



**Thèse présentée par
Régis Alban Coffi
MADJA**

**UNIVERSITÉ CHEIKH ANTA
DIOP DE DAKAR FACULTE
DES SCIENCES JURIDIQUES
ET POLITIQUES**

**L'EFFECTIVITE DES DROITS CIVILS DANS
LES ORDRES JURIDIQUES AFRICAINS
(EXEMPLES EN DROITS BENINOIS ET
SENEGALAIS DE LA FAMILLE)**

**23 Décembre
2015**



UNIVERSITÉ CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR



ECOLE DOCTORALE SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES,

ECONOMIQUES ET DE GESTION

FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

Année : 2015

N° d'ordre :

THESE DE DOCTORAT

Présentée par :

Régis Alban Coffi MADJA

TITRE :

**L'EFFECTIVITE DES DROITS CIVILS DANS LES
ORDRES JURIDIQUES AFRICAINS (EXEMPLES
EN DROITS BENINOIS ET SENEGALAIS DE LA
FAMILLE)**

Soutenu le 23 Décembre 2015 devant le jury composé de :

Président :	M. Isaac Yankhoba NDIAYE	Agrégé de droit privé, Professeur titulaire Université Cheikh Anta Diop de Dakar
Rapporteurs :	M. Papa Talla FALL	Maître de Conférences Agrégé Université Cheikh Anta Diop de Dakar
	M. Mbissane NGOM	Maître de Conférences Agrégé Université Gaston Berger de Saint Louis
	M. Yaya BODIAN	Maître de Conférences Agrégé Université Cheikh Anta Diop de Dakar
Examineur :	Mme Aminata CISSE NIANG	Maître de Conférences Agrégé Université Cheikh Anta Diop de Dakar
Directeur de Thèse :	M. Alassane KANTE	Maître de Conférences Université Cheikh Anta Diop de Dakar
Co-directeur :	M. Roch C. Gnahoui DAVID	Maître de Conférences Agrégé Université d'Abomey-Calavi de Cotonou

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Je

Dédie

Ce travail ...

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

**A DIEU LE PERE TOUT
PUISSANT**

*Pour tous les bienfaits dont Tu ne cesses de me combler,
Merci pour ta miséricorde et ta protection.*

**A la Vierge Marie, Reine
Des Victoires**

Tu es et resteras la source de toutes mes grâces.

Merci pour ton amour infini.

♥ A la mémoire de mon Parrain, le Professeur JEAN-JULIEN
CODJOVI

♥ A mon père ANTOINE MADJA et à ma mère EVE DIGNY,

♥ A mes sœurs, NELLY & KARELLE

♥ A ODETTE DE CHACUS

♥ Aux Docteurs IDA VIHO et DAVID DJOSSOU

Pour tous les sacrifices et votre soutien sans faille.

Soyez heureux et que DIEU vous comble encore et encore.

Mes Sincères

Remerciements...

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

- ♠ A tous ceux qui ont personnellement veillé ou contribué à la qualité de ce travail par leurs conseils et suggestions.
- ♠ A Monsieur Alassane KANTE, qui en dépit des circonstances, a accepté par sa bienveillante sollicitude et ses nombreux conseils, d'œuvrer à l'aboutissement de cette thèse.
- ♠ A Monsieur Roch Gnahoui DAVID qui a accepté, malgré ses nombreuses occupations, de diriger mes travaux de recherches.
- ♠ Au Directeur et au Personnel du CODESRIA dont le programme de bourse a contribué à la réalisation de ce travail.
- ♠ A tous ceux qui d'une manière ou d'une autre m'ont soutenu durant mes longues années d'études.
- ♠ Aux Enseignants des Facultés de Droit de l'Université Cheikh Anta Diop (Sénégal) et de l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin).
- ♠ A mes amis et condisciples de Cotonou et Dakar.

SIGLES ET ABREVIATIONS

AfriMAP:	Africa Governance, Monitoring and Advocacy Project (Projet pour l'observation et le plaidoyer sur la gouvernance en Afrique)
Al :	Alinéa
Anc.:	Ancien
A.O.F. :	Afrique Occidentale Française
Art.:	Article
Ass.plén.:	Assemblée plénière
AUPELF-UREF:	Association des Universités Partiellement ou Entièrement de Langue Française - Université des Réseaux d'Expression Française. Aujourd'hui
AUF :	Agence Universitaire de la Francophonie
C. A.:	Cour d'Appel
C. pén. Bén. :	Code pénal du Bénin
C. pén. Sén:	Code pénal du Sénégal
C.Civ :	Code Civil
CADBEE :	Charte Africaine des Droits et du Bien-Être de l'Enfant
CADHP :	Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
Cass:	Cassation
CBPF :	Code Béninois des Personnes et de la Famille
CEDEAO/ ECOWAS :	Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest/ Economic Community Of West African States.
CEDH:	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CEFDEF :	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CES :	Conseil Economique et Social (de l'ONU)
CESDHLF :	Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales
CH.:	Chambre
CHRON. :	Chronique
CIJ :	Cour Internationale de Justice
Civ.:	Civil
CJCE :	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJ-CT :	Chambre Judiciaire – Civil Traditionnel (Cour Suprême du Bénin)
COCC :	Code des Obligations Civiles et Commerciales
Concl:	Conclusions
Cons const. frç :	Conseil Constitutionnel français
Const. bén :	Constitution du Bénin
Const. sén. :	Constitution du Sénégal
CRDE :	Convention relative aux droits des Enfants

Crim.:	Criminel
CSF :	Code Sénégalais de la Famille
D. :	Dalloz
DC :	Décision de Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements, des Assemblées (France)
DCC :	Décision de la Cour Constitutionnelle (Bénin)
DDHC :	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
Déc. :	Décision
Dir. :	(sous la direction de)
DP:	Dalloz Périodique
DUDH :	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
EAC, AUF:	Editions des Archives Contemporaines, Agence Universitaire de la Francophonie
Ed. :	Editions
E.D.J.A. :	Editions Juridiques Africaines
EHESS :	École des Hautes Etudes en Sciences Sociales
ECW/CCJ/APP:	ECOWAS / community Court of Justice / Application. (CEDEAO/Cour de Justice de la Communauté/ Requête)
ECW/CCJ/JUD:	ECOWAS / community Court of Justice / Judgment(CEDEAO/Cour de Justice de la Communauté/ Jugement)
Gaz.Pal.:	Gazette du Palais
IDDH :	Institut Danois des Droits de l'Homme
JCP:	Juris Classeur Périodique
LGDJ:	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
ONG :	Organisation Non Gouvernementale
ONU :	Organisation des Nations-Unies
OSIWA :	Open Society Initiative for West Africa (Initiative pour une Société Ouverte en Afrique de l'Ouest)
P.U.D:	Presses Universitaires de Dakar
P.U.F :	Presses Universitaires de France
Pas.:	Pasicrisie (Recueil belge de jurisprudence)
PIRDCP :	Pacte International relatif aux droits civils et politiques
PIRDESC :	Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
QPC :	Question Prioritaire de Constitutionnalité
R.F.D.A :	Revue Française de Droit Administratif
RBSJA :	Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives
Req.:	Requête
RIDC :	Revue Internationale de Droit Comparé
RTD:	Revue Trimestrielle de Droit
S.:	Suivant
TGI:	Tribunal de Grande Instance

TPI : Tribunal de Première Instance
TRHCD: Tribunal Régional Hors Classe de Dakar
UA: Union Africaine. Ex- OUA: Organisation de l'Unité Africaine
Vr: Voir
WILDAF/FEDDAF-BENIN: Women In Law and Development in Africa /
Femmes Droit et Développement en Afrique (ONG)

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Sommaire

INTRODUCTION GENERALE	1
Première Partie : L'effectivité par la reconnaissance préalable des droits civils.....	19
Titre I : La réception des principes de droit occidental, facteur favorable ou frein à l'effectivité des droits civils en Afrique	21
Chapitre I : La référence au droit français et au droit international comme modèle.....	23
Chapitre II : L'ambiguïté des droits civils, facteur d'influence sur leur effectivité.....	51
Titre II : La recherche de l'adéquation entre droit occidental et réalités socio-politiques africaines.....	83
Chapitre 1 : L'insertion des principes de droit civil en Afrique et la prise en compte des valeurs traditionnelles	85
Chapitre II : La matérialisation des droits civils dans les systèmes de droit africain	132
Deuxième partie : L'effectivité par la mise en œuvre des droits civils.....	169
Titre I : La protection de droit commun des droits civils	172
Chapitre I : La protection des droits de la personnalité liée à la famille	174
Chapitre II : La protection des droits familiaux.....	206
Titre II : La protection spécifique des droits civils	243
Chapitre 1 : Le recours constitutionnel en matière de droits civils	245
Chapitre II : La protection internationale des droits civils et familiaux	278
CONCLUSION GENERALE.....	313
BIBLIOGRAPHIE.....	318

INTRODUCTION GENERALE

1. Les sociétés humaines et les acteurs du pouvoir auraient une tendance récurrente à l'anomie¹ en général et à l'illégalité en particulier². Ces tendances se manifesteraient par une sorte d'insouciance généralisée vis-à-vis de la loi. Elles pourraient se justifier par le refus de respecter la loi au regard des coûts ou des contraintes, engendrés, par la contestation de la légitimité de telle ou telle disposition ou encore par l'inadaptation de la loi à une situation donnée. La résistance aux normes peut être expliquée par l'existence d'une culture enracinée de contournement de la loi dès lors que celle-ci est synonyme de coût ou de restriction³.
2. Cette dichotomie historique entre droit et réalité semble particulièrement marquer le droit africain. Ainsi l'ordonnancement juridique consacre des droits sans que dans les faits, l'on trouve des personnes qui en jouissent. Certains appellent cela « une crise d'authenticité de la législation »⁴. En effet, empruntées au moment des indépendances, aux mécanismes de la démocratie occidentale, les institutions d'importation installées en Afrique ont vite révélé qu'elles souffraient du mal dont souffrent souvent ceux qui ont été obligés de quitter leur milieu naturel pour aller vivre ailleurs⁵. Les lois appartenant au modèle « français » sont souvent envisagées comme une espèce « d'intrusion, d'interposition artificielle et déviante »⁶. Le modèle de droit occidental est souvent perçu comme la cause principale des distorsions entre règles de droit et réalités sociales. Ainsi, la distance est importante entre les libertés accordées aux individus par les textes constitutionnels et la réalité⁷. C'est pour comprendre cet écart, cette distance entre les textes de loi et leur application que la présente réflexion se

¹Le concept d'anomie forgé par Durkheim est un des plus importants de la théorie sociologique. Il caractérise la situation où se trouvent les individus lorsque les règles sociales qui guident leurs conduites et leurs aspirations perdent leur pouvoir, sont incompatibles entre elles ou lorsque, minées par les changements sociaux, elles doivent céder la place à d'autres. Vt Anomie, Raymond BOUDON, Encyclopaedia UNIVERSALIS, <http://www.universalis.fr/encyclopedie/anomie>. 27/07/2012

² Adrian GOLDIN, « L'effectivité du droit social au regard de la situation argentine », in *L'effectivité du droit du travail : A quelles conditions ?* 2^{ème} éd. 2008, p. 337

³ Philippe AUVERGNON, « Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail », in *L'effectivité du droit du travail : A quelles conditions ?* (Actes de séminaire international 2005), Philippe AUVERGNON (Dir.), Bordeaux, 2006, p.15

⁴Adrian GOLDIN, « L'effectivité du droit social au regard de la situation argentine », in *L'effectivité du droit du travail : A quelles conditions ?* op.cit. p.322

⁵Issa ABIABAG, « Les droits des personnes physiques », Introduction, Titre IV, in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, Tome sixième, Droit des personnes et de la famille, Stanislas MELONE (Dir.), Les Nouvelles Editions Africaines, Abidjan, Dakar, Lomé 1982, p. 143 et s.

⁶ Antonio MONTEIRO FERNANDES, « Réflexions sur l'effectivité du droit du travail à partir du cas portugais », in *L'effectivité du droit du travail*, op. cit. p.105

⁷Issa ABIABAG, « Les droits des personnes physiques », Introduction, Titre IV, in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, op.cit. p. 143

fera sur l'effectivité des droits civils dans les ordres juridiques africains, avec comme modèle d'analyse les droits béninois et sénégalais des personnes et de la famille.

3. Plusieurs juristes et même des non-juristes considèrent que la difficulté d'application du droit en Afrique de façon générale et de façon particulière, du droit des personnes se justifie essentiellement par la transposition des normes héritées de la colonisation et que de ce fait, le droit appliqué est étranger dans les pays africains. La solution à l'ineffectivité du droit serait dans le retour aux droits africains antérieurs à la colonisation ou à un dualisme juridique tenant compte à la fois du droit français et des réalités africaines⁸. Cette proposition de solution ne rencontre pas l'adhésion de tous. D'autres auteurs soulignent l'irréalisme de l'application des coutumes dont ils jugent les méthodes contraires à celles du droit⁹.
4. Ces différentes opinions attestent du rapport incontestable entre droit et société. Mais ce rapport n'est pas toujours perceptible. En effet, des droits sont consacrés par les textes de lois qui ne s'assurent pas toujours de leur mise en œuvre effective. L'on observe ainsi bien souvent, un écart, une distorsion entre les règles de droit et les réalités sociales d'une part, et entre les règles de droit et la pratique judiciaire d'autre part. Ces constats mettent à nu les carences d'effectivité de l'ordonnement juridique.
5. La seconde observation qui suscite la réflexion autour de l'effectivité et qui en même temps renforce les carences de l'ordre juridique est le fait que l'effectivité constituait rarement une préoccupation du droit. Les juristes, l'ignoraient « en poursuivant l'analyse de la seule norme et en qualifiant de violation tout écart que dégage son application. »¹⁰. La question de l'effectivité ne se posait pas dans le raisonnement de l'application des règles juridiques ou dans l'activité juridictionnelle. Le mot était étranger au langage dans lequel le droit est exprimé. Il se retrouvait par contre dans le langage dans lequel le droit est décrit, discuté, jugé, ce qui fait dire que « l'effectivité est un concept scientifique, appartenant à l'outillage de la sociologie du droit, mais aussi de la théorie du droit ».¹¹
6. Pourtant, les écarts entre le droit et les réalités sociales conduisent à l'existence de situations de fait, de droit parallèle et donc de non-droit¹². Ainsi, l'on peut considérer comme

⁸Amsatou SOW SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique (L'exemple du droit successoral sénégalais)*, Paris, 1991, LGDJ. pp. 215-216. L'auteur affirme que le but du législateur était l'unification et que la diversité du droit constitue une exception nécessitée par les exigences sociales.

⁹Jacques VANDERLINDEN, « Justice et droits : Quels droits appliquer ? Le juge et la coutume en Afrique aujourd'hui », in *Afrique contemporaine*, vol 29, N°156 (Spécial)/4^e semestre 1990, p.231-239.

