enfant ne peut être une personne car il n'a ni un nom, ni un domicile ; B. VASSALLO*, art. préc.,* p. 133.
[1509] F. TERRÉ, *op. cit.,* p. 139.

naisse vivant et viable[1510]. L'avortement de convenance n'est pas autorisé dans le droit béninois[1511]. Cela ne signifie nullement pas que l'enfant à naître[1512] est doté de la personnalité juridique puisqu'il n'est pas sujet de droit[1513]. L'embryon tout d'abord et le fœtus ensuite n'ont donc pas été considérés jusqu'à présent par le droit béninois comme des êtres dotés de la personnalité juridique.

708. L'inexistence de sanction des violations des droits de l'enfant à naître. Il n'existe pas un régime juridique qui réprime les infractions pénales commises sur le fœtus. En effet, s'il advient que l'enfant à naître est détruit sous l'effet de quelque violence, le droit écarte en de pareilles circonstances l'idée de meurtre ou d'infanticide[1514]. L'enfant *in utéro* ne peut être victime d'une infraction pénale[1515] et il ne peut non plus exister une infraction telle l'homicide par imprudence du fœtus[1516].

709. La légalité de la destruction de l'embryon en cas d'avortement thérapeutique. La loi autorise l'avortement au Bénin depuis 2003 sous certaines conditions alors même qu'il est quasiment impossible d'autoriser l'euthanasie[1517] ; c'est-à-dire la mort assistée. Aux termes des dispositions de l'article 17 de la loi n° 2003-04 du 03 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction au Bénin :

« *L'avortement est autorisé :*

- lorsque la poursuite de la grossesse met en danger la vie et la santé de la femme enceinte ;

- à la demande de la femme, lorsque la grossesse est la conséquence d'un viol ou d'une relation incestueuse ;

- lorsque l'enfant à naître est atteint d'une affection d'une particulière gravité au moment du diagnostic »[1518].

[1510] La maxime *infans conceptus* n'a pas vocation à anticiper la personnalité juridique de l'enfant, elle la fait simplement rétroagir au jour de la conception, dès lors que l'enfant est né vivant et viable.
[1511] *Cf.* art. 17 de la loi n° 2003-04 du 03 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction au Bénin.
[1512] Afin d'éviter l'amalgame, il est retenu ici de parler de l'enfant à naître. Le droit béninois n'accorde pas un intérêt à la délimitation des étapes de la conception. En France, la vie embryonnaire finit à la dixième semaine de grossesse et la vie fœtale commence.
[1513] *Cf.* art 1er al.1er du CPF.
[1514] F. TERRÉ, *op. cit*., p. 144.
[1515] B. VASSALLO, *art. préc*., p. 133.
[1516] G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Grandeur et décadence de l'interprétation stricte (Très brèves observations à propos de l'homicide par imprudence du fœtus) », in *Ruptures, mouvements et continuité de droit : autour de Michelle Gobert,* Paris, Économica, 2004, pp. 195 et s.
[1517] A. CERF-HOLLENDER et J.-M. LARRALDE, « Le droit de mourir », in A. Batteur (dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2012, n° 100 ; Cour EDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*, *JCP G* 2002, I. 157, n° 1, obs. J.-P. Marguenaud ; *RTD civ*. 2002, p. 482, obs. J. Hauser ; *RTDH* 2003, p. 71, note O. de Shutter ; *JCP G*, 2003, II, 10062, note C. Girault ; *Gaz. Pal*. 2002, 2, doctrine 1244, note E. Chvika, A. Garay ; *Médecine et Droit*, 2003, p. 98, note Narayan-Fourment.
[1518] *Cf.* art. 17 de la loi n° 2003-04 du 3 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction au Bénin.

Il existe donc des conditions dans lesquelles la destruction de l'enfant à naître est effectivement autorisée.

710. La légalité de la destruction de l'embryon par des moyens de contraception. Il ne faut pas aussi perdre de vue que la contraception est largement permise[1519] alors que certaines méthodes de contraception n'empêchent pas la formation de l'embryon mais seulement empêche la nidation après la fécondation[1520]. C'est le cas par exemple du stérilet[1521]. Il revient de s'interroger sur la raison pour laquelle l'embryon ne peut être détruit dans toutes les circonstances si la femme le désire.

711. La tolérance de la destruction des embryons surnuméraires. Un autre problème se pose, celui des embryons surnuméraires. Dans le contexte béninois où l'on pratique depuis un certain temps la procréation médicalement assistée, il est sans nul doute qu'il a existé des embryons surnuméraires dont la destruction n'a inquiété personne car la pratique de la procréation médicalement assistée occasionne souvent la destruction des embryons surnuméraires.

On remarque ainsi que le droit permet dans certaines circonstances la destruction de l'embryon. Il ne peut en être ainsi pour les êtres humains, même pas à la fin de vie. Ce traitement juridique de l'embryon est en rapport avec sa catégorie juridique.

2. La place de l'embryon dans les catégories juridiques

712. Une classification en raison de la *summa divisio* en droit. Ayant pris connaissance des questions juridiques et factuelles qui existent autour des embryons, en définitif, la réponse à une question s'impose puisqu'il existe en droit la *summa divisio* entre les choses et les personnes[1522]. L'enfant à naître est-il une chose ou une personne ? Il existe deux réactions différentes selon les écoles et en rapport avec la *summa divisio* en droit entre les choses et les personnes et une troisième réaction intermédiaire.

713. Première classification. La première école défend l'idée que l'embryon est une personne humaine et est par conséquent un sujet de droit. En France par exemple où l'avortement de détresse[1523] est autorisé jusqu'à la dixième semaine de grossesse qui

---

[1519] *Cf*. art 16 de la loi *préc*.
[1520] P. VELLAY, *art. préc*., p. 73.
[1521] *Ibid.*
[1522] R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Thèse, préf. F. Chabas, Paris, LGDJ, 1996, n°s 7 et s.
[1523] Il existe actuellement un débat en cours au Parlement français visant à assouplir les conditions de l'IVG notamment en mettant en avant la volonté de la femme de recourir ou non à l'IVG quelques soient les

correspond à la période embryonnaire, certains pensent que c'est seulement l'embryon qui ne peut être considéré comme une personne humaine à la différence du fœtus qui présente déjà la forme humaine[1524].

714. Deuxième classification. La deuxième école quant à elle reconnaît plutôt que l'embryon est une chose puisqu'il n'est pas doté de la personnalité juridique. L'embryon pourrait ainsi être objet de droit. Dès lors, on peut faire le don d'embryon et cette décision doit venir des personnes dont l'embryon provient. Certes le fœtus est le commencement de la vie[1525] mais, à la seule condition qu'il s'insère dans un projet parental. On peut donc détruire l'embryon qui n'est appelé à devenir un enfant sur la décision de ses auteurs et c'est d'ailleurs ce qui justifierait l'existence d'un droit à l'avortement qui n'est rien d'autre qu'un droit sur un embryon. En conséquence, dans beaucoup de pays, l'avortement est libre et constitue d'ailleurs un droit de la femme. C'est justement dans cette dynamique que récemment, le Parlement français a amendé la loi Veil de 1975 qui autorise l'avortement. En effet, l'amendement a visé l'avortement de détresse car il ne peut être question de justifier de la détresse pour pouvoir interrompre volontairement une grossesse. La justification est que les femmes subissent toujours l'avortement avec une petite détresse. Dès lors, seule la volonté de la femme peut justifier l'avortement quelle que soient les circonstances. Cette évolution du droit français montre que l'embryon est un objet de droit. Mais également, cette évolution consacre l'avortement comme un droit accordé à la femme.

715. Une troisième classification. Une troisième école s'interpose entre les deux premières et pense plutôt que l'embryon n'appartient ni à l'une ni à l'autre de ces deux catégories, il est classé par celle-ci dans la catégorie des personnes par destination[1526], personne potentielle[1527]. L'embryon serait une chose mais une chose sacrée[1528], un produit pas comme les autres, un produit innommé[1529]. Si l'on retient que le fœtus appartient à la catégorie des personnes par destination, quel régime juridique lui sera-t-il applicable ? C'est peut-être le moment d'organiser d'autres catégories de droit. Mais il ne s'agira pas de le confondre avec les personnes humaines, l'embryon demeure un objet. La troisième école

---

circonstances, sans l'invocation de la détresse. Cet amendement a été adopté par le Parlement français le 21 janvier 2014.

[1524] F. TERRÉ, *op. cit*., pp. 144 et s. « *Á la différence du fœtus, l'embryon ne peut donc être considéré comme une personne humaine* ».

[1525] B. VASSALLO, *art. préc*., p. 132.

[1526] J. RUBELLIN-DÉVICHI, « Le droit et l'interruption volontaire de grossesse », *LPA*, juin 1996, p. 24.

[1527] Le comité consultatif national d'éthique en France a, dans deux avis successifs en 1984 et 1986, qualifié l'embryon de « *personne humaine potentielle* ».

[1528] B. VASSALLO, *art. préc*., p. 133.

[1529] F. TERRÉ, *op. cit*., p. 137.

paraît plus convaincante, l'embryon serait une chose sacrée et ce caractère sacré recommanderait quelques précautions en vue de sa manipulation.

B. Les limites morales de l'avortement

716. Les cercles de condamnation de l'avortement. L'avortement comme la recherche d'enfant par la procréation médicalement assistée suscite des questions morales et éthiques. On observe, d'une part, la réprobation des religions et, d'autre part, celle des États ayant une politique nataliste donnée.

717. La réprobation sociale de l'avortement. Il n'est plus à cacher que la population béninoise est très attachée au surnaturel[1530]. Ainsi, un embryon est considéré comme une personne humaine au point qu'on fait des rituels pour son inhumation[1531]. Aussi, il arrive que dans certaines communautés au Bénin, au cas où une femme enceinte passe de la vie à trépas en ayant l'enfant à naître en son sein, le fœtus soit séparé de sa mère et on procède à l'inhumation selon la coutume de chacun d'eux. De sorte que, même si juridiquement on autorise l'avortement, il y aura toujours une réticence à y recourir de façon ouverte puisqu' il existe de nombreux cas d'avortements clandestins que ce soit par le recours à la médecine moderne ou traditionnelle. Toutes les religions du monde sont aussi contre l'avortement. Il va demeurer la question des praticiens qui administreront l'avortement puisqu'en fait, la réprobation sociale va jusqu'à la condamnation de ces derniers.

718. La politique nataliste de l'État. Certains pensent que l'avortement est une cause de baisse de la natalité et dès lors, la contraception doit elle aussi être interdite. C'est notamment le cas au Bénin jusqu'en 2003 avant le vote de la loi n° 2003-04 du 03 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction qui a abrogé la loi du 31 juillet 1920 relative à la propagande, à la pratique anti-conceptuelle et à l'avortement. Il paraît que la baisse de la natalité n'est ni due à la contraception, ni à l'avortement[1532], mais plutôt au changement de mentalité. Le problème démographique serait donc lié à un problème de société. Les populations traversent de nos jours une période de mutation à laquelle se trouve intimement liés des facteurs socio-économiques, une angoisse concernant l'avenir.

[1530] Les résultats du l'enquête montre que les mœurs sont encore vivaces sur la question de l'avortement. Sur 1000 personnes questionnées, 670 sont contre l'ouverture de l'avortement par la loi, voy. annexe I, question 10.

[1531] La considération de l'embryon comme une personne n'est pas exclusive des béninois. En effet, même en Occident, l'embryon, même sans vie bénéficie d'une protection spéciale, voy. P. VELLAY, *art. préc.,* p 134.

[1532] P. VELLAY, *art. préc*., p. 77.

Si pour quelques raisons, l'avortement doit demeurer interdit, il conviendrait d'organiser un système qui permette de refuser l'enfant à sa naissance. Au lieu de cautionner l'abandon des enfants ou l'infanticide, il serait mieux d'organiser l'abandon juridique de l'enfant. Il s'agira de l'accouchement sous X afin de préserver le bien-être des enfants non-désirés.

SECTION 2 :
L'ÉGALITÉ ET L'ACCOUCHEMENT SOUS X

719. Notion. L'égalité au sujet du refus de la procréation peut se revendiquer par l'accouchement dans l'anonymat qui est le fait de donner naissance à un enfant sans mentionner son identité. L'accouchement dans le secret est désigné accouchement « sous X » parce que la pratique veut que la parturiente soit inscrite sous le seul nom de « madame X »[1533]. La parturiente accouche donc sans donner son identité.

720. La fonction de l'accouchement sous X. La fonction souhaitable de l'accouchement sous X est de conduire à une filiation élective. Sa plus grande vertu et la plus évidente est probablement qu'il favorise l'adoption de l'enfant dès son jeune âge[1534]. L'accouchement sous X peut ainsi permettre de limiter l'abandon odieux des enfants. La perspective de pouvoir protéger son honneur tout en assurant à son enfant une vie heureuse peut inciter une fille désemparée à renoncer à l'avortement ou même à l'infanticide en faisant recours à l'accouchement sous X et à l'adoption[1535].

721. Une inégalité dans l'établissement de la filiation. Dans le système juridique béninois, l'accouchement emporte l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant et consacre son entrée dans la famille de la mère. Or l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant naturel appelle la volonté du père qui, grâce au mécanisme de la reconnaissance d'enfant, fait établir sa filiation paternelle et accepte par le même fait, l'enfant dans sa famille. La filiation maternelle s'établit sur la base du fait de l'accouchement alors que celle paternelle s'établit à partir de la manifestation de volonté du géniteur.

722. Les charges de l'enfant. L'établissement de la filiation et l'entrée d'un enfant dans une famille créent des charges pour ses parents pour qui, les devoirs de nourrir,

---

[1533] F. DREIFUSS-NETTER, « L'accouchement sous X », in *Droit des personnes et de la famille – Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Paris, LGDJ, 1994, p. 101.
[1534] F. DREIFUSS-NETTER, *art. préc.,* p. 103.
[1535] L. LEVENEUR, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t.1, vol 3. *La famille*, Paris, 7e éd., Montchrestien, 1995, p. 445.

d'entretenir et d'éduquer sont une obligation juridique. Dès lors, certaines femmes refusent la maternité en refusant ses conséquences. Et, puisque la maternité est un fait vécu par la femme, elle le refuse par le secret. C'est ainsi que l'accouchement sous X paraît une possibilité de refus de la procréation naturelle à l'instar du refus de reconnaissance de paternité naturelle chez les géniteurs. On remarque ainsi que l'un des fondements de l'accouchement sous X est la recherche de l'égalité non consacrée entre homme et femme au sujet de la naissance d'enfant naturel.

723. Les avantages et inconvénients de l'accouchement sous X. Au lieu d'interrompre des grossesses très tardivement ou même de commettre l'infanticide, l'accouchement sous X permettrait de respecter le droit à la vie de l'enfant autant qu'il permettrait à la mère de voir détacher la maternité de l'établissement de tout lien de famille[1536]. Pour certains, l'accouchement sous X serait une alternative à l'avortement car il semble concilier assez bien les droits de l'enfant avec celles de la mère[1537]. Cependant, l'accouchement sous X pourra faire l'objet de nombreux détournements comme beaucoup d'autres institutions du droit de la famille.

724. Plan. Si les fondements du présage de l'accouchement sous X sont certains (§ 1), il convient d'opérer une certaine retenue, car ses conséquences sont toutefois regrettables et paraissent bouleverser l'ordre juridique établi. L'égalité recherchée par l'accouchement sous X peut donc être une source d'importants bouleversements de l'ordre juridique (§ 2).

§ 1. LE PRÉSAGE DE L'ACCOUCHEMENT SOUS X

725. Les signes du présage. L'arrivée de l'accouchement sous X se fait sentir au Bénin de deux manières. Il y a, d'une part, les faits sociaux qui indiquent le signe d'une telle volonté d'accoucher sous X et, d'autre part, les inégalités induites par la loi qui influencent la venue de l'accouchement sous X. L'accouchement sous X a ainsi des fondements sociaux (A) et juridiques (B).

[1536] J. RUBELLIN-DÉVICHI, « Droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon », *RTD civ*. 1991, p. 698.
[1537] *Ibid*.

A. Les fondements sociaux de l'accouchement sous X

726. Plan. Ces dernières années, un ensemble de faits sociaux concordent et font présager du désir des femmes d'accoucher dans l'anonymat et d'éviter l'établissement de tout lien entre elles et leurs enfant. Il y a la récurrence des abandons de nouveau-nés (1) et la traite d'enfants (2).

1. L'abandon récurrent de nouveau-nés

727. Le déshonneur des mères célibataires. L'abandon d'enfant constitue l'une des formes particulières de rejet de la maternité. Si l'abandon, notamment par la mère est un traumatisme commun à tous les enfants, il existe pourtant des formes variées d'abandon d'enfants[1538]. L'abandon à la naissance ne résulte pas des seules questions économiques mais plutôt des raisons psycho-sociales ou culturelles. Dans les cultures patriarcales comme au Bénin[1539], la mère célibataire est une « fille-mère » qui déshonore sa famille, son clan, sa communauté. L'enfant considéré comme « responsable » ou « victime » de ce déshonneur doit être abandonné. L'abandon d'enfant à la naissance revêt ainsi deux formes.

728. La préservation de l'honneur de la mère de l'enfant par l'abandon. La première forme consiste au rejet total de l'enfant, l'objectif visé n'est point la survie de l'enfant mais la préservation de l'honneur de la mère. L'objectif ainsi visé conduit soit à jeter l'enfant directement dans les fosses septiques après l'accouchement clandestin ou soit à le laisser sur les ordures[1540]. La deuxième forme conduirait la parturiente à déposer l'enfant devant une résidence bien connue pour que l'enfant soit retrouvé afin de lui garantir de meilleurs soins. Á côté de cette forme déshonorante d'abandon de nouveau-nés, il existe aussi la traite des enfants.

[1538] Ils peuvent être abandonnés à la naissance, que leur filiation soit ou non connue, orphelins de mère et/ou de père, retirés à leurs parents pour négligence ou maltraitance, délaissés dans une famille ou une institution à la suite d'un placement « temporaire », abandonnés faute de moyens par des parents qui consentent alors à leur adoption en faveur d'une famille identifiée ou non. Sauf dans ce dernier cas, l'abandon est constaté par une décision administrative ou judiciaire qui nomme un administrateur légal de l'enfant en lieu et place de parents inconnus, disparus ou déchus de leurs droits parentaux.

[1539] Au Bénin, même si on peut estimer que le législateur de 2004 a essayé de faire appliquer l'égalité entre homme et femme, il est à noter néanmoins que la prééminence masculine et le patriarcat sont maintenus. Le nom qui est le dernier Bastion du patriarcat se transmet uniquement dans la ligne paternelle et la descendance appartient au clan du père ; du coup, un enfant qui naît de père inconnu est rejeté par la société, sa mère est également victime des injures graves et parfois de l'exclusion.

[1540] Nombreux sont ces cas où les parturientes jettent les enfants au Bénin.

2. La traite d'enfants

729. Plan. Il existe plusieurs formes de maltraitance des enfants au nombre desquels on peut citer la traite d'enfants. Il peut s'agir de traite par les ménages ou de traite hors ménage. La traite hors ménage met en relief le transfert d'enfant d'un pays vers un autre alors que la traite des ménages se déroule au sein d'un même État. Il sera examiné la traite nationale d'enfants (a) avant la traite transnationale d'enfant (b).

a. La traite nationale d'enfants

730. Une pratique séculaire. Le placement d'enfant est communément désigné sous le vocable « *vidomègon* » au Bénin. La pratique du « *vidomègon* »[1541] ou placement des enfants est un phénomène séculaire et une tradition dans la culture africaine et plus précisément au Bénin[1542]. Considéré hier comme l'une des formes de solidarité séculaire, le placement d'enfants entre frères, amis et tierces personnes visait avant tout à assurer un avenir meilleur aux enfants[1543]. Á l'origine, le *vidomègon* est synonyme de protection, de formation et de socialisation de l'enfant. Un *vidomègon* est un enfant placé auprès d'un tiers dans le but de lui faire acquérir une éducation ou de le faire travailler et de lui apprendre ainsi un métier[1544]. Autrefois considéré comme une marque de solidarité traditionnelle entre les membres d'une même famille ou d'une communauté, aujourd'hui il consiste en un placement d'enfant, par l'intermédiaire ou non d'un tiers qui peut être membre de la famille élargie de l'enfant et qui bénéficie ou non d'une rémunération ou d'une rétribution.

731. Un problème lié à l'autorité dans la famille. Le phénomène ne semble pas isolé puisqu'il s'insère bien dans la sociologie béninoise. En effet, la femme n'a pas à l'origine[1545] les mêmes droits que les hommes qui, seuls doivent décider du nombre

---

[1541] Le vocable phénomène *Vidomègon* signifie dans une langue locale du sud du Bénin « enfant placé chez quelqu'un ».

[1542] A. L. COUAO-ZOTTI, *Le phénomène Vidomègon : une autre forme de trafic d'enfants dans les villes de Cotonou*, p.112, disponible sur Internet à l'adresse [www.codesria.org/IMG/pdf/Chap_7.pdf].

[1543] H. GNONLONFIN, « Le trafic d'enfants », *Communication au symposium international « missing, abducted, trafficked ? »*, Lyon, 29 et 30 nov. 2001, p. 2 ; voy. UNICEF et MFE, *Étude nationale sur la traite des enfants, Rapport d'analyse du Centre de Formation et de Recherche en matière de Population (CEFORP)*, 2007, p. 2.

[1544] A. BOGACKI, E. FANOU et C. TROCHU, *Droits de l'enfant Au Benin, Rapport alternatif au Comité des Nations Unies des droits de l'enfant sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant au Bénin*, 43e session, Genève, sept. 2006, p. 36.

[1545] Ce n'est qu'en 2004 que la loi a essayé de donner un statut plus ou moins égal à l'homme et à la femme mais cela n'a pas encore changé totalement les données sociologiques. Les femmes, soit volontairement ou non, se soumettent à leur époux. La question de la soumission s'étend jusque sur le nombre des enfants.

d'enfants selon leurs convenances. La femme subit ainsi les maternités innombrables. C'est la recherche du bien-être des enfants qui pousse alors les parents à placer les enfants et non un refus de les garder par manque d'affection.

732. Un problème des familles nombreuses. Les enfants placés sont souvent des enfants issus des familles nombreuses[1546] et ne sont souvent pas les premiers nés de la famille. On en déduit que non seulement la pauvreté est source du placement d'enfants mais également que le nombre très élevé d'enfants au sein des familles accentue le risque de placement. La question est aujourd'hui d'actualité car elle cache un véritable trafic à l'intérieur même du Bénin puisque des individus s'organisent pour passer dans les villages, promettre ou remettre de l'argent aux parents et prendre leurs enfants qu'ils placent ensuite chez des tiers en ville. Soit l'enfant est placé gratuitement. En contrepartie de son travail, l'hébergeant a la charge de lui donner une éducation. Soit il est placé contre un versement à ses parents d'une forte somme, soit le travail du « *vidomègon* » est rémunéré faiblement, somme récupérée parfois par les intermédiaires qui l'utilisent à leurs propres fins ou envoyée aux parents biologiques pour entretenir le reste de la famille.

Un autre phénomène, de plus en plus en vogue, mais fortement combattu est la traite transnationale d'enfant.

b. La traite transnationale des enfants

733. Définition. Selon l'UNICEF, « *la traite d'enfants est une des plus graves violations des droits humains dans le monde actuel* »[1547]. La traite désigne « *le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à*

[1546] La traite des personnes au Bénin : facteurs et recommandations, document d'orientation stratégique de l'UNESCO, n° 14. 3 (F), Paris, 2007, p. 32 ; J. ADANGUIDI et A. TOLLEGBÉ, « Facteurs explicatifs de la traite des enfants au Bénin », *Revue d'Économie Théorique et Appliquée*, vol. 2, n° 2, déc. 2012, pp. 224 et s., disponible sur Internet à l'adresse [http://www.retanet.org/Volume2/Numero2/FullText/Vol2N2-Art6.pdf].

[1547] UNICEF*, La traite d'enfants en Afrique de l'Ouest, Réponses politiques,* Rapport du Centre de recherche Innocenti de l'UNICEF, Bureau régional de l'UNICEF pour l'Afrique de l'Ouest et du Centre, avril 2002, p. 6.

l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes »[1548]. Adaptée au contexte béninois, cette définition se retrouve presque dans les mêmes termes à l'article 3 de la loi n° 2006-04 du 5 avril 2006 portant conditions de déplacement des mineurs et répression de la traite d'enfants en République du Bénin. Elle qualifie de traite d'enfants, toutes conventions ayant pour objet d'aliéner, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, la liberté ou la personne d'un enfant. Plus spécifiquement, la traite d'enfants y est définie comme, « *le recrutement, le transport, le transfert, le placement, l'accueil ou l'hébergement d'un enfant aux fins d'exploitation quel que soit le moyen utilisé* »[1549]. La traite des personnes est, par conséquent, considérée comme le transfert de personnes à des fins d'exploitation.

Il n'est pas jugé nécessaire que des moyens frauduleux soient employés pour définir une situation donnée comme traite d'enfants. Le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil d'un enfant aux fins d'exploitation sont considérés comme une traite des personnes même s'ils ne font appel à aucun autre moyen. Cela revêt une importance fondamentale en Afrique de l'Ouest et du Centre où la traite d'enfants se fait souvent avec le consentement des parents et, parfois, des enfants eux-mêmes[1550].

734. La traite massive d'enfants au Bénin. La traite des enfants se pratique à grande échelle au Bénin[1551]. Le nombre d'enfants de 6 à 17 ans victimes de traite résidant sur le territoire béninois a été estimé à 40.317, soit 2% de la population béninoise résidant âgée de 6-17 ans. Sur 14.969 enfants victimes de traite, 11.957 soit 79,9% sont victimes de traite transnationale sur douze mois. Sur la même période 3.012 sont des victimes de traite interne, 7.502 des victimes de traite transnationale à partir du Bénin, 3.586 des victimes transitant par le Bénin et 869 des victimes de traite transnationale à destination du Bénin. Des études montrent qu'entre 1996 et 2000, plus de 10.000 enfants ont été enlevés du Bénin vers d'autres destinations sans leur consentement[1552]. Ces résultats attestent que le Bénin est un pays de départ, d'accueil et de transit des enfants victimes de traite[1553].

[1548] *Cf*. art. 3 a) du Protocole des Nations Unies, signé à Palerme en 2000. Le 30 août 2004, le Bénin a ratifié le Protocole des Nations Unies visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants aussi appelé « Protocole de Palerme ».

[1549] *Cf*. art. 3 de la loi n° 2006-04 du 5 avril 2006 portant conditions de déplacement des mineurs et répression de la traite d'enfants en République du Bénin

[1550] UNICEF, *La traite d'enfants en Afrique de l'Ouest, Réponses politiques, op. cit.*, p. 10.

[1551] H. GNONLONFIN, *préc*., p. 11. Selon l'auteur, Président de l'ONG *Tomorrow children*, les récentes informations sur le trafic des enfants vers le Gabon (ETIRENO), le cas des jeunes filles béninoises au Liban, les arrestations de plusieurs convois vers la Côte d'Ivoire, sont autant d'indicateurs permettant de mesurer le degré de gravité du problème.

[1552] Social Alert (2000), « SOS Trafficking On the tracks of stolen childhoods-A comparative analysis of child trafficking in the world », *Research on Economic, Social and Cultural Rights*, Bruxelles, n° 2.

[1553] UNICEF et MFE, *Étude nationale sur la traite des enfants,* Rapport d'analyse du Centre de Formation et de Recherche en matière de Population (CEFORP), 2007, p. 12.

735. Le refus d'enfant. La question qu'il convient de se poser de façon logique est de savoir les raisons qui poussent vers de tels phénomènes. Il semble bien qu'au nombre de ces raisons, il y a le rejet de l'enfant, conséquence de la paupérisation des familles[1554] ou des circonstances de naissance de l'enfant. Il faut alors comprendre que la traite des enfants est d'abord une question liée à leur situation familiale. Il est donc urgent, au-delà des politiques de prévention et de lutte contre la traite des enfants, d'offrir aux parents des conditions qui leur permettent de décider de la venue d'enfants. Si on peut considérer que la vulgarisation des méthodes de contraception limite un peu la détresse des familles au sujet de la venue des enfants, il convient également de relever que nombreux sont ceux qui rejettent ces méthodes.

736. Un problème lié à la disparition de la famille étendue. Il semblerait également que la disparition progressive de la famille au sens large et les formes traditionnelles de solidarité qui en découlent laissent un vide plutôt que d'être compensées volontairement par d'autres pratiques entraînant des conséquences néfastes sur les modèles éducatifs[1555]. D'un point de vue socio-économique, l'enfant aide souvent à supporter la charge des parents plus que l'inverse. Il représente un investissement et lorsqu'il devient une lourde charge pour la famille, il est possible de le confier. Avec la marchandisation de la société, le système de placement de protection est devenu une source de profit pour la parentèle dont bénéficient aussi souvent trafiquants et exploiteurs. Avec la dilution des liens sociaux et de la solidarité du clan, l'enfant devient, quand il est déshérité, vulnérable à la traite[1556], en proie à la maltraitance et aux sévices ainsi qu'aux persécutions morales.

Que la traite des enfants soit nationale ou transnationale, les causes sont souvent les mêmes : il existe un surplus d'enfant difficilement supportables par les géniteurs qui, eux-mêmes, cherchent à profiter du travail de leur enfant.

Il n'y a pas que les faits sociaux qui conduisent les femmes à vouloir accoucher sous X. Le législateur, à travers la loi, y a sa part de responsabilité.

[1554] H. GNONLONFIN, *op. cit*., p. 2 ; UNICEF et MFE, *Étude nationale sur la traite des enfants, préc.*, p. 13.
[1555] A. BOGACKI, E. FANOU et C. TROCHU, *op. cit.,* p. 10.
[1556] A. BOGACKI, E. FANOU et C. TROCHU, *op. cit.,* p. 10.

B. Les fondements juridiques de la venue de l'accouchement sous X : les inégalités créées par la loi

737. Une certaine condamnation de la mère. Les mécanismes juridiques d'établissement de la filiation condamnent en quelque sorte la femme accouchée. L'automaticité de l'établissement de la filiation maternelle qui entraîne l'unilatéralité de la responsabilité des charges de l'enfant en défaveur de la femme pousse certaines femmes à rechercher à accoucher dans l'anonymat. Il conviendrait donc de limiter les effets attachés de nos jours à l'accouchement afin d'éviter de condamner les femmes au secret.

L'exclusion de la volonté individuelle de la femme dans l'établissement de la filiation maternelle (1) entraîne ainsi une inégalité des responsabilités parentales consacrées au sujet des enfants naturels. Le refus de cette inégalité des responsabilités parentales conduit au rejet de l'enfant. Il conviendrait de dissocier l'acte de filiation de l'acte de famille afin de limiter les recours à l'accouchement sous X (2).

1. L'inégalité dans l'exclusion de la volonté individuelle de la femme dans l'établissement de la filiation maternelle

738. Le problème posé. Au Bénin, l'accouchement vaut établissement de la filiation maternelle[1557] de l'enfant. L'accouchement établit la filiation maternelle de façon automatique. Il est important de vérifier si l'automaticité de l'établissement de la filiation cadre avec la réalité du vécu. La question que l'on est en droit de se poser est celle de savoir si lorsqu'une femme accouche, elle veut nécessairement établir un lien de famille avec l'enfant. La situation matrimoniale de la personne ayant accouchée peut permettre d'envisager une solution dans la mesure où l'acceptation du mariage préjuge de l'acceptation d'une vie de famille. On peut ainsi déduire que le refus du mariage est significatif de refus de lien de famille. Dans cette mesure, ne pourrait-on pas examiner l'instauration de l'automaticité de la filiation maternelle comme une violation de la volonté individuelle de la femme ?