¹⁰Rachid FILALI MEKNASSI, « L'ineffectivité : La revanche des faits sur les prétentions de la règle formelle », in *L'effectivité du droit du travail*, op. cit. p.66

¹¹Antoine JEAMMAUD, « Le concept d'effectivité du droit », in *L'effectivité du droit du travail*, op. cit. p.43

¹²Non-droit : absence de droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent. Principales hypothèses de non-droit : résistance du fait au droit, situations de faits non

manifestation d'ineffectivité, les recours des populations aux règles traditionnelles en dépit de l'existence des règles de droit, lesquels se manifestent par exemple, par la célébration des mariages traditionnels au lieu des mariages civils à la mairie, le refus des populations de se conformer aux règles de droit préférant vivre dans des situations d'illégalité ou de non droit, comme la séparation de fait au lieu du divorce, les familles naturelles ou la polygamie de fait au lieu d'un mariage régulier, les discriminations entre enfants de sexe différent dans l'exercice de leurs droits, le refus de reconnaître les droits des femmes sous prétexte du respect de la tradition.

7. Face aux manifestations d'ineffectivité, les juristes ont commencé à s'intéresser à la notion. Il convient de se demander si cette manifestation d'intérêt du droit pour l'effectivité a contribué à l'amélioration de la pratique des droits.
8. Les conventions internationales notamment mettent de plus en plus l'accent sur le « droit à un recours effectif »¹³ devant une instance pour toute personne se plaignant d'une violation de ses droits et libertés reconnus par lesdites conventions. Elles imposent aussi aux Etats parties des obligations ou engagements visant à « assurer l'exercice effectif »¹⁴ du droit qu'elles concernent. L'évolution de la notion se caractérise, notamment en droit français, par un « début de juridification de l'exigence d'effectivité des règles juridiques »¹⁵ à travers le droit qui aménage lui-même des procédures de contrôle et de promotion des normes ou des dispositifs tendant à la réalisation de « situations conformes ». La Cour européenne des droits de l'homme jugera ainsi que la Convention a « pour objet de protéger des droits, non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »¹⁶. Si tel est le cas des conventions et des juridictions internationales en droit européen, l'on peut se demander quelle est la part ou le rôle joué par les conventions internationales dans les droits africains en ce qui concerne la recherche d'effectivité des droits accordés aux populations. La prise en compte des droits civils comme catégorie des droits de l'homme amène les conventions universelles et régionales à se pencher expressément ou implicitement à la recherche de leur effectivité. Ainsi le PIRDCEP¹⁷ qui est l'instrument international de référence en matière de droits civils,

analysable en rapports juridiques, cas où il y a une baisse plus ou moins considérable de la pression sociale. Rapporté à J. CARBONNIER, le non-droit serait le refus d'entrer dans les liens de droit. Vr Non-droit, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, André-Jean ARNAUD (Dir.), 2^{ème} éd. LGDJ, Paris, 1993, p. 389.

¹³ Article 13 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

¹⁴ Exemple de la Charte sociale européenne, version révisée de 1996, IIème partie

¹⁵ Antoine JEAMMAUD, « Le concept d'effectivité du droit », in *L'effectivité du droit du travail*, op. cit. p.43

¹⁶ 7 octobre 1979, Airey c. République d'Irlande, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, par F. Sudre et autres, PUF (Coll. Thémis), 2 éd., 2004, p.18

¹⁷ PIRDCEP : Pacte International relatif aux droits civils et politiques

rappelle que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables, constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. Il affirme également que la Charte des Nations Unies impose aux Etats, l'obligation de promouvoir le respect universel et effectif des droits et des libertés de l'homme. Quant à la Charte africaine¹⁸, elle rappelle dans son préambule que les droits civils et politiques sont indissociables des droits économiques, sociaux et culturels et que c'est la satisfaction de ces derniers qui garantit la jouissance des droits civils et politiques.

9. C'est l'intérêt de plus en plus manifeste des institutions de droit pour l'effectivité face à l'existence de situations d'ineffectivité qui suscitent la réflexion sur l'effectivité des droits civils. Dans le contexte africain, cette recherche d'effectivité se justifie à double titre. D'une part parce que les populations restent fortement attachées à certaines valeurs traditionnelles et d'autre part, parce que les institutions de ces pays s'efforcent de suivre le chemin de la modernité par la signature d'engagements internationaux.
10. Dans ces conditions, la question fondamentale que l'on peut se poser est de savoir si les droits reconnus aux personnes (en particulier en ce qui concerne leur existence juridique et leurs relations de famille) dans les différents textes de lois sont effectifs ou s'il ne s'agit que de simples déclamations non suivies d'effets c'est-à-dire sans réelle application. Cette question n'est pas simple et entraîne de multitudes autres notamment que faut-il entendre par effectivité ? S'agit-il de la simple reconnaissance qui confère une existence matérielle ou de l'application réelle qui suppose la concrétisation ?
11. Sur cette dernière question, trois opinions se dégagent. « Pour les juristes positivistes, il suffit que la loi ait été établie selon les formes réglées par l'autorité compétente et légitime pour qu'elle existe, indépendamment de son application concrète. Pour les sociologues, au contraire, le fait prime sur le droit : la loi n'existe que si elle est appliquée, et on peut même dire que c'est l'application qui fait la loi. La position des historiens est généralement plus nuancée : ils ont tendance à considérer que la loi...est une réalité indéniable, mais que son application reste limitée, parfois inexistante ; pour eux, ...le droit...résulte d'un rapport de force entre groupes sociaux en constante évolution, de sorte que les distorsions se manifestant entre normes et pratiques sont attendues »¹⁹.
12. A la lumière de ces différentes opinions, juridique, sociologique et historique, il serait intéressant de se demander si les écarts constatés entre les règles de droit et la conduite des

¹⁸ CADHP : Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples

¹⁹ Benoît GARNOT (dir.). *Normes juridiques et pratiques judiciaires : du Moyen Âge à l'époque contemporaine*. Editions Universitaires de Dijon, 2007. Collection Sociétés, Introduction, p.7.

hommes doivent s'analyser ou non en manifestations d'ineffectivité. Ce pan de l'analyse éloignerait de la règle de droit et conduirait les auteurs de la réflexion beaucoup plus à des considérations anthropologiques et sociologiques.

13. Dans le souci de rester le plus possible, proche des considérations juridiques qui constituent avant tout le socle de la présente réflexion, la démarche envisagée consistera à rechercher les causes possibles d'ineffectivité non pas dans le vécu des populations, dans leurs pratiques endogènes (considérations sociologiques), non pas dans le fait que les droits appliqués soient d'origine étrangère (considérations historiques), mais plutôt partir de l'hypothèse que la règle de droit peut comporter en son sein des germes d'ineffectivité. Il s'agira donc de rechercher les causes d'ineffectivité à l'intérieur même de la règle de droit énoncée par l'ordre juridique des Etats, objets de la présente étude. Cette analyse se fera en partant des conditions et contextes de l'élaboration de la règle de droit pour aboutir aux mécanismes mis en place pour assurer sa bonne application.
14. Quand on sait que « les droits font l'objet d'une large intégration dans le droit positif tant au niveau national qu'international, (mais) qu'en revanche, le problème du passage de la formulation des droits à leur mise en œuvre assurant leur effectivité, reste entier »²⁰, on peut se demander quelles peuvent en effet être les causes des distorsions entre les droits (à travers les règles qui les énoncent) et les pratiques sociales ou doit-on considérer qu'il n'y a pas distorsion du moment où des règles existent et sont appelées à régir certaines situations ou certains comportements ? Autrement dit, les constats d'écart entre les règles de droit et les faits sociaux peuvent-ils s'analyser comme des cas d'ineffectivité ou l'effectivité se justifie-t-elle par le simple fait de l'existence des règles ?
15. En recherchant les causes possibles de distorsion entre le droit et la réalité, en recherchant ces causes à l'intérieur même de la structure du droit, l'on peut ainsi contribuer à rendre le droit plus efficace. Il faut pour cela, mettre l'accent sur les règles et les mécanismes qui facilitent la conformité entre les droits et les pratiques sociales et aussi sur les règles qui bien qu'énoncées et consacrées, peuvent dans leur application ou à cause des facteurs ayant conduit à leur consécration, se révéler obstacles à l'effectivité des droits et donc source d'ineffectivité. Le choix d'étudier en exemple les droits béninois et sénégalais qui se révèlent être ceux de notre parcours universitaire donne l'avantage, pour un sujet ayant trait à la fois à un aspect juridique et sociologique, d'une connaissance théorique du droit et d'une connaissance relative des pratiques sociales. En effet, le juriste qui s'intéresse à l'effectivité doit faire l'effort d'acquérir

²⁰ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK, (Dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*. Ed. Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, p. 11

des méthodes et des savoirs qui ne sont pas les siens ou de travailler avec des spécialistes d'autres disciplines²¹. C'est là la difficulté mais aussi la fascination pour ce sujet. En outre, ces deux (2) pays ont un même passé colonial, ce qui permettra de mieux analyser la réception par les autorités politiques et législatives du droit français dans leur ordre juridique interne. Enfin, la famille dépendant « de l'état des mœurs et des modes de relations sociales, propres à une époque et à une culture données »²², et certains droits faisant l'objet de « constitutionnalisation et d'internationalisation »²³, il y a intérêt à une étude comparative de l'approche des droits civils dans deux Etats différents. Notre choix pourrait sembler réducteur (seulement deux Etats) mais ils représentent assez, les différentes influences locales que subissent les ordres juridiques africains : celle des valeurs traditionnelles et celle des valeurs religieuses. L'étude de ces facteurs sur des règles de droit identiques en certains points, différentes en d'autres, permettra de mieux appréhender la part de la règle de droit et des influences sociales sur la réalité des droits. A ce propos, l'on pourrait se demander si l'on peut tirer des mœurs et des traditions, une conception africaine des droits civils. Il y aurait « un effet indésirable à vouloir ajuster les droits aux réalités sociales...C'est d'attendre que les mœurs ou les mentalités évoluent pour améliorer la protection juridique des individus. Or l'effectivité d'un droit (c'est aussi) ...agir sur les pratiques et ...faire évoluer les mentalités »²⁴.

16. En réalité, « la notion d'effectivité ne bénéficie pas d'une définition claire et arrêtée... Ses relations avec d'autres notions comme celles de validité, d'efficience, d'efficacité, de garantie, de mise en œuvre, de concrétisation, ou d'effectuation sont très fluctuantes »²⁵. Tout dépend du sens que l'on entend donner au mot effectivité. Il faut remarquer qu'effectivité et ineffectivité se trouvent très liées car en recherchant les conditions d'une bonne conformité, l'on s'aperçoit des facteurs ou des causes empêchant cette conformité.
17. « D'un point de vue sémantique, les dictionnaires français définissent effectif plutôt qu'effectivité. L'on pourrait en conclure que le mot serait de construction récente. Le Grand Robert de la langue française²⁶ définit l'adjectif effectif comme ce « qui se traduit par un effet, par des actes réels ». En parlant d'une chose concrète, il s'agit de ce qui est « réel, qui

²¹ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK, (Dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*. Ed. Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, p. 14

²² Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, PUF, 2^{ème} éd. 2013, p. 110

²³ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK, (Dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, op.cit. p. 75

²⁴ Idem, p. 44

²⁵ Idem. p. 12

²⁶ *Le grand Robert de la langue française*, 2^{ème} éd. 2001, Tome 2

existe réellement ». Le mot est dérivé du latin *effectivus*, *effectum*, supin de *efficere* qui renvoie à effet. Est effectif, ce qui serait concret, efficace, réel, tangible, vrai. Le Grand Larousse encyclopédique²⁷ quant à lui, définit effectif comme ce « qui se traduit par des actes, qui produit l'effet attendu, qui est réel, positif ». L'effectivité peut ainsi être rapprochée de l'efficacité.

18. Par contre, le Dictionnaire Universel²⁸ définit l'effectivité comme « caractère de ce qui est effectif ». Il en donne également une définition juridique, « En droit, caractère d'une situation qui présente une réalité suffisante pour être opposable à un tiers ». Effectif est ici aussi défini comme ce « qui produit des effets, qui est efficace » et l'effet, « la conséquence de l'application d'une loi, d'une décision juridictionnelle ou administrative ». Rapportée au droit, l'effectivité serait donc le « caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement. » Il est à préciser qu'il s'agit d'un « mot formé au XXe siècle à partir de l'épithète effectif »²⁹.
19. Dans le dictionnaire de sociologie du droit, l'effectivité désigne le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit »³⁰.
20. Les deux notions³¹ font toutes, référence à la possibilité d'une mesure des écarts existant entre le droit en vigueur et la réalité sociale qu'il est censé ordonner. Il s'agit d'un concept évaluatif de la réception et de la mise en œuvre des normes juridiques³².
21. Antoine JEAMMAUD propose deux sens du mot « effectivité ». D'abord, l'effectivité renvoie à « un rapport quantitatif de conformité des données du monde social (situations de personnes ou de choses, relations entre individus et groupes... conduites, etc.) aux modèles que constituent les règles composant le système de droit considéré, ou pour une règle juridique déterminée, de conformité des situations empiriques auxquelles son objet la rend applicable au modèle qu'elle constitue »³³.
22. Ensuite, l'effectivité désigne « la qualité d'un système de droit, ou d'une règle de ce système, qui bénéficie d'un degré assez élevé de conformité...des états du monde social qu'il est censé

²⁷ *Le Grand Larousse encyclopédique*, éd. Librairie Larousse 1961, Tome 4

²⁸ *Dictionnaire Universel*, 3^{ème} éd. Hachette 1999

²⁹ *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, sous la direction de Gérard CORNU, P.U.F (Collection Quadrige), 7^{ème} éd. 2005, p.335

³⁰ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, André-Jean ARNAUD (Dir.), op.cit. Vr. Effectivité

³¹ Effectivité et ineffectivité

³² *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, André-Jean ARNAUD (Dir.), op.cit. Vr. Effectivité

³³ Antoine JEAMMAUD, « Le concept d'effectivité du droit », in *L'effectivité du droit du travail*, op. cit. p. 40 s.

régir. Cette effectivité-là est nécessairement relative et échappe à la mesure statistique »³⁴. Ainsi, l'effectivité selon JEAMMAUD suppose dans un sens, l'évaluation de la conformité entre les règles de droit et données du monde social, et dans l'autre sens, la réalisation de cette conformité. L'effectivité est donc à la fois, instrument de mesure d'une situation et réalisation de cette situation. Dans ce dernier cas, l'effectivité peut être rapprochée de l'efficacité.