739. La manifestation de la volonté du père dans l'établissement de la filiation paternelle. Le consentement au mariage implique le consentement à l'établissement d'un lien de filiation et d'un lien de famille. C'est d'ailleurs ce qui fait l'essence de la présomption légitime de paternité. La présomption de paternité signifie plus la volonté

[1557] *Cf.* art. 320 al 1er du CPF : « la filiation maternelle résulte du fait même de l'accouchement ».

anticipée de voir établir la filiation entre un homme et l'enfant issu de sa femme dans le mariage. La présomption de paternité s'explique donc moins par une présomption de fidélité de la femme que par un acte de volonté du mari qui avoue et reçoit à l'avance en se mariant, les enfants de sa femme[1558], sauf à manifester plus tard sa volonté contraire par un acte de désaveu. Un géniteur hors mariage ne voit établir la filiation paternelle de son enfant que lorsqu'il manifeste sa volonté. Il est évident que l'engendrement n'équivaut pas à l'établissement de la filiation. Il existe donc en faveur de l'homme, qu'il soit dans le mariage ou hors mariage, la possibilité de manifester sa volonté en vue d'accueillir un enfant dans sa famille. Dans le mariage et hors-mariage, respectivement l'acte de mariage et la reconnaissance volontaire sont les actes qui justifient la volonté d'un homme de voir établir non seulement la filiation mais aussi l'entrée en famille d'un enfant à son égard.

740. Le rôle de la reconnaissance d'enfant. Raynaud a démontré que « *la reconnaissance d'un enfant naturel a un double visage : c'est à la foi une reconnaissance-confession, et une reconnaissance-admission. En tant que reconnaissance-confession, elle apparaît comme un aveu de paternité ou de maternité ; comme reconnaissance-admission, c'est un acte d'acceptation de l'enfant par l'auteur de la reconnaissance avec les charges qui s'attachent à la paternité ou à la maternité* »[1559]. Il doit donc avoir une distinction entre filiation et famille. Si l'automaticité de l'établissement de la filiation maternelle a des avantages, elle occasionne également de nombreux désagréments.

741. L'établissement de la filiation maternelle naturelle imposée à la femme. La volonté d'accueillir un enfant au sein de la famille en mariage se consacre par le mariage. La femme accepte en contractant le mariage, à l'instar de l'homme[1560], de voir établir la filiation de l'enfant à son égard. Or celle qui vit hors mariage, en dehors de toute manifestation de volonté, se voit imposer l'établissement de la filiation. Dès lors, la volonté de la mère à l'instar de celle du père est méconnue au sujet de l'établissement de la filiation de l'enfant naturel. Il est important de permettre à la femme qui accouche hors mariage la faculté de voir établir la filiation de son enfant à son égard par le biais de la reconnaissance comme c'est le cas pour les hommes.

[1558] P. RAYNAUD, « Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation : état du droit positif français », *in* C. Labrusse et G. Cornu (dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques,* Paris, Économica, 1982, p. 92.

[1559] P. RAYNAUD, *art. préc*., p. 91.

[1560] *Cf*. art. 158 al 1er du CPF : « *le mariage crée la famille légitime. Les époux contractent ensemble, par leur mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever, et éduquer leurs enfants* ». L'aspect contractuelle du mariage est mis en évidence par cette disposition qui montre que le mariage est un contrat par lequel une personne accepte de faire établir les liens de filiations et de famille à son égard. Et par là même, elle consacre l'engagement d'assumer les charges de l'enfant à venir.

742. La priorité du fait sur le droit consacré. L'automaticité de l'établissement de la filiation maternelle uniformise le statut de la femme accouchée qu'elle soit mariée ou non[1561]. Il y a là une même situation de fait en conflit avec deux autres situations. Il s'agit de l'accouchement qui sera analysé au regard du vécu de la femme accouchée qu'elle soit mariée ou non et de la condition des personnes vivant hors mariage. De quel côté l'égalité doit-elle être appliquée ? Doit-on considérer le fait de l'accouchement pour donner les mêmes droits et les mêmes charges aux femmes ayant accouchée quelle que soit leur situation matrimoniale ou plutôt doit-on penser à la situation matrimoniale de la femme accouchée et attribuer à celle-ci les mêmes droits et les mêmes charges qu'un homme vivant en concubinage et géniteur d'un enfant ? La loi a opté pour voir appliquer l'égalité dans le premier cas ; celui d'attribuer les mêmes droits et charges aux femmes en vertu du fait de l'accouchement, que celles-ci soient mariées ou non.

743. Les charges de l'entrée dans une famille. L'entrée dans une famille crée d'importants droits et des obligations. L'entrée dans une famille a des effets juridiques tant au plan patrimonial (obligation alimentaire, droit de succession) qu'au plan extrapatrimonial (attribution du nom patronymique, autorité parentale). Cependant, l'existence de cette famille entraîne des droits et des obligations qui sont d'ailleurs variables suivants les filiations considérées. La famille est donc créatrice de droits et d'obligations alors que la filiation ou la parenté exprime un lien de sang en général. En fait, il existe de nombreuses charges liées à la reconnaissance d'enfant. C'est notamment la reconnaissance qui oblige les parents à assumer les charges de l'enfant. Lorsque le lien de famille est collé à l'accouchement, la mère a du coup l'obligation d'assumer toutes les charges de l'enfant.

744. Une inégalité de charges à raison du type de filiation. L'assimilation des femmes en raison de l'accouchement et indépendamment de leur situation matrimoniale crée une inégalité pour les concubins. La femme qui accouche voit sa responsabilité engagée du fait de l'accouchement alors que le géniteur n'a aucune responsabilité tant qu'il ne fait pas la reconnaissance de paternité. Cette consécration appréhende ainsi différemment la condition des personnes vivant hors mariage. La naissance d'un enfant hors mariage entraînant automatiquement son entrée dans la famille de sa génitrice crée des droits et des obligations à sa charge alors que pour un géniteur hors mariage, c'est sa volonté qui consacre l'entrée de son enfant au sein de sa famille et par conséquent le condamne à des obligations et lui confère également des droits. Il est évident qu'il y a une

[1561] L'harmonisation des dispositions concernant l'établissement automatique de la filiation maternelle a certes des importances. Elle permet de traiter également les mêmes faits. Cependant, elle crée des distorsions sociales. L'établissement automatique de la filiation maternelle limite la volonté individuelle de la femme car en effet, la filiation impose des obligations.

obligation qui pèse sur la génitrice de l'enfant du simple fait de la naissance de l'enfant alors que la création de lien de famille supposerait normalement la volonté de la personne. L'entrée dans une famille se fait, pour les hommes, soit par le mariage, l'adoption ou soit par la reconnaissance[1562]. On peut bien prétexter que même hors mariage, le rôle de la femme est tout particulier et sa physiologie lui impose certaines obligations. Mais le bien fondé du droit est de pouvoir dépasser la condition humaine.

745. Un recours au mécanisme juridique. La condition biologique de la femme ne devrait pas conduire à la traiter différemment dans des situations où les mécanismes juridiques peuvent permettre d'octroyer les mêmes droits aux hommes et aux femmes. Il serait bien absurde d'orienter la loi dans le sens unique où c'est seulement la personne qui accouche qui en est la génitrice. En opérant de la sorte, on priverait tous les hommes de descendance puisqu'ils ne peuvent pas porter une grossesse. Cependant, vu la condition biologique de l'homme, malgré qu'il ne puisse concevoir ni accoucher, on leur attribue une descendance par des techniques juridiques que sont la présomption légale de paternité, la possession d'état ou la reconnaissance volontaire. La symétrie exigerait donc qu'on permette à la parturiente de pouvoir détacher l'établissement de la filiation de l'établissement de la famille.

2. La nécessité de dissocier l'acte de filiation de l'acte de famille

746. La distinction entre lien de filiation et lien de famille. La finalité de l'accueil d'un enfant au sein d'une famille est bien évidemment sa protection. Celle-ci recommande en premier lieu d'assumer les charges de l'entretien et de l'éducation de l'enfant. L'importance de la famille est avérée et il convient de dissocier la famille de la filiation. La parenté, c'est « *la communauté de sang qui résulte du lien naturel biologique* »[1563]. Autrement dit, la parenté est le lien unissant les personnes dont l'une descend de l'autre, qui descendent toutes d'un auteur commun[1564] alors que la famille est « *le groupement social plus ou moins artificiel qui suppose toujours un acte de volonté comme par exemple le mariage, l'adoption, la reconnaissance* »[1565]. Le groupe « famille »[1566] repose en premier lieu sur la parenté qui comprend un élément naturel. Elle exprime les liens du sang. Ainsi

---

[1562] P. RAYNAUD, *art. préc*., p. 91.
[1563] P. RAYNAUD, *art. préc*., p. 91.
[1564] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille,* in J. GHESTIN (dir.), Paris, 2e éd., LGDJ, 1993, n° 1152.
[1565] P. RAYNAUD, *art. préc*., p. 91.
[1566] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op.* et *loc. cit*.

conçu, le groupe familial comprend généreusement toutes les personnes unies par les liens de sang, non seulement les auteurs et ceux qui naissent hors mariage, dès lors que l'un de leurs auteurs permet de les rattacher au groupe considéré[1567].

Le lien de sang ne fonde pas l'exclusivité du lien familial. C'est ainsi que les enfants adoptifs, sans aucun lien de sang, entrent dans la famille de l'adoptant. On peut déduire que le lien de sang confère la parenté et par elle, la filiation. La filiation est le lien qui unit un enfant à sa mère – filiation maternelle ou maternité – et à son père (filiation paternelle ou paternité) et par-delà, à leur ligne respective. Elle est fondatrice de parenté et il en existe de diverses sortes qui influencent autant le type de parenté. La filiation est légitime, adoptive ou naturelle. Le premier type de filiation est fondé sur le mariage, le second sur l'adoption et le troisième sur le fait de la procréation.

Le lien de filiation ou de parenté est à distinguer du lien de famille. Si la filiation crée souvent un lien de famille, on peut bien constater qu'il en existe qui n'en crée pas ou qui ont des effets limités. Il s'agit notamment de la filiation incestueuse[1568] ou de la filiation adultérine[1569].

747. La dissociation possible de l'acte de filiation de l'acte de famille. Plusieurs techniques peuvent permettre d'établir l'égalité entre concubins au sujet de la filiation. Parmi celles-ci, on peut envisager de dissocier les actes de filiation des actes de famille. La dissociation de la parenté de la famille consisterait par exemple à séparer l'acte de naissance de l'enfant qui est son acte de parenté de l'acte de famille qui fait entrer l'enfant au sein d'un groupe familial. Ainsi, comme l'a proposé un auteur, « *les déclarations de naissance justifieront la rédaction non plus d'un acte de naissance, mais d'un acte de filiation et d'un acte de famille* »[1570].

748. Les mentions dans l'acte de filiation. L'acte de filiation portera les mêmes énonciations que celles prévues dans les actes de naissance[1571]. Toutefois, le nom de

---

[1567] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op.* et *loc. cit*.

[1568] Il existe, en l'état actuel de la législation béninoise, des restrictions en ce qui concerne les enfants incestueux. D'abord, les enfants incestueux ne peuvent voir établir leurs deux liens de filiations ; *cf*. art. 319 du CPF. Conséquence logique, les enfants incestueux ne peuvent hériter de leurs deux auteurs ; *cf*. art. 621 du CPF.

[1569] Pour l'enfant adultérin, le législateur a tenté, au mieux, d'aligner ses droits sur ceux des enfants légitimes. Cependant, la manifestation de la volonté de reconnaître un enfant adultérin doit être notifié à l'autre conjoint ; *cf.* art. 325 du CPF. Aussi, le droit de garde de l'enfant adultérin est limité et il ne peut être élevé au domicile de son auteur qu'à condition que le conjoint de son auteur l'y autorise ; *cf*. art. 392 al. 2 du CPF.

[1570] J.-Z. SARCELET et C. BOHUON, « Filiation et famille : une vérité qui dérange », *RTD civ*. 2009, p. 2884.

[1571] L'art. 57 du Code civil français actuel est comparable aux dispositions de l'art. 61 du CPF, à l'exception que le CPF ne reconnaît pas le secret de l'accouchement ; art. 61 du CPF : « *l'acte énonce le jour et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui sont donnés, les prénoms, nom, âge, profession et domicile des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère ou l'un des deux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il n'est fait sur le registre aucune mention à ce sujet. L'acte est rédigé*

famille ne sera porté qu'à titre indicatif. L'acte de filiation ne pourra prendre en compte une reconnaissance volontaire faite après la naissance que dans le cadre d'une action en justice, cet acte ne pouvant être modifié que sous le contrôle du juge. L'acte de famille énoncera les nom et prénoms de l'enfant, suivis du jour, de l'heure et du lieu de sa naissance et précisera qu'il est entré dans la famille de ceux à l'égard desquels sa filiation est établie ou non par l'acte de filiation, leur identité étant précisée.

749. Les mentions dans l'acte de famille. La mention de la déclaration conjointe des parents quant au choix effectué sera portée sur l'acte de famille. C'est donc cet acte nouveau qui connaîtra des évolutions de la parentalité et qui constituera l'acte public justifiant de la naissance. L'acte de famille pourra porter la mention d'une reconnaissance d'enfant ou d'adoption. Bref, il faudra patiemment restituer à chaque acte la part qui lui revient d'un droit de la filiation trop longtemps confisqué par la famille[1572]. Dans le cas contraire, il faudra envisager de légiférer en faveur de l'accouchement sous X afin de limiter l'abandon et la traite des enfants.

750. La nécessité de légiférer en faveur de l'accouchement sous X. Il est vrai que l'intérêt de l'enfant recommanderait qu'il y ait quelqu'un qui assume ses besoins. Cependant, il ne faut, sans doute, pas oublier qu'il existe des couples en quête d'enfants plus facile à adopter. Lorsqu'un enfant naît, on ne peut nier qu'il y ait le contact avec un homme, excepté le cas de la procréation médicalement assistée qui pourtant reconnaît la présence d'une cellule masculine en dehors de tout contact sexuel. C'est dire donc qu'un enfant a toujours deux géniteurs, l'un de sexe masculin et l'autre de sexe féminin. Mais la nature a organisé les rôles de chacun. La femme est celle qui porte l'enfant et ce fait ne doit pas constituer un lieu de discrimination. Le détachement du lien de filiation du lien de famille s'est bien opéré au niveau du père et il convient de l'achever en ce qui concerne la génitrice sinon, à l'allure où évoluent les faits, il serait mieux de penser à légiférer en vue de permettre l'accouchement dans l'anonymat sans oublier ses conséquences critiquables.

---

immédiatement et est signé du déclarant et de l'officier de l'état civil conformément aux dispositions de l'article 42 du présent Code ».

[1572] J.-Z. SARCELET et C. BOHUON, *art. préc*., p. 2884.

§ 2. UNE ÉGALITÉ SOURCE D'IMPORTANTS BOULEVERSEMENTS DE L'ORDRE JURIDIQUE

751. Les détournements d'autres institutions par l'accouchement sous X. À voir de plus près, le but visé en recherchant l'accouchement sous X est de refuser la procréation en empêchant l'établissement de la filiation maternelle qui débouche inéluctablement sur l'établissement du lien de famille. Ce n'est donc pas un refus de voir établir la filiation paternelle de l'enfant qui est visé[1573]. Et si le secret de la naissance peut paraître pour certaines personnes le moyen d'empêcher l'établissement aussi bien du lien de filiation que du lien de famille, elle a de graves conséquences. L'autorisation de l'accouchement sous X serait une forme d'organisation de l'abandon légale d'enfant[1574] et elle fera l'objet de nombreux détournements. On pourra observer le détournement de l'accouchement sous X en gestation pour autrui (A). On pourra également constater que l'accouchement sous X sera un moyen utilisé pour dévoyer l'adoption (B).

A. Le détournement de l'accouchement sous X en gestation pour autrui

752. La gestation pour autrui. La revendication de l'égalité au sujet de la venue de l'enfant pourrait à la longue conduire à la recherche de mère porteuse. Ce n'est donc pas seulement la stérilité qui pourrait y conduire. En effet, la gestation pour autrui ou mère porteuse est le fait pour une personne de faire assumer par une autre la gestation d'un enfant pour son compte.

753. Le problème posé. La gestation pour autrui a en général pour base un accord de volonté avec la gestatrice. Une question juridique assez importante peut alors se poser. Il s'agit de la licéité du contrat de mère porteuse. Est-il juridique de porter une grossesse pour autrui ? La gestation pour autrui reviendrait à demander au minimum le prêt de l'utérus d'une femme afin de porter à terme une grossesse.

754. Les conditions de validité du contrat. Aux termes des dispositions de l'article 1108 du Code civil français rendu applicable au Bénin :

« *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :*

Le consentement de la partie qui s'oblige ;

[1573] J.-Z. SARCELET et C. BOHUON, *art. préc*., p. 2884.

[1574] J. RUBELLIN-DÉVICHI, « Droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon », *RTD civ*. 1991, p. 696.

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation »[1575].

Afin de vérifier la validité du contrat de mère porteuse, il conviendrait d'examiner la présence de ces quatre éléments dans un tel engagement.

755. Le consentement dans un contrat. Le consentement est défini comme l'« *accord de deux volontés en vue de créer des effets de droit* »[1576]. Elle est la rencontre de deux volontés[1577]. La volonté étant un phénomène psychique qui n'est pas directement perceptible, on ne peut l'a déduire, avec quelque certitude, que du comportement extérieur de l'homme[1578]. L'élément primaire du contrat est plus la manifestation de la volonté que la volonté elle-même. La manifestation de la volonté peut-être expresse ou tacite. Il revient à vérifier dans le cadre de la gestation pour autrui si la manifestation de la volonté est expresse ou tacite. La manifestation de la volonté est expresse lorsqu'il y a des actions accomplies afin de porter la volonté à la connaissance d'autrui[1579]. La manifestation de la volonté est tacite lorsqu'il y a des actions qui n'ont pas été accomplies spécialement afin de porter à la connaissance d'autrui la volonté de contracter, mais d'où l'on peut raisonnablement déduire l'existence d'une telle volonté[1580].

756. La manifestation de volonté dans le contrat de gestation pour autrui. Dans le cadre de la gestation pour autrui, peut-on affirmer l'existence du consentement en vérifiant la manifestation d'une volonté expresse ou tacite. La gestation pour autrui fait appel à la science et il est fait recours à un spécialiste en vue de la transplantation de l'embryon à la mère porteuse. Le processus même de la procréation médicalement assistée peut démontrer l'accord de la mère porteuse qui a accepté l'intervention médicale. Au moins, son consentement afin de porter l'embryon est perceptible car elle manifeste expressément sa volonté en se livrant aux soins. Le consentement de la mère porteuse dans le cas de la procréation médicalement assistée est donc manifeste. S'il y a eu un contrat de mère porteuse, on ne peut donc pas normalement le sanctionner d'inexistence, car on ne peut pas

---

[1575] *Cf*. art. 1108 du Code civil français rendu applicable au Bénin. Cette disposition est restée inchangée dans le Code civil français actuel.
[1576] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, voy. « Consentement ».
[1577] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 2, *Les biens, les obligations*, Paris, PUF, 2004, n° 946.
[1578] J. CARBONNIER, *op. cit*., n° 947.
[1579] J. CARBONNIER, *op.* et *loc. cit*.
[1580] J. CARBONNIER, *op.* et *loc. cit*.

sanctionner un tel contrat de défaut de consentement sauf à examiner les cas de vices de consentement[1581] qui pourront conduire à son annulation.

757. La capacité de contracter. Le Code civil français rendu applicable au Bénin prévoit que « *toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* »[1582]. Le droit béninois issu du Code civil français comporte deux catégories d'incapables : il s'agit des mineurs de moins 18 ans et non émancipés[1583] et des majeurs protégés[1584]. En dehors de ces deux cas, toute personne peut contracter. La mère porteuse, une fois qu'elle serait âgée de 18 ans révolus, peut valablement conclure un contrat. Le contrat de mère porteuse ne peut donc être annulé pour incapacité si les contractants ont plus de 18 ans.

758. L'objet du contrat. S'agissant de la troisième condition de validité des contrats qui est son objet, il est autrement articulé comme étant le contenu du contrat. L'objet du contrat[1585] est à distinguer de l'objet de l'obligation[1586].

Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire. Le contrat a donc pour objet les obligations qu'il fait naître et ces obligations ont chacune un objet[1587] et ce dernier n'est également que l'objet du contrat. Le contrat de mère porteuse aurait donc pour objet de porter un embryon et de lui donner naissance au profit d'un couple. La garde de l'enfant pendant sa vie utérine serait donc l'objet du contrat de mère porteuse[1588].

759. La licéité de l'objet du contrat de gestation pour autrui. Il est nécessaire de vérifier la licéité de l'objet du contrat et c'est justement celle-ci que vise l'article 1128 du Code civil en disposant qu'*« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* »[1589]. Le véritable problème de la convention de mère porteuse s'annonce. Quelles sont donc les choses qui ne sont pas dans le commerce ? Les choses qui ne sont pas dans le commerce sont « *celles qu'un interdit prononcé par la société a*

[1581] Lorsque l'une des parties n'a pas décidé en connaissance de cause, ou a subi une pression, son consentement, sans être inexistant, est vicié et le contrat est annulable. Voy. J. CARBONNIER, *op. cit*., n° 949. Le Code civil français rendu applicable au Bénin évoque ainsi les trois vices du consentement que sont : l'erreur, le dol et la violence en son art. 1109 et s.

[1582] *Cf*. art. 1123 du Code civil français rendu applicable au Bénin.

[1583] Il existe pourtant des restrictions à l'incapacité de contracter des mineurs non émancipés ; *cf*. art. 450 al.1 et 1305 du Code civil français rendu applicable au Bénin.

[1584] *Cf*. art. 1124 du Code civil français rendu applicable au Bénin.

[1585] *Cf*. art. 1126 à 1128 du Code civil français rendu applicable au Bénin.

[1586] *Cf*. art. 1129 à 1130 du Code civil français rendu applicable au Bénin.

[1587] J. CARBONNIER, *op. cit*., n° 969.

[1588] R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Thèse, Paris, LGDJ, 1996, n° 462.

[1589] *Cf*. art. 1128 du Code civil français rendu applicable au Bénin.

retirées du domaine des opérations entre personnes privées »[1590] ; le corps humain ne pourrait donc être considéré comme une chose[1591].

760. La cause du contrat de gestation pour autrui. La cause du contrat est une condition essentielle à la validité du contrat qui voudrait que toute personne qui s'y oblige le fasse pour une cause licite[1592]. La cause est le pourquoi, le but, la raison qui sous-tend le contrat[1593]. Autrement dit, la cause est l'intérêt du contractant au contrat[1594]. Le contrat de mère porteuse est un contrat qui oblige les deux contractants ; le couple porteur du projet d'enfant et la mère qui prête ses services en vue de la gestation et la remise de l'enfant à sa naissance au couple. Dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation de chaque contractant est l'obligation de l'autre ou l'exécution de l'obligation de l'autre.[1595] Ainsi, dans le contrat de mère porteuse, l'obligation du couple parent de l'enfant est de payer le montant convenu à la mère porteuse alors que l'obligation de cette dernière se résout à garder l'enfant pendant sa vie utérine.

761. La licéité des causes du contrat de gestation pour autrui. Il convient de vérifier si ces causes sont licites en se demandant s'il est possible de faire un contrat sur le corps humain. L'exigence de la licéité de la cause semble faire double emploi avec la licéité de l'objet exigée pour la validité du contrat[1596]. Pour protéger le corps humain, la loi l'a mis hors du commerce ; ce qui signifie juridiquement que le corps humain est inaliénable[1597] et l'interdiction de toute convention sur le corps en découle. Aux termes des dispositions de l'article 16-5 du Code civil français actuel « *les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles* »[1598]. C'est d'ailleurs ce qui a justifié l'annulation des conventions de mère porteuse en France[1599].

762. Les développements actuels de la question. D'autres auteurs, avant même la loi française du 29 juillet 1994 qui introduit l'article 16-7[1600] dans le Code civil, avaient jugé

[1590] J. CARBONNIER, *op. cit*., n° 970.
[1591] *Cf*. art. 16-1 du *C. civ*.
[1592] J. CARBONNIER, *op. cit*., n° 973.
[1593] J. CARBONNIER, *op.* et *loc. cit.*
[1594] J. DJOGBÉNOU, « La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniformes de l'OHADA », *RBSJA* n° 20 et 21, 2008-2009, pp. 57 et s.
[1595] J. CARBONNIER, *op. cit*., n° 974.
[1596] J. CARBONNIER, *op. cit*., n° 970, p. 2013.
[1597] C. D. SOSSA et J. DJOGBÉNOU, *Introduction à l'étude du droit, Perspectives africaines*, Cotonou, les éd. du CREDIJ, 2012, p. 279 et s.
[1598] *Cf*. art. 16-5 du Code civil français actuel.
[1599] Ass. Plén. 31 mai 1991, *D*. 1991. p. 417, rapport Chartier, note D. Thouvenin ; *JCP* 1991. II. 21752, concl. Dontenwille, communication de Jean Bernard.
[1600] Aux termes des dispositions de l'art. 16-7 du *Code civil français actuel*, « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nul. »

de l'illicéité du contrat de mère porteuse[1601]. L'illicéité du contrat de mère porteuse est due à la dignité que l'on attache au corps humain. Le corps humain est dès lors mis hors de toute convention, qu'elle soit à titre gratuit ou onéreux[1602] et l'article 1128 du Code civil français rendu applicable au Bénin qui vise les choses hors commerce ne distingue pas que le contrat soit conclu à titre onéreux ou gratuit et ne peut même pas être appliqué au corps humain qui n'est pas une chose. Logiquement, cela induit que même conclu à titre gratuit, le contrat de mère porteuse est illicite.

Deux grands obstacles limitent les contrats de mère porteuse. Il s'agit d'une part de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes qui sont toutes liées à l'objet du contrat de mère porteuse[1603].

À cela, s'ajoute un troisième obstacle lié à sa cause en ce qu'elle occasionne des détournements de l'adoption.

B. L'accouchement sous X et les dévoiements de l'adoption

763. Définition de l'adoption. L'adoption est une vieille institution du droit canonique prise en compte par le Code civil. En effet, son entrée dans le Code civil français serait due à « *Bonaparte qui songeait à adopter Eugène de Beauharnais, son beau-fils, fils de Joséphine, et les graveurs du temps l'ont représenté faisant hommage à celle-ci du titre de l'adoption* »[1604]. L'adoption est selon la définition donnée par Justinien « *un acte imitant la nature, inventé pour la consolation de ceux qui n'ont pas d'enfants* »[1605].

764. Le but de l'adoption. L'adoption permet de donner une famille à un enfant. Grâce à cette institution, de nombreux enfants orphelins et abandonnés trouvent un foyer, une éducation et une affection. En somme, « *le but de l'adoption est de donner un foyer à un enfant et un enfant à un foyer* »[1606]. Il suppose un enfant déjà né et exclu en général tout lien de sang entre l'adoptant et l'adopté. Des époux sans enfants, ou des célibataires qui n'ont pas pu se marier se procurent par l'adoption les droits et obligations de la paternité ou de la maternité.

[1601] Intervention de Mme J. Rubellin-Dévichi, in *Acte du colloque Génétique, Procréation et Droit*, p. 61.
[1602] S. PRIEUR, *La disposition par l'individu de son corps*, Thèse, Dijon, 1998, p. 46.
[1603] R. ANDORNO, *Thèse préc*., n° 479.
[1604] J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 1, *Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 2004, n° 517.
[1605] J. CARBONNIER, *op.* et *loc. cit*.
[1606] J. HAUSER, « L'adoption à tout faire », *D*. 1987, chron. p. 205.

765. L'impossibilité d'adoption de son enfant biologique. Aux termes des dispositions de l'article 342 du Code des personnes et de la famille :

« *peuvent être adoptés :*

- les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ;

- les enfants déclarés abandonnés ;

- les enfants dont les père et mère sont décédés »[1607].

Il est clairement interdit d'adopter son propre enfant. Cependant, l'institution de l'adoption est bien souvent objet de nombreux détournements[1608]. L'adoption permet normalement l'établissement de la filiation en dehors de tout lien de parenté.

766. L'adoption d'enfant biologique issu de contrat de gestation pour autrui. Au nombre des détournements de l'adoption, on peut citer l'établissement de la filiation de son enfant biologique par le biais de l'adoption après avoir fait recours à gestation pour autrui et à l'accouchement sous X[1609]. L'accouchement sous X peut donc être le moyen par lequel certaines personnes détournent l'adoption de ses buts. On assiste depuis l'avènement de l'accouchement dans l'anonymat, à la fabrication d'enfant et à son adoption par ses parents biologiques. Avec l'aide de la science et le détournement des institutions, on peut désormais adopter son enfant. Ainsi, un couple marié qui ne peut avoir d'enfant par suite d'une stérilité d'origine féminine peut entrer en relation avec une femme qui accepte d'être inséminée par le sperme du mari et de porter l'enfant puis d'accoucher anonymement. Á la naissance, l'enfant sera remis à son « vrai père » qui le reconnaîtra puis consentira à ce qu'il soit adopté par son épouse[1610]. C'est donc la « commande »[1611] d'un enfant par un couple stérile à une mère porteuse ou à une mère de substitution dans le but de l'adopter ; c'est la gestation pour autrui. Afin d'établir un lien juridique entre la mère pour le compte de laquelle la gestation a eu lieu et l'enfant, on recourt à l'adoption[1612].

[1607] *Cf.* art. 342 du CPF.

[1608] L'Assemblée plénière en France a condamné le 31 mai 1991 l'accouchement sous X et l'adoption de l'enfant par ses propres parents comme détournement de l'institution de l'adoption. *D*. 1991, p. 417. Le détournement, *a priori*, identifiable à la fraude, se distingue de celle-ci en ce qu'il ne suppose pas l'emploi de procédés contraires au droit. Les intéressés ont recours aux possibilités légales, mais pour parvenir à des fins accessoires ou tout à fait extérieures à l'esprit de l'institution. Ce procédé ne s'identifie pas non plus avec la simulation, car derrière l'acte constitutif du détournement, on ne trouve pas un acte occulte qui en contredirait les termes ; F. BOULANGER, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille », *JCP* 1993, I, 3665 ; J. HAUSER, *op. cit.,* p. 205 ; N. CORDIER-DUMONNET, *Le détournement d'institution*, Thèse, Université de Bourgogne, 2010.

[1609] Le législateur a été formellement contre cette procédure d'adoption de son propre enfant en institutionnalisant la légitimation judiciaire.

[1610] F. DREIFUSS-NETTER, *art. préc*., p. 105.

[1611] J. HAUSER, *op. cit*., p. 207.

[1612] R. ANDORNO, *Thèse préc*., n° 476.

767. L'adoption d'enfant biologique né de contrat de mère porteuse. Dans ce cas, l'enfant est un enfant biologique du couple adoptant. On assiste ainsi à un détournement de l'adoption afin d'établir un lien juridique entre un enfant et ses parents biologiques. Logiquement, on assiste à l'adoption d'un enfant par ses parents biologiques. Cette pratique est cependant interdite par la loi[1613]. L'adoption est détournée parce qu'à l'origine, elle est conçue pour donner une famille à un enfant déjà né.