23. Si l'on s'en tient au deuxième sens de l'effectivité selon JEAMMAUD, un système de droit ou un ensemble de règles peuvent faire l'objet d'une première effectivité, en ce que les règles ou les normes nécessaires à la réalisation d'une condition, d'une réalité de droit souhaitée, existent parce qu'elles sont établies mais dans un second temps, faire l'objet d'ineffectivité, en ce que ces normes sont peu ou pas du tout appliquées ou simplement contournées par les personnes auxquelles elles sont destinées ou qui sont censées les appliquer. Par exemple, les règles de droit reconnaissant des droits aux femmes peuvent être concurrencées par des règles coutumières auxquelles les hommes ont le plus souvent recours, situation aggravée par les pressions sociales ou familiales exercées sur les femmes pour les empêcher d'avoir accès à la justice étatique censée les protéger.
24. La plupart des définitions assimilent effectivité et efficacité en définissant cette dernière comme « caractère de ce qui produit l'effet attendu ». Par exemple, dans la traduction française de *Théorie pure du droit* de Hans KELSEN réalisée par Charles EISENMANN, ce dernier retient le terme Efficacité plutôt qu'effectivité pour nommer le fait que « la norme est effectivement appliquée et obéie ou suivie, que le comportement humain qui y correspond se produit effectivement »³⁵. L'efficacité peut être rapprochée de l'effectivité dans le sens de conformité entre règles de droit et données du monde social.
25. Au regard de la sociologie du droit, l'efficacité est la faculté qu'ont les normes d'avoir des effets substantiels et non seulement formels, effets en vue desquels celles-ci ont été édictées³⁶. La théorie générale du droit conçoit l'efficacité comme conséquences des normes juridiques, conséquences pré-établies par les normes elles-mêmes et conditionnées par des faits externes à ces normes³⁷.
26. La frontière n'est donc pas étanche entre les deux notions et la confusion se fait souvent entre eux. L'effectivité du droit serait la condition nécessaire mais non suffisante de son efficacité. Il faut noter que la notion d'effectivité est utilisée surtout par ceux qui attachent de

³⁴ Antoine JEAMMAUD, « Le concept d'effectivité du droit », in *L'effectivité du droit du travail*, op. cit. p. 40 s

³⁵ Ch. EISENMANN, *Théorie pure du droit*, traduction de la 2^{ème} édition de *Reine Rechtslehre* 1960, Dalloz, Collection Philosophie du droit, 1962, p.14 et s., p.281 et s.

³⁶ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (Dir.), op.cit. Vr efficacité.

³⁷ Idem, p. 220

l'importance au concret, au résultat. Elle appelle une perception des relations entre le droit et les actions de la vie sociale. L'effectivité a donc un double sens qui suppose d'abord l'existence concrète, réelle et un deuxième sens qui suppose la réalisation de l'effet attendu. C'est ce deuxième sens qui conduit souvent à confondre effectivité et efficacité. La conception de l'effectivité qui se révèle pertinente à nos yeux et sur laquelle se fonderont les développements à venir rejoint le deuxième sens qu'en donne JEAMMAUD³⁸. Elle suppose que les règles nécessaires à la réalisation d'un droit existent (Première effectivité) et qu'ensuite, les comportements des personnes auxquelles elles sont destinées, soient conformes à cette réalité de droit (Deuxième effectivité).

27. Le fait de rapporter la notion d'effectivité au droit ne suffit pas à en clarifier la définition. Il faut encore savoir le type de droit auquel on l'associe. S'agit-il de l'effectivité d'un système de droit ou de l'une de ses branches, de l'effectivité d'une règle de droit ou de l'effectivité d'une catégorie de droits ? Si les définitions sus-évoquées correspondent à l'effectivité d'un système de droit, s'agissant d'une règle de droit, l'effectivité « plus largement désigne tout effet de toute nature qu'une loi peut avoir »³⁹.
28. Il faut donc aller au-delà de la définition classique du droit⁴⁰ et différencier non seulement les règles qui déterminent une conduite, celles qui permettent de déterminer comment des choses doivent être, celles qui traitent d'un acte juridique ou matériel, celles qui servent de modèles aux rapports entre les personnes, de qualification d'un sujet de droit ou encore des règles d'attribution d'une prérogative à un sujet, car les règles qui composent le droit ne sont pas seulement des règles de conduite, mais entendent bien souvent aussi, faire advenir un certain nombre de choses⁴¹.
29. Alf ROSS apporte une autre conception de la règle de droit qui joue sur l'effectivité. Il considère que les règles de droit ont pour destinataires les tribunaux, les administrations et

³⁸ Paragraphe 24. Supra

³⁹ J. COMMAILLE, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF-Lamy, 2003. Voir Effectivité

⁴⁰ Classiquement, le droit se définit comme « ensemble des règles de conduite qui gouvernent les rapports des hommes dans la société et dont le respect est assuré par l'autorité publique ». Rémy CABRILLAC (Dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2012*, éd. LexisNexis.

Une telle conception « déontique » du droit serait irréaliste et ne rendrait pas compte de la « technique de mise en ordre et de gouvernement des rapports et pratiques sociales que constitue... le droit exprimé par ces textes officiellement produits et posés, dénommés constitution, lois, etc., parfois consolidés sous forme de codes, et que tous les juristes (et les non-juristes) comprennent et pratiquent comme un ensemble de règles ». Il serait par exemple difficile de réduire l'ensemble des dispositions du code civil en propositions déontiques (parmi tant d'autres exemples, le cas de l'article « chacun a droit au respect de sa vie privée »).

La logique déontique répartit les règles juridiques en normes prescriptives (doit faire), prohibitives (ne doit pas faire), permissives (peut faire). Vr A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle » *Recueil Dalloz* 1990, Chron. p.201

⁴¹ Antoine JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle » *Recueil Dalloz* 1990, Chron. p.203

juridictions qui manient plus les règles, les mettent en œuvre. Du coup, l'effectivité ou l'ineffectivité ne peut pas consister en une comparaison entre les règles et les comportements des sujets puisque ces derniers n'en sont pas les destinataires⁴².

30. Le droit peut être regardé sous deux angles complémentaires⁴³ qui correspondent à ses acceptions courantes. L'on évoque le droit objectif qui désigne un ensemble de règles qui gouvernent la vie sociale, et les droits subjectifs qui sont des prérogatives juridiques reconnues aux individus pour la satisfaction de leurs propres intérêts⁴⁴. Le droit désigne donc la règle de conduite qui est en quelque sorte, imposée aux individus en fonction d'un idéal social commun (il s'agit de la loi ou du droit objectif), mais aussi les prérogatives qui sont reconnues aux personnes prises individuellement (il s'agit des droits de la personne ou droits subjectifs).
31. Les prérogatives individuelles ou droits subjectifs naissent et se réalisent sous l'égide du droit objectif dont on peut dire qu'il est « porteur de l'intérêt général et synthèse de l'ensemble des intérêts en présence »⁴⁵. L'effectivité des droits dans un domaine, en l'occurrence celui des droits civils peut ainsi résulter de règles qui énoncent expressément ces droits, de règles qui imposent à autrui des comportements vis-à-vis du titulaire des droits, de règles qui édictent au titulaire d'un droit violé, les voies de recours possibles, de règles qui imposent à l'Etat, des mesures en vue d'assurer la protection des droits.
32. « ...Les règles de droit ne fonctionnent (donc) jamais individuellement. Elles se complètent, se combinent (le plus souvent dès leur conception...) et œuvrent d'ordinaire à plusieurs, composant des dispositifs et à plus ample échelle des institutions (l'état des personnes...) »⁴⁶, de sorte qu'une analyse de l'effectivité des droits des personnes ne saurait se faire sans une analyse de l'effectivité de l'ensemble de l'ordre juridique, ou tout au moins des normes qui composent la catégorie de droits étudiés. Ainsi l'effectivité des droits civils suppose de se pencher sur l'effectivité des règles qui reconnaissent ces droits et plus largement sur les systèmes juridiques dans lesquels ces règles sont instituées. Ces règles subissent parfois

⁴² Alf ROSS et R. GUASTINI, « Une théorie du droit et de la science juridique », in *Théorie du droit et science juridique*, sous la direction de Paul AMSELEK, P.U.F. 1992.

Les règles de droit concerneraient les personnes lorsqu'elles fixent leurs situations, régissent les relations qu'elles entretiennent ou peuvent être amenées à entretenir, attribuent des prérogatives (droits ou pouvoirs), imposent des obligations, ou encore incitent à l'accomplissement ou à l'élaboration de certaines actions. C'est dans ces cas que la règle de droit constitue un cadre pour les actions humaines, non plus seulement une règle de conduite mais un modèle d'attribution de prérogatives juridiques, de rapports entre des sujets. (Vr Antoine JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz* 1990, Chron. p.203)

⁴³ CORNU (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 10^{ème} éd. Montchrestien, p.15

⁴⁴ *Idem*, p. 15

⁴⁵ *Idem*, p.15

⁴⁶ Antoine JEAMMAUD, « Le concept d'effectivité du droit » in *L'effectivité du droit du travail*, op. cit. p.39

l'influence d'éléments extérieurs au droit et dont les effets ne sont pas à négliger. C'est ce constat qui amène à tenir compte de l'ordre juridique dans sa globalité pour la recherche d'effectivité des droits civils.

33. L'ordre juridique peut désigner le droit au sens objectif, c'est-à-dire « une prescription ou un ensemble des prescriptions (normes ou dispositions particulières) diversement groupées ou agencées »⁴⁷. Il s'agit de prescriptions qui revêtent une forme institutionnelle ou juridique, ce qui les distingue des prescriptions non juridiques. Mais l'ordre juridique n'est pas seulement constitué de normes. Il évoque aussi « l'organisation complexe et diversifié de l'Etat... ; les mécanismes et engrenages multiples, les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent, font respecter les normes juridiques sans s'identifier à celles-ci »⁴⁸. En dehors des règles régulièrement instituées au sein d'un Etat, il existe d'autres règles sans aucune force juridique, parfois simple expression des usages traditionnels ou religieux, mais qui ont sur les individus au sein des sociétés, le même impact que les règles juridiques.
34. Il est donc important de retenir le sens juridique et pas seulement social de l'ordre juridique, mais l'on ne saurait occulter les influences sociales qui s'exercent sur l'ordre juridique et que ce dernier exerce en retour sur les réalités sociales, notamment lorsque ses règles énoncent des droits pour les personnes et la famille.
35. En réalité, les notions d'effectivité ou d'ineffectivité seraient simples si toute règle juridique avait pour objet, une conduite que cette règle prescrit (règle prescriptive), interdit (règle prohibitive) ou autorise (règle permissive)⁴⁹. L'on parlerait alors simplement de conformité ou de violation. La difficulté serait peut-être de déterminer en quoi consiste l'effectivité d'une règle permissive qui fonde à adopter ou à ne pas adopter la conduite qui constitue son objet.
36. Si une telle règle n'accorde qu'une possibilité d'agir, il serait difficile d'évaluer son effectivité ou son ineffectivité puisque le sujet de droit a la faculté d'agir ou de ne pas agir. Les deux possibilités lui sont ainsi offertes par la règle de droit, alors que s'il s'agit d'une règle prescriptive ou prohibitive, le non-respect peut être analysé comme ineffectivité. Dans le cas d'une règle permissive, l'inaction ne peut pas s'analyser en ineffectivité puisqu'il s'agit d'une possibilité donnée par la loi elle-même.
37. Il en est autrement lorsqu'il s'agit d'une règle qui attribue un droit. Une telle règle ne peut pas être effective au sens pré-énoncé, c'est-à-dire conformité des données du monde social aux

⁴⁷Santi ROMANO, L'ordre juridique, Traduction française de la 2^e édition de *l'Ordinamento giuridico*, par Lucien FRANÇOIS et Pierre GOTHOT, éd. Dalloz 2002, p. 19

⁴⁸Idem, p. 10

⁴⁹Antoine JEAMMAUD, « Le concept d'effectivité du droit » in *L'effectivité du droit du travail*, op. cit. p.35

modèles que constituent les règles composant le système de droit considéré...⁵⁰. Son effectivité devra être recherchée à travers l'exercice ou non des prérogatives attachées à ce droit. L'effectivité d'une telle règle serait sa qualité, son degré de réalisation dans les pratiques sociales, c'est-à-dire son aptitude à pouvoir faire subvenir dans les faits, les droits qu'elle consacre en théorie. Elle se mesurerait non pas au degré de conformité de la conduite des hommes au modèle qu'elle constitue, mais à son degré de conformation aux principes et idéaux qui la sous-tendent.

38. L'objectif de l'analyse de l'effectivité est de favoriser la réalisation des prérogatives accordées par les règles, la conformation des rapports litigieux aux règles pertinentes, le prononcé et l'exécution de mesures réagissant à la lésion de ces prérogatives subjectives ou à la méconnaissance de ces règles⁵¹. L'effectivité des droits dépend donc de l'efficacité des mesures mises en place pour assurer la réalisation des objectifs assignés à la règle de droit. Elle dépend également de la réception c'est-à-dire de l'accueil que les individus font à ces règles et enfin, en cas de non-respect des sanctions ou mesures coercitives prises pour assurer la réalisation forcée des règles de droit.
39. Le choix des droits civils se justifie par le fait que ceux-ci traduisent mieux la complexité des rapports entre droits subjectifs et règles de droit et entre règles de droit et société. La complexité de ces rapports provient de différents faits. Premièrement, au stade de la création de la règle de droit, chaque société a sa conception de la personne humaine et a aussi des intérêts qu'elle entend préserver. L'une et l'autre sont souvent exprimés par la volonté du législateur ou des gouvernants qui créent la règle de droit. De ce fait, la volonté sociale et la volonté politique influencent les droits individuels et peuvent même les restreindre.
40. Deuxièmement, lorsque la règle de droit reconnaît à l'individu la personnalité juridique, (c'est-à-dire l'aptitude à être titulaire de droits subjectifs et à les exercer), et qu'elle consacre ces droits, l'individu peut avoir tendance à en abuser et ce faisant, restreindre les libertés de ces semblables, d'où l'intervention de l'Etat (Puissance publique) pour encadrer ces libertés et aussi préserver les intérêts jugés supérieurs pour la société.
41. Troisièmement, les droits ou prérogatives reconnus à l'individu sont vastes et sont liés à toutes les dimensions de la vie humaine, sociale, familiale, religieuse, politique...etc. La fonction du droit civil serait de nouer le biologique, le psychique et le social d'une façon qui

⁵⁰ Idem p. 26

⁵¹ Antoine JEAMMAUD, « Le concept d'effectivité du droit » in *L'effectivité du droit du travail op.cit.*, p.45

fasse loi pour l'individu et qui permette à l'humanité de se perpétuer et de s'accomplir comme telle⁵².

42. L'absence d'une définition claire et précise des droits civils traduit la difficulté à prendre en compte à la fois tous ces aspects de la vie d'un individu. Si le droit civil (en tant que droit objectif) est la partie fondamentale du droit privé comprenant les règles relatives aux personnes (personnalité, état, capacité), aux biens (patrimoine en général, propriété et autres droits réels, transmission des biens), à la famille (filiation, mariage, etc., droit patrimonial de la famille y compris régimes matrimoniaux et successions), aux obligations, aux contrats et sûretés⁵³, il est par contre moins aisé de définir les droits civils (au pluriel). Selon le dictionnaire de droit privé, l'expression « droits civils » désigne « l'ensemble des prérogatives attachées à la personne et comprend notamment le droit au respect de la vie privée, et de la vie familiale, au respect du domicile et au respect de sa correspondance, le droit à l'image, le droit à la liberté et à la sûreté, le droit d'aller et de venir, le droit à la liberté de pensée, de conscience, et de religion, le droit à la liberté d'expression, à la liberté de réunion, et à la liberté d'association, le droit au mariage et le droit de fonder une famille »⁵⁴.
43. Selon le dictionnaire de la langue française, les droits civils désignent les droits garantis à tous les citoyens en ce qui concerne leur vie privée⁵⁵.
44. Le professeur Muriel FABRE définit les droits civils en partant d'un constat de CARBONNIER. Pour ce dernier en effet, la famille, la propriété et le contrat sont les piliers du droit⁵⁶. Les droits civils seraient donc les droits accordés aux personnes et à la famille. « Le droit des personnes régit l'état des personnes, c'est-à-dire ce qui juridiquement, institue et identifie la personne au sein de la société. Le droit des personnes a pour objet d'abord de dire qui a la personnalité juridique c'est-à-dire qui peut être sujet de droits, titulaire de droits et d'obligations »⁵⁷. Le droit de la famille est le droit qui institue, consacre et réglemente les liens personnels qui fondent la famille, dans leur mode de constitution et dans leurs effets individuels et sociaux⁵⁸. Les droits civils dont il s'agit ici sont des droits extrapatrimoniaux.