768. L'adoption d'enfant biologique né de contrat de mère de substitution. Dans ce second cas, l'enfant est un enfant biologique du conjoint de la mère de substitution. L'adoption par le couple qui a eu recours aux services de mère de substitution revient à l'adoption par les deux époux de l'enfant biologique de l'un d'entre eux.

769. La nécessité de prévenir des conflits de filiation. La gestation pour autrui et l'accouchement sous X peuvent permettre de détourner l'adoption qui ne permet normalement pas d'adopter son enfant biologique. Il faut un véritable suivi de l'accouchement sous X qui risque d'être une gestation pour autrui afin de faciliter l'adoption de l'enfant et les probables conflits que cela pourrait générer au cas où la mère par le sang voudra reprendre[1614] son enfant. Or le parent biologique qui est devenu le parent adoptif se serait déjà attaché à l'enfant et ne voudra point lâcher, c'est le nœud même du problème de l'adoption, au moins de l'adoption plénière.

[1613] *Cf*. art. 339 du CPF.

[1614] L. LEVENEUR, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t.1, vol 3. *La famille*, Paris, 7e éd., Montchrestien, 1995, n° 1024, p. 446.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

770. La venue d'enfant fait appel à des facteurs physiologiques des individus ; la femme est celle qui peut porter une grossesse et jusqu'à nos jours, l'homme n'a jamais porter de grossesse. Pour le moment, il n'est pas possible à la science de faire porter la grossesse à un homme. Mais comment la revendication d'égalité peut ou pourrait se manifester sur le refus d'engendrement ? C'est une problématique difficile et pourrait même sortir du champ de revendication de l'égalité au sein des couples. Deux mécanismes peuvent permettre de réaliser l'égalité entre époux au sujet du refus de la procréation. Il s'agit de l'avortement et de l'accouchement sous X.

Par le biais de la revendication de certains droits, l'égalité au sujet de la grossesse peut paraître moins une utopie. En effet, d'une part, l'enfant à naître est en général portée par la femme et peut porter atteinte à sa liberté corporelle et d'autre part, l'enfant à naître a le droit à la vie. Se pose alors la conciliation entre ces droits. Mais dès lors que certaines circonstances, comme la santé de la mère, peuvent justifier l'avortement, on peut conclure à une priorité accordée à la protection de la mère par rapport à l'enfant à naître. C'est ainsi que la protection de la vie de la mère paraît primordiale à cause des risques liées à la maternité.

L'avortement pose également des questions éthiques et morales en raison de la nature de l'embryon à détruire. L'embryon étant admis comme une chose mais sacrée, l'autorisation de l'avortement aura pour but de protéger les intérêts de la mère et d'assurer l'égalité entre elle et le géniteur de l'enfant à naître qui n'a aucune contrainte physique au sujet de la gestation. Cependant, l'autorisation de l'avortement peut contenir un autre germe d'inégalité en l'occurrence un mépris de la volonté de l'époux qui désire avoir un enfant.

L'étouffement du désir d'enfant peut conduire au rejet de l'enfant par un abandon abominable. Il convient également de choisir entre l'abandon non organisé d'enfant et son abandon en vue de l'adoption grâce à l'accouchement sous X. L'accouchement sous X peut donc être une alternative pour un meilleur rejet d'enfant puisqu'il peut être un excellent mécanisme qui permet à la femme de voir détacher le lien de filiation du lien de famille de sorte qu'elle peut se libérer des charges de l'enfant qui lui incomberaient du fait de l'automaticité de l'établissement de la filiation maternelle.

Cependant, l'accouchement sous X peut constituer une inégalité entre époux au cas où le père désire garder l'enfant. La filiation paternelle est déterminée par la présomption

que le mari de la mère est le père de l'enfant. La filiation paternelle sera ainsi difficile à déterminer dans les cas d'accouchement sous X. Il s'agira alors d'une inégalité de droit entre époux[1615]. L'accouchement sous X peut aussi poser la question des origines de l'enfant. Cependant, il semble que l'intérêt même de l'enfant recommanderait qu'on lui trouve une famille et qu'il vive normalement.

[1615] J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille, op. cit.,* Paris, 2e éd., LGDJ, 1993, n° 777.

CONCLUSION DU TITRE II

771. Les progrès de la médecine pourront occasionner de nouvelles formes de revendication surtout qu'ils sont devenus le point d'ancrage de l'appel à l'application du principe d'égalité entre couples. Dans le domaine de la famille, les découvertes de la médecine conduisent à la connaissance de la maîtrise positive ou négative de la procréation. Dès lors, les couples recherchent à contrôler la procréation négativement ou positivement. Mais dans cette problématique de la revendication de l'application du principe d' égalité entre les couples afin de permettre à chaque couple d'opérer un choix de contrôle de la procréation selon les situations que chaque couple traverse, une question fondamentale semble se poser au sujet de la nature juridique de l'embryon.

De la *summa divisio* entre personne et chose, il s'est dégagé une catégorie intermédiaire de personnes par destination ou de chose sacrée à laquelle le fœtus appartiendrait. Par conséquent, les utilisations qu'il est possible de faire de l'embryon dépendent de la catégorie à laquelle il appartient et on pourrait rechercher, sur la base du principe d'égalité, à produire un embryon pour soi afin d'avoir un enfant ou détruire ce dernier lorsqu'il ne s'insère pas dans un projet parental. Deux nouveaux droits sont ainsi revendiqués. Il s'agit du droit à l'enfant ou plutôt du droit à l'enfant à naître et du droit à l'avortement. Des voix dissidentes se sont insurgées pour faire observer que de tels droits entreraient en contradiction avec les droits de l'enfant.

Cependant, on observe que la procréation médicalement assistée est bien pratiquée et tolérée au Bénin et que l'avortement, en dehors des cas thérapeutiques autorisés par la loi de 2003, est souvent l'un des recours en cas d'une grossesse non désirée. L'abandon sauvage et la traite d'enfants doivent permettre d'envisager une certaine actualisation du droit de la famille au Bénin en vue d'autoriser l'avortement dans tous les cas, à la volonté de la femme.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

772. Il est bien délicat de conclure sur l'avenir de l'égalité en droit béninois de la famille. D'abord, il convient de donner réponse à une question, celle de savoir si c'est en terme d'avenir qu'il faut raisonner. En effet, il s'agit de l'avenir du droit béninois. Mais dans les faits, il s'agit du présent.

S'agissant des couples face au principe d'égalité, il paraît que ces derniers vivent les mêmes situations de faits que les personnes unies par le lien du mariage cependant qu'il existe des droits de couples auxquels ils ne puissent accéder en l'état actuel de la législation béninoise. C'est le cas notamment des droits successoraux, du droit d'entretien, de secours et d'assitance, du droit d'obtenir la nationalité du compagnon en raison de l'union. Il s'agit d'une réponse logique en raison du fait que le statut du mariage est organisé et les concubins, en dépit de la similitude du vécu, ne sont pas soumis au mariage. Au demeurant, le concubinage jouit d'une certaine légitimité sociale au Bénin et la vie en concubinage n'est pas toujours un choix opéré en vue d'échapper aux règles du mariage. La mutation du droit a aussi occasionné des concubinages de fait.

Il conviendrait de prévoir l'organisation future d'un statut juridique primaire égalitaire du couple puisqu'en fait, les droits qu'organisera ce statut sont en germe dans d'autres textes. Il ne s'agira pas aussi d'étendre le régime des gens mariés aux concubins au point de les confondre juridiquement. Il s'agira d'organiser le statut du concubinage en fixant les droits et les devoirs des concubins ou d'organiser un minimum commun à tous les couples qui tienne compte de l'intérêt supérieur des enfants, de la défaillance de l'aide sociale de l'État et d'autres facteurs.

En ce qui concerne la médecine, les progrès réalisés sont à la base de certaines revendications. Il est désormais possible d'avoir une maîtrise positive et négative de la procréation. Or les évolutions de la médecine sont très lentement suivies au Bénin et ce n'est que très récemment qu'il y a eu un bébé grâce à la procréation médicalement assistée. Cependant, la procréation médicalement assistée appelle à des questions sérieuses de bioéthique. Il convient effectivement d'entrevoir une intervention législative ; ce qui relèverait d'un futur, et peut-être bien d'un futur proche.

En résumé, il est remarquable que l'égalité dans le droit de la famille a du chemin et que son futur se dessine à travers les changements de mode de vie qui ont profondément perturbé le droit du mariage. L'égalité en droit de la famille suit le temps et l'espace car les

découvertes faites dans un autre espace géographique par la médecine seront prises en compte ailleurs dans le temps.

CONCLUSION GÉNÉRALE

773. L'étude de l'égalité dans le droit béninois de la famille s'est faite en deux temps afin de rendre compte du dynamisme de ce principe. Dans le premier temps qui a conduit à l'examen du droit béninois de la famille sous le prisme du principe d'égalité, *de lege lata*, on peut noter que le maintien de traditions inégalitaires dans le mariage au Bénin est le grand mal dont souffre ce droit, même si un lieu d'égalité parfaite existe déjà. La grande importance accordée à certaines institutions du droit coutumier a conduit à leur transposition dans le Code des personnes et de la famille en violation de l'égalité au sein de la famille. Le nom de l'enfant, le nom de la femme mariée, la nationalité, le délai de viduité, le choix du domicile conjugal et la dot sont des questions sur lesquelles aucune égalité en droit n'est envisagée pour le moment. Si certaines de ces inégalités maintenues touchent l'homme, elles affectent les femmes dans leur grande majorité.

Les inégalités qui pèsent actuellement sur l'homme dans le droit béninois de la famille portent sur la dot et l'acquisition de la nationalité par le mariage. La dot constitue une exigence unilatérale imposée à l'homme pendant la formation du mariage en raison de sa dénaturalisation. Sa valeur de plus en plus grande fait d'elle un moyen de spéculation qui creuse un fossé entre les époux. Si la dot doit être maintenue, elle doit être une obligation imposée à chacun des deux époux ou à leurs familles. Cette option ne trouvera cependant pas application compte tenu du poids de la tradition. En plus, la suppression pure et simple de la dot semble rejetée par la grande majorité des béninois qui y restent attachés. De même, la fixation d'un montant de la dot serait un échec puisque le futur époux agit en général en tenant compte de ses moyens, la dot pouvant être une manière de prouver ses possibilités financières. Lorsque la dot versée est vraiment symbolique et ne devient pas une dépense très onéreuse, on peut considérer qu'il n'y a pas d'inégalité à son sujet. C'est d'ailleurs le seul moyen de réduire l'inégalité qui existe à ce sujet.

L'acquisition de la nationalité par le mariage est également une inégalité pour l'homme. Au moment même de la célébration du mariage, la femme de nationalité étrangère acquiert automatiquement la nationalité béninoise de son mari. L'instant de la signature de l'acte du mariage consacre la transmission de la nationalité béninoise à l'épouse de nationalité étrangère. En plus de cette acquisition automatique de la nationalité béninoise par le mariage, l'épouse de nationalité étrangère est presque totalement assimilée aux nationaux béninois en dépit d'une réserve pendant la période où elle a la possibilité de décliner la nationalité béninoise. Or l'époux n'a pas cette possibilité et est renvoyé vers la

naturalisation. L'inégalité est ici en défaveur de l'époux qui ne peut au mieux que bénéficier d'une certaine facilitation de sa naturalisation[1616].

Pour ce qui concerne la femme, presque toutes les autres inégalités pèsent sur elle. L'inégalité du délai de viduité réside dans le fait qu'il est imposé à la femme pour pouvoir se remarier alors que le mari n'est pas tenu de respecter un tel délai. Le maintien du délai de viduité pour raison de confusion de paternité paraît inutile. La raison principale qui le justifie est plutôt d'ordre médical. En effet, grâce à la médecine, il est désormais possible de déterminer avec précision l'état de grossesse d'une femme. Or les futurs époux sont supposés connaître leur état de santé et notamment l'état éventuel de grossesse de la future épouse par le certificat médical. Dès lors, à quoi bon maintenir le délai de viduité qui figure en bonne place dans les conditions de fond du remariage ? Si le souci du législateur béninois est de prévenir les confusions de paternité en maintenant le délai de viduité, il semble alors se contredire. La période légale de conception étant plus courte que le délai de viduité, ceci présage de la volonté du législateur de réaménager le veuvage à l'ancienne en l'imposant uniquement à la femme. Pour parvenir à l'égalité entre époux, il faudrait peut-être imposer le même délai au mari si on ne peut identifier la paternité par d'autres moyens. Cette formule reviendrait sans doute à l'arbitraire de la loi. Il faudra donc supprimer purement et simplement le délai de viduité comme il a été fait en France.

S'agissant du domicile conjugal, sa fixation est devenue pour les époux une obligation résultant du mariage[1617]. Le législateur offre au mari le pouvoir de fixer unilatéralement le domicile conjugal en cas de désaccord et donne à la femme mariée la possibilité de saisir le juge pour autorisation de domicile séparé, encore qu'elle doive apporter la preuve que le domicile choisi par son mari présente un « *danger d'ordre matériel ou moral pour elle ou pour ses enfants* »[1618]. L'inégalité paraît claire et la volonté du mari est sans équivalent au sein de la famille. Celle de la femme pèse moins sur son mari puisque sa seule possibilité est de recourir au juge. L'incapacité de la femme semble maintenue puisque son choix ne peut s'imposer au mari. Elle ne peut que choisir un domicile pour elle et pour ses enfants, et ce sur autorisation du juge après avoir apporté la preuve que le domicile choisi par son mari présente un danger.

[1616] L'art 36 du Code de la nationalité béninoise dispose que « *n´est pas soumis à la condition de stage prévue à l´article précédent : 1° L´étranger né au Dahomey ou marié à une Dahoméenne. 2° La femme et l´enfant majeur de l´étranger qui acquiert la nationalité dahoméenne. 3° L´étranger majeur adopté par une personne de nationalité dahoméenne. 4° L´étranger qui a rendu des services signalés au Dahomey ou dont la naturalisation présente un intérêt certain pour le Dahomey* ».

[1617] *Cf*. art. 156 du CPF.

[1618] *Cf*. art. 156 du CPF.

Sur le nom, l'inégalité dont il s'agit dans le droit béninois porte moins sur l'obligation d'addition du nom du conjoint que sur l'unilatéralité de la disposition. L'ajout du nom du conjoint qui devrait être une faculté est devenu une obligation unilatérale pour la femme mariée et heurte en ce sens le principe d'égalité entre époux[1619]. Si l'influence du mariage sur le nom de la personne est admise[1620], le Code des personnes et de la famille devrait à tout le moins imposer aux époux les mêmes obligations. L'inégalité portant sur l'obligation de l'ajout du nom de l'époux pourrait ainsi être atténuée si l'obligation était réciproque. On conviendrait alors que les personnes qui se marient acceptent, par ce biais, une certaine atteinte aussi à leur vie privée. Il resterait toutefois mieux adapté que chaque époux conserve son nom mais acquière l'usage du nom de l'autre. Si on légifère dans ce sens au Bénin, probablement peu d'hommes accepteront d'adjoindre à leur nom, même à titre d'usage, celui de leur épouse alors même qu'une telle solution aurait l'avantage d'harmoniser le nom des membres du couple avec celui des enfants communs. Au demeurant, la solution la plus conforme au principe d'égalité entre époux dans le contexte béninois serait sans doute de laisser chaque époux libre de conserver son nom. Cette solution permettrait non seulement à chacun de préserver son identité mais contribuerait aussi à préserver la vie privée.

L'inégalité sur le nom s'observe également en raison du fait que la femme ne peut transmettre son nom à l'enfant. On peut espérer une réforme du droit béninois en vue de corriger[1621] la prééminence masculine imposée par la législation sur le nom de l'enfant. Cette réforme à envisager ne peut en aucun cas prendre la forme de l'instauration de la transmission du seul nom de la mère à l'enfant, auquel cas la population, en l'occurrence les femmes elles-mêmes s'insurgeraient contre cette réforme puisqu'elle contribuerait à

[1619] A. N. GBAGUIDI, *Family and succession law*, Kluwer Wolters, 2011, n° 132.

[1620] Th. GARÉ, *Droit des personnes et de la famille*, Paris, 3e éd., Montchrestien, 2004, p. 168.

[1621] L'exemple de la France dont est très évocateur de la marche vers l'égalité sur la question du nom. La loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille et la loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille ont faire évolué la question du nom ; *JO* 19 juin 2003, p. 10240 ; *D.* 2003, Lég. p. 1677. Sur cette loi, voy. F. BELLIVIER, « Dévolution du nom de famille », *RTD civ.* 2003, p. 554 ; C. BRIÈRE, « Dévolution du nom de famille », *LPA*, n° 136, 9 juil. 2003 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Commentaire de la loi relative au nom de famille », *RJPF* 2002-7-8/10 ; Th. GARÉ, « La loi relative à la dévolution du nom de famille », *JCP* 2003, Actual. 370 ; T. KÉRAVEC et E. MALLET, « Nom de famille », *JCP N* 2003, p. 141 ; F.-J. PANSIER et C. CHARBONNEAU, « Présentation de la loi du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille », *Gaz. Pal*. 6-8 juill. 2003, p. 8 ; C. BERNARD, « Le nom de l'enfant né après l'entrée en vigueur de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Dr. fam.* 2002, n° 16 ; C. BRIÈRE, « L'attribution du nom de famille : entre modernité et tradition », *LPA*, 21 mars 2002, p. 4 ; L.-A. DEVILLAIRS, « Le nom de l'enfant : de nouvelles perspectives », *AJ fam.* 2002, p. 256 ; J.-J. LEMOULAND, « Aperçu rapide », *JCP. N* 2002, p. 53 et 54 ; G. LOISEAU, « Le nom dans tous ses états », *Droit et patrimoine* 2002, n° 105, p. 106 ; J. MASSIP, « La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Defrénois* 2002, art. 37563, p. 795 ; F.-J. PANSIER et C. CHARBONNEAU, « Présentation de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *LPA*, 9 avril 2002, n° 71, p. 4 ; M.-C. RIVIER, « Question de noms : famille, patronyme, usage, naissance, mariage et jeune fille », *D.* 2002, *Point de vue*, p. 1915.

rendre tous les enfants « bâtards » car ce sont en fait les enfants dont les pères sont inconnus qui peuvent recevoir le nom de leur mère.

Exactement comme en matière de l'attribution du nom en raison de la filiation, le droit de la nationalité accorde des effets différents à la filiation maternelle et à la filiation paternelle[1622]. Si on peut souligner une certaine rigidité de la nationalité attribuée à raison de la filiation paternelle, celle attribuée à raison de la filiation maternelle est plus souple. Il s'agit aussi d'une inégalité en défaveur de la femme. La décision DCC 14-172 du 16 septembre 2014 a déclaré les dispositions des articles 8, 12.2, 13 et 18 de la loi n° 65-17 du 23 juin 1965 portant Code de la nationalité béninoise contraires à la Constitution. Cette décision a deux effets que sont : la reconnaissance de l'inégalité dans le droit de la nationalité au Bénin et l'inexistence des dispositions concernées. Il serait donc important qu'une loi intervienne puisque les interprétations de la nouvelle situation peuvent varier d'un individu à l'autre et notamment, d'un juge à l'autre au point de mettre à mal la sécurité juridique à laquelle les individus doivent pouvoir prétendre dans un État de droit.

Au-delà des points d'ombre de l'égalité observée dans le droit béninois de la famille, on observe clairement dans certains domaines la loi comme ouverture à plus d'égalité. Cette ouverture à plus d'égalité est née de l'égalité totale en droit de la famille résultant de la suppression des options et de l'égalité totale des époux dans le fonctionnement du couple. Le Code des personnes et de la famille du Bénin a ainsi mis fin au pluralisme juridique qui prévalait jusqu'alors et a permis d'introduire l'égalité sur les options matrimoniales. En conséquence, la majeure partie des différenciations de traitement par le droit a disparu[1623]. Une majorité des traitements différentiels portant sur le sexe et tendant à chosifier les femmes a été dépassée. Le Code des personnes et de la famille a ainsi non seulement unifié le statut civil des personnes mais aussi, il a permis de réaliser l'égalité en droit de la famille en supprimant certaines institutions du droit traditionnel telle que la polygamie. L'égalité est également consacrée dans le fonctionnement du ménage.

Après avoir consacré la capacité juridique distincte de chaque époux, la loi a essayé de créer une union personnelle égalitaire entre eux. La puissance maritale a été supprimée et, désormais, les époux exercent conjointement l'autorité parentale. On note également l'égalité des époux dans les successions *ab intestat*, de même qu'ils détiennent les mêmes droits dans le régime matrimonial de droit commun. Le droit béninois de la famille est

---

[1622] H. FULCHIRON, *op. cit*., p. 54.

[1623] *Cf*. la déc. DCC 02-144 du 23 décembre 2002 par laquelle la Cour constitutionnelle du Bénin a procédé, entre autres, à la vérification du respect du principe d'égalité de la loi portant Code des personnes et de la famille du Bénin et déc. DCC 04-08 du 20 août 2004 par laquelle le juge constitutionnel déclare conforme à la Constitution le Code des personnes et de la famille du Bénin.

donc en pleine transformation et il ne saurait s'arrêter en si bon chemin. Son avenir s'annonce radieusement au sujet du principe d'égalité dans le droit de la famille qui sert de base à la revendication de droits nouveaux issus de la modernité. Et c'est le second temps de l'analyse de l'égalité dans le droit béninois de la famille.

En effet, les profondes mutations en cours dans la société doivent conduire inéluctablement à une réorganisation du droit de la famille au Bénin. Le mariage n'est plus le seul mode de conjugalité. Il est de fait concurrencé par le concubinage qui, avec le concours de l'application de la responsabilité civile et de la répression des violences faites aux femmes le dépouillent de presque tous ses prestiges. Il se voit alors dessiner une certaine convergence des modes de vie. Et puisqu'il n'y a pas différentes manières de vivre en couple, on ne peut négliger l'importance de la prise en compte de la situation visée pour accorder les mêmes droits aux intéressés. L'opportunité d'une réforme législative serait la bienvenue afin d'organiser un statut de base applicable à tous les couples tout en maintenant un statut spécifique pour chacun. Quatre principaux facteurs orientent le choix vers l'organisation d'un statut juridique primaire du couple. Il s'agit de la légitimité du concubinage au Bénin, de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la défaillance de l'État dans l'aide sociale et de la garantie à assurer aux créanciers des couples. L'organisation du statut de base des couples se focalisera essentiellement sur la coparentalité dont les attributs ont été dégagés[1624] et une entraide minimum dans les couples qui constituera une protection minimale égalitaire du couple pendant la vie commune et à sa rupture.

Les progrès de la médecine s'investissent aussi davantage dans la procréation humaine. Il est de nos jours possible de contrôler la procréation, qu'il s'agisse de son contrôle positif ou négatif. Chacun de ces moyens de contrôle de la procréation sert de base à la revendication de certains droits par l'évocation de l'application du principe d'égalité. Les progrès de la médecine pourront ainsi occasionner de nouvelles formes de revendications surtout qu'ils sont devenus le point d'ancrage de l'appel à l'application du principe d'égalité entre couples. Mais dans cette problématique de la revendication de l'application du principe d'égalité entre les couples afin de permettre à chaque couple d'opérer un choix de contrôle de la procréation selon les situations de chacun, une question fondamentale semble se poser au sujet de la nature juridique de l'embryon et les utilisations qu'il est possible d'en faire. On pourrait ainsi rechercher, sur la base du principe d'égalité, à fabriquer un embryon pour soi afin d'avoir un enfant ou le détruire lorsqu'il ne s'insère pas dans un projet parental. Tout dépendra alors de la catégorie à laquelle l'embryon

[1624] *Cf. supra* n°s 534 et s.

appartient. De la *summa divisio* entre les personnes et les choses, il s'est dégagé une catégorie intermédiaire de personnes par destination ou de chose sacrée à laquelle l'embryon appartiendrait. Deux nouveaux droits peuvent alors être revendiqués. Il s'agit du droit à l'enfant ou plutôt du droit à l'enfant à naître et du droit à l'avortement.

La procréation médicalement assistée est déjà pratiquée et tolérée au Bénin. Il convient toutefois de l'encadrer afin d'anticiper quelques dérives notamment les conflits de filiation et la perturbation de l'ordre des générations. C'est ainsi qu'il serait nécessaire de limiter non seulement la procréation médicalement assistée aux seuls couples mariés mais également de limiter certaines pratiques notamment celles qui heurtent l'éthique.

Au sujet de la venue d'enfant, on observe que la femme joue un rôle important en gardant le fœtus en son sein et en lui donnant naissance par l'accouchement. Il peut toutefois arriver des cas dans lesquels l'enfant à naître ou l'enfant né ne soit pas un enfant voulu par ses géniteurs. Les charges de l'enfant dans ce cas pèsent en général sur un seul des parents, en l'occurrence la mère qui voit établir la filiation de l'enfant à son égard de manière automatique. Lorsque l'enfant n'est pas voulu, on observe parfois son abandon sauvage ou la traite de l'enfant. Ces formes de refus de fait de la procréation doivent permettre d'envisager une certaine actualisation du droit de la famille afin de concilier les droits de l'enfant à ceux de la mère. Il faudra alors organiser le refus de la procréation qui peut se manifester de deux façons principalement à savoir l'interruption volontaire de grossesse et l'accouchement sous X dont la fonction souhaitable est de conduire à une filiation élective puisqu'il favorise l'adoption de l'enfant dès son jeune âge[1625]. Mais on constate que l'accouchement sous X peut être détourné par des contrats de gestation pour autrui dont l'objectif final est d'adopter son propre enfant.

Á force de réfléchir à démontrer l'impérativité d'un principe, on finit par en être obsédé. Il a été démontré dans cette recherche la faveur pour la consécration de plus d'égalité. Et pourtant, le constat est que le mariage et la famille traditionnelle ont perdu la place qui fut la leur en raison des bouleversements occasionnés par le principe d'égalité au point que des auteurs clament la crise de la famille. Ne pourrait-il pas être envisagé l'infléchissement du principe d'égalité dans le droit de la famille par la volonté individuelle en raison de la spécificité des rapports de famille ?

[1625] F. DREIFUSS-NETTER, *art. préc.*, p. 103.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 7è éd. par Esmein et Ponsard, t. VII, Paris, Librairies techniques, Librairie de la Cour de Cassation, 1962, 512 p.

BÉNABENT A., *Droit civil, la famille*, Paris, 2è éd., Montchrestien, Coll. « Domat », 2012, 550 p.

BÉNABENT A., *Droit de la famille*, Paris, 3è éd, LGDJ, 2014, 542 p.

BÉNABENT A., *Les obligations*, Paris, LGDJ, 2014, 730 p.

BRUSORIO-AILLAUD M. et STASI L., *Droit civil, personnes, incapacités, famille*, Paris, 16è éd., Paradigme, 2010, 289 p.

BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit Civil, introduction, biens, personnes, famille*, Paris, 18è éd., Dalloz-Sirey, 2013, 1104 p.

BUREAU D et MUIR WATT H., *Droit international privé*, t. 2, Paris, PUF, 2014, 712 p.

CARBONNIER J., *Droit civil, introduction*, 27e éd. refondue, Paris, PUF, 2002, 391 p.

CARBONNIER J., *Droit civil*, t. 1, *introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 2004, 1496 p.

CARBONNIER J., *Droit civil,* t. 2, *la famille, l'enfant, le couple*, 21è éd refondue, Paris, PUF, 2002, 756 p.

CARBONNIER J., *Droit civil,* t. 2*, la famille, les biens, les obligations*, Paris, PUF, Coll. « Quadrige », 2004, 2574 p.

COLIN A. et CAPITANT H., *Traité de droit civil*, t. 1, *introduction générale, personnes et famille, biens,* Paris, Dalloz, 1954, 1160 p.

COLOMBET C., *La famille*, Paris, 2è éd., PUF, 1999, 421 p.

COMBACAU J et SUR S., *Droit international public*, Paris, 11e éd., LGDJ, 2014, 830 p.

CORNU G., *Droit civil, introduction au droit*, Paris, 13è éd., Montchrestien, 2007, 277 p.

CORNU G., *Droit civil, la famille*, Paris, 9è éd., Montchrestien, 2007, 645 p.

CORNU G., *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, Paris, 9è éd., PUF, 1997, 700 p.

COURBE P. et GOUTTENOIRE A., *Droit de la famille*, Paris, 6è éd., Sirey, 2013, 472 p.

COURBE P., *Droit de la famille*, Paris, 4è édition, éd., A. Colin, 2004, p.

COURBE P., *Le divorce*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1996, 131 p.

DROSS W., *Droit civil, les choses*, Paris, LGDJ, 2012, 982 p.

FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., MÈLIN-SOUCRAMANIEN F., PENA A., PFERSMANN O., PINI J., ROUX A., SCOFFONI G. et TREMEAU J., *Droits des libertés fondamentales,* Paris, 6è éd. Dalloz, 2012, 701 p.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations,* t. 1*, L'acte juridique*, Paris, 16è éd., Sirey, 2014, 554 p.

GARÉ Th., *Droit des personnes et de la famille*, Paris, 3è éd. Montchrestien, 2004, 239 p.

GBAGUIDI A. N., *Family and succession law*, Wolters Kluwer, 2011, 272 p.

GHESTIN J., (dir.), *Traité de droit civil, la formation du contrat*, t. 2, J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *l'objet et la cause, les nullités*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2013, 1667 p.

GOUBEAUX G., *Traité de droit civil, les personnes*, J. GHESTIN (dir.), Paris, LGDJ, 1989, 602 p.

GRIMALDI M., (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Paris, 5è éd., Dalloz, 2014, 1481 p.

HAUSER J. et HUET-WEILLER D., *Traité de droit civil, la famille, fondation et vie de la famille*, GHESTIN J., (dir.), Paris, 2è éd., LGDJ, 1993, 943 p.

M'BAYE K., *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, 2è éd., A. Pedone, 2002, 386 p.

MALAURIE Ph. et BRENNER C., *Les successions, les libéralités*, Paris, 6è éd., LGDJ, Lextenso, 2014, 657 p.

MALAURIE Ph. et FULCHIRON H., *Droit civil, la famille*, Paris, 4è éd. Defrénois, 2011, 748 p.

MALAURIE Ph., MORVAN P., *Introduction au droit*, Paris, 5è éd. Defrénois, Lextenso, 2014, 408 p.

MARTY G., et RAYNAUD P., *Droit civil, introduction générale à l'étude du droit*, t.1, Paris, 2è éd., Sirey, 1972, 532 p.

MARTY G., et RAYNAUD P.*, Droit civil, les personnes*, Paris, 3e éd., Sirey, 1976, 1023 p.

MAYER P. et HEUZÉ V., *Droit international privé*, Paris, 11è éd., LGDJ, Lextenso, 2014, 788 p.

MAZEAUD H., L. et J. et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t.1, vol 3, *la famille*, Paris, 7e éd., Montchrestien, 1995, 866 p.

MURAT (P.), (dir.), *Droit de la famille*, Paris, 6è Dalloz, Coll. « Dalloz Action », 2013, 1983 p.

NIBOYET M.-L. et De GEOUFFRE de la PRADELLE G., *Droit international privé*, Paris, 4è éd., LGDJ, Lextenso, 2013, 736 p.

NOUDJENOUMIN Ph., *Grands Problèmes Politiques Contemporains*, Cotonou, éd., IN.I.RE.F, 2006, 172 p.

NTAMPAKA Ch., *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Namur, Presses Universitaires de Namur, 2005, 190 p.