⁵²P. LEGENDRE, Leçons IV : L'inestimable objet de la transmission : étude sur le principe généalogique en Occident, Fayard, 1985

⁵³G. CORNU, Vocabulaire juridique, 9^{ème} éd. PUF, 2011, V° Civil

⁵⁴Dictionnaire de droit privé de Serge BRAUDO, www.dictionnaire-juridique.com/serge-braudo.php. Consulté le 22 août 2008.

⁵⁵Dictionnaire de la langue française. L'internaute.com.

<http://www.linternaute.com/dictionnaire/français/definition/droitscivils>. Consulté le 10 octobre 2014

⁵⁶J. CARBONNIER, Flexible Droit, 1969, cité par Muriel FABRE-MAGNAN

⁵⁷M. FABRE-MAGNAN, « Civil Droit », Encyclopaedia Universalis.

<http://www.universalis.fr/encyclopedie/droit-civil/>. Consulté le 29 août 2014.

⁵⁸Catherine LABRUSSE-RIOU, « Famille- Le droit de la famille », Encyclopaedia Universalis, <http://www.universalis.fr/encyclopedie/famille-le-droit-de-la-famille/> Consulté le 11 octobre 2014

Ils ne sont pas évaluable en argent contrairement aux droits réels et au droit de créance. Ils concernent la personne « elle-même, ...dans son mode de vie, ses sentiments intimes (d'affection, d'honneur), sa vie intellectuelle, ou même, physiquement dans son corps »⁵⁹. Ils sont classés en deux (2) catégories : les droits de famille et les droits de la personnalité. Les droits de famille régissent les relations d'ordre personnel entre membres d'une même famille⁶⁰. Les droits de la personnalité sont des « droits permettant de protéger la personne contre les diverses atteintes qu'elle peut subir dans les éléments qui composent sa personnalité physique, morale et sociale »⁶¹.

45. Comme l'on peut le voir, les droits civils se laissent plus facilement citer que définir. La plupart des auteurs qui abordent la notion se limitent souvent à une énumération ou à une distinction d'avec d'autres notions plutôt qu'à une définition. Il n'est pas facile de se livrer à une définition unique et consensuelle des droits subjectifs. Les auteurs tentent « de proposer une synthèse... et d'exposer les classifications dominantes »⁶². Les droits civils qui appartiennent à la catégorie des droits subjectifs, n'échappent pas à ce constat. Néanmoins, en se fondant sur leur caractère subjectif et sur le caractère humain et donc fondamental de certains d'entre eux, on peut retenir qu'il s'agit de droits qui appartiennent à l'une ou l'autre catégorie des droits subjectifs, ou parfois se retrouvent hors de ces catégories, et qui en fonction des moyens techniques et des préoccupations sociales, font l'objet de fondamentalisation ou d'internationalisation. Cette tentative de définition s'inspire de la classification des droits subjectifs proposée par le Professeur J. ROCHFELD, en « droits subjectifs fondamentaux et droits subjectifs ordinaires »⁶³ et qui définit les droits subjectifs comme des « prérogatives reconnues aux individus par le droit et qui leur permettent de disposer d'un avantage, garanti par les règles de droit »⁶⁴.

46. Les personnes naissent souvent dans le cadre familial, et leurs droits sont indissociables de ceux qu'ils exercent dans la famille, considérée comme la cellule de base de la société. Or le droit de la famille (en tant qu'ensemble de règles) apparaît comme un ensemble d'institutions et de prescriptions qui pèsent sur les individus alors qu'il est censé protéger les personnes, notamment en leur accordant des prérogatives. Il est donc perçu comme un droit imposé aux individus plutôt que comme un droit élaboré en vue d'accorder des droits aux personnes. Les individus ont alors tendance à s'en écarter au nom de leur aspiration à la liberté. A côté de ces

⁵⁹ G. CORNU, Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, op.cit. p.33-34

⁶⁰ Idem, p. 34

⁶¹ Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op.cit. p. 159

⁶² Idem, p. 148

⁶³ Idem, p. 163

⁶⁴ Ibidem, p. 145

facteurs qui sont parfois étrangers à la structure même du droit, d'autres y sont plus directement liés.

47. Le droit en général et le droit de la famille tel qu'il est perçu aujourd'hui, n'est pas une création africaine. Une bonne partie du droit "nous est tombée dessus" comme des « météores venus d'autres planètes pendant la période coloniale »⁶⁵. Ainsi la première influence subie par les droits civils en Afrique est celle du code civil français. Après les indépendances, les Etats africains, en se libérant de la tutelle du code civil, ont fait l'option des codes de famille ou des codes des personnes et de la famille. Il paraît donc difficile de séparer les droits civils des questions relevant du droit de la famille, cette dernière subissant d'ailleurs des changements auxquels les évolutions des droits des personnes ne sont pas étrangères. L'évolution des sociétés, l'évolution des droits reconnus aux personnes, ont un impact considérable sur la famille et le droit qui la régit.
48. Au XV^{ème} siècle par exemple, « la concordance des familles (emblématisait) l'ordre social et politique pacifié... »⁶⁶, mais depuis lors, la révolution du droit de la famille en Europe occidentale s'est faite avec de profonds changements sociaux (Montée de l'égalité des sexes, baisse des mariages, hausse des concubinages, augmentation du salariat féminin)⁶⁷. Le mariage n'est plus promu comme seul cadre autorisé du couple et de la famille. La famille n'est plus une organisation hiérarchique dirigée par le mari. Les modèles traditionnels de famille sont remis en cause par l'accroissement des unions non légitimées par la loi, l'augmentation des divorces et la multiplication d'autres formes de familles (familles monoparentales, familles recomposées, couples homosexuels)⁶⁸. Tout se passe comme si la famille se replie toujours plus vers le privé, l'individu refusant l'institution.
49. Face à cette "privatisation" de plus en plus poussée des comportements et pratiques individuelles et familiales, la question se pose de savoir si le droit a encore sa place dans le domaine des relations privées et familiales ou s'il doit se contenter d'entériner les pratiques des individus. Les sociétés africaines ne sont pas non plus à l'abri de ces bouleversements et

⁶⁵Jacques VANDERLINDEN, « A propos de la création du droit en Afrique. Regards d'un absent », in *La création du droit en Afrique*, Dominique DARBON et Jean du BOIS de GAUDUSSON (Dir), éd. KARTHALA 1997, p.13.

⁶⁶Julie DOYON, « Des coupables absolus ? La répression du parricide dans le système judiciaire parisien (vers 1680-vers 1760) », in *Normes juridiques et pratiques judiciaires : du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, op.cit. p.192

⁶⁷Veronika NAGY, « La loi du 11 juillet 1975 et la faute d'adultère dans la pratique judiciaire des divorces : une distorsion inhabituelle », in *Normes juridiques et pratiques judiciaires : du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, op.cit. p.305

⁶⁸Martine SEGALLEN, *Sociologie de la famille*, éd. Armand Colin, 2000, p.130

de ces interrogations. Pour certains, quand le présent va mal, on réinvente le passé⁶⁹. La crise des valeurs familiales aurait sa solution dans le retour aux valeurs traditionnelles. Pour d'autres, il faut au contraire plus de modernité (c'est-à-dire plus de liberté et d'égalité aux personnes composant la famille), de sorte qu'à l'influence du code civil français sur les droits des personnes et de la famille, s'ajoute en Afrique, l'influence des valeurs traditionnelles religieuses ou coutumières.

50. Alors qu'en Europe, l'évolution du droit et de la société tend vers des réclamations juridiques de non-discrimination, de reconnaissance de mariage homosexuel ou d'adaptation du droit de la famille aux innovations techniques, en Afrique, il est nécessaire de se demander si les cadres juridiques nationaux sont assez protecteurs des droits des personnes (et surtout des personnes les plus vulnérables), et si les droits reconnus dans le cadre de la famille, sont réellement mis en œuvre.
51. A travers cette interrogation, se pose en réalité le problème de l'adaptation du droit aux faits. En effet, d'un point de vue juridique, à trop vouloir coller le droit aux faits, le risque serait de supprimer la nature normative du droit et sa fonction instrumentaliste⁷⁰. La solution sociologique (qui consiste à soumettre le droit aux faits) a quelque chose d'idéologique, car il ne faut pas « confondre ce qui est et ce qui devrait être ou croire que tout comportement doit être admis, dès lors qu'il est pratiqué »⁷¹. Ce qui paraît important au regard de la recherche d'effectivité des droits, c'est la nécessité d'une définition claire des objectifs à atteindre et des intérêts à préserver par la règle de droit.
52. En tant que cellule qui structure l'état social et qui touche à la fois l'individu et la société, la sphère privée et la sphère publique, le religieux et le politique, la famille est au cœur des préoccupations des individus, des religieux, des juristes, des législateurs et des militants des droits de l'homme⁷². C'est l'une des raisons pour lesquelles dans la recherche de conformité entre droit et réalités sociales, le choix du droit de la famille paraît opportun et digne d'intérêt. Les droits des personnes s'associent tantôt à l'individu attaché à des entités non humaines comme la famille, la société, tantôt à la considération juridique de la personne

⁶⁹ Martine SEGALLEN, *Sociologie de la famille*, op.cit. p.9

⁷⁰ Filiga Michel SAWADOGO, « Le nouveau droit burkinabè de la famille : Principes essentiels et perspectives d'application » in *Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération*, N°1 Janvier-Mars 1990, éd. Ediena Paris 1989, p.404

⁷¹ Christian ATIAS et Didier LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », recueil Dalloz-Sirey, 1977, chronique XXXIV, p.253

⁷² Dr. Abdoul Aziz KEBE, « Islam, droits de l'Homme et famille », in Actes du forum universitaire régional : Famille et droits de l'homme en Afrique de l'ouest francophone, op.cit. p.21

humaine et de sa protection⁷³. L'ensemble de ces droits ont pour source des règles nationales, une protection constitutionnelle et judiciaire mais aussi des règles régionales et internationales.

53. La complexité même de la personne humaine en tant que sujet de droit, l'étendue des droits qui lui sont reconnus, la multiplicité des différentes sources de ces droits, ainsi que l'imbrication de différents domaines comme le droit civil, le droit de la famille, les droits de l'homme et également le droit pénal, permettent de se rendre compte qu'il n'est pas facile de donner un contenu exact et précis au thème de droits civils. Même si la plupart des auteurs sont d'accord pour y regrouper les droits inhérents à la personne et les droits familiaux, une seconde difficulté est de savoir s'il s'agit de droits attribués aux personnes du seul fait de leur nature humaine, ou s'il est nécessaire qu'ils soient expressément reconnus par les lois au sein d'un ordre juridique déterminé. Dans ce dernier cas, les sources des droits civils seraient diverses même si la tendance habituelle est de les cantonner au sein des codes civils. Il n'est alors pas aisé de faire l'inventaire de l'ensemble des normes qui organisent les relations des personnes et de la famille. L'on s'arrête souvent au droit civil de la famille qui est soit incomplet, obsolète ou peu pratiqué, et qui ne concerne souvent qu'une petite partie de la société⁷⁴.
54. La principale difficulté de l'analyse de l'effectivité des droits civils sera de faire appel à tous les aspects du droit objectif (pénal, constitutionnel, international, familial) car l'évolution de la notion de droits civils ne permet plus, en les invoquant, de se référer aux seuls codes des personnes, votés par les Etats. La protection des droits civils n'est pas le seul fait des individus. L'on oublie souvent que la protection de la famille et de ses membres incombe au premier chef, à l'Etat⁷⁵, et qu'elle est par ailleurs, organisée par les institutions internationales. Dans ce domaine, l'influence la plus pertinente est celle des conventions et traités internationaux. Mais il faut encore qu'ils soient reçus dans les ordres juridiques internes, que la possibilité soit donnée à leurs destinataires de saisir des juridictions internationales et que les Etats soient obligés à respecter les engagements auxquels ils souscrivent. L'impression souvent donnée est que les institutions ont pour but « de permettre

⁷³ Pr. D. MAINGUY, *Droit Civil, Les personnes, la famille*, Volume I, Les personnes physiques, 1ère année de droit (L1) 2009–2010, Université de Montpellier I, p.4

⁷⁴ Dr. Stéphanie LAGOUTTE, « Quelle méthode pour la recherche appliquée à la famille », in Actes du forum universitaire régional : Famille et droits de l'homme en Afrique de l'ouest francophone, op.cit. p.68

⁷⁵ Art. 26 Constitution du Bénin, art. 17 Constitution du Sénégal

à l'Etat de figurer honorablement au sein de la société internationale »⁷⁶ plutôt que de réaliser effectivement la protection des droits consacrés. Le droit n'évolue pas de façon égale dans les différents pays et le droit comparé peut ainsi être un « instrument de réforme législative »⁷⁷ et un « instrument d'affinement des notions techniques »⁷⁸.

55. Plusieurs analyses décèlent les causes d'ineffectivité dans des éléments extérieurs au droit. Mais il ne faut pas oublier que le droit a un but, des objectifs, une finalité et que de ce point de vue, les causes d'ineffectivité peuvent se trouver à l'intérieur de la structure du droit. C'est cet aspect de l'analyse de l'effectivité qu'il convient de souligner. Il suppose la prise en compte du cadre normatif et du cadre pratique des systèmes consacrant les droits et plus particulièrement les droits civils.
56. L'effectivité des droits civils revient à distinguer deux mondes : « d'une part, celui où s'exprime un attrait intellectuel pour des principes, en imaginant une société idéale (de citoyens égaux) que ces principes régiraient... et d'autre part, celui où s'exprime une réaction plus viscérale face aux situations concrètes qui naissent, dans le monde réel, de la mise en œuvre de ces principes par des humains... »⁷⁹. Les droits sont ainsi, d'abord liés aux principes par lesquels et à travers lesquels ils prennent forme et ensuite, aux comportements des hommes à travers lesquels ils se concrétisent ou non. C'est pourquoi après l'étude des facteurs d'influence et du contenu des règles reconnaissant des droits aux personnes et à la famille, le second axe de l'effectivité portera sur la mise en œuvre des droits reconnus. Quelle que soit la définition précise que l'on adopte de l'effectivité, on peut conventionnellement s'accorder sur le fait que cette notion renvoie « à la question du passage du devoir être à l'être ou, en d'autres termes de l'énoncé de la norme juridique à sa concrétisation ou à sa mise en œuvre dans le monde »⁸⁰.
57. Notre première partie sera donc consacrée à une analyse de l'effectivité par la reconnaissance préalable des droits civils et notre deuxième partie, à l'analyse de l'effectivité par la mise en œuvre des droits civils.