PLANIOL P. et RIPERT G., *Traité de droit civil français*, Paris, 2è éd., LGDJ, 1952, 797 p.

RENAULT-BRAHINSKY C., *Droit des personnes et de la famille*, Paris, 2015, 258 p.

RIPERT G. et BOULANGER F., *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, Paris, LGDJ, t. 1, 1956, 1067 p.

RUBELLIN-DEVICHI J., *Droit de la famille : mariage, divorce, concubinage, pacs, filiation, nom, prénom, autorité parentale, assistance éducative, aide sociale à l'enfance, prestations familiales, obligations alimentaires*, Paris, Dalloz, 1999, 932 p.

SÉRIAUX A., *Le droit, une introduction*, Paris, Ellipses, 1997, 335 p.

TERRÉ F. et FENOUILLET D., *Droit civil, la famille*, Paris, 8è éd., Dalloz, 2011, 1106 p.

TERRÉ F. et FENOUILLET D., *Droit civil, les Personnes, la famille, les incapacités, protection*, Paris, Dalloz, 2012, 934 p.

TERRÉ F. et LEQUETTE Y. et GAUDEMET S., *Droit civil, les successions, les libéralités*, Paris, 4è éd., Dalloz, 2014, 1174 p.

TERRÉ F. et SIMLER Ph., *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, Paris, 6è éd., Dalloz, 2011, 780 p.

TERRÉ F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit civil, les obligations*, Paris, 11è éd., Dalloz, 2013, 1594 p.

TEYSSIÉ B., *Droit civil*, *les personnes,* Paris, 15è éd., Litec, 2012, 549 p.

VOIRIN P. et GOUBEAUX G., *Droit civil,* t. 1*, introduction au droit – personnes –famille – personnes protégées – biens – obligations – sûretés*, Paris, 34è éd., LGDJ, Lextenso, 2013, 752 p.

WEILL A., et TERRÉ F., *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, 5e éd., Dalloz, 1993, 981 p.

II. THÈSES

AGOSSOU Cl., *Liberté et égalité en droit de la famille dans les Ètats francophones de l'Afrique de l'Ouest*, Chaire Unesco des droits de la personne et de la démocratie/Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine, 2012, 657 P.

AÏVO F. J., *Le Président de la République en Afrique noire francophone. Genèse, mutations et avenir de la fonction*, Paris, L'Harmattan, 2006, 626 p.

AL ARDELEANU V., *Le délai de viduité*, Thèse, Paris, 1911, 142 p.

ANANI I. A., *Droit du divorce et liberté individuelle en Afrique de l'Ouest francophone : cas du Bénin, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire et du Togo*, Chaire Unesco des droits de la personne et de la démocratie, 2016, 384 p.

ANDORNO R., *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, préf. de Français CHABAS, Paris, LGDJ, 1996, 372 p.

BADET G., *Contrôle intra normatif et contrôle ultra normatif de constitutionnalité : contribution à l'identification des sous catégories du modèle kelsénien de justice constitutionnelle à partir des systèmes belge et béninois*, Thèse, UCL, 2012, 560 p.

BASTIAN D., *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Thèse, Paris, 1929, 366 p.

BEIGNIER B., *L'honneur et le droit*, préf. de Jacques FOYER, Paris, LGDJ, 1995, 660 p.

BEN HADJ YAHIA S., *La fidélité et le droit*, préf. de Bernard BEIGNIER, Paris, LGDJ, 2013, 843 p.

BENALCAZAR S., *Pacs, mariage et filiation : étude de la politique familiale*, préf. de Bernard BEIGNIER, Paris, Defrénois, 2007, 377 p.

BERTRAND-MIRKOVIC A., *La notion de personne : étude visant à clarifier le statut de l'enfant à naître)*, préf. de François TERRÉ, PUAM, 2003, 472 p.

BITOTA NUAMBA J., *Recherche sur le statut juridique de la femme en Afrique*, Thèse, Toulouse I, 2003, 499 p.

BOUNANG MFOUNGUE C., *Le mariage africain, entre tradition et modernité. Étude socio-anthropologique du couple et du mariage dans la culture gabonaise*, Thèse, Montpellier III, 2012, 371 p.

BOURBON-CREMET V., *Les mutations du droit de la filiation face à l'évolution de la génétique*, Thèse, Nantes, 2010, 356 p.

BOYE A.-K., *Les mariages mixtes en droit international privé sénégalais*, Thèse, Paris II, 1979, 207 p.

BOYSSON B. de, *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale,* préf. de H. FULCHIRON, Paris, LGDJ, 2012, 506 p.

BRUN A.-S., *Contribution à la recherche d'un droit commun patrimonial du couple*, Thèse, Grenoble, 2003, 687 p.

BRUNET R., *Le principe d'égalité en droit français*, Paris, Félix Alcan éditeur, 1910, 270 p.

CHAABAN R., *La caducité des actes juridiques*, préf. de Y. Lequette, LGDJ, 2006, 770 p.

CORDIER-DUMONNET N., *Le détournement d'institution*, Thèse, Bourgogne, 2010, 526 p.

COUDOING N., *Les distinctions dans le droit de la filiation*, Thèse, Toulon, 2007, 424 p.

COUTURIER A. G., *La confirmation des actes nuls*, Paris II, 1969, LGDJ, 1972, 423 p.

DASTUGUC I., *La procréation artificielle. Droit à l'enfant ou droits de l'enfant*, Thèse, Clermont I, 1987.

DAVID R. C. G., *Le droit international privé sénégalais des successions*, Thèse, Dakar, 1999, 338 p.

DEBET A., *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, préf. de Laurent LEVENEUR, Paris, Dalloz, 2002, 998 p.

DEHOUMON M., *La discrimination au travail en Afrique. Analyse des procédés de l'OIT*, Paris, L'Harmattan, 2012, 697 p.

DEKEUWER A., *L'incidence du régime primaire sur les régimes matrimoniaux*, Thèse, Lille, 1975, 766 p.

DELFOSSE-CICILE M.-L., *Le lien parental*, préf. de François TERRÉ, Paris, Panthéon-Assas, 2003, 634 p.

DESNOYER C., *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, préf. de Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Paris, L'Harmattan, 2001, 427 p.

DEWEDI É., *La protection de la vie privée au Bénin*, Paris, L'Harmattan, 2007, 253 p.

DIALLO T., *Réflexion pour une réforme du droit malien des successions*, Thèse, Orléans, 1992, p.

DIOUF S., *Les droits de la femme dans le mariage en droit musulman d'après la jurisprudence musulmane sénégalaise aux XIXe siècles*, Thèse, Dakar, 2000, 532 p.

DOHOU N. G., *Le tiers en droit africain de la famille*, Chaire Unesco des droits de la personne et de la démocratie, 2015, 372 p.

DUBOIS P., *De la condition de viduité et des déchéances causées par le remariage*, Thèse, Paris, Sirey, 1911, 144 p.

DUCLOS J., *L'opposabilité – essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1984, 544 p.

DUVAL-ARNOULD D., *Le corps de l'enfant : sous le regard du droit,* Thèse, préf. de Gérard CORNU, Paris, LGDJ, 1994, 331 p.

FAURE G.-M., *Le désir d'enfant à l'épreuve du droit*. *Essai sur le droit de la procréation médicalement assistée*, Thèse, Montpellier I, 1992, 407 p.

GAILLARD E., *La notion de pouvoir en droit privé*, préf. de Gérard CORNU, Paris, Économica, 1981, 662 p.

GARRIGUE J., *Les devoirs conjugaux : réflexions sur la consistance du lien matrimonial*, préf. de Laurent LEVENEUR, Paris, Panthéon-Assas, 2012, 648 p.

GARRON F., *La caducité du contrat*, préf. de Jacques MESTRE, PUAM, 2000, 349 p.

GBAGUIDI A. N., *Pluralisme juridique et conflit de lois en Afrique noire francophone*, Thèse, Bordeaux IV, 1998, 400 p.

HOFFERT M., *L'évolution des droits des femmes conditionnée par la protection de la famille : l'exemple des alternatives à l'autorisation maritale en France et au Québec de 1804 à 1938*, Thèse, Laval et Strasbourg, 2007, 588 p.

HOUNGBÉDJI A., *Le droit de la famille dans les coutumes du bas-Bénin*, Thèse, Paris, 1967, 418 p.

JARDEL J., *La condition juridique de la personne de l'enfant naturel*, Paris, A. Bontemps, 1934, 205 p.

JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Thèse, préf. de Michel FROMONT, Paris, Économica, 1992, 449 p.

KAKAÏ F. A., *Le vote ethnique au Bénin: Contribution à une étude sociopolitique de l'élection*, Thèse, Abomey-Calavi, 2011, 619 p.

LABBÉE X, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Thèse, Presses universitaires du Septentrion, 1990, 447 p.

LABRUSSE-RIOU C., *L'égalité des époux en droit allemand*, Paris, LGDJ, 1965, 263 p.

LAMARCHE M., *Les degrés du mariage*, préf. De Jean HAUSER, PUAM, 1997, 554 p.

LE DOUJET-THOMAS F., *Le couple et les principes juridiques d'égalité et de non-discrimination*, Thèse, ANRT, 2001, 656 p.

LEVASSEUR G., *La détermination du domicile en droit international privé français*, Paris, Rousseau & Cie éditeurs, 1931, 478 p.

LEVENEUR L., *Situations de fait en droit privé*, préf. de Michelle GOBERT, Paris, LGDJ, 1990, 490 p.

LUCET F., *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, Thèse, Paris II, 1987, 789 p.

M'BAYE R*., Crises entre époux en droit sénégalais*, Thèse, Dakar, 1988, 634 p.

MALAUZAT M.-I., *Le droit face aux pouvoirs des données génétiques*, préf. de Jacques Mestre, Aix-en Provence, PUAM, 2000, 497 p.

MAYAUX L., *L'altération du contrat conjugal : étude des rapports du contrat et du droit matrimonial*, Thèse, Lyon III, 1988, 812 p.

MAZIERE P., *Le principe d'égalité en droit privé*, Thèse, Paris II, 1997, 551 p.

MEAU-LATOUR H., *La donation déguisée en droit civil français : Contribution à la théorie générale de la donation*, préf. de Pierre Raynaud, Paris II, 1993, 511 p.

MELIN-SOUCRAMIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, PUAM, 1997, 397 p.

MENJUCQ J., *L'attribution du nom par filiation*, Thèse, Paris II, 1975, 427 p.

MICOU É., *L'égalité des sexes en droit privé. De quelques aspects essentiels*, préf. de Yves SAINT-JOURS, Presses universitaires de Perpignan, 1997, 519 p.

MILLARD É, *Famille et droit public : recherches sur la construction d'un objet juridique*, préf. Jean-Arnaud MAZÈRES, LGDJ, 2004, 778 p.

MONGE L, *La liberté de procréer, pouvoir de la femme*, préf. de Pierre CATALA, Paris II, 2000, 804 p.

MOUTEL B., *L' « effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français*, Thèse, Limoges, 2006, 501 p.

MUSSET J., *Le régime des biens entre époux en droit normand du XVIe siècle à la révolution*, Caen, Presses universitaires de Caen, 1997, 214 p.

NANGA S., *L'égalité entre l'homme et la femme en Afrique noire francophone : essai sur la condition juridique de la femme en droit social ivoirien*, Thèse, Paris-Nanterre, 2008, 634 p.

NIBOYET F., *L'ordre public matrimonial*, préf. de Janine REVEL, Paris, LGDJ, 2008, 444 p.

NKOU MVONDO P., *Le dualisme juridique en Afrique noire francophone*, Thèse Strasbourg III, 1995, 456 p.

OKOUMA N., *La polygamie dans le Code civil gabonais de 1972*, Thèse, Montpellier I, 1981, 285 p.

PECAUT-RIVOLIER L., *Mariage et procréation*, Thèse, Paris II, 1994, 508 p.

PELLETIER C., *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, Préf. de Philippes JESTAZ, L'Harmattan, 2004, 582 p.

PEYTEL A., *L'union libre devant la loi*, Thèse, Paris, 1905, 312 p.

PICHARD M., *Le droit à : étude de législation française*, préf. de Michelle GOBERT, Paris, Économica, 2006, 566 p.

POSEZ A., *L'inexistence du contrat*, Thèse, Paris II, 2010, 713 p.

PRIEUR S., *La disposition par l'individu de son corps*, Thèse, Dijon, 1998, 453 p.

RAKOTO I., *Parenté et mariage en droit traditionnel malgache*, préf. de Michel ALLIOT, Paris, PUF, 1971, 144 p.

RANOUIL V., *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept,* Thèse, Toulouse I, 1997, 165 p.

RAYNAUD P., *La nature juridique de la dot : essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1934, 283 p.

RIEUBERNET C., *Les donations entre époux, étude critique*, Paris, Defrénois, 1997, 223 p.

RONDEAU-RIVIER M.-C., *Le remariage*, Thèse, Lyon III, 1981, 684 p.

ROUMY F., *L'adoption dans le droit savant du XIIe au XVIe siècle*, LGDJ, 1998, 363 p.

SADI D., *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, Thèse, Paris sud, 2013, 669 p.

SAVAG A, *Essai sur le besoin, créateur de droit*, Paris, LGDJ, 1969, 320 p.

SIDIMÉ L., *L'établissement de la filiation en droit sénégalais depuis le Code de la famille,* Thèse, Dakar, 1980, 454 p.

SOW-SIDIBÉ A., *Le pluralisme juridique en droit sénégalais des successions ab intestat*, Thèse, Paris, 1987, 660 p.

SPITÉRI P., *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal : étude de réforme législative*, Thèse, préface de A. BRETON, Paris, LGDJ, 1965, 224 p.

THURILLET-BERSOLLE A., *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Thèse, Bourgogne, 2011, 600 p.

TOSSA G. L.-P., *La protection juridique de l'enfant au travail en Afrique noire francophone*, Thèse, Abomey-Calavi, 2014, 419 p.

TOUZE S., *La protection des droits des nationaux à l'étranger : recherches sur la protection diplomatique*, préf. de Jean-François FLAUSS, Paris, A. Pedone, 2007, 513 p.

VASSEUR-LAMBRY F., *La famille dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2000, 522 p.

VAUVILLE F., *Les pouvoirs concurrents en droit de la famille*, Thèse, Lille II, 1991, 420 p.

VIALLETON H., *L'autorité maritale sur la personne de la femme : étude critique de jurisprudence*, Thèse, Montpellier, 1919, 636 p.

WINTGEN R., *Étude critique de la notion d'opposabilité : Les effets des contrats à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Paris, LGDJ, 2004, 402 p.

ZULIAN I., *Le gène saisi par le droit. La qualification de chose humaine*, préf. de D. VELARDOCCHIO, Aix-en Provence, PUAM, 2008, 437 p.

III. OUVRAGES SPÉCIALISÉS

AHANHANZO-GLÉLÉ M., *La République du Dahomey*, Encyclopédie politique et constitutionnelle, série Afrique, Paris, éd. Berger-Levrault, 1969, 73 p.

ANCEL M., *L'adoption dans les législations modernes : essai de synthèse comparative suivi du relevé systématique des législations actuelles relatives à l'adoption*, Paris, Sirey, 1943, 212 p.

ARNOUX I, *Les droits de l'être humain sur son corps*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 1994, 575 p.

AUGÉ M., GRANDIN-BLANC N. et AGHASSIAN M., *Les domaines de la parenté : la parenté, filiation, alliance, résidence, Paris,* éd. François Maspero, 1975, 139 p.

BADET G., *Les attributions originales de la Cour Constitutionnelle du Bénin*, Cotonou, FES, 2013, 480 p.

BADINTER E, *L'un est l'autre : des relations entre hommes et femmes*, Odile Jacob, Paris, 2002, 368 p.

BADINTER E., *L'un est l'autre*, Paris, O. Jacob, 1986, 361 p.

BANÉGAS R., *La démocratie à pas de caméléon, transition et imaginaires politiques au Bénin*, Paris, karthala, 2003, p. 249

BATTEUR A., *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2012, 618 p.

BAUDOUIN L. et LABRUSSE-RIOU C., *Produire l'homme, de quel droit ? Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, PUF, 1987, 288 p.

BAYART J.-F., *LÉtat en Afrique. La politique du ventre*, Paris, Fayard, 2006, 514 p.

BERNARD J., *De la biologie à l'éthique : nouveaux pouvoirs de la science, nouveaux devoirs de l'homme,* Paris, Buchet/Chastel, 1990, 309 p.

BINET J., *Le mariage en Afrique Noire*, Paris, les éd. du Cerf, 1959, 176 p.

BOULANGER F., *Les rapports juridiques entres parents et enfants. Perspectives comparatives internationales*, Paris, Économica, 1998, 394 p.

CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis*, Paris, LGDJ, 1998, 380 p.

CALVES G., *La discrimination positive*, Paris, 3è éd. PUF, 2004, 126 p.

CARBONNIER J. *Sociologie juridique*, Paris, 2è éd., PUF, 2004, 415 p.

CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, 276 p.

CARBONNIER J., *Essais sur les lois*, Paris, 2è éd, LGDJ, 2014, 174 p.

CARBONNIER J., *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, 298 p.

CARBONNIER J., *Flexible droit. Pour une sociologie de droit sans rigueur*, Paris, 10è éd., LGDJ, 2014, 493 p.

COHEN-JONATHAN G., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Économica, 1989, 616 p.

COMMAILLE J., *L'esprit sociologique des lois : essai de sociologie politique du Droit,* Paris, PUF, 2008, 275 p.

COOPER D., *Mort de la famille* (Trad. de l'anglais), Paris, Seuil, 1975, 160 p.

CORNU G., *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, Coll. « Doctrine juridique », 1998, 421 p.

DABIN J., *Le droit subjectif*, préf. de Christian ATIAS, Paris, Dalloz, 2008, 313 p.

DABIN J., *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, 424 p.

DAVID N. Z., FARGE A., DUBY G. et PERROT M., *Histoire des femmes en occident*, t. 3, *XVIe-XVIIIe siècle*, Paris, Perrin, 2002, 658 p.

DEGNI-SEGUI R., *Les droits de l'homme en Afrique Noire Francophone (théorie et réalité)*, 2e éd., Abidjan, CEDAS, 1998, 196 p.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. et CHOAIN C., *L'autorité parentale en question*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 2003, 237 p.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *L'égalité des sexes*, Paris, Dalloz, 1998, 97 p.

DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit,* t. 1*, Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, 439 p.

DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit,* t. 2, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2006, 303 p.

DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit,* t. 3*, La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007, 299 p.

DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit,* t. 4*, Vers une communauté de valeur*, Paris, Seuil, 2011, 423 p.

DEMAIN B., *La liquidation des biens des concubins*, Paris, LGDJ, 1968, 160 p.

DORLIN E., Sexe, *genre et sexualité*, Paris, PUF, Coll. « philosophies », 2008, 153 p.

DUBY G. et PERROT M., *Histoire des femmes en occident*, t. 2, *Le moyen-Age*, Paris, Plon, 1990, 567 p.

DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, 2è éd., Paris, éd. la Mémoire du droit, 2008, 216 p.

DUMONT R., *L'Afrique noire est mal partie*, Paris, Seuil, 1982, 287 p.

FARJAT G., *Pour un droit économique*, Paris, PUF, 209 p.

FELLOUS G., *Les droits de l'homme. Une universalité menacée*, Paris, Direction légale et administrative, 2010, 266 p.

FRAISSE G., DUBY G. et PERROT M., *Histoire des femmes en occident*, t. 4, *XIXe siècle*, Paris, Perrin, 2002, 764 p.

FRAISSE G., *La différence des sexes*, Paris, PUF, Coll. « Philosophies », 1996, 126 p.

FULCHIRON H., *La nationalité française*, Paris, PUF, Que sais-je ? 2000, 127 p.

GÉRARD Ph., *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007, 256 p.

GIDE P., *Étude sur la condition privée de la femme*, Paris, Durand et Pédone-Laurel, 2008, 563 p.

GILLES A.-M., *Le couple en droit social*, Paris, Économica, 1997, 255 p.

GODELIER M., *Métamorphoses de la parenté*, Paris, Flammarion, 2010, 949 p.

GODINEC P. F., *Les droits africains : évolutions et sources*, Paris, LGDJ, Coll. « Bibliothèque Africaine et Malgache », t. 1, 1968, 278 p.

HAURIOU M., *La science sociale traditionnelle*, Paris, Larose, 1896, 432 p.

HAUSER J., *La filiation*, Paris, Dalloz, 1996, 83 p.

HENNEBEL L., *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies – Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuel*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 582 p.

HÉRITIER F., *Masculin-féminin,* t. 1, *La pensée de la différence*, Paris, O. Jacob, 1996, 332 p.

HÉRITIER F., *Masculin-féminin*, t. 2, *Dissoudre la hiérarchie*, Paris, O. Jacob, 2007, 441 p.

HUET-WEILLER D., LABRUSSE C. et VAN CAMELBEKE M., *La filiation*, Paris, Librairies techniques, 1981, 233 p.

JEANMART N., *Les effets civils de la vie commune hors mariage*, Bruxelles, Larcier, 1986, 352 p.

JESTAZ Ph., *Autour du droit civil : écrits dispersées, idées convergentes*, Paris, Dalloz, 2005, 442 p.

JESTAZ Ph., *Le droit*, Paris, Dalloz, 2014,160 p.

JOUANJAN O., *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Économica, 1992, 449 p.

KAYSER P., *La protection de la vie privée*, t. 1, *Protection du secret de la vie privée*, Paris, Économica, 1984, 396 p.

KAYSER P., *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, Préf. Henri Mazeaud, Paris, PUAM-Économica, 3è éd., 1995, 605 p.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. Par C. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1999, 367 p.

KOUASSIGAN A. G., *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974, 311 p.

KRYNEN J. (dir.), *Le droit Saisi par la morale*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, 352 p.

KUYU C., *Écrits d'anthropologie juridique et politique*, Louvain-la-Neuve, 2008, 310 p.

KUYU MWISSA C., *À la recherche du droit africain du XXIe siècle*, Paris, Connaissances et savoirs, 2005, 279 p.

KUYU MWISSA C., *Parenté et famille dans les cultures africaines*, Paris Karthala, 2005, 173 p.

LABBÉE X., *Le droit commun du couple*, Villeneuve d'Ascq, Strasbourg, PUS, 2012, 245 p.

LABRUSSE-RIOU C., *Le droit saisi par la biologie*, Paris, LGDJ, 1996, 449 p.

LACROIX J., *Forces et faiblesses de la famille*, Paris, Seuil, 1949, 156 p.

LAGARDE P., *La nationalité française*, Paris, 4è éd., Dalloz, 2011, 499 p.

Le CORNEC J., *La calebasse dahoméenne ou les errances du Bénin : Du Dahomey au Bénin*, t. II, Paris, L'Harmattan, 2000

LEFEBVRE C., *Le droit des gens mariés aux pays de droit écrit et de Normandie*, Paris, Sirey, 1912, 369 p.

LEGROS B., *Droit de la bioéthique*, Bordeaux, Les Études hospitalières, 2013, 345 p.

LÉPINARD E., *L'égalité introuvable. La parité, les féministes et la République*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007, 293 p.

LINDON R., *Les droits de la personnalité : la création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille*, Paris, Dalloz, 1974, 372 p.

M'BAYE K, *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, études préparées à la requête de l'Unesco,* Paris, Larose, 1968, 295 p.

MAMERE N., *Éloge du mariage pour tous*, Paris, L'esprit du temps, 2013, 56 p.

MANASSEIN M. (de), (dir.), *De l'égalité des sexes*, Paris, Centre national de documentation pédagogique, 1995, 317 p.

MARTENET V., *Géométrie de l'égalité*, Paris, LGDJ, 2003, 658 p.

MASSIP J., MORIN G. et AUBERT J.-L., *La réforme de la filiation, commentaire de la loi n° 72-3 de janvier 1972*, Paris, Defrénois, 1976, 328 p.

MEDE N., *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Saarbrücken, Editions Universitaires Européennes, 2012, 468 p.

MELONE S., *La parenté et la terre dans la stratégie de développement (l'expérience camerounaise : étude critique)*, Paris, éd. Klincksieck, 1972, 201 p.

MEULDERS-KLEIN M.-T., *La personne, la famille, le droit*, *1968-1998 : trois décennies de mutations en occident*, Préf. G. CORNU, Bruxelles, Bruylant, 1999, 589 p.

MIRKOVIC A. et POURHIET A.-M., *Mariage des personnes de même sexe, la controverse juridique*, Paris, Pierre TÉQUI éditeur, 2013, 56 p.

MONTEILLET-GEFFROY M., *Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille*, Paris, La Mouette, 2001, 309 p.

NKELENGE H. M., *Vers une sacramentalité du système matrimonial*, Fribourg, éd. Saint-Paul, 2003, 411 p.

NOGUEROL D., *Discriminations sexuelles et droits européens*, Masson, 1993, 198 p.

OLAWALE E. L., *La nature du droit coutumier africain*, Paris, Présence Africaine, 1998, 325 p.

OPPETIT B, *Essai sur la codification*, Paris, PUF, 1998, 91 p.

OPPETIT B., *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, 299 p.

OTIS G., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, 288 p.

PAVIA M.-L. et REVET Th. (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Paris, Économica, 1999, 181 p.

PILLEBOUT J.-F., *Le pacs civil de solidarité*, Paris, 2e éd., Litec, 2002, 184 p.

PIRNAY P., *Bioéthique et droit : interactions*, LEH, Coll. « Essentiel », 2011, 154 p.

Plaidoyer pour l'égalité, Assemblée parlementaire, préf. de G. Halimi, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 1995, p. 175.

POUSSON-PETIT J., *Le démariage en droit comparé. Étude comparative des causes d'inexistence, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps, dans les systèmes européens*, Préf. de Rigaux et Nerson, Bruxelles, Larcier, 1981, 680 p.

PRIGENT R., *Renouveau sur les idées de la famille*, Paris, PUF, 1954, 369 p.

RADCLIFFE-BROWN A. R. et FORDE D., *Systèmes familiaux et matrimoniaux en Afrique*, Trad. révisée par M. Griaule, Paris, PUF, 1953, 527 p.

RAYNAUD P., *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, Paris, Sirey, 1934. 283 p.

RENAUT M.-L., *Histoire du droit privé, Personnes et biens*, Paris, Ellipses, 2008, 175 p.

REVEL J., *La filiation*, Paris, PUF, 1998, 127 p.

RIPERT G., *Le déclin du droit : études sur la législation contemporaine*, Paris, LGDJ, 1949, 225 p.

RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, 431 p.

ROCHFELF J., *Les grandes notions du droit privé*, Paris, 2è éd., PUF, 2013, 562 p.

ROLAND R.-M., *Le couple et l'artifice. Droit des néo-conjugalités : mariages fictifs, concubinages, pacs*, Lyon, L'Hermès, 2000, 599 p.

ROUSSEAU D., *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, Paris, Montchrestien, 1998, 106 p.

ROUSSEL L., *La famille après le mariage des enfants*, Paris, PUF, 1976, 258 p.

SACCO R., *Le droit africain. Anthropologie et droit positif*, Paris, Dalloz, 2009, 566 p.

SAGACINSKI S., *Politique des sexes*, Paris, Seuil, 1998, 204 p.

SANTINELLI E., *Des femmes éplorées ? Les veuves dans la société aristocratique du haut Moyen Âge*, Paris, Presses Universitaires du Septentrion, 2003, 414 p.

SANTULLI C., *Irrégularités internes et efficacité internationale de la nationalité*, Paris, LGDJ, 1995, 97 p.

SAVATIER R., *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, 2è éd., LGDJ, 1963, 224 p.

SAVATIER R., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé aujourd'hui*, Paris, 3è éd., Dalloz, 1964, 454 p.

SAVIDAN P, *Repenser l'égalité des chances*, Grasset, 2007, 325 p.

SCHMITT-PANTEL P., DUBY G. et PERROT M., *Histoire des femmes en occident*, t. 1, *L'Antiquité*, Paris, Perrin, 2002, 725 p.

SEGALEN M., *Sociologie de la famille*, Paris, A. Colin, 367 p.

SÈVE R. et Goyard-Fabre S., *Les grandes questions de philosophie du droit*, Paris, PUF, 1986, 323 p.

SFEZ L., *Leçon sur l'égalité*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des sciences politiques, 1984, 293 p.

SINLGY F. (de), *Sociologie de la famille contemporaine*, Nathan, 1993, 128 p.

STRICKLER Y., *Les biens*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 2006, 536 p.

TERRÉ F., *L'enfant de l'esclave*, Paris, Flammarion, 1992, 222 p.

TERRÉ F., *Les questions morales du droit*, Paris, PUF, 2007, 362 p.

THÉBAUD F., DUBY G. et PERROT M., *Histoire des femmes en occident*, t. 5, Le *XXe siècle*, Paris, Perrin, 2002, 891 p.

TOPOR L., *Les conflits de lois en matière de puissance parentale*, Paris, Dalloz, 1971, 402 p.

VICH-Y-LLADO D., *La désunion libre*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2001, 312 p.

VILLEY M., *Leçons d'histoire sur la philosophie du droit*, Dalloz, 1962, 318 p.

WACHSMANN P., *Les droits de l'homme*, Paris, 5è éd, Dalloz, 2008, 187 p.

WACHSMANN P., *Libertés publiques*, Paris, 7è éd., Dalloz, 2013, 807 p.

WEIL P., *Liberté, égalité, discriminations*, Paris, Grasset, 2008, 234 p.

IV. DICTIONNAIRES, OUVRAGES COLLECTIFS ET COLLOQUES

Actes du colloque Génétique, *procréation et droit* : Paris 18-19 janvier 1985, Paris, Actes Sud, 1985, 569 p.

ALLAND D. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Puf, 2003, 1649 p.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GAUDIN H., MARGUENAUD J.-P., Rials St. et SUDRE F., (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, 1074 p.

BASTILLE R. et DIETERLEN G., *La notion de personne en Afrique noire*, Paris, L'Harmattan, 1993, 596 p.

BERGER J-L., *Le plurijuridisme*, actes du VIIIe congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, PUAM, 2005, 368 p.

BOUDOT M. et VECCHI P. M., (dir.), *La théorie des nullités*, Paris, LGDJ, Coll. « Faculté de Droit et de Sciences Politiques de l'Université de Poitiers », 2008, 278 p.

BOULAD AYOUB J., MELKEVIK B. et ROBERT P., *L'amour des lois. La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Les Presses de l'Université de Laval, 1996, 498 p.

BOY L., RACINE J. B. et SIIRIAINEN F., (sous la coordination de), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, 586 p.

BYK C., (dir.), *Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit ? Une contribution multidisciplinaire et internationale*, Paris, Masson, 1989, 404 p.

CATALA P., (dir.), *Perspectives et réformes en droit de la famille*, Paris, juris-classeur, 2000, 54 p.

CHAGNOLLAUD D et DRAGO G., (dir.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2010, 751 p.

CONAC G., (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains, Actes du colloque de la Sorbonne : « La vie du droit en Afrique »*, Paris, Économica, 1980, 509 p.

CORNU G., (dir.), *Vocabulaire Juridique*, Paris, PUF, 2014, 1099 p.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F, *Dictionnaire juridique. Droit des femmes,* Dalloz, 1985, 458 p.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. et CHOAIN C., *Indépendance financière et communauté de vie, actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1988,* Paris, LGDJ, 1989, 216 p.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. et CORNU G., *Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée, actes des journées d'études des 5 et 6 décembre 1996*, Paris, LGDJ, 1997, 176 p.

DUBOS O. et MARGUENAUD J. P., (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, A. Pedone, 2007, 156 p.

DUHAMEL O. et MÈNY Y., *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, 1112 p.

FAURE C., (dir.), *Encyclopédie politique et historique des femmes*, Europe, Amérique du nord, Paris, PUF, 1997, 885 p.

FONTAINE L., *Droit et pluralisme, actes du colloque de Caen, les 30 novembre et 1er décembre 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 398 p.

GANGHOFER R. (dir.), *Le droit de la famille en Europe : son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours, actes des Journées internationales d'histoire du droit*, Strasbourg, PUS, 1992, 877 p.

GANGHOFER R., (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Strasbourg, PUS, 1992, 877 p.

GILISSEN J., *Le pluralisme juridique : études publiées sous la direction de John Gilissen*, Bruxelles, éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, 332 p.

GUINCHARD S., DEBARD Th., *Lexique des termes juridiques*, 22e éd. Paris, Dalloz, 2014, 1057 p.

JEAN-LOUP A., *Diversité Culturelle et Universalité des Droits de l'Homme*, Nantes, éd. Cécile Default, 2010, 118 p.

La personne humaine, sujet de droit : quatrième journée René Savatier, Poitiers, 25 et 26 mars 1993, Paris, PUF, 1994, 232 p.

LAFOND P.-C. et LEFEBVRE B., (dir.), *L'union civile : nouveaux modèles de conjugalité et de parentalité au 21è siècle, actes du colloque du groupe de réflexion en droit privé*, Québec, Les éd. Yvon Blais, 2003, 399 p.

LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2006, 1323 p.

Le Grand Littré, Dictionnaire de la langue française, t. *2*, Monte-Carlo, éd. du Cap, 1999

Le Grand Robert de la langue française, t. 2, *2è éd*., 2015

MAUGENEST D. et HOLO Th., (dir.), *L'Afrique de l'Ouest et la tradition universelle des droits de l'homme, Actes du colloque d'Abidjan,* 13-15 mars 2006, les éditions du CERAP, 2006, 393 p.

ONORIO (d') J.-B., (dir.), *Mariage civil et mariage canonique, actes du Ve colloque national des juristes catholiques, Paris 20, 21 avril 1985*, Paris, TÉQUI, 1985, 176 p.

RIGAUX F. et MEULDERS-KLEIN M.-T., (dir.), *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, *Travaux des VIIIe journées d'études juridiques Jean DABIN*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 769 p.

THÉRY I. et BIET Ch., (dir.), *La famille, la loi, l'État, de la révolution au Code civil*, Paris, éd. du Centre Georges Pompidou/Imprimerie nationale éd., 1989, p. 534 p.

VOGEL L., *Unifier le droit : un Rêve impossible ?*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2001, 149 p.

V. ARTICLES ET CHRONIQUES

ADANGUIDI J. et A. TOLLEGBÉ, « Facteurs explicatifs de la traite des enfants au Bénin », *Revue d'Economie Théorique et Appliquée*, vol. 2, n° 2, déc. 2012, pp. 223-245.

ADONON A., PLANÇON C. et VERSINI-CAMPINCHI P., « Variations sur le pluralisme juridique : au carrefour de trois cheminements », in *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, pp. 65-79.

ANTONINI-COCHIN L., « Le paradoxe de la fidélité », *D*. 2005, n° 1, pp. 23-25.

ALLEAUME C.,

- « "Solidarité contre solidarité" : étude comparative des avantages respectifs du mariage et du Pacs au regard du droit du crédit », *D.* 2000, chron. 450.
- « Achats à crédit et solidarité des époux », *Dr. fam*. 1999, chron. n° 5.

ALLIOT M,

- « Problèmes de l'unification des droits africains », in *Journal of African Law*, vol 11, n° 2, pp. 86-98.
- « Droit des successions dans les États d'Afrique Noire francophone », *RJPIC* 1972, n° 4, pp. 860 et s.

AMOUSSOU-YÉYÉ D., « La dynamique ethnique dans la dynamique socio-politique du Bénin du Renouveau démocratique », in *Afrique juridique, politique et scientifique*, vol. 4, n° 1, 1995, pp. 133 et s.

ANANI I. A., « La dot dans le code des personnes et de la famille au Bénin, Burkina-Faso, Côte d'Ivoire et Togo », in LAGOUTTE S. et SVANEBERG N., (dir.), *Les droits de la femme et de l'enfant, réflexions africaines*, Paris, Karthala, 2011, pp. 223-250.

ATANGANA-MALONGUE Th., « Le principe d'égalité en droit camerounais de la Famille », in *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, vol. 1, n° 3, 2003, p. 171.

BADINTER R. et GENEVOIS B., « Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux, Rapport d'Ankara », *RFDA* 1990, p. 317.

BAFA'A-TSAGUE L. A., « La consécration de la monogamie dans le code béninois des personnes et de la famille : entre affiliation à l'universalité et écart à la réalité », in,

BANDRAC M., DELAISI de PARSEVAL G. et DEPADT-SEBAG V., « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui ? (à propos de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 25 octobre 2007) », *D*. 2008 p. 434.

BARRIERE L.-A., « Penser le(s) concubinage(s). La doctrine française et le concubinage depuis le Code civil », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI*, Paris, Litec, 2002, pp. 143-181.

BARTHEZ A. et LAFERRERE A., « Contrats de mariage et régimes matrimoniaux », Économie et statistique, 1996, p. 127.

BAUGNIET J.,

- « L'égalité des époux en droit belge », in *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, pp. 45-56.
- « La protection de la vie privée », in *Cabrillac R., Frison-Roche M.-A. et REVET Th., Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 12e éd., Dalloz, 2006, pp.170-208.

BELLIVIER F., « Dévolution du nom de famille », *RTD civ*. 2003, p. 554.

BENOIT A., « Protection sociale et concubinage », *Dr. fam*. 1997, chron. n° 8.

BERNARD C., « Le nom de l'enfant né après l'entrée en vigueur de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Dr. fam.* 2002, n° 16.

BEROUGON-PUGIEU C. et THOUVENIN D., « Le nom de la femme mariée », in Roger NERSON (dir.), *Mariage et famille en question*, l'évolution contemporaine du droit français, t. 2, Lyon, CNRS, 1979, vol 2, pp.117-157.

BICHERON F., « L'illicéité de la preuve en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, 2012, pp. 37-51.

BOKO NADJO G., « Union de vie et séparation des biens : quel sens donner au nouveau régime matrimonial légal au Bénin », in *La personne, la famille et le droit en République*

du Bénin : Contribution à l'étude du code des personnes et de la famille, éd. Juris Ouanilo, 2007, pp. 83-85.

BOLZE A., « Les rapports patrimoniaux des couples en dehors de la communauté légale », *Dr. fam.* 2001, chron. n° 5.

BORDEAUX M., « Quand le temps dévore l'espace : temps et espace, facteur de normalisation dans le Code civil (1804) », in Jacques ELLUL *: Une pensée en dialogue*, Labor et Fide, 1983, pp. 185-202.

BORELLA F., « Le concept de dignité de la personne humaine », in *Éthique, droit et dignité de la personne : Mélanges Christian Bolze*, Paris, Économica, 1999, p. 37-52.

BORRILO D., « La liberté érotique et "exception sexuelle" », in D. BORRILO et D. LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, pp. 38-63.

BOUDOT M., « Nullité, annulation et validation des actes dans la doctrine française des 19è et 20è siècles », in M. BOUDOT et P. M. VECCHI (dir.), *La théorie des nullités*, Paris, LGDJ, Coll. « Faculté de Droit et de Sciences Politiques de l'Université de Poitiers », 2008, pp. 79-98.

BOUKONGOU J. D., « L'esprit des droits africains », in *De l'esprit du droit africain : Mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoué*, Cotonou, Wolters Kluwer, 2014, pp. 165-178.

BOULANGER F.,

- « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *JCP G*, n° 14, 7 avril 1993, I. 3665.
- « La vie familiale », in Cabrillac R., Frison-Roche M.-A. et Revet Th*., Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 12e éd., Dalloz, 2006, p. 209-228.
- « Réflexions sur la portée et les limites du principe d'égalité des deux membres du couple dans l'attribution et l'exercice des droits parentaux », in *Mélanges en l'honneur à Gérard Champenois*, Paris, Defrénois, Lextenso-éditions, 2012, pp. 59-71.

BOURGEOIS A.-M., « La loi du 13 juillet 1965 et les séquelles du statut d'infériorité de la femme mariée », *RTD Civ.*, 1968, p. 69.

BOURRAT-GUEGUEN A., « Les incidences du pacs en droit pénal », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI*, Paris, Litec, 2002, pp. 213-222.

BOYER L., « Concubinages et concubinats du Code d'Hammourabi au XIXème siècle », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI*, Paris, Litec, 2002, pp. 127 et s.

BRETON A., « L'enfant incestueux », in R. CASSIN et M. ROLLAND*, Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc ANCEL*, Paris, A. Pedone, 1975, vol 1, pp. 309-326.

BRIERE C.,

- « Dévolution du nom de famille », *LPA*, n° 136, 9 juill. 2003.
- « L'attribution du nom de famille : entre modernité et tradition », *LPA*, 21 mars 2002, p. 4.

BRUNETTI-PONS C.,

- « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille *», Dr. fam.* n° 5, mai 2003, chron. 15.
- « Couple et durée », in C. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Économica, 1998, pp. 29-42.
- « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD. civ.,* 1999, pp. 27 et s.

CALAIS B., « Le droit de la mort », *D*. 1985, Chron. p. 73.

CALAY-AULOY M.-T., « Pour un mariage aux effets limités », *RTD. civ*., 1988, pp. 255 et s.

CARBONNIER J.,

- « V^is^ Famille, législation et quelques autres », in *Mélanges offerts à René SAVATIER*, Paris, Dalloz, 1965, pp. 135-156.
- « La communauté entre époux est-elle une personne morale ? », in *Journées de droit de Pavie et de Milan, Travaux de l'association Henri CAPITANT*, t. 8, Dalloz, 1955, pp. 280 et s.
- « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante », in *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, pp. 255- 266.
- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in C. PERELMAN ET R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 99-113.
- « Rapport de synthèse du 75ème Congrès des notaires de France », *JCP N,* 1978, p. 399.
- « Sur un air de famille », in I. THÉRY et C. BIET (dir.), *La famille, la loi, l'État : de la révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, pp. XIII-XXIV.
- « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : Etudes offertes à Georges Ripert,* t. 1, *études générales. Droit de la famille,* Paris, LGDJ, 1950, pp. 325-345.

- « De quelques actes manqués en législation », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, pp. 3-11.
- « La naissance et la grâce. Á propos du projet de loi sur la filiation », *D*. 1971, chron. XXIV.
- « Légiférer avec l'histoire ? », *Société et droits, La famille, la loi, l'État. Débats révolutionnaires, problèmes d'aujourd'hui*, 1990, n° 14, pp. 9-11.

CASSESE A., « Cette bouleversante pluralité d'espace juridique », in Mireille DELMAS MARTY *et les années UMR*, Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 77-81.

CHARLIN J., « Le contrat de concubinage. Formule », *JCP N*, 1991, p. 459.

CHARTIER Y., « Domicile conjugal et vie familiale », *RTD civ.*, 1971, pp. 511 et s.

CISSÉ A., « Introduction générale. Pour une approche plurale du droit africain », in *De l'esprit du droit africain : mélanges en l'honneur de Paul Gérard Pougoué*, Cotonou, Wolters Kluwer, 2014, pp. 1-23.

CISSÉ A., « Pour une approche plurale du droit africain », in *De l'esprit du droit africain : mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUÉ*, Cotonou, Wolters Kluwer, 2014, pp. 1-23.

COLOMBET C., « Commentaire de la loi du 4 juin sur l'autorité parentale », *D*. 1971, pp. 1-29.

COMMAILLE J.,

- « Compte rendu du 95ème Congrès des Notaires de France », *Defrénois* 1999, *Actualité,* pp. 98 et s.
- « La construction du couple par les individus, la société et le politique. Approche sociologique », *in* C. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Économica, 1998, pp. 9-15.
- « Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus. Du "législateur juridique" au juriste consultant », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI*, Paris, Litec, 2002, pp. 19-28.
- « Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein : Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 83-102.

CORNU G.,

- « La refonte dans le code civil français du droit des personnes et de la famille », in G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, Coll. « Doctrine juridique », 1998, pp. 371-383.
- « Le règne discret de l'analogie », in *Mélanges offerts à Alain Colomer*, Litec, 1993, pp. 139-142.
- « Consentement au mariage et consentement au divorce en trompe-l'œil », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein : droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp 103-114.
- « La naissance et la grâce », *D*. 1971, chron. 165.
- « Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », in *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, pp. 87-133.

CORPART I., « La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille », *D*. 2003, chron. p. 2845.

CROTEAU A., « Les dettes de la communauté nées du chef de la femme recourant à l'autorisation judiciaire de l'art. 217 », *D.*, 1974, chron. p. 5.

DALCQ DEPOORTER J., « L'enfant de qui ? », in *Liber amicorum Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN : droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 115-142.

DECOTTIGNIES R,

- « *Requiem* pour la famille africaine », *Ann. afr.* 1965, p. 251.
- « L'apport européen dans l'élimination du droit privé sénégalais », *Ann. afr.* 1964, pp.79-113.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F.,

- « Á propos du pluralisme des couples et des familles », *LPA*, 28 avril 1999, n° 84, p. 29.
- « Commentaire de la loi relative au nom de famille », *RJPF*, juillet-août 2002, p. 6.
- « Couple et cohabitation », in C. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Économica, 1998, pp. 61-73.
- « La nécessité d'une réforme : perspectives de réformes en droit de la famille », *Dr. fam*. Hors-série, décembre 2000, pp. 17 et s.
- « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, vol. 1, 1998, pp. 281-298.

- « Propos hétérodoxes sur les familles naturelles », in *Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Strasbourg, PUS, 1994, pp. 67-77.
- « Vers un nouveau droit de la famille ? », *Droit et Patrimoine* n° 75, octobre 1999, pp. 6 et s.
- « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD. civ*. 2001, pp. 529 et s.
- « Commentaire de la loi relative au nom de famille », *RJPF* 2002-7-8/10.
- « Réflexions critiques d'une juriste sur la parentalité *», in mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser,* Paris, Dalloz, 2012, pp. 41-58.
- « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD. civ.* 1995, pp. 249 et s.

DELBREL Y., « La reconnaissance jurisprudentielle de l'union libre au XIXème siècle », *RRJ* 2002-3, pp. 1513 et s.

DELEBECQUE Ph., BRETZNER J.-D. et VASSEUR Th., « Droit de la preuve », *D*. 2008, chron. p. 1824.

DEPRET L., « L' "Enfant noir" », in *Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Strasbourg, PUS, 1994, pp. 79-98.

DEVEZE J., « La sexualité dans le droit pénal contemporain », *Ann. de l'Université des Sciences sociales de Toulouse,* 1985, p. 29.

DEVILLAIRS L.-A., « Le nom de l'enfant : de nouvelles perspectives », *AJ fam*. 2002, pp. 256 et s.

DIJON X., « Baudouin 1er et l'enfant à venir », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein : droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 181-195.

DONFACK SOKENG L., « Les unions para-matrimoniales en droit gabonais de la famille, in l'Afrique juridique et politique, vol 2, n° 1, janv.-juin 2003, pp. 82-124.

DOSSOU S. M. R., « Les droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », in *Liber amicorum Michel Melchior*, *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme*, Bruxelles, Anthémis, 2010, pp. 325-337.

DOUJET-THOMAS F.,

- « L'évolution des fonctions du nom », *RLDC*, 2004, pp. 25 et s.
- « Le (double) nom de l'enfant : une surprenante discrimination », *LPA* 30 mai 2011, pp. 11 et s.

- « Quelques nouveautés à propos du nom et de l'égalité des sexes », in *Mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris, Montchrestien, 2012, pp. 257-268.

DREIFUSS-NETTER F.,

- « Adoption ou assistance médicale à la procréation : quelles familles ? », *D*. 1998, p. 100 et s.
- « L'accouchement sous X et le droit de reconnaitre ses origines », in *Droit de l'enfant et de la famille : hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, pp. 57-63.
- « L'accouchement sous X », in *Droit des personnes et de la famille : Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Strasbourg, PUS, 1994, pp. 99-113.

DURRY G. et GOBERT M., « La réforme de la tutelle et de l'administration légale à l'épreuve du temps », *in* Jean FOYER *auteur et législateur, leges tulit, jura docuit : écrits en hommage à Jean Foyer*, Paris, PUF, 1997, pp. 377-390.

EDELMAN B., « La dignité humaine, un concept nouveau », *D*. 1997, chron. p. 186.

ESMEIN P., « Le problème de l'union libre », *RTD. Civ*. 1935, pp. 745 et s.

FAVIER Y., « Les concubins et leurs droits sociaux », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, pp. 241-248.

FENOUILLET D.,

- « Les sanctions en droit de la famille. Incohérences ou politique résolument diversifiée ? », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, *Les sanctions en droit contemporain,* vol 1, *la sanction, entre technique et politique*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 151-183.
- « La parentalité en question : la parenté éprouvée », *LPA*, 24 mars 2010, n° 59, pp. 7-17.

FERRAND F., « Le droit civil et l'égalité des époux en République Fédérale d'Allemagne », *RIDC* 1986, pp. 867 et s.

FESTY P.,

- « La population de la France au seuil des années 2000 », *Populations et sociétés* n° 355, mars 2000.
- « Pacs : l'impossible bilan », *Populations et sociétés* n° 369, juin 2001.
- « Le déclin du mariage ? », *Revue Futuribles* n° 235, juil.-août 2000, pp. 69 et s.

FEUILLET B., « L'éthique, un outil pour la redéfinition des liens entre le droit, la morale et la religion », in *Mélanges en l'honneur de la professeure Françoise Dekeuwer-Défossez*, Paris, Montchrestien, 2012, pp. 105-115.

FEUILLET-Le MINTIER B., « Le droit des couples stériles à l'obtention d'un enfant : droit de l'homme, réalités médicales et pratiques administratives », in Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ et G. CORNU*, Les filiations par greffe : adoption et procréation médicalement assistée, actes des journées d'études des 5 et 6 décembre 1996,* Paris, LGDJ, 1997, pp. 69-84.

FINES F., « L'égalité entre les sexes en droit communautaire », in O. DUBOS et J.- P. MARGUENAUD (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, Pedone, 2007, pp. 31-43.

FLAUSS-DIEM J., « Insémination *post mortem* », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein : droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 217-230.

FOKO A., « Survivance des pratiques coutumières et droit de la famille au Cameroun : à propos des difficultés d'application de la CEDEF », *Cahiers juridiques et politiques*, Université de N'Gaoundéré, 2009, pp. 31-63.

FOREY E., « L'égalité des cultes : un principe en évolution », in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Paris, Nouvelle imprimerie Laballery, 2003, pp. 41-65.

FOSSIER T., « Le pacte civil de solidarité et le tribunal », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, pp. 107-121.

FOYER J., « Du nom patronymique au nom de famille : progrès ou régression », in *Une certaine idée du droit : Mélanges André Decocq*, Paris, Litec, 2004, pp. 241-255.

FRANCK R.,

- « Les concubinages dans le droit de la République fédérale d'Allemagne », *in* J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages en Europe, Approche socio-juridique*, t. 1, Paris, CNRS, 1986, pp. 17-37.
- « Mariage et concubinage, réflexion sur le couple et la famille », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, pp. 3-13.

FRISON-ROCHE M.-A. et SEVE R., « L'art législatif et la personne située dans la législation française relative aux femmes », *L'année sociologique* 2003/1, vol 3, pp. 55 et s.

FUKUCHI Y., « Essai sur le délai de viduité au Japon », in *Kobe University law review*, n° 1, 1961, pp. 69-80.

FULCHIRON H.,

- « Autorité parentale et famille recomposées », in *Droit des personnes et de la famille : Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Strasbourg, PUS, 1994, pp. 141-163.
- « Les présomptions d'indivision et de communauté dans le couple (Pour une interprétation raisonnée... ou une réforme des présomptions d'indivision dans le PACS) », *Defrénois* 2001, art. 37391, pp. 949 et s.
- « La transmission des biens dans les familles recomposées : entre trop de droit et pas de droits », in M.-T. MEULDERS-KLEIN et I. THÉRY (dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993, pp. 281-298.
- « La transmission des biens dans les familles recomposées », *Defrénois.* 1994, art. 35853, pp. 833-856.
- « L'autorité parentale dans les "secondes familles" », *LPA*, 1997, n° 118, p. 21.
- « La famille face à la mondialisation », in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, pp. 479-493.
- « L'autorité parentale à l'épreuve du pluralisme familial », *Dr. fam*. 2000, n° 12, Étude n° 8, pp. 43-47.
- « Couples, mariage et différence des sexes : une question de discrimination ? », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, pp. 29-52.
- *« Le "mariage pour tous" en droit international privé : le législateur français à la peine… »*, *Dr. fam*. 2013, n° 1, pp. 31 et s.
- « Nature, fiction et politique », in I. THÉRY et C. BIET (dir.), *La famille, la loi, l'État : de la révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, pp. 204-220.
- « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D*. 2006, Chron. p. 1253.
- « mariage, conjugalité, parenté, parentalité : métamorphose ou rupture », *in* H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité,* Paris, Dalloz, 2009, pp. IX-XIX.
- « L'autorité parentale rénovée (commentaire de la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale) », *Defrénois* 2002, art. 37580, pp. 959 et s.

FULCHIRON H. et GOUTTENOIRE-CORNUT A., « Réformes législatives et permanence des pratiques : à propos de la généralisation de l'exercice en commun de l'autorité parentale par la loi du 8 janvier 1993 », *D.* 1997, pp. 363-369.

FRYDMAN R., « Le clonage reproductif et thérapeutique », *RTDH*, 2003, pp. 421 et s.

GANANCIA D., « Droits et obligations résultant du concubinage », *Gaz. Pal.*, 1981, I. pp. 16-19.

GANNAGÉ P., « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires », in *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 430-440.

GARÉ Th., « La loi relative à la dévolution du nom de famille », *JCP* 2003, Actual. pp.370 et s.

GAUDEMET J., « Le statut de la femme dans l'empire Romain », *Rec. Soc. J. Bodin*, XI, *La femme*, Bruxelles, 1959, pp. 191 et s.

GAUDEMET-TALLON H., « De quelques paradoxes en matière de droit de la famille », *RTD. civ.* 1981, pp. 719-751.

GAUDU F., « Á propos du "contrat d'union civile" : critique d'un profane », *D.* 1998, chron. p. 19.

GBAGUIDI A. N.,

- « De l'option de la monogamie à l'option de la polygamie », *RBSJA*, n° spéc. oct. 1995, pp. 25-36.
- « Égalité des époux, égalité des enfants et le projet de code de la famille et des personnes », *RBSJA*, n° spéc. oct. 1995, pp. 3-24.

GERNEZ V.,

- « Couple, famille et société : quel droit pour demain ? », *LPA* 27 juin 2000, n° 127, p. 8.
- « Pour un statut matrimonial unifié, libre, égal et solidaire pour tous », *Droit et Patrimoine* n° 68, fév. 1999, pp. 95 et s.

GILLES A.-M., « Couple et lien économique », in C. BRUNETTI-PONS, (dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Économica, 1998, pp. 113-128.

GLAUDET P., « Le droit civil face à l'irrésistible ascension des droits de l'homme », *LPA*, 2004, n° 65, pp. 3 et s.

GOBERT M.,

- « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *JCP*, 1980, I. 2966.
- « L'attribution du nom : égalité ou liberté ? », *LPA*, 23 mai 2002, n° 102.

- « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.* 1992, pp. 489 et s.

GOUBEAUX G., « Le nom », in *Droit de l'enfant et de la famille : hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, pp. 23-35.

GOUTTENOIRE A.,

- « Sexe, sexualité et droit de la convention européenne des droits de l'homme », *in* O. DUBOS et J.-P. MARGUENAUD (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, A. Pedone, 2007, pp. 19-30.
- « L'enfant et les procédures relatives à l'autorité parentale », *Dr. fam*., 1998, n° 4, chron. n° 6, pp. 4-6.
- « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Dr. fam*. 2002, chron. 24.
- « Les droits et obligations découlant de la vie familiale », *in* J.-J. LEMOULAND et M. LUBY (dir.), *Le droit à une vie familiale*, *D*. 2007, pp. 77-86.

GOYARD-FABRE S., « L'égalité des droits en 1789. Un rêve d'impossible sur un horizon d'espérance », in *Égalité Uguaglianza, Actes du colloque franco-italien de philosophie politique*, Rome, les 21 et 22 novembre 1988, édités par Jean Ferrari et Alberto Postigliola, Napoli, Liguori Editore, 1990, pp. 113-125.

GRANET F.,

- « Concubinages, partenariats enregistrés et mariages entre homosexuels en Europe », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI*, Paris, Litec, 2002, pp. 375-32.
- « L'enregistrement des couples non mariés en Europe, le Pacs », *Dr. fam*. Hors-série, décembre 1999, pp. 58 et s.
- « Invitation au droit comparé de la famille », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein : droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 296-303.
- « L'application en matière d'état civil des principes posés par la convention européenne des droits de l'homme », *RTD eur.* 1997, pp. 653 et s.
- « Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, pp. 41-46.

GRANET-LAMBRECHTS F., « Partenariat ou mariage : identité de genre dans les législations européennes », *AJ fam*. 2012. pp. 504 et s.

GRILLET-PONTON D., « La fiscalité du pacs. Forces et faiblesses du nouveau statut », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, pp. 271-284.

GRILLET-PONTON D., « Quasi-conjugalité, pluri et post-conjugalité : Libres propos sur quelques situations atypiques », *JCP G* 2002, I. pp. 108 et s.

GRIMALDI M.,

- « Patronyme et famille : l'attribution du nom », *Defrénois*, 1987, art. 34117.
- « Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français », *Defrénois* 2003, art. 37763.

GUILLOD O., « Des cigognes aux éprouvettes : les méthodes changent, l'amour reste », *RTDC* 1995, pp. 637-650.

GUINCHARD S.,

- « Le mariage coutumier en droit sénégalais », *RIDC* 1978, pp. 811 et s.
- Réflexion critique sur les grandes orientations du code sénégalais de la famille », *Penant* 1978, pp. 224 et s.

HAMPATÉ BÂ A, « La notion de personne en Afrique noire », in *La notion de personne en Afrique noire*, CNRS, L'Harmattan, 1993, pp. 181-192.

HAUSER J. et ABITBOL E. « De 1964 à 1970 – Les retombées de la loi « relative à l'autorité parentale » sur les institutions tutélaires – I. autorité parentale et administration légale. », *D*. 1971, chron. p. 59.

HAUSER J.,

- « Couple et différence de sexe », in C. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Économica, 1998, pp. 95-111.
- « Du PIC au PACS : expertise génétique d'une loi, le Pacs », *Dr. fam.* Hors-série, décembre 1999, pp. 15 et s.
- « La concurrence des formes juridiques de vie en couple : perspectives de réformes en droit de la famille », *Dr. fam*, hors-série, décembre 2000, pp. 20 et s.
- « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 441-453.
- « Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel ? », *Defrénois* 2001, art. 37362, pp. 673 et s.
- « Les communautés taisibles », *D*. 1997, chron. pp. 255 et s.
- « PACS – Statut civil des partenaires », *JCP N,* 2000, pp. 411 et s.

- « Rapport de synthèse », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, pp. 619-628.
- « Révocation des donations pour survenance d'enfants : quelles donations et quels enfants ? », *Defrénois* 2001, art. 37437.
- « Temps et liberté dans la théorie générale de l'acte juridique », in Jacques ELLUL *: Une pensée en dialogue*, Labor et Fide, 1983, pp. 505-510.
- « Vers une théorie générale du droit familial ? », *D*. 1991, chron. p. 56.
- « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in *Droit des personnes et de la famille : Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Strasbourg, PUS, 1994, pp. 235-242.
- « Des détournements du mariage », *RTD civ*. 1991, p. 296.
- « Glossaire des mariages de l'an 2000 », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, pp. 189-195.
- « L'adoption à tout faire », *D*. 1987, chron. p. 207.
- « Le droit du nom dans la tourmente constitutionnelle et européenne », *RTD civ.* 2011, p. 321.
- « Les époux séparés : un mariage en service minimum ? », *RTD civ.* 1993, p. 103.
- « Viol entre époux », *RTD civ*. 1991, p. 301.

HENAFF G., « La communauté de vie du couple en droit français. », *RTD civ.* 1996, pp. 551-576.

HÉRITIER F., « Les droits des femmes dans la controverse entre universalité des droits de l'homme et particularité des cultures », *in* A. JEAN-LOUP, *Diversité Culturelle et Universalité des Droits de l'Homme*, Nantes, éd. Cécile Default, 2010, p. 19-40.

HERZOG-EVANS M., « Autonomie de la volonté et égalité dans le choix des noms », *RRJ* 1997/1, pp. 45 et s.

HOLO Th., « Émergence de la justice constitutionnelle », Revue *Pouvoirs,* n° 129, 2009, pp. 101-114.

HONVOU S. K., « Regard du juge constitutionnel béninois sur le principe d'égalité en droit de la famille », in *La Constitution Béninoise du 11 décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique ?, mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 567-586.

HUET-WEILLER D.,

- « "L'union libre" (La cohabitation sans mariage) », *American journal of comparative law*, vol. XXIX, 1981, pp. 247-277.

- « De la puissance paternelle à la responsabilité parentale », in R. GANGHOFER, (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Strasbourg, PUS, 1992, pp. 405-413.
- « L'adoption en France », *RIDC*, 1985, pp. 611 et s.
- « L'union libre (la cohabitation sans mariage), in *The American journal of comparative law*, vol. XXIX, 1981, p. 247 et s.
- « La cessation du concubinage : les concubinages, approches socio-juridique », in J. RUBELLIN-DEVICHI (dir.), *Les concubinages. Approche socio-juridique*, Paris, CNRS, 1986, p. 107.
- « Le droit de la filiation face aux nouveaux modes de procréation », in *Revue de métaphysique et de morale*, 1987, p. 331.
- « Les rapports pécuniaires des concubins avec les tiers », *in* F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et C. CHOAIN, *Indépendance financière et communauté de vie, actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1988,* Paris, LGDJ, 1989, pp. 127-137.
- « *Requiem* pour une présomption moribonde : la contestation directe de la paternité légitime sur le fondement de l'article 322, al. 2, C. civ. », *D*. 1985, chron. pp. 123-127.
- « Vérité biologique et filiation. Le droit positif français », *in* C. LABRUSSE et G. CORNU (dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Économica, 1992, pp. 9 -26.

JAMES J.-C., « Les unions para-matrimoniales en droit Gabonais de la famille », in *Afrique juridique et politique*, vol. 2, n° 1, *La revue du CERDIP*, Janv.-Juin 2003, pp. 82-124.

JESTAZ Ph.,

- « À propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic », *RTD civ.* 1989, pp. 269-276.
- « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *Autour du droit civil : écrits dispersés, idées convergentes*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 288-304.
- « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz, 1985, pp. 273-297.
- « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », in *La personne humaine, sujet de droit : quatrième journée René Savatier*, Poitiers, 25 et 26 mars 1993, Paris, PUF, 1994, pp. 159-170.

- « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit*, *Mélanges en hommage à François TERRÉ*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 421-430.

JEUGUE DOUNGUE M., « La garantie des droits de la femme par le protocole de Maputo comme condition du développement durable en Afrique », *RTDH*, 2014, n° 99, pp. 571-594.