⁷⁶A. HAURIOU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, éd. Montchrestien, Paris 1972, p.603 et s. cité par Issa ABIABAG, « Les droits des personnes physiques », in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, op.cit. p. 143

⁷⁷ Jean CARBONNIER, *Droit civil 1 Introduction, Les personnes*, PUF, Paris 1969, p.36

⁷⁸ Idem

⁷⁹Philippe D'IRIBARNE, « Trois figures de la liberté », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2003/5, 58^e année, Editions de l'EHESS, p.956.

⁸⁰ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK, (Dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, op.cit. p. 14

Première Partie :

L'effectivité par la reconnaissance préalable des
droits civils

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

58. Les causes d'une faible ou d'une bonne effectivité des droits doivent être recherchées dès leur élaboration. Par exemple la mauvaise qualité d'un texte ou l'inflation de la production normative peuvent entraîner le non respect des normes ou une incohérence lors de leur application. Le souci de l'effectivité des droits, conduit à se référer à la règle de droit qui les reconnaît et les énumère. Ce constat vaut pour toutes les formes de règles de droit, qu'elles consacrent des droits ou imposent des obligations.
59. Il faut donc tenir compte à la fois du contexte d'élaboration et du contenu de la règle de droit qui consacre les prérogatives (droits). Il faut ensuite tenir compte de l'environnement social car ces règles sont évidemment édictées à l'attention des personnes vivant dans un milieu donné, avec leurs pratiques, leurs croyances, leurs coutumes, leurs mentalités, autant d'éléments qui déterminent la complexité du genre humain et qui s'accroissent lorsque l'on aborde des questions relevant de l'intimité ou de la vie familiale. Il faut enfin tenir compte de l'Etat, à qui il revient de déterminer le contenu de la règle de droit et de créer les conditions pour en assurer l'exécution. Son rôle est en effet d'assurer la mise en œuvre des situations juridiques que crée la règle de droit, autrement dit, de faire concorder le droit avec les faits. Mais dans le même temps, « ...il ne suffit pas de proclamer des droits ou des libertés pour que ceux-ci deviennent véritablement effectifs... »⁸¹.
60. Dans le cas de la reconnaissance des droits civils, le contexte d'élaboration des lois est marqué par l'existence de facteurs d'influence. Il est ainsi possible de distinguer trois variables de contexte : une certaine tradition, les phénomènes sociaux et les évolutions récentes. Ceux-ci exercent simultanément et réciproquement une interaction les uns sur les autres. Le deuxième aspect de la reconnaissance, porte sur le contenu de la règle de droit. Il suscite des interrogations sur la nature même des droits, notamment sous l'angle de leur définition et de leur évolution. Il s'agit de déterminer quels types de prérogatives sont exactement reconnus aux personnes, les conditions requises pour les exercer et les sanctions de leurs violations. Ces différents aspects de la reconnaissance ne figurent pas dans un seul corps de règles d'où la question du nombre et du choix des textes qui sont les sources des droits des personnes.
61. L'étude de ces différents éléments conduit parfois à penser que la réception des principes venant d'un droit étranger, en l'occurrence le droit français peut être un facteur d'ineffectivité dans les systèmes africains (Titre I). C'est ce qui a conduit les politiques à rechercher de tout temps, une adéquation entre droit occidental et réalités socio-politiques africaines (Titre II).

⁸¹ Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op.cit. p. 178

Titre I : La réception des principes de droit occidental, facteur favorable ou frein à

l'effectivité des droits civils en Afrique

62. La notion d'effectivité semblait à l'origine, extérieure au droit. Dans l'élaboration même du droit occidental, le souci d'effectivité des droits était très peu présent. Ceci peut sans doute s'expliquer par le contexte de leur élaboration. Ce qui semblait recherché, c'est une effectivité du droit (ou plutôt de la règle de droit), c'est-à-dire son aptitude à régir les sociétés auxquelles il s'imposait. Cette quasi-absence du souci d'effectivité a été transmise au droit dans les systèmes juridiques africains. Le droit y apparaît plus comme un phénomène social et historique que comme un élément de volonté. De ce fait, l'édiction de la règle de droit est le plus souvent le fruit d'une combinaison de facteurs d'influence plutôt que le souci d'effectivité. Ces facteurs jouent un rôle important dans la recherche d'effectivité, puisqu'ils peuvent devenir des atouts ou des obstacles à cette effectivité.
63. Or, il faut une manifestation de volonté (des pouvoirs publics ou du peuple) pour rechercher expressément l'effectivité des droits et en faire un objectif du droit (de la règle de droit). Trois facteurs principaux ont influencé ou influencent l'élaboration du droit des personnes et de la famille en Afrique : l'héritage du droit français qui peut être qualifié de facteur historico-juridique, les réalités endogènes des peuples africains ou facteur socio-culturel et l'influence de l'universalisation de la démocratie et des droits de l'homme ou facteur politique.
64. L'analyse des facteurs d'influence permet de savoir sur quoi s'est fondé le législateur français puis africain dans l'élaboration du droit. Elle permet de mieux cerner le fondement et les objectifs de la règle de droit d'une part, et d'autre part les moyens et la technique mis en place pour y aboutir. Elle permet aussi de comprendre la réaction des pouvoirs politiques (exécutif ou législatif) et des peuples, face aux facteurs influençant l'élaboration des droits.
65. Au sein du système de droit occidental, les principes du droit français et la théorie des droits de l'homme sont les instruments de base de la reconnaissance des droits civils. Ils ont par la suite, été incorporés dans les colonies françaises d'Afrique qui deviendront des Etats africains. Ils servent donc de modèle pour les systèmes de droit africain (Chapitre I) et exercent ainsi une influence sur ces derniers.
66. Les principes fondateurs des droits civils et la théorie des droits de l'homme exercent également une influence sur la notion même de droits civils. La caractéristique de ces droits et des droits en général, c'est que « le vocabulaire, les concepts, la classification juridique et la

terminologie sont empruntés au droit occidental ⁸²». En participant à la définition et à la détermination du contenu des droits civils, ils confèrent à la notion, une ambiguïté qui a des incidences sur son effectivité (Chapitre II). Par exemple la notion de droits civils se retrouve partagée entre des principes de droit interne et des théories de droit international.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

⁸² René DEGNI-SEGUI, « Codification et uniformisation », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 1, p.463, cité par Filiga Michel SAWADOGO, « Le nouveau code burkinabè de la famille », in *Revue Juridique et Politique*, Indépendance et Coopération, N°1 Janvier-Mars 1990, éd. Ediena Paris 1989, p.376

Chapitre I : La référence au droit français et au droit international comme modèle.

67. Avant la naissance des Etats d'Afrique Noire, la plupart des peuples de ces territoires étaient sous domination de la France. C'est elle qui édictait le droit applicable dans ses colonies. Le concept des droits civils étant donc antérieur à l'avènement des Etats africains francophones, il faut se référer à son sens dans l'ordre juridique français pour mieux comprendre sa reconnaissance ou non dans les territoires d'Afrique.
68. A côté de la référence au droit hérité de la colonisation, de la volonté de trouver un droit conforme aux réalités sociales, l'évolution générale du monde a également un impact sur la réalité des droits civils des personnes, à travers l'essor des principes démocratiques. Simone WEIL percevait la démocratie comme le régime le plus apte à encourager la dignité de l'individu⁸³. « La parenté est (donc) étroite entre la notion de droits de l'homme et les théories de la démocratie et du libéralisme »⁸⁴. De plus, en parcourant l'histoire de l'humanité, l'on se rend compte que « la conscience de plus en plus grande de l'existence des droits de l'homme allait de pair avec la mise en place de gouvernements représentatifs et le renversement de l'ancien ordre féodal »⁸⁵.
69. Le présent chapitre sera consacré à l'étude des principes fondateurs des droits civils tirés du droit français (Section I) et à l'influence politique de la théorie des droits de l'homme sur les droits civils (Section II).

Section I : Les principes fondateurs des droits civils

70. Les principes fondateurs des droits civils tournent autour de l'idéal de liberté et d'égalité. Ces principes sont apparus comme nécessaires à l'amélioration de la condition des personnes dans les sociétés (Paragraphe 1). Il s'agit bien d'idéaux car lors de leur mise en œuvre, en droit français, ces principes étaient loin d'être pleinement réalisés, notamment en ce qui concerne les femmes et les hommes dits « de rang inférieur ».
71. Des restrictions sont ainsi apportées à la reconnaissance de ces principes (Paragraphe 2) dans les textes concernant la famille, les droits des étrangers ou encore des peuples des colonies.

⁸³ Elizabeth Jane DOERING, « Comment la force se perpétue elle-même. Réflexions actuelles à la lumière de Simone Weil », *Diogène* 2003/3, N° 203, p.126

⁸⁴ Walter LAQUEUR et Barry RUBIN, *Anthologie des droits de l'homme...* éd. Nouveaux horizons 1998, p.81

⁸⁵ Idem. p.81

Paragraphe 1 : La liberté et l'égalité nécessaires à l'amélioration de la condition de la personne humaine

72. Dans le système de droit français que les Etats africains ont reproduit dans leur ordre juridique, la liberté et l'égalité apparaissaient comme les principes fondateurs des droits civils.
73. Trois facteurs ont contribué à leur reconnaissance comme éléments nécessaires à l'amélioration de la condition des personnes (A). Il s'agit de l'influence du christianisme, de la doctrine du droit naturel et des faits sociaux.
74. Ce sont ces facteurs qui contribueront à la proclamation juridique des principes de liberté et d'égalité comme fondements des droits civils (B).

A – Les facteurs favorables à l'amélioration de la condition humaine

75. La reconnaissance des droits civils pourrait se situer à la période de la Révolution française de 1789. Avant cet événement qui conditionnera l'ensemble du droit civil français puis européen, la société était divisée entre « hommes libres » et « non libres ». Le « non libre » c'était généralement l'esclave. Il n'avait aucun droit mais il était objet de droit. L'esclave n'était pas tout à fait une chose mais il n'était pas encore une personne.
76. Certaines mesures seront prises pour peu à peu, atténuer la dureté de cette réalité. Le Christianisme et la féodalité ont joué un rôle dans l'amélioration des conditions de l'esclave. L'action du christianisme contribuera à faire reconnaître à l'esclave la qualité de personne non seulement au point de vue humain mais également juridique. Elle visera surtout la reconnaissance de la famille servile et le droit pour l'esclave de se marier⁸⁶. Ce processus d'acquisition de la capacité juridique personnelle ne peut certes se faire qu'avec le consentement du maître, mais il donne la possibilité à l'esclave de revendiquer lui-même en justice sa propre liberté.
77. La remise en cause de l'esclavage laisse place à la servitude. Le serf n'est pas libre mais il est juridiquement devenu une personne. (Au XIII^e siècle, il possède un patrimoine, peut se marier et ester en justice). Ces droits expriment sa capacité juridique mais plusieurs limites traduisent son incapacité, laquelle détermine la condition servile. L'affranchissement est le mode d'accès à la liberté. Mais affranchis et paysans libres se retrouvent encore sous le pouvoir des seigneurs.

⁸⁶ A l'origine, l'esclave n'avait aucun droit, même pas celui de fonder une famille ou d'avoir un patrimoine. Son union était un simple fait et le maître pouvait vendre les enfants qui en étaient issus. Voir Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, p.17.

78. En conférant la primauté à l'homme, en lui reconnaissant une même valeur quelle que soit sa condition, et enfin par son universalisme à travers toute l'Europe, le Christianisme crée un climat favorable à l'émergence d'une philosophie qui place l'homme au cœur de la construction juridique. Selon cette philosophie, l'homme est une « personne »⁸⁷ c'est-à-dire un être libre et rationnel (libre parce que doué de raison et personne parce que libre). Dans cette logique et malgré la persistance du droit romain, tout homme même s'il est serf, constitue une personne.
79. Le Christianisme met certes l'accent sur la liberté et l'égalité comme inhérentes à l'homme, mais il ne leur donne pas une portée sociale et juridique adéquate. Dans ces conditions, les Pères de l'Eglise n'avaient pas condamné l'usage universellement admis de l'esclavage puis de la colonisation.
80. Néanmoins, cette philosophie basée sur la place à donner à l'homme, sera plus tard au cœur du subjectivisme juridique et de la théorie des droits de l'homme⁸⁸.
81. La doctrine de droit naturel⁸⁹ puise quant à elle, ses sources dans la théorie de l'état de nature et du contrat social. Pour ses auteurs⁹⁰, le droit naturel ne découle pas d'un ordre des choses voulu par Dieu (Morale) ni de l'observation de la nature. Ils se basent plutôt sur une vision rudimentaire de l'état de nature : les hommes seraient nés libres, maîtres de leur personne et de leur activité, mais isolés. L'individu découvre ainsi grâce à sa raison, un certain nombre de droits naturels, la liberté, puis la sûreté (née de l'instinct de conservation) et la propriété (née des fruits de son travail). C'est donc de la nature humaine réduite à sa dimension purement individuelle que sont déduits les droits naturels de l'homme. L'homme est perçu comme un « sujet de droit » et le droit comme un pouvoir appartenant à l'individu. Toute construction juridique, pour être légitime doit se fonder sur le respect de ces droits naturels et « imprescriptibles » de l'homme et le contrat apparaît comme le principal instrument qui sauvegarde le mieux, la liberté et les droits de l'individu puisqu'il est le fruit de la volonté.
82. Ce sont ces idées religieuses et politiques qui vont triompher au XVIII^e siècle et trouver leur consécration dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. En dehors des idées, les faits sociaux joueront aussi un rôle dans l'exaltation de la liberté et de l'égalité (dans une moindre mesure) chez les citoyens français de l'époque.

⁸⁷ Affirmation empruntée à Saint Thomas d'Aquin, cité par A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p.41

⁸⁸ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p.41

⁸⁹ Voir pour de plus amples développements, A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p.43.

⁹⁰ Grotius (1583-1645) est considéré par le plus important précurseur de cette théorie. Il s'est inspiré de Guillaume d'Occam et des théologiens espagnols du XVI^{ème} siècle.

83. En effet, les structures religieuses et politiques qui encadrent les individus s'alourdissent. Il s'agit du centralisme pontifical et des institutions monarchiques, lesquelles s'ajoutent aux institutions féodales. De ces poids excessifs, naîtra cette aspiration profonde et durable à la liberté chez les individus. L'action du pouvoir monarchique visant la suppression des privilèges conduira peu à peu vers l'égalité avec la noblesse.
84. La vie et la liberté sont de plus en plus perçues comme des dons essentiels de la nature qui ne sont ni aliénables, ni susceptibles d'être dans le commerce sans entraîner leur disparition. La liberté et l'égalité apparaissent comme des attributs inhérents à toute personne et non plus comme des privilèges d'une certaine classe sociale. L'aspiration profonde à plus de liberté et d'égalité fera l'objet d'une reconnaissance juridique.