JOUANJAN O., « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits,* 1992, n° 16.

KAMGOUI-KUITCHE V., « Femmes et égalité des droits au Cameroun : de la formulation des principes aux enjeux de l'exercice », in *Revue Juridique et Politique des États francophones* n° 4, éd., *juris africa*, Paris, 2008, pp. 477-493.

KAMTO M., « Commentaire du préambule de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in Maurice KAMTO (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, commentaire article par article*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2011, p. 64-76.

KANE M., « La protection des droits de la femme et le maintien de la famille sénégalaise », *RSD*, 1974, n° 16, pp. 38 et s.

KAUDJHIS-OFFOUMOU F., « L'avenir de la famille à travers des instruments juridiques internationaux et régionaux relatifs aux droits humains », in D. MAUGENEST et Th. HOLO (dir.), *L'Afrique de l'Ouest et la tradition universelle des droits de l'homme, Actes du colloque d'Abidjan, 13 -15 mars 2006,* éd. CERAP, octobre 2006, pp. 233-245.

KAYSER P.,

- « Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée », *D.* 1989, chron. pp. 193 et s.
- « Les limites morales et juridiques à la procréation assistée », *D*. 1986, chron. p. 147.

KERAVEC T. et MALLET E., « Nom de famille », *JCP N* 2003, pp. 141 et s.

KÉRÉ G. K., « La polygamie et le devoir de fidélité en droit positif camerounais », *Penant*, 1996, pp. 129 et s.

KIEFFÉ S., « Le nom patronymique à travers les frontières », *Gaz. Pal* 24 sept. 1985, pp. 590-511.

KITTI H. N., « Le vote de rupture : l'élection présidentielle de 2011 au Bénin », in *Revue Africaine de Parlementarisme et de Démocratie*, vol. III, n° 8, août 2014, pp. 250 et s.

KNOPPERS B. M. et BOUDREAU L., « La violence conjugale au Québec : l'enfant, victime par ricochet ? », in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein : droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 378-397.

L'HEUREUX-DUBE C., « L'égalité en droit de la famille : une perspective canadienne », in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein : droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 398-416.

LABRUSSE-RIOU C., « Procréation, filiation et volonté individuelle », in C. LABRUSSE et G. CORNU (dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques, acte de colloque*, Paris, Économica, 1982, pp. 71-72.

LACHER P. et SEUBE J.-B., « Le PACS à l'épreuve de la Constitution », *RDP* 2000, pp. 203 et s.

LAMARCHE M.,

- « Le nom, l'égalité des époux et le droit suisse, exemple de simplicité ? », *Dr. fam*. janv. 2013, alerte 1.
- « Les homosexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme », in O. DUBOS et J.-P. MARGUENAUD (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, A. Pedone, 2007, pp. 45-54.
- « Le nom de jeune fille n'existe (juridiquement) pas », *Dr. fam*. avr. 2012, alerte 19.

LAMPUÉ P., « Les rapports de la coutume et de la loi dans le droit des successions en Afrique francophone », *RJPIC*, 1972, n° 4, pp. 833-844.

LAROCHE-GISSEROT F., « Nom de la femme mariée : le désordre s'installe », *D*. 2003, n° 10, chron. pp. 633-637.

LARRIBAU-TERNEYRE V.,

- « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, pp. 38-108.
- « Transsexualisme et couple », *Dr. fam*., 2013, n° 5,

LAVAL-REVIGLIO M.-C., « Égalité et éducation : les discriminations justifiées », in Cl. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Paris, Nouvelle imprimerie Laballery, 2003, pp. 114-131.

LE BRAS-CHOPARD A., « Égalité, droits : la puissance du référent animal », in C. COURVOISIER et P. CHARLOT (dir.), *Actualité politique et juridique de l'égalité*, Paris, Nouvelle imprimerie Laballery, 2003, pp. 13-20.

LEBEN C., « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP* 1982, pp. 285 et s.

LÉCUYER H.,

- « La notion juridique de couple », *Dr. et Patr.* n° 53, oct.1997, pp. 62 et s.

- « Le pacs (désormais) sous toutes ses coutures », *Dr. fam*. 2000, chron. n° 1.
- « Rapport introductif », in C. BRUNETTI-PONS, (dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Économica, 1998, pp. 1-8.
- « De la prestation compensatoire en général et de la déclaration sur l'honneur en particulier », *Dr. fam*, n° 4, Avr. 2003, chron. pp. 11 et s.

LEGEAIS R., « Les ajustements égalitaires de l'autorité parentale », *Defrénois*, 1988, art. 34243.

LEMOULAND J.-J.,

- « Formation et dissolution du pacte civil de solidarité », *JCP N* 2000, pp. 406 et s.
- « Présentation de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité », *D*. 1999, chron. pp. 483 et s.
- « Aperçu rapide », *JCP N* 2002, pp. 53 et s.
- « L'émergence d'un droit commun des couples », in H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 33-46.
- « Le couple en droit civil », *Dr. fam.* 2003, n° 7/8, pp. 11-16.
- « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, chron. pp. 133 et s.
- « Le tourisme procréatif », *LPA*, 28 mars 2001, n° 62, pp. 24-33.

LEROYER A.-M., « Bioéthique – Caractéristiques génétiques – Don d'organes – Embryon – Cellules hématopoïétiques – IVG – AMP – Consentement – Anonymat. Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (JO 8 juill. 2011, p. 11826) », *RTD civ*. 2011 pp. 603-609.

LETTERON R., « Les droits des femmes entre égalité et l'*apartheid* juridique », in *Mélanges offerts à Hubert Thierry : L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, pp. 281-303.

LEVENEUR L.,

- « Une libéralité consentie pour maintenir une relation adultère peut-elle être valable ? », *JCP G* 1999, I, pp. 152 et s.
- « La nouvelle disposition législative relative à la transmission de l'usage du nom », *D.* 1986, chron. pp. 82-88.

LINDON R. et AMSON D., « Une gestation difficile: le "nom d'usage" », *D*. 1986, pp. 267-270.

LOISEAU G., « Le nom dans tous ses états », *Droit et patrimoine* 2002, n° 105, pp. 106 et s.

LYN F., ROMUALD P. et WALTER J.-B., « Transsexualisme et droit européen », in O. DUBOS et J.-P. MARGUENAUD (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : Enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, A. Pedone, 2007, pp. 55-67.

MAINGAIN B., « Vie privée, vie familiale, vie professionnelle : chronique d'une privatisation annoncée », in *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein : droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 417-444.

MALAURIE P.,

- « Couple, procréation et parenté », *D.* 1998, chron. pp. 127 et s.
- « Un statut légal du concubinage ? Cuc, Pic, Pacs et autres avatars du mariage », *Defrénois*, 1998, art. 36838, pp. 30 et s.
- « L'homme, être juridique », *D*. 19994, chron. p. 97.

MARGUENAUD J.-P., « L'égalité des droits patrimoniaux de la famille », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Droit et Justice », 2002, pp. 335-351.

MARIN PEREZ P., « Rapport sur la notion d'égalité en droit civil espagnol », in *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, t. XIV, Paris, Dalloz, 1965, pp. 153-179.

MARTENS P, « La Cour Constitutionnelle et la famille », *RTD fam.* 2007, n° 4, pp. 658-671.

MARTIN R.,

- « Les enfants artificielles et le droit », *Rev. huissiers* 1985, p. 1185.
- « Personne et individu, (un arrière-plan de la bioéthique) », in J. BÉGUIN*, Droit et actualité : Etudes offertes à Jacques Béguin,* vol. 1, *Théorie générale du droit, Paris*, Litec, 2005, pp. 481-486.

MASSIP J.,

- « La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *Defrénois* 2002, art. 37563.
- « Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille », *Defrénois* 1990, art. 34682, p. 149.
- « Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille », *Defrénois* 1990, art. 34682, pp. 149-159.
- « Les modifications apportées au droit de la famille par la loi du 8 janvier 1993 », *Defrénois,* 1993, p. 609.
- « L'évolution récente du droit de la famille dans douze pays européens », *Defrénois,* 1994, art. 35947, p. 1489.

MAUGENEST D. et HOLO Th. (dir.), *L'Afrique de l'Ouest et la tradition universelle des droits de l'homme, Colloque d'Abidjan,* Éd. CERAP, mars 2006, pp. 247-257.

MAYAUX L.,

- « Concubinage et assurance : de l'union libre au pacte civil de solidarité », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, pp. 293-307.
- « L'égalité en droit civil », *JCP* 1992, I, p. 3611.

MAYMON-GOUTALOY M., « De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme », *D*. 1985, chron. XXXVII. (pp. 211-218).

MAYMON-GOUTALOY M., « De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme », *D*. 1985, chron. pp. 211-218.

MAZEAUD H.,

- « Le droit de la famille face aux progrès de la science médicale », in *Aspects du droit privé en fin du 20è siècle, études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, LGDJ, 1986, pp. 45-54.
- « Une famille dans le vent : la famille hors mariage », (Le projet de loi relatif à la filiation), *D*. 1971, chron., pp. 99 et s..
- « Une famille sans chef », *D.* 1951, chron. pp. 141 et s.

MAZEN N.-J., « L'insémination artificielle : une réalité ignorée par le législateur », *JCP* 1978, I, 2899.

MELONE S, « Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain », *Penant*, 1971, pp. 412-452.

MEMETEAU G., « Proposition de loi relative à la protection de l'enfant et de la femme », in *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François TERRÉ*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 469-504.

MEULDERS-KLEIN M-T.,

- « Les concubinages : diversités et symboliques », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, pp. 603-617.
- « Le droit à l'enfant face au droit de l'enfant », *RTD civ*, 1998, pp. 663 et s.
- « Le statut juridique des enfants adultérins et incestueux », *in* J.M. PAUWELS (dir.), *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Bruylant, 1981, pp. 237-254.
- « Vers la co-responsabilité parentale dans la famille européenne », *RTD. fam.*, 1991, pp. 5-28.

- « Vie privée, vie familiale et droit de l'Homme », *RID. Comp* 1992, pp. 767-794.
- « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'État en Europe occidentale », *Droit et Société* 23/24, 1993, pp. 163-197.
- « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, *Actes du colloque organisé par le LERADP de l'Université de Lille II les 15 et 16 déc. 1994,* Paris, LGDJ, 1996, pp. 179-213.
- « Les concubinages : diversités et symboliques », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, Études offertes à J. Rubellin-Devichi*, Litec, 2002, pp. 603-617.
- « Égalité et non-discrimination en droit de la famille, le rôle des juges », *RTDH*, 2003, pp. 1185-1202.

MEZIOU K., « Constitution et égalité hommes et femmes », in *Académie Internationale de Droit constitutionnel, XXe Session, Recueil des cours, volume XIV, 10 au 22 juillet 2004*, pp. 155-191.

MONÉGER F.,

- « Le droit international des relations familiales », in *Droit de l'enfant et de la famille : hommage à Marie-Josèphe GEBLER*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, pp. 169-180.
- « Regard critique sur la réforme de l'adoption », *RTD sanit. soc*. 1997, pp. 1 et s.

MORANÇAIS-DESMEESTER M.-L., « Vers l'égalité parentale », *D.* 1988, Chron. 2.

MÜLLER H. J., « Our load of mutations », *American Journal of Human Genetics*, vol. 2, 1950, pp. 111-176.

MULLER M., « L'indemnisation du concubin abandonné sans ressources », *D* 1986, chron. p. 332.

MURAT P.,

- « Couple, Filiation, Parenté », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé, études offertes à J. Rubellin-Dévichi*, Paris, Litec, 2002, pp. 59-71.
- « Droit de la famille 2030… », *Dr. fam*. janv. 2008, alerte n° 1.
- « L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? », *Dr. fam.* 1998, n° 10, chron. n° 14, pp. 4-9
- « Le double nom à l'épreuve de l'application de la loi dans le temps et des droits fondamentaux », *Dr. fam*, mars 2010, comm. 39.

- « Pour une vraie réflexion prospective en droit de la famille », in *mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec,* Paris, LexisNexis, 2014, pp. 777-803.
- « Procréation assistée et droits de l'enfant », *RTD sanit. Soc*. 1991. p. 1

NAST M., « Vers l'union libre ou le crépuscule du mariage légal », *DH*. 1938, chron. p. 37.

NEIRINCK C.,

- « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *Droit des personnes et de la famille, Mélanges à la mémoire de Danielle Huet-Weiller*, Paris, LGDJ, 1994, pp. 99-113.
- « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP*, 1997, I, 4067.
- « PMA : six personnages en quête d'auteur », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, pp. 307-317.

NERSON R. et RUBELLIN-DEVICHI J., « Jurisprudence française en matière de droit civil », *RTD civ.* 1981, pp. 129-153.

NERSON R., « Personnes et droits de la famille », *RTD civ.* 1969, *jurisp.* pp. 104-115.

NGOMO A.-F., « Commentaire sous l'article 18 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in M. KAMTO, (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, commentaire article par article*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2011, pp. 413-429.

NICOD V.M., « La vocation successorale de l'enfant adultérin », *LPA*, 2002, n° 195.

NOBLOT C., « La sincérité dans la formation d'un couple », *Droit et patrimoine* n° 91, mars 2001, p. 94.

ONDUA A., « Commentaire de l'article 3 de la la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », in M. KAMTO, (dir.)*, La charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, commentaire article par article*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2011, pp. 132-139.

ONORIO J. (d'), « Biologie, morale et droit », *JCP* 1986, I, 3261.

OURLIAC P., « L'indissolubilité du mariage dans l'Ancien droit », *LPA*, 20 avril 1984, p. 5.

OUTTENOIRE-CORNUT A.,

- « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Dr. fam.* 2002, chron. 24.

- « Responsabilité civile et rupture unilatérale du concubinage », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, pp. 257-270.
- « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », *Dr. fam*. 1999, chron. 19.

PANSIER F.-J. et CHARBONNEAU C., « Présentation de la loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille », *LPA*, 9 avril 2002, n° 71.

PANSIER F.-J. et CHARBONNEAU C., « Présentation de la loi du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille », *Gaz. Pal*. 6-8 juill. 2003, pp. 8 et s.

PATARIN J., « L'impossible perfection ou les vicissitudes de l'égalité dans le partage », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, pp. 335-350.

PENNARUN S., « La nationalité, droit objectif ou droit subjectif », *in* J. POUSSON PETIT, *L'identité de la personne humaine : étude de droit français et de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2002,* pp. 499-528.

PÉROCHON F., « Madame ou mademoiselle ? (indiscrétion ou discrimination) », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, pp. 351-364.

PETIT C., « Nouvelles modalités d'indication des "doubles noms" dans les acte de l'état civil. l. – "égalité, liberté et...complexité" », *Dr. fam*. 2012, n° 2, fév., étude 5.

POUMARÈDE J., « La législation successorale de la révolution entre l'idéologie et la pratique », in THÉRY I. et BIET C. (dir.), *La famille, la loi, l'État : de la révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie Nationale, 1989, pp. 167-182.

POUSSON J., « Morales sexuelles familiales et traditions juridiques », in J. KRYNEN (dir.), *Le droit saisi par la morale*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, pp. 139-171.

POUSSON-PETIT J., « La mutation des principes fondamentaux dans les droits des personnes et de la famille en Europe », in J. KRYNEN et M. HECQUARD-THÉRON (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. 1, 2005, pp. 35-83.

PROTHAIS A., « Dettes ménagères des concubins : solidaires, in solidum, indivisibles ou conjointes ? Après Civ. 1ère 11 janvier 1984 », *D*. 1987, chron. pp. 237 et s.

QUINTANA-TRIA O., « La loi espagnole sur la procréation assistée : le point de vue des médecins », in C. BYK (dir.), *Procréation artificielle, où en sont l'éthique et le droit ? Une contribution multidisciplinaire et internationale*, Paris, Masson, 1989, pp. 235-239.

RAYMOND G.,

- « La procréation artificielle et le droit français », *JCP*, 1983, I, 3114.

- « De la réalité de l'absence du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parental, Commentaire de la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 », *JCP G*. I. 3299.

RAYNAUD P.,

- « Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement du lien de filiation : état du droit positif français », in LABRUSSE (C) et CORNU (G.) (dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Économica, 1992, pp. 87-99.
- « L'acte de naissance de l'enfant naturel », in *Mélanges dédiés à Gabriel MARTY*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, pp. 903-920.
- « L'enfant peut-il être objet de droit ? », *D*. 1988, chron. p. 109.
- « Les deux familles. Réflexions comparatives sur la famille légitime et la famille naturelle », in *Aspects du droit privé en fin du 20è siècle, études réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, LGDJ, 1986, pp. 63-82.

REDOR-FICHOT M.-J., « Universalisme et pluralisme », in L. FONTAINE, *Droit et pluralisme, actes du colloque de Caen, les 30 novembre et 1er décembre 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 163-194.

REGOURD S., « Les droits de l'homme devant les manipulations de la vie et de la mort », *RDP* 1981, pp. 403 et s.

REIS P., « Les méthodes d'interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique », in L. BOY, J. B. RACINE et F. SIIRIAINEN, (sous la coordination de), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 189-205.

RENCHON J.-L., « La loi belge du 23 novembre 1998 relative à la « cohabitation légale », in *Regards civilistes sur la loi du 15 novembre 1999 relative au concubinage et au pacte civil de solidarité,* Actes du colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé de l'Université de Lille II, 4 et 5 mai 2000, LGDJ, 2002, pp. 141-166.

REVILLARD M., « Aspects éthiques et juridiques liés à la maîtrise de la reproduction », *Journal de la médecine légale* 1983, pp. 215 et s.

RIVIER M.-C.,

- « La solidarité entre concubins », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, pp. 97-105.
- « Question de noms : famille, patronyme, usage, naissance, mariage et jeune fille », *D*. 2002, *Point de vue*, p. 1915.
- « Les secondes familles et le droit des obligations alimentaires », *LPA*, 1997, n° 121, p. 8.

- « Une nouvelle famille unilinéaire : l'enfant né sous X et son père », *D*. 2006, chron., p. 1707.

ROBERT J.,

- « La révolution biologique et génétique face aux exigences du droit », *RDP* 1985, p. 1254.
- « Les femmes et la politique », Revue du Droit Public, t. 123, n° 1, janv.-fév. 2007, pp. 1-20.

ROCHE-DAHAN J., « Les devoirs nés du mariage. Obligations réciproques ou obligations mutuelles ? » *RTD civ*. 2000, pp. 735-756.

ROEHRIG J.-C., « La famille du troisième millénaire », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, pp. 309-316.

ROUCHAUD A-M., « Le projet de convention Européenne sur le droit de la famille », in *Droit de l'enfant et de la famille : hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, pp. 181-185.

ROUJOU DE BOUBÉE G., « Grandeur et décadence de l'interprétation stricte (Très brèves observations à propos de l'homicide par imprudence du fœtus) », in *Ruptures, mouvements et continuité de droit, Mélanges Autour de Michèle GOBERT*, Paris, Économica, 2004, pp. 195-203.

ROUX J., « La QPC sur le "mariage homosexuel" : une question plus nouvelle que sérieuse ? », *D*. 2011, pp. 209 et s

RUBELLIN-DEVICHI J.,

- « Divorce et nullité en droit français », in *L'Année canonique*, t. XXXII 1989, pp. 105 et s.
- « L'accouchement sous X : le point sur les textes à la veille de la réforme sur l'adoption », *Cahiers de maternologie* 1995, n° 5, pp. 15 et s.
- « Une importante réforme en droit de la famille : la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 », *JCP* G, 1993, I-3659.
- « Congélation d'embryons, fécondation *in vitro*, mère de substitution », in *Actes du colloque génétique, procréation et droit : Paris 18-19 janvier 1985*, Paris, Actes Sud, 1985, pp. 307-328.
- « Droits de la mère et droits de l'enfant : réflexions sur les formes de l'abandon », *RTD civ*. 1991, pp. 698 et s.
- « L'adoption à la fin du XXe siècle », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, pp. 341-352.

- « L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait », *RTD civ*. 1984, pp. 389-409.
- « L'influence de l'avènement des droits de la personnalité sur le droit moral », in *Études offertes à Jacques Lambert*, Paris, éd. Cujas, 1975, pp. 555-580.
- « La condition juridique de la famille de fait en France, *JCP G,* 1986, I, 3241.
- « La filiation adoptive en droit français, L'adoption des enfants étrangers », *Séminaire Nathalie-Masse, Centre international de l'enfance*, Paris, 25-27 mai 1992, pp. 27 et s.
- « La filiation par rapport aux procréations assistées, éthique et révolution de la reproduction », in *Colloque ASHRE,* Privat, éd. 1987, pp. 159 et s.
- « La gestation pour le compte d'autrui », *D*. 1985, chron. 147.
- « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002. », *Dr. fam.* mai 2002, chron. 11.
- « Le droit et l'interruption volontaire de grossesse », *LPA*, juin 1996, p. 25.
- « Le droit, la bioéthique et les nouvelles méthodes de procréation », *Rev. Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, fév.-mars 1987, n°s 2-3.
- « Le transsexualisme et le droit », *Transsexualisme – droit et éthique médicale*, vol 1, 1984, n° 127.
- « Les concubinages, mise à jour », in *Droit des personnes et de la famille : mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Strasbourg, PUS, 1994, pp. 389-414.
- « Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein : droit comparé des personnes et de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 661-696.
- « Les procréations assistées, État des questions », *RTD civ*. 1987, pp. 456 et s.
- « Mères porteuses : premiers et deuxième types », *Droit de l'enfance et de la famille*, 1992/2 n° 35, pp. 141 et s.
- « Permanence et modernité de l'adoption après la loi du 5 juillet 1996 », in *Droit de l'enfant et de la famille : hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, pp. 37-55.
- « Procréations assistées et stratégies en matière de filiation », *JCP* 1991, I, 3505.
- « Procréations assistées et stratégies en matière de filiation. L'enfant, filiations et nouvelles méthodes de procréation », *JCP G*, 1991, I, 3505.

- « Réflexion sur une proposition de loi tendant à faire de l'insémination artificielle un moyen de procréation », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 371-398.
- « Réflexions pour l'indispensable réforme en droit de l'adoption », *D*. 1991, p. 209.
- « Réflexions sur la réforme attendue de la filiation », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, pp. 397-414.

RUDULIER N., « La modernité de l'enrichissement sans cause en droit de la famille », in *mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec,* Paris, LexisNexis, 2014, pp. 147-164.

SACCO R., « Les problèmes d'unification du droit », in VOGEL (L.), *Unifier le droit : un Rêve impossible ?*, Paris, éd. Panthéon-Assas, 2001, pp. 9-25.

SAGAUT J.-F., « Lettre ouverte pour le maintien du pluralisme des modes de conjugalité », *Lamy* n° 70, avr. 2010, pp. 9-51.

SAINT-PULGENT M. de, « Déclin de l'idée d'égalité ? », *Le Débat*, 2012/2 n° 169, pp. 131-135.

SALVAGE-GEREST P., « Arche de Zoé : l'étrange habillage "juridique" d'une opération "humanitaire" », *D*. 2008, p. 1422.

SARCELET J. D., « Filiation et famille : une vérité qui dérange », *D*. 2009, p. 2876.

SARCELET J.-Z. et BOHUON C., « Filiation et famille : une vérité qui dérange », *RTD civ*. 2009, p. 2884.

SAVATIER R.,

- « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », *DH*. 1939, chron. 49.
- « est-ce possible ? », *D*. 1963, chron. 229.
- « Le contrôle de la puissance paternelle », *D*. 1947, chron. 21.
- « Le projet de loi sur la filiation, mystique ou réalisme ? », *JCP* 1971, I, 2400.
- « une institution en euphorie : l'adoption devant le parlement français », *D*. 1950, chron. 117.
- « La finance ou la gloire : option pour la femme mariée ? (Réflexion sur la réforme des régimes matrimoniaux) », *D*.1965, chron. pp. 135-140.

SÉRIAUX A.,

- « Le juriste face au droit de la famille », *Dr. fam*. 2001, chron. n°13.

- « Concubinage formel et mariage informel : réflexions sur le rôle des formes dans la constitution du couple », *in* C. BRUNETTI-PONS (dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Économica, 1998, pp. 43-60.
- « Droit naturel et procréation artificielle », *D*. 1985, chron. 53.
- « L'égalité des filiations depuis la loi du 3 janvier 1972 », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, pp. 431-441.
- « La procréation artificielle, sans artifices », *D.* 1988, chron. 201.
- « Maternités pour le compte d'autrui : la mainlevée de l'interdit ? », *D*. 2009 p. 1215.

SIMITIS S., « La réception du droit communautaire en droit de la famille », in J.- S. BERGÉ et M.-L. NIBOYET (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruylant, 2003, pp. 39-50.

SIMLER P.,

- « L'indivision entre époux séparé de biens, une quasi-communauté ? », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, pp. 461-476.
- « Le "régime matrimonial" des concubins », in *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé : études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, pp. 75-81.
- L'évolution du droit des régimes matrimoniaux en France de 1804 à 1989, ou la conquête de l'égalité, dans R. Ganghofer (dir.), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, pp. 555-559.

SIMLER P. et HILT P., Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage, *JCP*. G. I. 161, pp. 1495-1500.

SOSSON J.

- Le statut juridique des familles recomposées en Europe : quelques aspects de droit comparé, dans *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993, pp. 299-312.
- L'autorité parentale conjointe. Des vœux du législateur à la réalité, *Ann. Dr. Louv*., 1996, pp. 115-162.
- Réflexions de droit comparé sur les secondes familles, *LPA*, 1997, n° 121, p. 29

SOREL J-M., « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et *vice versa*): Une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît. », in L. FONTAINE, *Droit et*

pluralisme, actes du colloque de Caen, les 30 novembre et 1er décembre 2006, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 73-99.

SOW-SIDIBÉ A., « L'évolution de l'autorité dans les familles sénégalaises », in *l'Afrique juridique et politique, La revue du CERDIP*, vol 2, n° 1, janv.-juin 2003, pp. 125-170.

SPITZ J.-F., « John Rawls et la question de la justice sociale », Études, 2011/1 t. 414, pp. 55-65.

STORRER A-M., « La Déclaration universelle des droits de l'homme et les droits de la femme », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre LAMBERT*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 804-819.

SUDRE F., « Commentaire sous l'article 2 de la ChADHP », in M. KAMTO (dir.), *La charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 118-131.

SUTTON G., « Procréation artificielle et droit de la filiation », *Concours médical*, 1984, n°s 40, 41 et 44.

TARRIBAU-TERNEYRE V., « La force de la coutume : nom d'épouse contre nom de naissance ! », *Dr. fam*. nov. 2008, repère 10.

TERRÉ F., « Contractualiser le droit du couple », *LPA*, 20 déc. 2007, n° 254, pp. 8 et s.

THÉRY I.,

- « Le concubinage en France », *RT*, 1960, pp. 33 et s.
- « L'intérêt de la famille », *JCP G* 1972, I, 2485.

THIOYE M., « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays de l'Afrique noire francophone », *RID Comp*, n° 12, 2005, pp. 345-397.

THOURET S., La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ou la recherche d'une véritable coparentalité, *Procédures,* 2002, chron. 7

TIAS C. et LINOTTE D., « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D*. 1977, chron. 251.

TISSERAND-MARTIN A., « La contribution aux charges du mariage, mécanisme régulateur du régime matrimonial. », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS*, Paris, Defrénois, 2012, pp. 803-813.

TRILLARD B., « L'accouchement anonyme, de l'opprobre à la consécration », in *Droit des personnes et de la famille : Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Strasbourg, PUS, 1994, pp. 513-532.

TROISVALETS S., « L'autorité parentale dans les familles recomposées », *LPA*, 2000, n° 94, pp. 12-22.

VANDERLINDEN J.,

- « Le pluralisme juridique, essai de synthèse », in J. GILISSEN (dir.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1971, pp. 19-56 ;
- « Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique », in *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, pp. 21-34.

VAUVILLÉ F., « Du principe de coparentalité », *LPA* 2002, n° 209, pp. 4-11.

VASSALLO B., « L'embryon, le commencement de la vie : reconnaissance et protection », in L. KHAÏAT et C. MARCHAL (dir.), *La maîtrise de la vie, les procréations médicalement assistées interrogent l'éthique et le droit*, Toulouse, Erès, 2012, pp. 131-144.

VELLAY P., « La contraception : état de la science et ses conséquences médico-psychologiques », in C. LABRUSSE et CORNU (dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques, actes de colloque*, Paris, Économica, 1982, pp. 73-78.

VIDAL J., « L'arrêt de la chambre mixte du 27 février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage », *JCP* 1971, I, 2390.

VILLA-NYS M.-C., « Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », *Dr. et patr*., n° 85, sept. 2000, pp. 88-100.

VIOLA A., « La loi doit être la même pour tous" : vers la fin d'un principe républicain ? », in J. KRYNEN et HECQUARD-THÉRON M. (dir.), *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. 2, 2005, pp. 601-618.

WENGLER W., « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *RCDIP* 1963, pp. 203-231.

WESTER-OUISSE V., « La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer », *JCP G*. 2001. I. pp. 290 et s.

WINTEMUTE R., « De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. Jurisprudence européenne et comparée », in D. BORRILO et D. LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, pp. 161-186.

YÉDÉDJI-GNANVO É., « Le mariage nouveau est-il arrivé ? », in *La personne, la famille et le droit en République du Bénin : contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille*, éd., juris ouanilo, 2007, pp. 71-82.

ZENATI-CASTAING F., « Le Code civil et la coutume », in *Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 607-636.

ZINZINDOHOUÉ S. N., « L'égalité des époux dans le code des personnes et de la famille », in, *La personne, la famille et le droit en République du Bénin : contribution à*

l'étude du code des personnes et de la famille, Cotonou, éd Juris Ouanilo, 2007, pp. 113-132.

VI. NOTES, CONCLUSIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

AGOSTINI F.,

- obs. sous TGI Bordeaux, 26 juil. 2004, *D*. 2004, p. 2342.
- note sous Cass. 1ère civ., 13 mars 2007, *D*. 2007, p. 1389

AUBERT J. L., note sous CA Paris, 9 nov. 1990, *Defrénois* 1990, art. 34802.

AZAVANT M.,

- note sous CA Bordeaux, 19 avr. 2005, *Dr. fam.* 2005, *comm*. 124.
- note sous TGI Bordeaux, 26 juil. 2004, *Dr. fam*, 2004, p. 166.

BATIFFOL H., obs sous Cass. 2ème civ., 25 janv. 1984, *JCP G* 1986, II, 20540.

BEAUDRUN M., note sous Cass. 1ère civ., 8 juin 1982, *D.*, 1983, p. 19.

BEIGNIER B., Cass. 1ère civ., 21 oct. 1997, *Dr. fam.* 1998, comm. n°14.

- obs. sous Bourges, 8 déc. 1997, *Dr. fam.* 1998, comm. n°89.
- obs. sous Toulouse, 20 avr. 1998, *Dr. fam.* 1998, comm. n°121.
- note sous Cass. 1ère civ., 5 janv. 1999, *Dr. fam.* 1999, comm. n°17.
- note sous CA Paris, 17 déc. 1998, *D.*, 1999, p. 476.
- note sous CA Dijon, 15 sept. 1999, *D.*, 2000, p. 875.
- note sous Cass. 1ère civ., 16 mai 2000, *Dr. fam.* 2000, comm. n°102.
- note sous Cass. 1ère civ., 16 mai 2000, *Dr. fam.* 2001, comm. n°2.
- note sous Cass. 1ère civ., 17 oct. 2000, Dr. Fam. 2000, comm. n°139.
- obs. sous Versailles, 16 fév. 2001, *Dr. fam.* 2001, comm. n°111.
- obs. sous Toulouse, 14 fév. 2001, *Dr. fam.* 2001, comm. n°84.
- obs. sous Soc. 4 oct. 2001, *Dr. fam.* 2001, comm. n°118.
- note sous Cass. 1ère civ., 6 nov. 2001, *Dr. fam.* 2002, comm. n°12.
- obs. sous Angers, 11 déc. 2001, *Dr. fam.* 2003, comm. n°3.

BICHERON F.,

- obs. sous Cass. 1ère civ., 3 fév. 2004, n° 00-19838, *AJ. fam*. 2004, p. 144.
- obs. sous CA Paris, 16 jan. 2003, *AJ fam.*, 2003, p. 181.
- obs. CA Paris, 4 avr. 2003, *AJ fam.*, 2003, p. 230.
- obs. Sous Cass. 1ère civ., 28 oct. 2003, n° 1298, AJ fam., 2004, p. 27

BOTTINI K., note sous Cass. 1ère civ., 3 fév. 2004, n° 00-19838, *JCP* 2004, II, 10074.

BOULANGER F.,

- note sous Cass. 1ère civ., 25 mai 1992, *Bull. civ*. I, n° 158, *D*. 1992, p. 445.
- note sous Cass. 1ère civ., 14 juin 2005, *D*. 2005, Jurisp. 2790.
- note sous CA Paris, 15 juin 1990, *D*. 1990, p. 540.

CASEY J.,

- note sous Cass. 1ère civ., 6 juil. 1999, *JCP G*, 2000, II, 10237.
- note sous Cass. 1ère civ., 24 nov. 1999, *JCP G*, 2000, II, 10284.
- note sous Cass. 1ère civ., 3 mai 2000, *JCP N* 2001, p. 26.

CHÉNEDÉ F.,

- obs. sous Cass. 1ère civ., 12 janv. 2011, n° 10-19.227, *AJ fam*. 2011, p. 103.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 13 mars 2007, *AJ fam*. 2007, p. 227.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 4 juin 2007, *AJ fam*. 2007. p. 403.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 13 mars 2007, *AJ fam*. 2007, p. 227.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 4 juin 2007, *AJ fam*. 2007. p. 403.
- obs. sous TGI Paris, 2 juil. 2004*, AJ fam*. 2004, p. 361.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 14 juin 2005, *AJ fam.* 2005, p. 328
- obs. sous Cass. 1ère civ., 7 avr. 2006, *AJ fam.* 2006, p. 250.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 11 juil. 2006, *AJ fam.* 2006, p. 373.

CHVIKA E., note sous Cour EDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*, *Gaz. Pal*. 2002, 2, doctrine 1244.

COLOMER A., note sous Cass. 1ère civ., 23 janv. 1979, *Defrénois* 1979, art. 31954, p. 624.

COMANGES L., note sous Cass. 1ère civ., 3 juil. 2001, *D*. 2002, p. 1102.

CORNU G.,

- note sous TGI Créteil, 1er août 1984, *JCP*. 1984, II, 20321.
- note sous Cass. 1ère civ., 9 juin 1976, *« Monier contre Dame Vernisse »*, *JCP* G, 1976, II-18494.
- note sous Cass. civ., 30 jan. 1958, *D*. 1958, p. 689.
- note sous Cass. 1ère civ., 27 fév. 1985, *D.* 1985, p. 265.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., note sous CA Paris, 15 juin 1990, *D*. 1992, p. 59.

EDELMAN et LABRUSSE-RIOU C., note sous CA Paris, 15 juin 1990, *JCP* 1991. II. 21653.

ENCINAS de MUNAGORRI R., obs. sous Cass. 1ère civ., 14 juin 2005, *RTD civ*. 2005, p. 556.

GALLMEISTER I., obs. sous Cass. 1ère civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627, *D*. 2007, p. 935.

GARÉ Th., note sous Cass. 1ère civ., 11 fév. 1997, *JCP G* 1997, II, 22820.

- obs sous Cass. 3ème civ., 16 déc. 1998, *JCP G* 1999, II, 10105.
- obs. note sous Cass. 1ère civ., 17 octobre 2000, *JCPG* 2001 II, 10568.
- note sous Cour EDH 25 mars 1992, *aff. B.C./ France*, *JCP* 1992, II, 21955.

GIRAULT C., note sous Cour EDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*, *JCP G*, 2003, II, 10062.

GOUTTENOIRE-CORNUT A. et SUDRE F.,

- note sous Cour EDH, 26 fév. 2002, *« Fretté contre France »*, requête n° 36515/97, *JCP* G, 2002, II-10074.
- note sous Cour EDH, 1er fév. 2000, *« Mazurek »*, *JCP* G, 2000, II-10286, p. 643.
- note sous Cour EDH, 13 fév. 2003, *« Odièvre contre France »*, *JCP* G, 2003, II-10049.

GRANET-LAMBRECHTS F.

- note sous Cass. 1ère civ., 11 fév. 1997, *D.*, 1998, *somm*. 29.
- note sous CA Paris, 6 nov. 1997, *D.*, 1997, *somm*., p. 158.
- note sous Cass. 1ère civ., 22 avr. 1997, *D.*, 1998, *somm*. p. 27.

GUERDER P., obs. sous Cass. 2è civ. 25 nov. 1999 : *D*. 1999, p. 277 ; *RJPF* 2000, 2/28.

GUIOMARD P., obs. sous Cass. 1ère civ., 4 juin 2007, *D*. 2007. p. 1790.

HAUSER J.

- note sous CA Dijon, 15 sept. 1999, *RTD civ.*, 2000, p. 98.
- obs. sous CA Paris, 16 janv. 2001, *RTD civ.* 2001, p. 336.
- obs. sous CA Paris du 11 mai 1993, *RTD civ*. 1993, p. 813.
- obs. sous Cour EDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*, *RTD civ*. 2002, p. 482.
- obs. sous Cour EDH 25 mars 1992, *aff. B.C./ France*, *RTD civ* 1992, p. 540.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 24 févr. 2011, *RTD civ.* 2011, p. 321.
- note sous TGI Bordeaux, 26 juillet 2004, *RTD civ*. 2004, p. 719.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 6 avr. 1994, *RTD civ.* 1994, p. 563.
- obs. sous CAA Paris, 5 juin 2001, *RTD civ*. 2004, p.481.
- obs. sous *TGI Lille, 3 juill. 2008, RTD civ.* 2009, p. 90.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 3 février 2004, n° 00-19838, *RTD civ*. 2004, p. 267.
- obs. sous TGI Lille, 3 juill. 2008*, RTD civ.* 2009, p. 90.
- note sous CA Versailles, 8 juill. 2005*, RTD civ*. 2006, p. 93.
- obs. sous Paris, 4 mai 2000, inédit. *RTD civ.* 2000 p. 551.
- obs. sous CA Versailles du 9 juin 1994, *RTD civ*. 1994, p. 829.

- obs. sous CA Riom, 16 déc. 1997, *RTD civ.*1998, p. 891
- obs. sous TGI Bordeaux, 19 mars 1992, *RTD civ.* 1992, p.748.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 28 mars 2000, *RTD civ.* 2000, p. 304.
- obs. sous TGI Paris, 13 mars 2000, *RTD civ.* 2001, p. 122.
- obs. sous Cour EDH, 26 fév. 2002, *« Fretté contre France »*, n°36515/97, *RTD civ.* 2002, p. 280.
- obs. sous Cour EDH, 11 juil. 2002, requête n°28957/95, *RTD civ*. 2002, p.782.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 24 sept. 2002, *RTD civ*. 2003, p. 71.
- obs. sous Cour EDH, 13 fév. 2003, *RTD civ*. 2003, p. 276.
- obs. sous CA Paris, 4 avr. 2003, *RTD civ*. 2003, p. 487
- obs. sous Cass. 1ère civ., 17 sept. 2003, *RTD civ.* 2004, p. 73
- obs. sous Cass. 1ère civ., 6 janv. 2004, *RTD civ.* 2004, p. 76.
- obs. sous CA Nancy, 23 fév. 2004, *RTD civ.* 2004, p. 275.
- obs. sous TGI Bordeaux, 27 juil. 2004, *RTD civ.* 2004, p. 719.
- obs. sous CA Nancy, 28 juin 2004, *RTD civ.* 2005, p. 114.
- obs. sous CA Bordeaux, 15 sept. 2004, et Cass. 1ère civ., 3 nov. 2004, *RTD civ.* 2005, p. 376.
- obs. sous CA Bordeaux, 19 avr. 2005, *RTD civ.* 2005, p. 574.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 14 juin 2005, *RTD civ.* 2005, p. 584
- obs. sous Cass. 1ère civ., 18 mai 2005, *RTD civ.* 2005, p.p. 585
- obs. sous Cass. 1ère civ., 7 avr. 2006, *RTD civ.* 2006, p. 292
- obs. sous Cass. 1ère civ., 14 fév. 2006, *RTD civ.* 2006, p. 293
- note sous Cass. 1ère civ., 14 fév. 2006, *RTD civ.* 2006, p. 294
- obs. Cass. 1ère civ., 11 juil. 2006, *RTD civ.* 2006, p. 750
- obs. sous Nancy, 20 sept. 1990, *RTD civ*. 1992, p. 68.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 23 oct. 1990, *RTD civ*. 1991, p. 299.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 28 mai 1991, *RTD civ*. 1991, p. 709.
- note sous Cass. 1ère civ., 13 oct. 1992, *JCP G* 1993, II, 22047.
- obs. sous CA Versailles, 28 avr. 1994, *RTD civ*. 1995, p. 331.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 17 janv. 1995, *RTD civ*. 1995, p. 348.
- obs. sous Limoges, 20 avr. 1995, *RTD civ*. 1995, p. 867.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 6 avr. 1996, *RTD civ*. 1996, p. 584.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 15 oct. 1996, *RTD civ*. 1997, p. 102.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 18 nov. 1997, *RTD civ*. 1998, p. 884.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 11 fév. 1998, *RTD civ*. 1999, p. 68.

- obs. sous Cass. 1ère civ., 7 avr. 1998, *RTD civ*. 1998, p. 884.

HUET-WEILLER D.,

- note Cass. 1ère civ., 3 oct. 1978, *JCP* G, 1979, II-19134.
- note Cass. 1ère civ., 8 mai 1979, *D.*, 1979, jurisp., p. 477.
- note Cass. 1ère civ., 1er juil. 1981, *D.*, 1982, jurisp., p. 105.
- note Cass. 1ère civ., 16 nov. 1982, *D.* 1983, jurisp., p. 17.
- note Cass. 1ère civ., 7 déc. 1983, *D.* 1984, jurisp., p. 191.
- note Cass. 1ère civ., 10 juil. 1990, *D.* 1990, jurisp., p. 517.
- obs. Ass. plén., 31 mai 1991, *RTD civ*. 1991, p. 517.

HUYETTE G., rapp. sous Cass. 1ère civ., 13 mars 2007, *D*. 2007, p. 1389.

KESSLER G., note sous TGI Bordeaux, 26 juil. 2004, *JCP G,* 2004. II.10169.

LARRIBAU-TERNEYRE V.,

- obs. sous Cass. 1ère civ., 3 fév. 2004, n° 00-19838, *Dr. fam*. 2004, n° 47.
- note sous Pau, 19 fév. 1991, *D*. 1991. Jurisp. 380.
- note CA Pau, 26 juin 1995, *D.*, 1996, p. 214.
- note TGI Bordeaux, 27 juil. 2004, *Dr. fam.*, 2004, comm. 166.

LARROUMET, note sous Cass. 1ère civ., 23 juin 1970, *D*. 1971, J. 162.

LECUYER H., note sous CE, 4 mai 2001, *Dr. fam.*, 2001, comm. 68.

LEMOULAND, J.-J.,

- note sous Cass. 1ère civ., 17 nov. 1999, *D*. 2000, somm. comm. 419.
- note sous Cass. 1ère civ., 17 octobre 2000, *D*. 2002, somm. comm. 611.
- obs. sous Paris, 16 janv. 2001, *D*. 2002. p. 536.
- obs. sous TGI Bordeaux, 26 juil. 2004, *D*. 2004.2965.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 3 fév. 2004, n° 00-19838, *D.* 2004, p. 2963.
- obs. sous TGI Bordeaux, 26 juil. 2004, *D*. 2004. p. 2965.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 3 fév. 2004, n° 00-19838, *D.* 2004, p. 2963.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 3 fév. 1999, *D*. 1999, somm. comm. 377.

LINDON R.,

- Concl. Ass. plén., 23 juin 1967, *D.*, 1967, jurisp., p. 525.
- Concl. Cass. 1ère civ., 21 oct. 1969, *JCP* G, 1969, II-16140.

LUCET. F., obs. sous Cass. 1ère civ. 9 octobre 1990 et Bordeaux, 18 septembre 1989, *RTD civ*. 1990, p. 584.

MALAURIE Ph.,

- note sous Cass. 1ère civ., 25 juin 1996, *JCP* G, 1997, II-22834
- note sous Cour EDH, 13 fév. 2003, *« Odièvre contre France »*, *JCP* G, 2003, I-120

MARGUENAUD J.-P.,

- obs. sous Cass. 1ère civ., 29 janv. 2002 et 19 fév. 2002, *Defrénois* 2002, n° 22, art. 37548, p. 681.
- obs. sous CEDH 28 nov. 2006, décis. d'irrecevabilité *R. et F. c/ Royaume-Uni et Parry c/ Royaume-Uni*, *RTD civ*. 2007, p. 287.
- obs. sous Cour EDH, 29 avr. 2002, n° 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*, *JCP G* 2002, I. p. 157.
- obs. Cour EDH, 28 oct. 1998, *« Söderbäck contre Suède »*, *RTD civ.* 1999, p. 501.
- obs. Cour EDH, 13 fév. 2003, *« Odièvre contre France », RTD civ.* 2003, p. 375.
- obs. Cour EDH, section II, 1er juin 2004, *« L. contre Pays-Bas »*, requête n°45582/99, *RTD civ.*, 2005, p. 339.

MASSIP J.,

- obs. sous *TGI Lille, 3 juill. 2008, Defrénois*, 2008. 2064.
- obs. sous Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, *Defrénois,*1991, p. 948.
- note TGI Paris, 15 juin 1973, *D.*, 1974, jurisp., p. 86.
- note TGI Paris, 4 janv. 1974, *D.*, 1975, jurisp., p. 479.
- note CA Paris, 1er juil. 1976, *D.*, 1977, jurisp., p. 297
- note Cass. 1ère civ., 3 juin 1980, *D.*, 1981, jurisp., p. 119.
- note Cass. 1ère civ., 5 mai 1986, *D.*, 1986, p. 496.
- note Cass. 1ère civ., 18 déc. 1990, *D.*, 1991, jurisp., p. 433.
- note Cass. 1ère civ., 3 mars 1992, *D.*, 1993, jurisp., p. 133
- note Cass. 1ère civ., 10 mars 1993, *D.*, 1993, jurisp., p. 361.
- note sous Cass. 1ère civ., 6 fév. 1996, *D.*, 1996, jurisp., p. 621.
- note sous Cass. 1ère civ., 6 mars 1996, *D.*, 1997, jurisp., p. 48.
- Note sous Cass. 1ère civ., 11 fév. 1997, *D.*, 1997, p. 502.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 22 avr. 1997, *Defrénois* 1997, p. 1333.
- note sous Cass. 1ère civ., 28 mars 2000, *Defrénois* 2000, p. 769.
- obs. sous TGI Brive, 30 juin 2000, *Defrénois* 2000, p. 1310.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 25 mai 1992, *Bull. civ.* I, *Defrénois* 1992. n° 158, p. 1431.
- obs. sous *TGI Lille, 3 juil. 2008, LPA,* 31 oct. 2008, p. 4.
- obs. sous Cour EDH 25 mars 1992, *aff. B.C./ France*, *Defrénois* 1992, art. 35334.
- note sous Cass. 1ère civ., 11 janv. 1984, *Defrénois* 1984, n° 73, art. 33368, p. 1003.
- note sous Cass. 1ère civ., 16 oct. 1984, *Defrénois* 1985, n° 2. art. 33477, p. 322.
- Obs. sous Cass. 1ère civ., 8 déc. 1998, *Defrénois* 1999, n° 64, art. 37031, p. 935.
- note sous Cass. 1ère civ., 3 fév. 1999, *Defrénois* 1999, n° 30art. 36998, p. 680.

- note sous Cass. 1ère civ., 25 janv. 2000, *Defrénois* 2000, n° 28, art. 37179, p. 652.
- note sous Cass. 1ère civ., 6 fév. 2001, *Defrénois* 2001, n° 31, art. 37353, p. 593.
- note sous Cass. 1ère civ., 29 janv. 2002 et 19 fév. 2002, *Defrénois* 2002, n° 22, art. 37548, p. 681.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN F., obs. sous Cons. const., 23 juill. 1996, n° 96-380-DC, § 9, *AJDA* 1996. 694, *D*. 1998. 151.

MILLEVILLE S., obs. sous Cass. 1ère civ., 17 déc. 2008, n°07-10.068, *AJ fam.* 2009, p. 87.

MURAT P.,

- note sous CA Aix-en-Provence, 8 fév. 1996, *Dr. fam.* 1996, comm. 2.
- note sous CA Limoges, 21 nov. 1996, *Dr. fam.* 1997, comm. 136.
- note sous Cass. 1ère civ., 11 fév. 1997, *Dr. fam.* 1997, comm. 57.
- note sous Cass. 1ère civ., 22 avr. 1997, *Dr. fam.* 1998, comm. 2.
- note sous CA Grenoble, 15 déc. 1997, *Dr. fam* 1998, comm. 38.
- note sous CA Riom, 16 déc. 1997, *Dr. fam.*1998, comm. 150.
- note sous TGI Paris, 27 juin 2001, *Dr. fam.* 2001, comm. 116.
- note sous CA Paris, 22 nov. 2001, *Dr. fam.* 2002, comm. 29.
- note sous TGI Lille, 22 mars 2007, *Dr. fam.* 2007, comm. 122.

NEIRINCK C.,

- note TGI Rennes, 30 juin 1993, *JCP* G, 1994, II-22250.
- note CA Toulouse, 18 avr. 1994, *JCP* G, 1995, II-22472.
- note Cass. 1ère civ., 9 janv. 1996, *JCP* G, 1996, II-22666.
- note Cass. 1ère civ., 18 mai 2005, *RDSS*, 2005, p. 814.

NERSON R., note sous Cass. 1ère civ., 23 juin 1970, *RTD civ*. 1971, p. 82.

REVILLARD M., note sous Cass. 1ère civ., 3 fév. 2004, *Defrénois* 2004, n° 47, p. 1067.

RUBELLIN-DEVICHI J.,

- obs. sous CA Paris, 15 juin 1990, *RTD civ*. 1990, p. 457.
- obs. TGI Saint-Malo, 1er fév. 1984, *RTD civ.* 1985, p. 361.
- obs. sous T.G.I Créteil, 1er août 1984, *RTD civ* 1984, p. 703.
- note Cass. 1ère civ., 5 mai 1986, *RTD civ.* 1986, p. 736.
- note Cass. 1ère civ., 29 juin 1994, *JCP* G, 1995, II-22362.
- note CA Paris, 6 nov. 1997, *JCP* G, 1998, I, p. 101.
- obs. sous CA Riom, 16 déc. 1997, *JCP* G, 1999, I-101
- obs. CA Rennes, 4 juil. 2002, *JCP* G, 2003, I-101.
- obs. TGI Nancy, 16 mai 2003, *JCP* G, 2003, I. p. 148.

SCHRAMECK O., note sous Cons. const., 23 juil. 1996, n° 96-380-DC, § 9, *AJDA* 1996. p. 694.

SÉRIAUX A., note sous CA Paris, 9 nov. 1990, *JCP* 1990.II.21526.

RTDH 2003, p. 71.

SHUTTER (de) O., note sous Cour EDH, 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c. Royaume-Uni*,

SUDRE F., Cour EDH 27 octobre 1994, *Kroon c/ Pays-Bas*, *JCP G*, 1995, I, 3823.

TERRÉ F., note sous Cass. 1ère civ., 26 oct. 1982, *JCP G* 1983, II, 19993.

THÉRY P., obs. sous, Cass. 1ère civ., 19 mai 2010, n° 09-70.161. *RTD civ*. 2010, p. 810.

THOUVENIN D., note sous Ass. Plén. 31 mai 1991, *D*. 1991. p. 417.

VAREILLE B., Cass. 1ère civ., 9 nov. 1993, *RTD Civ.* 1995, p. 173.

- note sous Cass. 1ère civ., 14 fév. 1995, *RTD Civ.* 1996, p. 223.
- note sous Cass. 1ère civ., 6 mai 1997, *RTD civ.* 1998, p. 179.
- note sous Cass 2ème civ., 14 janv. 1998, *RTD civ.* 1999, p. 172.
- note sous Cass. 1ère civ., 26 mai 1999, *RTD civ.* 2000, p. 931.
- note sous Cass. 1ère civ., 6 juil. 1999, *RTD civ.* 2000, p. 388.
- note sous Cass. 1ère civ. 8 fév. 2000, *RTD civ.* 2000, p. 888.
- note sous Cass. 1ère civ., 16 mai 2000, *RTD civ.* 2001, p. 423.
- note sous Cass. 1ère civ., 16 mai 2000, *RTD civ.* 2001, p. 418.
- note sous Cass. 1ère civ., 3 avr. 2001, *RTD civ*. 2001, p. 943.
- note sous Cass. 1ère civ., 3 juillet 2001, *RTD civ*. 2001, p. 941.
- note sous Cass. 1ère civ., 15 mai 2002, *RTD civ*. 2003, p. 338.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 23 juin 1970, *RTD Civ.* 2007, p. 617.
- obs. sous Cass. 1ère civ., 4 juin 2007, *RTD civ*. 2006, p. 811

VIGNEAU D., obs. sous Cass. 1ère civ., 6 janv. 2004, *D*. 2004, p. 365.

VII. SITOGRAPHIE

https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00436022

http://www.nyulawglobal.org/globalex/benin.htm

http://hdl.handle.net/2078.1/114330

http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/

http://www.insae-bj.org/

http://www.jurisprudencebenin.org/content/view/140/85/

http://www.masterenseignementsvtnice.com/documents/Dcouverte-du-SIDA.pdf
http://lci.tf1.fr/science/sante/ce-n-est-pas-une-guerison-mais-une-remission-7859933.html
http://www.retanet.org/Volume2/Numero2/FullText/Vol2N2-Art6.pdf
http://www.icftu.org
http://www.codesria.org/IMG/pdf/Chap_7.pdf

VIII. AUTRES SOURCES

AQUIN Th. (D'), *Somme théologique*, (trad. française), t. 1, Paris, Desclée & cie, 1925, 372 p.

AQUIN Th. (D'), *Somme théologique*, (trad. française), t. 2, Paris, Desclée & cie, 1933, 423 p.

AQUIN Th. (D'), *Somme théologique*, (trad. française), t. 3, Paris, Desclée & cie, 1935, 375 p.

ARISTOTE, *La Politique*, par Jules TRICOT, Paris, J. Vrin, 1995, 595 p.

BODIN, *De la République*, Paris, Librairie de Médicis, 1949, 144 p.

HOBBES, *Léviathan ou matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, par Gérard MAIRET, Paris Gallimard, 2000, 1027 p.

HUGO V., *Odes et ballades*, Paris, Gallimard, 1980, 478 p.

LOCKE, *Le second traité du gouvernement*, Paris, PUF, 1994, 302 p.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, par Denis de CASABIANCA, Paris, Flammarion, 2013, 395 p.

PLATON, *La République*, Paris, Flammarion, 510 p.

RAWLS, *La justice comme équité* (trad. française), Paris, la Découverte, 2003, 286 p.

RAWLS, *Théorie de la Justice* (trad. française), Paris, Seuil, 2005, 665 p.

ROUSSEAU, *Du contrat social*, par Bruno BERNARDI, Paris, Flammarion, 2012, 255 p.

TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, par Philippe RAYNAUD, Paris, Flammarion, 2010, 302 p.

ANNEXES

ANNEXE N ° 1

Questionnaire

1- Avez-vous communiquez votre revenu à votre conjoint ou acceptiez-vous le lui communiquer ? (180 oui et 820 non).
2- Accepteriez-vous que votre épouse contribue financièrement aux charges du ménage ? (483 oui et 517 non).
3- Participez-vous aux activités au foyer ou souhaiteriez-vous participer aux activités du ménage ? (257 oui et 743 non).
4- Avez-vous versé ou reçu la dot ou acceptiez-vous verser ou recevoir la dot avant le mariage ? (783 oui et 217 non)
5- Rechercheriez-vous l'avis du mari avant de contracter avec une femme ? (371 oui et 629 non)
6- Acceptiez-vous de vous mariez avec une personne stérile ? (57 oui et 943 non)
7- Pourriez-vous vous faire une procréation médicalement assistée ? (393 oui et 607 non)
8- Accepteriez-vous de faire ou de recevoir un don de cellule reproductrice ? (27 oui et 973 non)
9- Pensez-vous que la femme doit hériter des immeubles au même titre que les hommes ? (475 oui et 525 non)
10- Pensez-vous qu'il soit légitime d'autoriser l'avortement ? (330 oui et 670 non)
11- Avez-vous choisi ou choisiriez-vous le régime matrimonial de la séparation de biens ? (862 oui et 138 non)
12- Êtes-vous mariez ? (153 oui)
13- Êtes-vous en concubinage ? (487 oui) et 360 célibataires sur les 1000.
14- Votre état de concubinage est-il lié au manque d'information sur le mariage (103 oui sur 487 concubins), à l'absence de moyens financiers (171 oui sur 487), pour défaut des pièces demandées (137 sur 487) ou un choix délibérée (76 sur 487).

ANNEXE N° 2

REPUBLIQUE DU BENIN
*_*_*_*_*
DEPARTEMENT DE L'ATLANTIQUE
*_*_*_*_*
COMMUNE D'ABOMEY-CALAVI
*_*_*_*_*
BP : 32 Tel : 21360849/21360011/97983057

ATTESTATION DE CONCUBINAGE

Je Soussigné Patrice C. HOUNSOU – GUEDE, Maire de la Commune d'Abomey-Calavi, Officier d'Etat Civil.

Atteste conformément à la déclaration sur l'honneur signées et légalisées

(DSN° ...../C-AC du ..... et DSN°...../C-AC du .....)

au nom de .....

Profession : .....

Résidence : .....

qu'il est en concubinage avec mademoiselle : .....

Profession : .....,

tous domiciliés au quartier ..... depuis le .....

En foi de quoi la présente attestation lui a été délivrée pour servir et valoir ce que de droit.

Fait à Abomey-Calavi, le .....

Nom et Prénoms du Concubin	Nom et Prénoms de la Concubine
DSN° ...../C-AC du	DSN°...../C-AC du .....

INDEX

(Les nombres renvoient au numéro des paragraphes)

A

Abandon
- de nouveau-nés, 727 et s.
- juridique d'enfant, 718

Abrogation
- des coutumes, 252 et s.
- dogmatique, 342
- du délai de viduité en France, 120
- sociologique, 342

Absence
- de descendance, 626
- judiciairement déclarée, 119

Accident du concubin, 453

Accouchement sous X
- avantages, 723
- et adoption de son propre enfant, 766
- et conflit de filiation, 769
- et égalité, 721
- fonction, 720
- inconvénients, 723
- notion, 719

Acte
- d'état civil
  - modification, 512
  - mention du sexe, 517
  - et changement de sexe, 517
- de famille, 746 et s
- de filiation, 746 et s.
- de mariage, 439 et 444
- de naissance, 187, 518, 747

Administration légale pure et simple
- attribution, 372
- et titulaire de l'autorité parentale, 372
- fin, 374
- notion, 370

Administration sous contrôle judiciaire
- attribution, 373
- fin, 374

Adoption
- but, 764

Adultère
- constitution du délit, 314
- de la femme mariée, 317 et s.
- définition, 311
- définition, 763
- détournement, 766 et s.
- et conflit de filiation, 776
- et égalité, 313 et s.
- preuve, 310
- répression, 316

Aide sociale (défaillance de l'État), 523

Allongement de la durée de vie, 587

Anomalie génétique, 616

Apatridie, 204

Assistance
- entre époux, 359
- médicale, voy. « assistance médicale à procréation »

Attribution
- autorité parentale, voy. « autorité parentale »
- de l'administration légale, voy. « l'administration légale »

Autorisation
- judiciaire, 125 et s. 340
- maritale, 338, 408

Autorité
- dans la famille, 731
- de la chose jugée, 196
- parentale sur la personne de l'enfant
  - attribution, 365
  - contenu, 363
  - exercice, 367
- parentale sur les biens de l'enfant, 369 et s.

Autre situation, 11 et s.

Avortement
- de convenance, 714
- définition, 628
- dépénalisation, 707
- et droit de l'enfant, 668 et s.
- thérapeutique, 689, 709

B

Biens
- consomptibles, 78

- non consomptibles, voy. « non consomptible »

Bigamie
- et ordre public, 309
- preuve, 310
- répression, 308

Bioéthique, 669 et s.
Bisexuel, 471
Bonne foi, 494

C

Capacité juridique, 275, 329, 341
Changement
- d'état, 519, 587
- de nom, 172, 183
- de sexe, 498

Charges
- de la jouissance légale, 377
- de la vie commune, 565, 569
- du mariage, 131
- du ménage, 392 t s.

Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 10, 15, 265, 625, 635
Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, 55
Chef
- de famille, 135
- du ménage, 404

Clonage
- définition, 676
- reproductif, 676
- thérapeutique, 676

Code
- civil français actuel, 31
- civil français rendu applicable au Bénin, 31
- de la nationalité béninoise, 143
- des personnes et de la famille, 53

Cohabitation charnelle, 347 et s.
Common law, 482
Communauté
- de lit, 347
- de table, 350
- de toit, 351
- de vie, 347 et s.

Compensation entre époux, 414
Concubinage
- adultérin, 306, 430, 444
- certificat, 521
- polygamique, 310
- rupture, 455, 576, 581
- simple, 430, 451

Conflit de lois
- dans l'espace, 487
- et célébration du mariage, 269

Confusion de paternité, 110 et s., 295 et s.
Conjoint
- successible, 418
- survivant, 419

Conseil de l'Europe, 435, 484
Consentement
- au contrat, 755 et s.
- au mariage du mineur, 532
- au mariage, 100, 739
- des familles, 82
- du mari, 335

Contestation de filiation, 663
Contraception, 682, 710, 718
Contrat
- de mariage, 272
- de gestation pour autrui
  - capacité, 757
  - cause, 760
  - consentement, 755 et s.
  - licéité, 758, 761
  - objet, 758

Contribution
- aux charges du ménage
  - et égalité, 397 et s.
  - modalité, 398
  - objet, 394 et s.

Contrôle de constitutionnalité
- des lois, 17, 193, 232
- du Coutumier juridique, 249, 251

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 56 et 57
Convention relative aux droits de l'enfant, 54
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 54
Conversion sexuelle
- et mariage, 502, 512
- et modification de l'acte de naissance, 512
- liberté, 511

Coparentalité, 529 et s.
Co-paternité, 298

Couple
- assimilation des couples, 261, 446, 450, 263, 267
- définition, 35,
- et effet de la filiation, 361
- statut juridique primaire du couple, 522 et s.