B – La proclamation juridique des principes de liberté et d'égalité

85. La proclamation juridique des principes de liberté et d'égalité se situe à la période de la Révolution Française de 1789. C'est dans la nuit du 4 août 1789 que l'Assemblée Nationale annonce l'abolition de tous les privilèges accordés au Clergé et à la Noblesse. Elle publie le 26 août, une Déclaration de dix-sept (17) articles, dite Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. La Déclaration pose en son article premier⁹¹ que la liberté et l'égalité régissent désormais les Français et énonce en son article deux (2), les droits naturels et imprescriptibles de l'homme⁹².
86. Les principes de liberté et d'égalité tels que posés en 1789 ont un sens juridique et se justifient par l'opposition aux différents privilèges (cléricaux et de la noblesse) qui existaient à cette époque. Ils seront repris dans le préambule de la Constitution de 1791. L'acquis révolutionnaire s'est traduit par l'élimination de toutes les distinctions entre libres et non libres, entre nobles et roturiers, distinctions qui caractérisaient la société d'alors. Les traits de l'idéologie de la Révolution Française sont la sécularisation, la laïcité, l'individualisme. La Révolution apparaît comme une triple exaltation de l'égalité, de la liberté et de la volonté de l'homme.
87. C'est l'esprit de la Révolution qui animera les rédacteurs du code civil de 1804. Ce code résume l'ensemble des lois civiles désormais applicables aux personnes. Il est aussi la mise en œuvre des nouveaux principes à travers la laïcisation de certaines institutions comme l'état civil et le mariage.

⁹¹ Art.1 DDHC : Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

⁹² Art.2 DDHC : Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.

88. La rédaction du code civil français s'est faite dans un contexte où l'on voulait supprimer toutes les formes d'inégalité entre les hommes au sein de la société. Le code prônait l'égalité entre les hommes (par la suppression de tous les privilèges), et la liberté individuelle contre les aliénations de l'individu, contre la tyrannie des groupements, notamment de la famille (par l'autorisation du divorce, la cessation de la puissance paternelle à 21 ans).
89. Certes, les légistes du Siècle des Lumières⁹³ ont contribué à la formulation des principes de liberté et d'égalité, considérés comme des principes juridiques fondamentaux de l'Etat de droit, mais l'exposé ne s'était pas fait clairement quant à la mesure dans laquelle il serait tenu compte de ces principes dans la vulgarisation de l'idée que tout homme, quelle que soit sa race, a droit à la liberté⁹⁴. Ainsi, « les conceptions des formes d'autonomie, de protection contre le pouvoir des puissants, d'exercice d'une souveraineté, qui conviennent à un citoyen d'un pays démocratique (en résumé les visions de la liberté), sont loin d'être identiques parmi ces sociétés »⁹⁵.
90. Dans le domaine du droit de la famille, objet de cette étude, l'on se rendra vite compte que c'est moins la personne en elle-même que son statut qui intéressait les rédacteurs du code civil. Ainsi, la philosophie d'une proclamation individualiste des droits de la personne laissera plutôt place à une réglementation de « l'état des personnes », qui regroupait pour l'essentiel le mariage, la filiation et la capacité des personnes.

Paragraphe 2 : Les restrictions à l'application des principes de liberté et d'égalité

91. Les principes de liberté et d'égalité sont très vite apparus comme des acquis essentiellement politiques c'est-à-dire liés à la condition et à la situation de l'homme au sein de la société. Lors de leur conception et de leur mise en œuvre, les rédacteurs du code civil ne semblaient pas gênés par les inégalités au sein de la famille. La plupart d'entre elles se justifiaient d'ailleurs par la nécessité de « défense de la famille légitime »⁹⁶.
92. La mise en œuvre de ces nouveaux principes montra ses limites lors de la codification des droits civils (A) et aussi à travers la manifestation de la volonté politique de l'Etat français à l'époque (B).

⁹³ Le Siècle des Lumières est le XVIII^e siècle, plus précisément la période entre 1715 et 1789, marquée en France par le rejet de l'autorité et du fanatisme, au nom du progrès et de la raison.

⁹⁴ M. BADJI, *Droits naturels, droits de l'homme et esclavage*, Thèse, Grenoble II, 1998, p.113.

⁹⁵ P. d'IRIBARNE, « Trois figures de la liberté », *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 2003/5, 58^{ème} année, Editions de l'EHESS, p.954

⁹⁶ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p.56

A – Les limites lors de la codification des droits civils

93. Toute entreprise de codification, pour réussir, requiert trois conditions, un moment favorable, des juristes de talent, une volonté politique.
94. Mais il faut aussi pouvoir accorder la volonté politique avec les termes du code. La codification des droits civils révélera non pas une affirmation ou une définition de ces droits, plutôt une volonté de contrôle, d'une part de l'Etat sur les individus (1), d'autre part de certains individus sur la propriété et la famille (2), ceci au mépris des valeurs prônées par la Révolution.

1) L'état civil, manifestation de la volonté de contrôle de l'Etat sur les individus

95. L'état civil naît avec l'enregistrement des baptêmes par les curés dans les registres paroissiaux au Moyen Âge⁹⁷, dans le but surtout d'établir avec plus de certitude les liens de parenté qui constituent des empêchements au mariage⁹⁸. Plus tard, autour de 1579, l'enregistrement est prescrit de manière générale pour les naissances, les mariages et les décès.
96. La constitution de 1791 instaurera la sécularisation de l'état civil et la mainmise progressive de l'Etat sur l'institution. Avec la rédaction du code civil de 1804, c'est le Livre I du code qui sera consacré aux personnes. Il met plus l'accent sur les différents statuts des personnes (état et capacité) que sur les droits consacrés à ces personnes. Aucune disposition de ce code ne porte par exemple sur le nom, ou sur l'existence de la personne physique. Si le code civil consacre un livre aux personnes, ce dernier ne comporte aucune définition exhaustive des droits reconnus aux personnes, ni de ceux qu'elles peuvent exercer dans la famille. Le code n'apporte ni une définition des droits civils des personnes ni même une définition de la famille.
97. Cette apparente pauvreté du code civil sur le développement des droits civils peut néanmoins se comprendre par le fait que les principes (liberté et égalité) et les droits essentiels (liberté physique, liberté de pensée) sont déjà proclamés dans la Déclaration de 1789, que le code pénal protège efficacement l'honneur, la vie et l'intégrité corporelle des personnes et que l'article 1382 du code civil garantit la réparation de tout fait dommageable⁹⁹. En réalité lors de la codification, les rédacteurs se sont éloignés de l'affirmation et de la proclamation des droits civils. Les objectifs semblaient plus être tournés vers le contrôle exercé sur les individus par la puissance publique, ce qui se traduit par l'institution des éléments d'identification de la

⁹⁷ Moyen Âge : nom donné à la période qui s'étend de 476 (chute de l'empire d'Occident) à 1492 (découverte de l'Amérique)

⁹⁸ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p.77

⁹⁹ Tel est également le point de vue de A. LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit., p.47

personne. L'identification des personnes et la preuve de leur existence seront à l'origine de « l'état des personnes » que l'on appellera plus tard « l'état civil » pour le différencier de l'Etat que constituent les tiers détenteurs de l'autorité publique.

98. Cette manifestation de la puissance publique semble en contradiction avec la proclamation des principes de liberté et d'égalité qui sous-tendent les droits civils. Elle est plutôt le signe du contrôle que les pouvoirs publics entendent toujours avoir sur la personne en dépit des droits civils nouvellement reconnus. La vie, le nom, le domicile sont à l'époque de la rédaction du code civil perçus comme des éléments d'identification de la personne, et non comme des droits de la personne, tels qu'ils sont perçus aujourd'hui.
99. Le 1^{er} élément d'identification est le nom. Celui-ci faisait partie des usages et n'a donc pas été appréhendé par le droit. Le nom était signe d'appartenance à un groupe ou à une fonction sociale. C'est la montée en puissance de l'Etat qui accentuera la fonction du nom comme élément d'identification de la personne et donc institution de police. Il sera ainsi placé sous le contrôle de l'Etat. Le nom paraît alors avoir plusieurs sources : un surnom, un sobriquet, un nom de lieu, de métier ou le nom de baptême du père et pouvait être changé. La Révolution au nom de l'égalité, supprimera les noms de titre (lié à la noblesse) et les noms de terre.¹⁰⁰ Les prescriptions étatiques en vue d'une réglementation du nom augmentent. Elles interdisent par exemple d'ajouter un surnom à son nom propre, de porter d'autres noms que ceux exprimés dans les actes de naissance et enfin, placent les changements de nom sous le contrôle de l'Etat.
100. Quant au domicile, il permet le rattachement à une communauté territoriale, et donc de déterminer le statut des citoyens. Le domicile a aussi une importance sur le plan fiscal car il permet le rattachement à une seigneurie. Avec la codification, le code civil donnera une définition du domicile en visant « l'exercice des droits civils » et semble laisser de côté la question politique.
101. L'état civil est constitué des éléments d'existence ou d'identification de la personne et constitue au fil du temps, un important moyen de preuve face à la fragilité de la preuve par témoins et aux possibilités de fraude. C'est ce qui justifiera la volonté de contrôle de l'Etat sur l'identité des individus, parfois au mépris de leurs droits.

¹⁰⁰ « Je crois qu'il est bon d'ordonner que chaque citoyen ne pourra porter d'autre nom que celui de sa famille et non celui d'une terre ». Formule proposée par Lepelletier de Saint-Fargeau, cité par A. LEFEBVRE-TEILLARD, op. cit., p.70.

2) L'institution d'un cadre familial propice au contrôle du patrimoine

102. L'institution du cadre de la famille est guidée non par le souci des droits de ses membres, mais par l'intérêt que manifestent les individus pour le contrôle de leur patrimoine. Les éléments qui structurent la famille et qui font l'objet d'une réglementation par le droit sont le mariage, la filiation et les rapports personnels et pécuniaires entre époux. Leur organisation montre combien la notion de propriété semble avoir plus d'importance que celle de la personne.
103. La conception romaine de la famille repose sur l'idée de puissance. Un seul membre est citoyen et sujet de droit. Les autres qui souvent descendent de lui, sont juridiquement incapables et sont soumis à la puissance du père. Cette puissance qualifiée de « *patria potestas* » (Pouvoir paternel) appartient au père chef de famille, le « *paterfamilias* » (Père de la famille)¹⁰¹. Elle est la base de l'organisation familiale romaine.
104. L'idée de famille est par ailleurs, étroitement liée à celle de biens. Le terme « *familia* » désignait en effet primitivement, l'ensemble des biens et des esclaves aux mains du *paterfamilias*, avant d'être étendu à tous ceux qui sont sous sa puissance, notamment ses descendants¹⁰². L'institutionnalisation des structures de la famille a donc au-delà du simple aspect civil, une importance économique et politique. A la mort du « *paterfamilias* », les autres membres de la famille ont non seulement le droit d'hériter mais aussi le devoir de lui succéder (littéralement prendre la place de...), et si possible d'accroître ses biens pour l'assise matérielle vitale de la famille¹⁰³.
105. La filiation étant la clé d'accès à ces deux fonctions essentielles de la famille, elle est placée sous le contrôle d'une institution spécifique : le mariage.
106. Ces objectifs resteront présents lors de la rédaction du code civil. Il ne s'agira pas d'émanciper les membres de la famille avec l'institution des principes de liberté et d'égalité. L'on ne retrouve pas dans le code civil les « droits de la famille » encore moins une définition de la famille, car plus que la famille, ce sont les éléments qui la structurent qui intéressent le législateur.
107. Les valeurs exprimées par le code civil sont assises sur le droit de propriété, la famille patriarcale et sur le rôle de l'Etat, protecteur de la société (bourgeoise de l'époque). Le constat

¹⁰¹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p.98

¹⁰² Idem, p.99

¹⁰³ Idem. p.99

est d'ailleurs fait que la plupart des articles du code sont consacrés au droit des biens, à la propriété¹⁰⁴.

108. La famille n'en sera que la suite. L'égalité entre homme et femme n'était pas une préoccupation majeure. L'opinion répandue était « que s'il fallait aboutir à l'égalité absolue de l'homme et de la femme, alors qu'il n'y avait plus qu'à déchirer tout de suite le code civil... »¹⁰⁵. « La famille de l'article 213¹⁰⁶ à prédominance masculine... était protégée contre tout féminisme dangereux »¹⁰⁷ et servait ainsi à mieux protéger non pas les membres mais d'abord les biens de la famille. L'institution du cadre de la famille servait donc plus à protéger les biens de la famille que les personnes qui en étaient les membres. A ces restrictions aux principes de liberté et d'égalité à l'intérieur des droits civils, il faut ajouter d'autres restrictions qui émanent de l'organisation politique de l'Etat.

B – Les limites relatives à la politique de l'Etat

109. L'appartenance à la cité et l'organisation de l'Etat français font apparaître d'autres conditions à la reconnaissance et à la jouissance des droits civils des personnes. Par le recours à la notion de citoyenneté, les principes de droit civil sont de portée limitée vis-à-vis des étrangers (1) et des populations des colonies françaises (2).

1) Le recours à la notion de citoyenneté et la restriction des droits civils des étrangers

110. Héritage du droit romain, la qualité de citoyen sert à définir juridiquement la personne. Les droits civils (statut civil et familial) se trouvent liés au droit des citoyens. Seul le citoyen peut avoir pleinement droit à la vie juridique. D'ailleurs, l'adjectif « civil » vient de « civis » qui veut dire citoyen¹⁰⁸. L'étranger n'avait ainsi aucun droit, sauf ceux qui lui étaient reconnus en vertu de traités liant sa cité d'origine à la France, lesquels peuvent lui conférer une partie des droits constitutifs de la citoyenneté. La citoyenneté s'acquerrait par la naissance mais pouvait être obtenue par concession de la puissance publique.

111. La Révolution redonnera au terme « citoyen », son sens politique. Celui-ci désignait en réalité dans un sens strict, ceux qui sont admis à exercer les droits politiques mais il était

¹⁰⁴ Jean-Paul JEAN et Jean-Pierre ROYER, « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale. Essai d'évaluation sur deux siècles », *Pouvoirs* 2003/4, n° 107, p. 128-130

¹⁰⁵ Idem. p.131. Propos de MASSABAU critiquant le projet d'accès des femmes à la profession d'avocat.

¹⁰⁶ Ancien article 213 du code civil : Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.

¹⁰⁷ J.-P. JEAN et J.-P. ROYER, « Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale ». op.cit. p.131

¹⁰⁸ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit. p.23

utilisé pendant l'Ancien Régime¹⁰⁹, dans le langage ordinaire pour désigner tous ceux qui jouissent de la plénitude des droits civils.

112. La citoyenneté est donc en réalité la « capacité de participer à l'exercice de la souveraineté nationale par le droit de vote ». C'est une notion très importante dans la mesure où elle énumère les éléments constitutifs d'un Etat démocratique et indique les relations entre le pouvoir de l'Etat et les individus¹¹⁰. Elle se définit également comme « l'ensemble des droits découlant de l'appartenance à une communauté politique »¹¹¹. « Les citoyens sont les membres d'un Etat, les Nationaux d'un pays...Ils ont des devoirs envers leur pays et s'attendent à pouvoir y exercer leurs droits »¹¹².
113. Les constitutions postérieures à la Révolution, notamment celle de 1791, rattacheront la notion de citoyenneté à l'exercice des droits politiques, distinguant citoyen actif et citoyen passif. Ainsi, les étrangers ayant la qualité de citoyens auront les mêmes droits que les Français. Il s'agit en fait d'exceptions accordées aux étrangers, lesquelles exceptions restreignaient progressivement les droits civils qui leur étaient déjà inaccessibles.
114. Par contre, les conditions d'octroi de ces droits variaient en fonction des constitutions. (Certaines constitutions comme celles de 1791 et de 1793 y étaient favorables, d'autres comme celles de l'An III et de l'An IV étaient plutôt restrictives).
115. Après l'affirmation de la liberté comme un droit inaliénable¹¹³, c'est la personne humaine plutôt que la nationalité de l'individu qui devait devenir le facteur déterminant des droits civils. C'est pourquoi les rédacteurs du code civil apporteront à travers son article 7, la précision de l'indépendance des droits civils vis-à-vis de la citoyenneté¹¹⁴.
116. Mais dans les faits, pendant la période révolutionnaire, c'est seulement aux étrangers résidant en France depuis un certain temps et remplissant certaines conditions, qu'avaient été accordées la citoyenneté et la pleine jouissance des droits civils. Le réflexe nationaliste et la

¹⁰⁹ Ancien Régime : ensemble des institutions qui régissaient la France avant la Révolution de 1789.

¹¹⁰ E. CHOLE et J. IBRAHIM (dir.), *Processus de démocratisation en Afrique. Problèmes et Perspectives*. Ed. Karthala-Codesria, p.145

¹¹¹ A. SPIRE, *Semblables et pourtant différents. La citoyenneté paradoxale des « Français musulmans d'Algérie » en métropole*. Genèses 53, déc. 2003, p. 48

¹¹² E. ANNAN-YAO (dir.), *Démocratie et développement en Afrique de l'Ouest. Mythe et réalité*, éd. CODESRIA, 2005. p.71

¹¹³ Voir art.2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789

¹¹⁴ Dans sa première version l'article 7 du code civil édicte « L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle ». Dans sa version actuelle (loi du 26 juin 1889) on lit « l'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément aux lois constitutionnelles et électorales »

méfiance vis-à-vis des étrangers jouant à l'époque, c'est le *ius sanguinis* (droit du sang) qui triompha dans le code civil¹¹⁵, le *ius soli* (droit du sol) étant sensiblement réduit¹¹⁶.

117. La citoyenneté devait aider à définir les conditions d'une « égalité formelle »¹¹⁷, mais l'étranger ne pouvait jouir que des droits civils que la nation à laquelle il appartenait, accordait aux Français¹¹⁸.

118. La distinction Droits civils et Droits politiques conduit donc à faire de la citoyenneté, un « faisceau de droits dissociables dont on peut conférer certains à l'étranger sans pour autant en faire un citoyen »¹¹⁹. Il s'agit pour l'essentiel du droit de contracter mariage, de faire des actes juridiques régis par le code civil, de faire un testament, d'être institué héritier, et celui d'ester en justice¹²⁰. L'étranger demandeur à une action en justice était tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès¹²¹ et l'étranger n'était admis à succéder aux biens que son parent possède en France que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'article 11 du code civil¹²².

119. Si des restrictions étaient apportées aux droits civils des étrangers, le sort des ressortissants des colonies montrait davantage les contradictions entre le respect et l'application des principes d'égalité et de liberté entre les Français, et la mise en place de catégories de personnes issues du droit colonial.¹²³

¹¹⁵ Art 10 C.Civ (en vigueur jusqu'au 28 juin 1889) : « Tout enfant né d'un Français en pays étranger, est Français.

Tout enfant né, en pays étranger, d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français, pourra toujours recouvrer cette qualité, en remplissant les formalités prescrites par l'article 9 ».

¹¹⁶ Art 9 C.Civ (en vigueur jusqu'au 23 mars 1848) : « Tout individu né en France d'un étranger, pourra dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la qualité de Français, pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission ».

¹¹⁷ E. CHOLE et J. IBRAHIM (dir.), *Processus de démocratisation en Afrique*, op. cit. p.145

¹¹⁸ Art.11 C.Civ « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ».

¹¹⁹ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., p.23

¹²⁰ Idem, p.23

¹²¹ Anc. Art.16 C.Civ (en vigueur jusqu'au 06 mars 1895) « En toutes matières, autres que celles de commerce, l'étranger qui sera demandeur, sera tenu de donner caution pour le paiement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement ».

¹²² Voir anc. Art. 726 (en vigueur jusqu'au 17 juillet 1819) « Un étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède dans le territoire de la République, que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'article 11, au titre de la Jouissance et de la privation des droits civils ».

¹²³ A. SPIRE, *Semblables et pourtant différents* ...op. cit. p.49

2) La restriction des droits civils des populations dans les colonies

120. Malgré l'annexion officielle de certains territoires d'Afrique à la France, il faut attendre longtemps pour que les habitants de ces colonies soient reconnus comme ayant la qualité de Français. Il s'agissait encore d'une « nationalité amputée... puisqu'ils n'étaient pas citoyens »¹²⁴. Cette différenciation s'explique par le fait que la « mission civilisatrice... promettait aux populations colonisées, l'égalité, mais une égalité différée, conjuguée au futur, une fois l'objectif d'assimilation à la civilisation française atteint »¹²⁵.
121. L'exclusion de la citoyenneté des peuples colonisés découle du maintien de leur statut personnel fondé sur les prescriptions religieuses chez les uns (cas des Algériens) et sur des règles coutumières chez les autres (cas des populations d'Afrique occidentale française). Le statut d'indigène entraînait donc des discriminations politiques (exclusion du droit de vote) mais aussi un droit civil spécifique.
122. La procédure d'accès aux droits de citoyen français pour les indigènes se faisait moyennant perte de leur statut personnel¹²⁶. Le postulant devait être « digne »¹²⁷ de l'honneur d'être citoyen et devait donc remplir certaines conditions. Le code civil qui devrait proclamer et définir les droits des personnes, sera le premier fondement de la citoyenneté républicaine.
123. Le citoyen est, dans la définition coloniale, « ...celui qui suit les prescriptions du code civil mais ...aussi celui qui est le plus conforme à l'idéal du bon père de famille du texte napoléonien »¹²⁸. La non polygamie est ainsi la condition première de tout postulant à la naturalisation.
124. Ce sont surtout les populations des territoires colonisés qui se verront limitées dans la reconnaissance de leurs droits civils. Les « indigènes » comme on les appelait, étaient investis de la nationalité française mais se voyaient dénier la qualité de citoyen. Ils avaient des droits civils propres à leur catégorie.
125. La différence 'citoyen/indigène' était fondée sur le fait que « la jouissance d'un statut personnel spécifique défini par l'ensemble des coutumes locales, est pensée comme antinomique avec l'exercice de la citoyenneté »¹²⁹. La citoyenneté est refusée à une catégorie de populations pourtant colonisée et faisant donc partie de la France. Le refus de la

¹²⁴ Laure BLEVIS, *La citoyenneté française au miroir de la colonisation : étude des demandes de naturalisation des « sujets français » en Algérie coloniale*. Dossier, Genèses 53, déc. 2003, p.28. Aux dires de l'auteur, ce point de vue serait même confirmé par le sénatus-consulte du 14 juillet 1865.

¹²⁵ Idem. p.26

¹²⁶ Idem. p.28

¹²⁷ Idem. p.27

¹²⁸ Idem. p.39

¹²⁹ Emmanuelle SAADA, *Citoyens et sujets de l'empire français. Les usages du droit en situation coloniale*. Dossier. Genèses 53, déc. 2003, p. 18

citoyenneté à ces populations des territoires colonisés sert de fondement à la non reconnaissance de l'ensemble de leurs droits civils. Ce contournement ou cette limitation des principes fondateurs des droits civils se fera grâce à des techniques juridiques que le législateur français de l'époque mettra en place.

126. Des restrictions à l'application des principes de droit civil, notamment celles qui sont relatives à la politique de l'Etat français vis-à-vis des peuples colonisés et des étrangers sont fortement contestables d'un point de vue juridique et au regard de la théorie des droits de l'homme, théorie qui prône et renforce l'application des principes de liberté et d'égalité à tous sans distinction. La théorie des droits de l'homme est ainsi le deuxième élément du droit occidental qui non seulement sert de modèle à la règle de droit en Afrique mais influence les droits civils et familiaux.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Section II : L'influence politique de la théorie des droits de l'homme

127. L'on pourrait a priori s'étonner de l'impact de la politique dans le domaine des droits civils des personnes et de la famille qui constitue la sphère par excellence du privé et qui échappe au pouvoir politique et public. Mais une telle conception est peu représentative de la réalité, car pour être effective, la règle de droit doit également être portée par un projet politique qui lui assurera concrètement les ressources nécessaires à sa diffusion, à sa surveillance, à son application et à la sanction de son inapplication. Le modèle politique qui semble assurer l'effectivité des droits des personnes est également un modèle imposé de l'extérieur aux sociétés africaines même si ces fervents adeptes lui assignent une vocation universelle.
128. En Afrique, « ...les pouvoirs politiques ...ont été contraints d'agir sous la pression nationale et internationale. Ils ont créé des structures gouvernementales, élaboré des plans, adopté des conventions internationales, promulgué des lois et même procédé à des réformes constitutionnelles pour améliorer la condition des femmes, à défaut de promouvoir l'égalité entre les sexes »¹³⁰. La démocratie et son corollaire, les droits de l'homme ont permis la promotion des droits et libertés des individus et de la famille. Cette influence se remarque nettement au Bénin en raison de l'adoption d'un code de la famille postérieur au processus de transition démocratique.
129. Les valeurs traditionnelles qui justifient les inégalités entre homme et femme en droit de la famille, sont contrecarrées par l'émergence d'une théorie « universelle » des droits de l'homme. (Paragraphe 1). Cette théorie exalte la liberté et l'égalité entre les personnes dans tous les domaines, notamment celui de la famille (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'universalité de la théorie des droits de l'homme

130. Le triomphe de la théorie des droits de l'homme remonte en Europe occidentale à la fin du XVIII^{ème} siècle¹³¹. Les Etats africains n'ont pas connu de mouvements similaires à la Révolution française de 1789. Ils ont eu l'avantage de recueillir les principes de droit issus de la société occidentale dans leur ordre juridique interne. Le processus d'intégration peut se résumer en trois (3) étapes. La plupart des Etats ont d'abord introduit dans leur ordre juridique les traités et conventions relatives aux droits de l'homme. Ensuite, l'option des régimes politiques en faveur du socialisme et du parti unique a constitué un frein à la mise en œuvre

¹³⁰ Ayesha M. IMAN, Amina MAMA et Fatou SOW (Dir.) *Sexe, genre et société...* Ed. Karthala et Codesria, 2004, p.12

¹³¹ Jean MORANGE, *Droits de l'homme et libertés publiques*, 5^{ème} éd. PUF 2000, p.30

réelle des droits individuels des personnes. Enfin, l'avènement des processus démocratiques au début des années 90 a ouvert la voie à la conformité des systèmes juridiques internes avec l'ordre international.

131. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, après des décennies de socialisme ou de marxisme (nos deux Etats en sont une illustration parfaite avec 17 ans de marxisme pour le Bénin et 40 ans de socialisme pour le Sénégal), « c'est le libéralisme qui pousse l'Africaine à conquérir de nouveaux droits »¹³². Le facteur démocratique est le plus récent de tous ceux qui agissent sur les droits des personnes. Il semble aussi le plus pertinent en raison de la théorie et des principes qu'il énonce. Outre les questions de gouvernance politique, la démocratie exige aussi l'application effective des droits de la personne humaine.
132. L'aspiration à l'universalité de la théorie des droits de l'homme a des fondements (A), mais aussi des limites (B).

A – Les fondements de l'universalité de la théorie des droits de l'homme

133. L'universalité de la théorie des droits de l'homme, suppose que les droits soient attribués à une catégorie universelle, en l'occurrence celle de "l'Homme"¹³³. L'exercice par l'individu de l'ensemble de ses droits constitue le but ultime de tout système démocratique.
134. L'universalité des droits de l'homme a un fondement philosophique basé sur une certaine conception de la nature et une définition de l'humain (1). Elle est également fondée sur l'internationalisation de la théorie (2).

1) L'ordre de la nature et le concept « humain »

135. Les droits de l'homme étaient tirés d'une conception globale de la nature, entendue comme « l'ordre même de l'univers, que tous les hommes étaient censés pouvoir reconnaître en vertu de la raison commune à tous »¹³⁴. Cette définition permettait de résoudre une difficulté. En effet, revendiquer un statut universel aux « droits » semblait relever du dogmatisme tandis que faire dériver ces « droits » de la nature permettait d'invoquer une tradition de pensée ancienne et vénérable¹³⁵. L'on parlait ainsi de « Droits naturels » avant que l'expression « Droits de l'Homme » n'entre en usage. Celle-ci exprimait l'idée que les droits dont il s'agit, caractérisaient l'essence de la vie humaine.

¹³²Penda MBOW (Dir.), *Hommes et femmes entre sphères publique et privée*, op.cit. p.4

¹³³ Walter LAQUEUR et Barry RUBIN, *Anthologie des droits de l'homme...* op.cit. p.8

¹³⁴ Idem. p.9

¹³⁵ Idem. p.8.

136. Avec l'évolution, les droits ne sont plus définis par la raison naturelle, mais plutôt en fonction de l'idée que l'on se fait de ce qui est humain. Au-delà des débats autour des termes de droits naturels, droits de l'homme ou droits humains, il faut simplement admettre qu'il s'agit de droits qui sont en conformité avec la nature humaine ou bien revendiqués par cette nature¹³⁶.
137. La personne humaine appelée « Être » est composée de deux éléments qui forment un tout indissociable, « un corps physique ...qui doit être protégé (et) une entité incorporelle »¹³⁷ qui se manifeste par le comportement. Les besoins de l'être sont donc de deux sortes, un ordre matériel lié à sa subsistance biologique et un ordre spirituel lié à son aspiration à la liberté et à la justice. La dimension individuelle de l'être est toutefois incomplète. Si l'homme vit et développe une personnalité grâce à l'exercice de sa liberté, il est aussi membre d'un groupe qu'il intègre en adoptant des formes de comportement et en respectant les droits d'autrui. La dimension individuelle est ainsi complétée par une dimension sociale.
138. Les droits de l'homme visent dès lors à réussir une coexistence paisible entre un naturalisme juridique (que ces droits assurent) et un positivisme modéré (car la loi positive détermine l'étendue de ces droits)¹³⁸. Les droits de l'homme sont considérés comme universels parce qu'ils sont construits sur l'idée d'une humanité abstraite¹³⁹.

2) L'internationalisation de la théorie des droits de l'homme

139. L'internationalisation des droits de l'homme rappelle leur dimension juridique trop souvent ignorée, au profit de simples déclamations sensationnelles. Elle s'est faite grâce aux Déclarations des droits dont les plus importantes sont la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948. Par cette dernière, les droits de l'homme tendent à s'universaliser dans les différentes cultures et civilisations du monde. La Déclaration de 1789 avait également une portée universelle. « Les constituants français avaient ...nettement le sentiment d'agir pour tous les hommes »¹⁴⁰. Les droits proclamés étaient ceux de l'« homme » et du « citoyen » et non pas seulement des seuls citoyens français de 1789. Ils valaient pour tout être humain.

¹³⁶ S. TZITZIS, « La dignité dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme à la lumière de l'égalité et de la liberté », in *Revue ASPECTS* (Revue d'études francophones sur l'Etat de droit et la démocratie) Hors-série - 2008, p.17.