Cour africaine de justice et des droits de l'homme, 267
Cour constitutionnelle, 16, 22, 158, 196, 223, 225, 227, 248, 300, 321, 322, 780
Cour européenne des droits de l'homme, 56, 57, 631, 651
Coutumier juridique
- application, 67, 68
- force exécutoire, 248
- suppression, 246, 248, 250, 251, 252 et s., 279, 418

D

Dahomey, 31
De cujus, 286, 589, 591, 592
Déclaration universelle des droits de l'homme, 54, 204, 625, 631

Délai
- de stage, 288
- de viduité
  - but, 111, 113
  - et période légale de conception, 116
  - et progrès de la médecine, 114
  - et remariage, 123
  - forme, 112 et s.
  - notion, 107
  - origine, 110
  - point de départ, 119

Délit d'habitude, 314
Démocratie, 1, 2, 3, 58
Démocratisation, 64, 246, 250
Détournement
- d'institution, 751, 766
- de l'accouchement sous X, 752
- de l'adoption, 765 et s.
- de l'esprit de la loi, 74, 98, 102
- des lois, 58
- du mariage, 221

Dettes ménagères
- paiement, 405 et s.
- solidarité, 411 et s., 557 et s.

Deuxièmes bureaux, 306, 307, 448
Devoir
- d'assistance, 359
- d'entretien, 569
- d'obéissance, 103
- de communauté de lit, voy. « communauté de lit »
- de communauté de table, voy. « communauté de table »
- de communauté de toit, voy. « communauté de toit »
- de communauté de vie, voy. « communauté de vie »
- de fidélité, 311, 353 et s.
- de patience, 358
- de respect, 357 et s.
- de secours, 395
- de sincérité, 358
- de veiller à son propre honneur, 358

Dévolution successorale
- égalité, 278, 416, 421 et s.
- et pluralité d'épouses, 422

Dignité de la personne humaine, 241, 590
Discrimination
- justifiées, 19
- non-discrimination, 6, 9, 14
- discrimination positive, 19, 20, 21, 22, 24
- critères de discrimination, 10, 11

Disparition
- de la famille étendue, 736
- des noms, 169, 171 et s.

Divorce, 29, 110, 115, 132, 179, 132
- et prestation compensatoire, 579 et s.

Domicile
- conjugal, 126
  - choix, 130, 134
- intérêts, 128, 129
- notion, 125

Don
- d'embryon, 661, 714
- d'organe, 660 et s.
- d'ovule, 616, 617
- de cellule reproductrice, 660
- de sperme, 661

Dot
- but, 75
- condition de forme du mariage, 92

- créancier, voy. « débiteur »
- débiteur, 87 et s.
- facultatif, 83
- formes de la dot, 78
- pratique administrative, 91
- *quantum*, 84 et s.
- rôle, 80 et s.
- symbolique, 83

Drépanocytose, 620

Droit
- acquis, 635 et s.
- d'usage du nom, 163, 183, 187
- de fonder une famille, 428, 35, 436, 476, 361
- de la famille, 27 et s.
- droit des sûretés, 564
- droit-créance, 633
- et temps, 431
- international
  - public, 200
  - privé, 58, 128, 200, 203, 268, 485, 490, 497
- matériel applicable, 233
- moderne, 31
- objectif, 17, 38, 205, 629, 630
- se marier, 47, 428, 435, 436
- subjectif, 14, 181, 186, 204 et s., 628, 629, 630, 704
- traditionnel, 31

Droit à
- à la vie privée, 514
- l'avortement, 704 et s.
- l'enfant, 603 et s.
- la différence, 284, 285
- la nationalité, 204 et s.
- la vie, 688, 702, 723

Droits
- civils, 15, 199
- de l'homme, 99, 229, 270, 452, 468
- de la jouissance légale, voy. « jouissance légale »
- économiques, 15
- fondamentaux, 13, 14, 16, 55, 205, 630, 639
- politiques, 200
- socio-culturels, 15

Dualité
- judiciaire, 242, 245, 247
- Juridique, 242, 258

E

Égalité
- dans la loi, 8
- de chance, 8
- devant la loi, 7
- formalisation du concept, 3
- formelle, 13, 17
- matérielle, 7
- réelle, 18, 19

Émancipation des femmes, 353, 368

Embryon
- chose sacrée, 715
- chose, 634, 705 et s.
- et personnalité juridique, 634, 706
- et *summa divisio*, 712
- personne potentielle, 715
- produit innommé, 715
- surnuméraire, 711

Enfant
- adoptif, 162, 746
- adultérin, 534, 543
  - à matre, 422, 545, 546 et s.
  - à patre, 422, 544, 546 et s.
  - sans adultère, 665
- incestueux, 549 et s.
- légitime incestueux, 551
- légitime, 162, 365, 373, 541, 551, 658
- naturel, 162, 164, 172, 365, 451, 721

Enfant à naître, 612 et s., 649, 674, 688 et s., 702, 708, 712

Erga omnes, 230

État politique, 203

Éthique, 49, 669 et s., 672

Ethnie, 10, 11, 26, 198

Étranger, 197, 201

F

Famille
- adoptive, 28
- désintégration, 40
- élargie, 101, 102, 730
- esprit de la famille, 70, 99, 102, 104, 119, 122, 249, 254, 422
- et couple, 35
- et relations charnelles, 34
- étendue, 28, 97, 102, 104, 736
- familles nombreuses, 732

- hors mariage, 445, 648
- légitime, 28, 147, 177, 635, 649, 697
- naturelle, 28, 147, 177, 648
- nucléaire, 28, 29, 69, 70, 97, 102, 104

Fidélité
- devoir de, voy. « devoir de fidélité »
- morale, 353
- physique, 353
- violation du devoir de, voy. « adultère »

Filiation
- adoptive, 365, voy. « enfant adoptif »
- adultérine, 365, 746, 542, voy. « enfant adultérin »
- contestation de, 663, 666, 668
- division de la, 663, 664, 665
- double filiation, 546
- incestueuse, 365, 746, 542, voy. « enfant incestueux »
- légitime, 365, 665, 664
- maternelle, 208, 201 et s., 228, 544 et s., 664, 721, 738, 741 et s.
- naturelle, 365, voy. « enfant naturel »
- paternelle, 111, 116, 155, 164, 208 et s., 241, 546, 665, 721, 739, 751
- preuve de la, 668

FIVETTE, 614, 657, 658
Fœtus, 48, 679, 685, 697, 699, 707 et s., 713 et s.
Fonctions parentales, 361, 532
Force exécutoire, 248, 249

G

Garde de l'enfant
- adultérin, 365, 534, 535
- divorce, 365, 452, 533
- en cas de violence entre ses parents, 465, 535
- rupture du concubinage, 452

Généralité de la norme, 284
Génie génétique, 620, 672 et s.
Gestation pour autrui, 695, 752 et s., 766, 769
Gestion des charges de la jouissance légale, 378
Groupe familial, 158, 280, 746

H

Hétérosexuel, 428, 429, 433, 436, 438 et s., 505
Hiérarchie
- des normes
- familiale

Homosexuel, 47, 269, 429, 433 et s., 474 et s., 512 et s., 651, 479
Homosexualité, 474, 651

I

IAC, 611, 657 et s.
IAD, 612, 662
ICSI, 611, 657
Identité de la personne, 144 et s.
In vitro, 599, 614, 616, 620, 658, 676, 679, voy. FIVETTE
Incapacité juridique de la femme mariée, 140, 160, 332, 333, 335, 338, 365
Inceste, 549 et s.
Indemnisation
- accident du concubin, 533 et s.
- rupture des fiançailles, 575
- rupture du concubinage, 455, 576

Indépendance nationale, 31, 64, 257
Inexistence, 96, 756
Infertilité,
- féminine, 313 et s.
- masculine, 609 et s.

Infidélité, voy. « adultère »
- et VIH/Sida, 356

Ingénierie génétique, voy. « manipulation génétique »
INSAE, 448, 587
Inter parter, 233
Intérêt à ne pas naître, 690
Intérêt supérieur de l'enfant, 368, 452, 523, 532, 552, 649, 652
IVG, voy. « avortement »

J

Jouissance légale
- attribution, 375
- charges, 377
  - gestion, 378
- contenu, 376

- et régime matrimoniale, 381
- fin, 385
- droits, 379
  - gestion, 380
  - limite, 382

Juge des affaires familiales, 468
Jus sanguinis, 211
Jus soli, 211

L

Liberté sexuelle, 288 et s., 302, 476, 601
Licéité
- gestation pour autrui, 758, 761
- remariage, 123
- don d'organe, 660 et s., 622

Loi étrangère
- influence, 269

Loyauté de la preuve, 310

M

Mandat domestique, 407
Manipulation génétique, 675
Mariage
- caducité, 518
- inopposabilité, 97
- mariage putatif, 115, 500 et 558
- nullité, 93 et s., 305, 493 et s., 507, 508, 512, 519, 551

Mariage homosexuel, 269, 472, 476, 478 et s., 483 et s., 4 et s., 513 et s.
Mariage imparfait, 347
Mater semper certa, 664
Matriarcat, 280 et s.
Mère porteuse, 654, 663, 752 et s.
Minorité, 274 et s., 370, 384
Monisme, 324
Monogamie, 288, 301 et s., 354
Morale, 644, 658, 669 et s., 677, 716
Mutation
- de la famille, 45
- sociales, 428, 433 et s.

N

Naissance, 26, voy. « acte de naissance »
Nation, 2, 198, 625
Nationalité
- définition, 197
- dimensions, 198
- droit subjectif, 204 et s.
- et assimilation, 216 et s.
- intérêt, 200
- naturalisation, 203, 219
- répudiation, voy. « répudiation »
- rigidité, 201
- souplesse, 213
- vide juridique, voy. « vide juridique »

Neutralité (principe), 285
Nom
- changement de, 172, 183
- dévolution, 167 et s.
- double nom, 165, 173, 177, 184, 189, 198
- et déscolarisation, 157
- et polygamie, 156
- et recompositions familiales, 159
- et régionalisation, 158
- et unité familiale, 151, 159, 160, 190
- femme mariée, 178 et s.
- immutabilité, 183, 187, 196
- intérêt, 147
- nature juridique, 186
- notion, 146
- prescription, 174
- relèvement du, 171 et s.
- transmission, 163, 173, 176, 302

Non-discrimination, voy. « discrimination »
Nullité (pas de nullité sans texte), 94

O

Obéissance, voy. « devoir d'obéissance »
Obligation
- alimentaire, 395, 567 et s., 588
- du mariage, 86, 130

Opinion (opinions politiques), 10
Option de législation, 258 et s.
Ordre juridique
- international, 642
- perturbation de, 439
- unité de, 232

Ordre public, 268, 309, 326, 386, 485, 488 et s., 496, 519
Orientation sexuelle, 435 et s., 471, 474, 482

P

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 54, 204, 435 et s., 521
Parentalité, 527 et s., 542 et s., 749
Parité, 23 et s.
Patriarcat, 156, 170, 280 et s., 291
Patrimoine
- anthroponymique, 167 et s.
- national, 169

Patronyme, 147, 155, 184, 187
Période légale de conception, 116
Personnalité juridique, 185, 205, 706 et s.
Pluralisme
- juridique, 31 et s., 243 et s., 270 et s., 286 et s.
  - parallèle, 31, 244
  - intégré, voy. « pluralisme juridique parallèle »
- judiciaire, 259, voy. « dualité judiciaire »
- légal, 263, 264
- optatif, 270 et s.
- substantif, 259

Politique
- législative, 31, 122, 196, 234, 483
- nataliste, 716, 718

Polyandrie, 290, 293 et s.
Polygamie
- de fait, 306 et s.
- et ordre public, 309
- fondements, 291
- preuve, 310
- sanction, 305, 308
- simultanée, 290
- successive, 123
- suppression, 299 et s.

Polygynie, 290, 292, 293, 303
Position sociale, 10, 11, 26
Post mortem, 654
Pouvoir ménager des époux, 410
Prépondérance maritale, 140, 147
Prérogatives, 629
Prestation compensatoire, voy. « divorce »
Prestation de service, 78
Prêt d'utérus, 615, 617, 661, 662
Preuve (bigamie), voy. « polygamie »
Principes généraux, 270, 449, 453
Privilège
- d'aînesse, 283
- de féminité, 281
- de masculinité, 281, 282
- de primogéniture, 283

Procréation
- médicalement assistée, 599 et s.
- refus, 681 et s.

Protection sociale, 221, 571
Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes, 55
Puissance maritale, 103, 151, 330, 334 et s.
Puissance paternelle, 41, 151, 160, 360 et s., 526

Q

Questions prioritaires de constitutionnalité, 481
Quantum, 84 et s., 103, 590

R

Race, 10, 11, 26
Rattachement souple, 485 et s.
Recomposition de famille, 159, 523
Refus d'enfant, 523, 159
Régime matrimonial, 241, 272, 341, 380 et s., 388 et s, 574, 589
Régime matrimonial de droit commun, 388 et s., 589
Relation domestiques, 461, 463 et s.
Relations pécuniaire, 326, 386 et s.
Relations personnelles, 326, 328 et s, 333, 553 et s.
Religion, 10 11, 26, 716, 717
Renforcement du crédit ménager, 559
Répudiation, 211, 214 et s., 229
Résidence familiale, 130, 464 et s.
Respect, voy. « devoir de respect »
Responsabilité civile, 453, 522, 582, 595
Rétroactif, 517 et s., 551

S

Sans preuve, pas de droit, 310
Scolarisation des filles, 21, 156
Sécurité juridique, 58, 230, 522, 563
Séparation de fait, 131, 132
Séparation judiciaire de domicile, 132
Sexe
- définition, 470

- sexe biologique, 436, 472, 498, 500, 502, 504 et s.
- sexe apparent, 498, 500, 505 et s.

Sexualité, 471 et s.
Situation matrimoniale, 189 et s, 561, 646, 650, 652, 738, 742, 744
Solidarité passive, 561
Sources du droit, 260, 263, 266, 630
Solvens, 414
Succession *ab intestat*, 415 et s.
Sujet, 12, 198, 634, 702, 705, 706, 707, 713
Summa divisio, 712
Suppression préventive, 232
Syncrétisme juridique, 42, 67 et s., 340
Système matrilinéaire, 280, 297
Systèmes matrimoniaux, 288
Système patrilinéaire, 170, 280, 296, 299 et s.

T

Testament, 241, 276 et s.
Théorie de l'apparence, 557, 563
Thérapie, 601, 603 et s., 618 et s., 623, 630, 643, 653, 678
Torts, 132
Traite d'enfant
- et familles nombreuses, 732
- nationale, 730
- transnationale, 733

Transsexualisme, 470, voy. « conversion sexuelle »
Travail des enfants, 381 et s.

U

Union européenne, 511
Unification du droit, 64, 235, 239 et s.

V

Veuvage, 110 et s.
Vide juridique, 227
Vie privée, 181 et s., 454, 514
Vie sexuelle, 296, 301
VIH/sida, 356, 619, 621
Viol entre époux
Violence, 349, 356, 919, 612, 456 et s., 682, 700, 708
Volonté individuelle, 271, 737 et s.

TABLE DES MATIÈRES

DÉDICACE....3
REMERCIEMENTS....4
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS....5
SOMMAIRE....10
RÉSUMÉ EN FRANÇAIS....11
RÉSUMÉ EN ANGLAIS....12

INTRODUCTION....13
I. LA PERMANENCE DE LA PROBLÉMATIQUE DE L'ÉGALITÉ....14
II. LA NOTION D'ÉGALITÉ....16
A. L'égalité et les notions voisines....16
B. L'égalité et les notions opposées....22
III. DOMAINE D'ÉTUDE DE L'ÉGALITÉ....27
A. La notion de famille....27
B. La place de l'égalité dans le droit béninois de la famille....33
IV. LA NÉCESSITÉ DE LA RECHERCHE....39
A. L'actualité de la question de l'égalité en droit de la famille....40
B. Les intérêts de l'étude....45
V. PROBLÉMATIQUE....46
VI. LA DÉMARCHE À SUIVRE....47

PREMIÈRE PARTIE
LE DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE SOUS LE PRISME DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ : *DE LEGE LATA*

TITRE I
LA TRADITION COMME OBSTACLE Á L'ÉGALITÉ EN DROIT DE LA FAMILLE

CHAPITRE I. : LE MAINTIEN DE TRADITIONS INÉGALITAIRES DANS LE MARIAGE AU BÉNIN 52
SECTION 1 : L'existence d'une exigence unilatérale pour l'homme 53
§1. L'institution de la dot en droit béninois de la famille 54
A. La place de la dot dans le droit béninois 54
1. La dot dans l'Ancien droit 54
2. La dot dans le nouveau droit 57
A. Le régime juridique de la dot 59
1. Une obligation unilatérale du mariage 59
2. Les sanctions en raison du non versement de la dot 62
§2. Le détournement de l'esprit de la nouvelle loi 67
A. L'existence d'un paradoxe dans le droit de la famille 67
B. Le retour à l'ancienne famille africaine 68
SECTION 2 : L'existence d'une exigence unilatérale pour la femme 71
§1. le maintien de la tradition du délai de viduité 71
A. Les fondements du délai de viduité 72
1. L'organisation du veuvage par le délai de viduité 72
2. La limitation des confusions de paternité 74
B. Une coutume en conflit avec l'esprit de la loi nouvelle 76
1. L'existence d'une inégalité dans les conditions de formation du mariage en défaveur de la femme 76
2. Un nouveau conflit avec l'esprit de la nouvelle loi 79
§2. Le choix du domicile conjugal 80
A. Les aspects du domicile 80
1. Fonctions 82
2. Effets 83

B. L'existence d'une inégalité entre époux dans le choix du domicile conjugal 84
1. La fixation du domicile conjugal par l'époux 85
2. La consécration d'une inégalité de pouvoir des époux 86
CONCLUSION DU CHAPITRE I 88

CHAPITRE II. : Le maintien de traditions inégalitaires quant aux éléments identifiant les personnes 89
SECTION 1. L'inégalité dans la transmission ou le port du nom 90
§1. La reprise d'une coutume consacrant l'inégalité dans l'attribution du nom à l'enfant 92
A. La transmission patrilinéaire du nom 92
1. La limitation du droit de l'enfant à ses deux filiations et ses conséquences 93
2. Une violation du droit de la femme de transmettre son nom à sa descendance 97
B. La nécessité de réorienter la dévolution du nom 99
1. L'appauvrissement du patrimoine anthroponymique 100
2. L'instauration d'un système égalitaire de dévolution du nom 103
§2. L'instauration d'une forme nouvelle d'inégalité relative au nom de la femme mariée 104
A. Une immixtion dans la vie privée de la femme mariée 106
1. Un véritable changement de nom imposé à la femme mariée 106
2. La divulgation de la vie privée de la femme mariée 110
B. La nécessité de remodeler l'acquisition du nom à raison du mariage 112
1. Une obligation unilatérale pour la femme 112
2. Les perspectives d'une réforme 113
SECTION 2. L'inégalité dans l'attribution ou l'acquisition de la nationalité 115
§1. La nature juridique de la nationalité 116
A. La nationalité comme élément identifiant la personne 117
B. La nationalité comme un droit subjectif 118
§ 2. L'existence d'une inégalité avérée dans le droit béninois de la nationalité 120
A. L'inégalité consacrée 120
1. Les effets inégaux de l'attribution de la nationalité à raison de la filiation 121

2. Les effets inégaux du mariage sur la nationalité des époux 125
B. L'inégalité condamnée 129
1. Les effets de la décision de la Cour constitutionnelle 129
2. L'urgence d'une intervention législative 132
CONCLUSION DU CHAPITRE II 134
CONCLUSION DU TITRE I 136

TITRE II.
LA LOI COMME OUVERTURE Á PLUS D'ÉGALITÉ EN DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE

CHAPITRE I. : L'ÉGALITÉ RÉSULTANT DE LA SUPPRESSION DES OPTIONS 138
SECTION 1. L'unification du droit béninois de la famille 139
§1. La suppression du pluralisme juridique et judiciaire en droit béninois de la famille 140
A. La suppression du Coutumier juridique 141
1. La suppression juridictionnelle du Coutumier du Dahomey 142
2. La suppression législative du Coutumier du Dahomey 143
B. La suppression de la dualité judiciaire 145
§2. La naissance d'un pluralisme juridique de type nouveau 146
A. Le pluralisme legal résultant de la diversité des sources du droit béninois de la famille 147
B. Le pluralisme juridique résultant des principes généraux des droits de l'homme 150
1. La liberté 150
2. L'égalité 157
SECTION 2. La suppression des options matrimoniales : une reconnaissance de l'égale liberté sexuelle 158
§1. Le bannissement de la polygamie 159
A. Le rejet de la polyandrie 160
1. Le risque de confusion de paternité, cause du rejet de la polyandrie 161
2. Le renversement du système patrilinéaire évité 162
B. L'éclosion de la polygamie de fait 165
§2. La redéfinition de l'adultère 167

A. L'inégalité de l'Ancien droit sur le délit d'adultère 168
1. Un traitement inégal par le droit pénal en raison du sexe de l'époux 168
2. L'adultère de la femme dépouillé du mythe originel 170
B. L'égalité retrouvée devant l'adultère 171
CONCLUSION DU CHAPITRE I 173

CHAPITRE II. L'ÉGALITÉ DANS LES RELATIONS AU SEIN DES COUPLES. 174
SECTION 1. Les relations personnelles des époux 175
§ 1. La consécration de la capacité juridique distincte de chaque époux 175
A. La suppression des institutions symboles de la domination du mari 177
1. La suppression de la puissance maritale 177
2. La réforme de la capacité juridique de la femme mariée 179
B. L'effectivité de la pleine capacité juridique de chaque époux 181
§2. La création d'une union personnelle égalitaire entre les époux 182
A. Les devoirs mutuelles entre époux 182
1. Le devoir de communauté de vie 183
2. Les devoirs de fidélité, de respect et d'assistance entre époux 185
a. Le devoir de fidélité entre époux 185
b. Les devoirs de respect et d'assistance mutuelle 187
B. Les devoirs des époux envers les enfants 189
1. L'autorité parentale sur la personne de l'enfant 190
a. L'attribution conjointe de l'autorité parentale 191
b. L'exercice conjoint de l'autorité parentale 192
2. L'autorité parentale conjointe sur les biens du mineur 193
a. L'administration légale des biens de l'enfant 193
b. La jouissance légale des revenus de l'enfant 195
SECTION 2. Les relations pécuniaires des époux 199
§ 1. L'égal droit des époux dans le regime matrimonial de droit commun 200
A. L'égale contribution des époux aux charges du ménage dans le régime de droit commun 201
1. L'objet de la contribution aux charges du ménage 202
2. L'égalité dans la contribution aux charges du ménage reposant sur la faculté de chaque époux 203
B. L'égalité des époux dans le paiement des dettes ménagères 206
1. Le mandat domestique légal de chaque époux consacré 206

2. La solidarité des époux autour des dettes ménagères....207
§ 2. L'égal droit des epoux dans les successions *ab intestat*....209
A. La vocation successorale universelle de la femme consacrée....210
B. L'égalité dans la dévolution successorale consacrée....212
CONCLUSION DU CHAPITRE II....215
CONCLUSION DU TITRE II....216
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE....217

SECONDE PARTIE

LE DROIT BÉNINOIS DE LA FAMILLE SOUS LE PRISME DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ : *DE LEGE FERENDA*

TITRE I

LES MUTATIONS SOCIALES, VECTEUR DE PLUS D'ÉGALITÉ EN DROIT DE LA FAMILLE

CHAPITRE I. LA MARCHE INACHEVÉE VERS UNE ÉGALITÉ CONSACRÉE DANS LES DIFFÉRENTES FORMES DE COUPLES....223
SECTION 1 : Une parfaite égalité pour les concubins hétérosexuels....225
§ 1. Une égalité en faveur des concubins....226
A. Une parfaite égalité de vie sociale entre concubins et époux....226
1. La légitimité sociale du concubinage....227
2. La tolérance générale du concubinage....228
B. Une égalité de vie juridique entre concubins et époux....230
1. L'influence de l'égalité des enfants sur les parents concubins....230
2. Une égalité assurée directement aux concubins par le biais des principes généraux de la responsabilité civile....232
§ 2. Une égalité en défaveur des concubins....234
A. La reconnaissance explicite du concubinage par le législateur....235
1. La définition du concubinage par le législateur....236
2. L'assimilation des couples à travers la qualification « relation domestique »....237
B. L'égale protection contre les violences assurée aux concubins et aux époux....239
SECTION 2 : Une délicate égalité en raison de l'orientation sexuelle et de la nature du sexe....240

§ 1. L'égalité dans l'orientation sexuelle comme base d'accès au mariage par les couples homosexuels 242
A. Une revendication du mariage homosexuel résultant de facteurs internes .. 243
1. L'accès au mariage homosexuel par le recours possible à l'inconstitutionnalité de l'article 123 du CPF 244
2. La possibilité légale du mariage homosexuel 247
B. Une revendication du mariage homosexuel résultant de facteurs internationaux 248
1. L'égalité des homosexuels devant le mariage assurée par l'éviction de la loi nationale applicable au statut personnel 248
2. La naissance d'une nouvelle revendication de l'égalité par la perturbation de l'ordre public béninois 250
§ 2. L'égalité des sexes comme base d'accès au mariage par les couples de transsexuels 253
A. Le sort du mariage ultérieur à la conversion sexuelle 254
1. L'égalité des sexes et la formation du mariage 254
2. Le sort du mariage entre personnes de sexes de nature différente 256
B. Le sort du mariage antérieur à une conversion sexuelle 258
1. La conversion sexuelle d'un époux 258
2. La préservation du mariage d'un époux ayant subi une conversion sexuelle 260
CONCLUSION DU CHAPITRE I 263

CHAPITRE II. LES CONSÉQUENCES EMBRYONNAIRES D'UNE ÉGALITÉ CONSACRÉE AU SEIN DES COUPLES 265
SECTION 1 : La consécration d'un minimum de rapport extrapatrimonial commun au couple 267
§ 1. L'obligation d'exercice en commun de l'autorité parentale independamment de la nature de la filiation : la coparentalité 268
A. Le minimum de rapports personnels commun dans la coparentalité 268
1. L'importance de l'instauration de la coparentalité 268
2. Les attributs possibles de la coparentalité 269
B. L'égalité entre père et mère et entre enfants résultant de la coparentalité ... 271
§ 2. La coparentalité et les difficultés inhérentes à certaines filiations 273

A. L'existence d'une inégalité orientée portant sur l'exercice de l'autorité parentale de l'enfant adultérin....273
B. L'existence d'une inégalité dépassée portant sur l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant incestueux....275
SECTION 2 : La consécration d'un minimum de rapports patrimoniaux commun au couple....277
§ 1. La modulation d'un régime assurant une protection minimale égalitaire des couples durant la vie commune....278
A. La recherche de l'égalité des couples autour de la solidarité des dettes ménagères....278
1. Une égalité facilitatrice du crédit des couples....279
2. Une égalité assurant la garantie aux créanciers des couples....280
B. L'instauration d'une égalité sur la contribution aux charges du ménage....282
1. Le fondement de la nécessité pour les époux de contribuer aux charges du ménage....283
2. Les effets de l'extension de la contribution aux charges du ménage aux autres couples....284
§ 2. L'organisation d'un régime minimum égalitaire de la rupture du couple....286
A. Le minimum égalitaire envisageable entre les membres d'un couple en cas de rupture....287
B. Le minimum égalitaire envisageable entre les membres d'un couple en cas de décès....289
1. La légitimité de soutenir du survivant d'un couple....290
2. La détermination du minimum commun à tous les couples après la rupture du couple par décès....293
CONCLUSION DU CHAPITRE II....295
CONCLUSION DU TITRE I....297

TITRE II
LES PROGRÈS DE LA MÉDECINE, VECTEUR DE PLUS D'ÉGALITÉ EN DROIT DE LA FAMILLE

CHAPITRE I. LA REVENDICATION DE L'ÉGALITÉ VISANT LA MAÎTRISE POSITIVE DE LA PROCRÉATION 299
SECTION 1 : L'accès à la pma au nom de l'égalité des couples 301
§ 1. Une thérapie recherchée au nom de l'égalité des couples 302
A. L'objet de la thérapie recherchée au nom de l'égalité des couples 302
1. La recherche de solutions à l'infertilité de l'un des membres du couple . 302
2. La recherche de solution pour éviter la transmission d'une maladie grave aux descendants 305
B. Le fondement de la thérapie recherchée au nom de l'égalité des couples : le droit à l'enfant 307
1. Le droit à l'enfant comme moyen de perpétuation de l'espèce humaine . 308
2. La nature juridique d'un possible droit à l'enfant 309
§ 2. Une égalité spacio-temporelle, soubassement de la revendication du droit à l'enfant 314
A. L'égalité temporelle revendiquée par les couples 314
B. L'égalité spatiale recherchée des couples 315
SECTION 2. Les restrictions nécessaires de l'égalité des couples face á la procreation 316
§ 1. UNE RESTRICTION EN RAPPORT AUX DEMANDEURS 317
A. La limitation de la PMA aux couples mariés 317
1. La nécessité de circonscrire la PMA aux couples mariés 318
2. Les autres restrictions de la PMA 319
B. Une limitation nécessaire des conflits de filiation par la restriction de certaines pratiques 321
1. Les PMA homologues et ses conséquences 322
2. Les PMA hétérologues et ses conséquences 323
a. La problématique de la licéité du don de cellules reproductrices 323
b. La fluctuation des recours en contestation de filiation 324
§ 2. La restriction de l'égalité devant la procréation en rapport avec la bioéthique 327
A. Les restrictions du droit à l'enfant en rapport avec le génie génétique 328

B. L'interdiction du clonage comme moyen de reproduction 329
CONCLUSION DU CHAPITRE I 331

CHAPITRE II. LA REVENDICATION DE L'ÉGALITÉ VISANT LA MAÎTRISE NÉGATIVE DE LA PROCRÉATION 333
SECTION 1 : L'égalité et l'avortement 334
§ 1. Le refus de porter une grossesse 335
A. Difficile conciliation de deux droits 335
1. L'avortement comme une violation des droits de l'enfant 335
2. L'interdiction de l'avortement comme violation des droits de la mère 337
B. La nécessité de dépénaliser l'avortement 341
§ 2. L'existence possible d'un droit à l'avortement 342
A. L'embryon objet de droit 343
1. Le traitement juridique de l'embryon 343
2. La place de l'embryon dans les catégories juridiques 345
B. Les limites morales de l'avortement 347
SECTION 2 : L'égalité et l'accouchement sous x 348
§ 1. Le présage de l'accouchement sous x 349
A. Les fondements sociaux de l'accouchement sous X 350
1. L'abandon récurrent de nouveau-nés 350
2. La traite d'enfants 351
a. La traite nationale d'enfants 351
b. La traite transnationale des enfants 352
B. Les fondements juridiques de la venue de l'accouchement sous X : les inégalités créées par la loi 355
1. L'inégalité dans l'exclusion de la volonté individuelle de la femme dans l'établissement de la filiation maternelle 355
2. La nécessité de dissocier l'acte de filiation de l'acte de famille 358
§ 2. Une égalité source d'importants bouleversements de l'ordre juridique 361
A. Le détournement de l'accouchement sous X en gestation pour autrui 361
B. L'accouchement sous X et les dévoiements de l'adoption 365
CONCLUSION DU CHAPITRE II 368
CONCLUSION DU TITRE II 370
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE 371
CONCLUSION GÉNÉRALE 373

BIBLIOGRAPHIE 379
ANNEXES 434
INDEX 436
TABLE DES MATIÈRES 444