¹³⁷ Mamadou L. FOFANA, *L'universalité des droits de l'homme et sa portée en Afrique*, éd. E.D.J.A. 1997, p.45

¹³⁸ S. TZITZIS, « La dignité dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme à la lumière de l'égalité et de la liberté », op.cit. p.18.

¹³⁹ Danièle LOCHAK, « Les droits de l'homme : ambivalences et tensions ». *Revue internationale de psychosociologie*, 2004/2, volume X, éd. ESKA, p.19

¹⁴⁰ J. MORANGE, *Droits de l'homme et libertés publiques*, op.cit. p.33

140. La théorie des droits de l'Homme est fondée sur une conception occidentale qui part de l'idée qu'il « existe une dignité égale chez chaque être humain, génératrice de droits à l'égard d'autrui et en particulier à l'égard des détenteurs du pouvoir. Par suite, le message d'émancipation inscrit dans les textes fondateurs est adressé à la terre entière... »¹⁴¹. Cette doctrine prône l'unité de l'humanité où que les individus se trouvent. Les Etats auteurs de cette théorie mettent tout en œuvre pour que se multiplient de par le monde, les régimes soucieux des droits de l'homme. Ces Etats renforcent leur coopération avec les gouvernements acquis à cette doctrine et leur offrent leur assistance.
141. Relancée à la fin des années soixante - dix (70), la théorie a pris un nouveau tournant dans les années quatre - vingt - dix (90) à travers son internationalisation. L'internationalisation des droits de l'homme constitue une véritable révolution du droit international à travers les systèmes de garantie qu'elle offre. Ces systèmes sont placés sous la sauvegarde d'instances internationales.
142. Les textes internationaux qui traduisent la volonté des États de promouvoir et de respecter les droits de l'homme, ont recueilli un nombre croissant de signatures. Depuis dix ans, près de la moitié des pays du globe ont ratifié ces instruments juridiques de défense des droits de l'homme¹⁴².
143. La théorie des droits de l'homme n'a pas que des partisans. Elle a été l'objet de critiques dont deux (2) sont particulièrement intéressantes. Il s'agit du rejet de sa prétention à l'universalité et de son inefficacité dans la prise en compte de la condition des femmes.

B – Les critiques de la théorie des droits de l'homme

144. Les critiques de la théorie sont parfois purement doctrinales, d'autres parmi elles révèlent les limites de l'idéal universaliste.
145. Pour les opposants à la théorie des droits de l'homme, « L'Occident, après avoir rêvé d'un *homo oeconomicus* au XVIIIe siècle, s'est pris à rêver, à la suite de Jürgen Habermas, d'un *homo democraticus* en cette fin de XXe siècle »¹⁴³. Il faut selon eux, rejeter la vocation universaliste de la théorie (1). Par ailleurs, l'inefficacité de la théorie à défendre les droits des femmes a conduit à la naissance des mouvements féministes (2).

¹⁴¹ Patrick WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, 4^{ème} éd. Dalloz 2002, p.44

¹⁴² TIBERGHIEN Frédéric, « La place de l'homme dans la société internationale », Dalloz, *Revue internationale et stratégique* 2001/1, 41, p.66

¹⁴³ Idem, p.66

1) La remise en cause de l'universalité

146. La théorie des droits de l'homme est considérée comme un nouvel aspect de l'affirmation de la supériorité des civilisations de l'Occident. Ce dernier chercherait à promouvoir, avec force, ses modes d'organisation politique et son idéologie démocratique. Ce constat suscite la remise en cause de la valeur universelle des droits de l'homme. La théorie des droits de l'homme n'exprimerait que des préférences régionales à prétention universelle¹⁴⁴. Le reproche essentiel fait à la théorie des droits de l'homme est de puiser ses origines dans la philosophie occidentale. L'Occident projetterait ainsi sur les autres sociétés et les autres cultures, ses propres schémas de pensée sans se demander si cette projection n'est pas abusive¹⁴⁵. Les Occidentaux voudraient donc convertir la planète à leur idéal sans se demander s'il ne peut en être autrement.
147. Pour les critiques de la théorie, il ne faut donc pas parler d'universalité mais d'universalisme. Si la France et l'Europe exigeaient des autres cultures qu'elles s'enferment dans le modèle occidental, cela reviendrait à « répéter le discours colonial, qui légitimait la domination sur les autres peuples et cultures par l'exportation de la civilisation élaborée en Europe »¹⁴⁶. « Les droits de l'homme sont donc un universalisme, ils ne sont pas universels »¹⁴⁷. Les critiques affirment ne pas s'adresser à la théorie des droits de l'homme elle-même mais à la « prétention occidentale de les imposer comme critère exclusif de jugement, en niant aux autres cultures toute possibilité de les récuser ou de ne pas les retenir tels quels »¹⁴⁸. Le discours sur les droits de l'homme « revêt souvent une arrogance de type colonialiste »¹⁴⁹.
148. Pour les juristes africains, « l'universalisme ne doit pas être confondue avec universalité ni avec uniformité...Elle ne doit pas masquer totalement certaines spécificités dues à l'histoire, à la culture et aux choix politiques »¹⁵⁰. Les droits de l'homme subissent des oppositions face à leur vocation à l'extension au point où, s'ils continuent à gagner du terrain, ils n'ont pas encore « acquis l'universalité à laquelle ils aspirent »¹⁵¹.

¹⁴⁴ TIBERGHIEU Frédéric, « La place de l'homme dans la société internationale », Dalloz, op. cit. p.66

¹⁴⁵ Patrick WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, op.cit. p.46

¹⁴⁶ Idem, p.47

¹⁴⁷ Idem, p.47

¹⁴⁸ Idem, p.49

¹⁴⁹ Idem, p.49

¹⁵⁰ Georges Barnabé GBAGO, *Le Bénin et les droits de l'homme*, éd. L'Harmattan 2001, p.51

¹⁵¹ Patrick WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, op.cit. p.49

149. La conférence mondiale des Nations Unies sur les droits de l'homme de juin 1993 à Vienne a solennellement confirmé que « tous les droits de l'homme sont universels »¹⁵². S'il convient de tenir compte de particularismes nationaux et régionaux, il ne faut pas pour autant nier l'universalité des droits de l'homme.

150. L'adaptation de la théorie à certains milieux sociaux peut être parfois nécessaire. Elle peut par exemple, inviter à prendre acte des différences pour respecter en chaque individu sa part d'altérité. Le droit va tenir compte des différences et des appartenances, renoncer parfois à la formulation universelle de la règle, reconnaître des droits spécifiques aux membres de groupes minoritaires. La théorie des droits de l'homme se sépare ainsi « d'une conception élaborée de la raison et de la nature humaine »¹⁵³, pour se déployer dans une direction nouvelle. Il s'agit de l'élaboration de droits à ceux à qui l'on avait injustement refusé la pleine qualité de « personne humaine... les minorités raciales, les homosexuels, les enfants et surtout les femmes... »¹⁵⁴. La notion de droits de l'homme subit alors un nouveau glissement en devenant l'argument de ceux qui recherchent l'égalité de traitement¹⁵⁵. Dans les rapports homme – femme en particulier, la théorie des droits de l'homme semble avoir été efficace pour assurer cette égalité.

2) L'inefficacité de la théorie suppléée par les mouvements féministes

151. Les préoccupations propres aux femmes ne sont pas systématiquement entrées dans la théorie des droits de l'homme. Le discours féministe a attiré l'attention sur le caractère discriminatoire des droits humains à l'égard des femmes¹⁵⁶.

152. La Révolution française, bien qu'ayant proclamé l'égalité des citoyens, ne consacra nullement l'égalité des sexes. Aucune allusion n'était faite aux droits des femmes et le type de famille adopté était la famille paternelle dans laquelle s'exerçait la puissance paternelle ou maritale. C'est le postulat de la supériorité naturelle des hommes sur les femmes qui a longtemps soutenu et soutient encore l'institution de la famille. C'est pourquoi l'on assimile le féminisme au combat en faveur de l'égalité¹⁵⁷.

¹⁵² Cité par Patrick WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, op.cit. p.48

¹⁵³ Walter LAQUEUR et Barry RUBIN, *Anthologie des droits de l'homme...* op.cit. p.22

¹⁵⁴ Idem. op.cit. p.22

¹⁵⁵ Idem. p.22

¹⁵⁶ Eshetu CHOLE et Jibrin IBRAHIM, *Processus de démocratisation en Afrique...* op.cit. p.145

¹⁵⁷ Daniela ROVENTA-FRUMUSANI, *Concepts fondamentaux pour les études de genre*, éd. EAC, AUF 2009, p.64

153. Le féminisme pourrait se définir comme « ...mouvement revendicatif ayant pour objectif la reconnaissance ou l'extension des droits de la femme dans la société »¹⁵⁸ ou encore « ...mouvement relatif à la condition des femmes dans la société, s'il dénonce cette condition comme le rapport de domination d'un sexe (masculin) sur l'autre (féminin) »¹⁵⁹.
154. «...Les Africains, ... ont pris à leur compte le débat 'droits de l'homme/droits des peuples', (mais ils) ont souvent une réaction agacée lorsqu'on en vient à celui de droits de la personne au lieu des droits de l'homme »¹⁶⁰. Sur le plan des rapports individuels, « la vague de démocratisation qui souffle sur le continent...engendre une participation croissante des femmes dans la sphère publique...Mais en même temps, les rapports sociaux de genre dans les sphères privées restent encore marqués par la discrimination, l'inégalité, et la violence dont la majorité des victimes seraient des femmes »¹⁶¹. Les sociétés africaines sont en fait caractérisées par des « survivances d'une stratification inégalitaire, des croyances archaïques qui ligotent les mentalités et des difficultés d'institutionnalisation de sociétés laïques et égalitaires »¹⁶².
155. Le constat qui se dégage de la plupart des études sur le genre est que « les droits des femmes ne sont pas toujours acquis »¹⁶³. Face à ce constat, le combat des droits de l'homme est repris en faveur des femmes par les mouvements féministes qui ne cessent de rappeler que « les femmes ont le droit d'avoir des droits »¹⁶⁴.
156. Certains auteurs n'hésitent pas à considérer le fait que l'adjectif « humain », (asexué), tende à remplacer le substantif « homme » (à la masculinité provocante), dans le concept « droits de l'homme », comme une victoire des féministes¹⁶⁵.
157. En même temps que l'on peut considérer les mouvements particularistes¹⁶⁶ (exemple du féminisme) comme des suppléants à la défaillance de la théorie des droits de l'homme, il faut admettre que c'est également à la faveur de cette théorie que ces mouvements se sont développés.

¹⁵⁸ Dictionnaire de l'Académie française, cité par Makhtar DIOUF, *Eclairage sur le(s) féminisme(s)*...P.U.D. 2009, p.12

¹⁵⁹ Monique REMY, *De l'utopie à l'intégration : Histoire des mouvements de femmes*, Paris, L'Harmattan 1990, cité par Makhtar DIOUF, *Eclairage sur le(s) féminisme(s)*...P.U.D. 2009, p.13

¹⁶⁰ Ayesha M. IMAN, Amina MAMA et Fatou SOW, (Dir.), *Sexe, genre et société*...op.cit. p.68-69

¹⁶¹ Penda MBOW (Dir.), *Hommes et femmes entre sphères publique et privée*, op.cit. Avant-propos, p. IX

¹⁶² Idem. p.3

¹⁶³ Ibidem. Avant-propos, p. IX

¹⁶⁴ Penda MBOW (Dir.), *Hommes et femmes entre sphères publique et privée*, op.cit. Avant-propos, p. IX

¹⁶⁵ J.-M. CROUZATIER, « 'Droits de l'homme' ou 'Droit humain' : Une différence sémantique », in *Revue ASPECTS* (Revue d'études francophones sur l'Etat de droit et la démocratie) Hors-série - 2008, p.11.

¹⁶⁶ Le Particularisme se définit comme l'attitude d'un groupe social ou d'une ethnie qui bien qu'appartenant à un ensemble plus grand, cherche à préserver ses caractéristiques propres.

158. Les « droits de l'homme » ont en effet permis de menacer les pouvoirs en place. Les « révolutions » démocratiques ont entraîné la naissance de divers mouvements populaires, d'organisations communautaires, féministes, de défense des droits des homosexuels, de droit à l'avortement. « Ces organisations œuvrent en dehors des institutions démocratiques en place et des sphères traditionnelles de contrôle des élites dirigeantes »¹⁶⁷. Elles ne sont pas préoccupées par les élections ou les luttes pour le pouvoir, mais par le souci de créer un « environnement dans lequel, les individus, les groupes...pourraient exercer leur contrôle sur les décisions qui affectent leur vie ».¹⁶⁸

159. La théorie des droits de l'homme a ainsi entraîné dans la pratique, un renouveau des principes de liberté et d'égalité (c'est-à-dire la recherche d'un nouveau sens, d'une nouvelle adaptation au contenu de ces principes).

Paragraphe 2 : L'impact de la théorie des droits de l'homme en droit de la famille

160. L'universalisation de la théorie des droits de l'homme est à la base de la proclamation des droits fondamentaux et d'un droit civil renouvelé, plus protecteur de la personne. La dignité, exigence de la théorie, consacre en droits fondamentaux, la liberté et l'égalité¹⁶⁹. Elles sont devenues les normes de références en matière de droits des personnes et de la famille.

161. Mais il est difficile de s'accorder sur le sens à leur donner. Parfois « ...sous l'écume du mot liberté, c'est plutôt d'égalité qu'il s'agit »¹⁷⁰. L'égalité pourrait simplement signifier suppression des inégalités. Mais ce serait ignorer que le concept recouvre plusieurs aspects. Par exemple, le sens à lui donner en droit de la famille n'est pas précis et fait ainsi l'objet de recherche permanente (A). Quant à la liberté, sa reconnaissance engendre « une perpétuelle adjonction de nouveaux droits »¹⁷¹ (B).

A – La recherche d'un nouveau sens à l'égalité

162. L'évolution du droit de la famille tend à corriger la différenciation hiérarchique des sexes et la catégorisation des femmes en êtres inférieurs. Cette évolution se fait progressivement sur le terrain social (1) et juridique (2).

¹⁶⁷ E. CHOLE et J. IBRAHIM (dir.), *Processus de démocratisation en Afrique* op.cit. p103

¹⁶⁸ Idem. p.103

¹⁶⁹ S. TZITZIS, « La dignité dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme à la lumière de l'égalité et de la liberté », in *Revue ASPECTS* (Revue d'études francophones sur l'Etat de droit et la démocratie) Hors-série - 2008, p.19.

¹⁷⁰ Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, 13^{ème} éd. Revue et augmentée. Dalloz 2007, p.4

¹⁷¹ Idem. p.4

1) La recherche d'une base sociale égalitaire

163. « L'idée d'une libération de la femme a aujourd'hui une valeur d'universalité. Mais elle fait chaque fois l'objet d'une traduction dans les langages d'un temps et d'un lieu. Ceux-ci sont, constamment réinventés en fonction des rapports de force et des luttes au sein de chaque société et de la position de cette société par rapport au monde »¹⁷².
164. Les torts faits aux femmes dans un contexte de sujétion et d'infériorité peuvent bien être perçus comme une « contradiction du principe de l'égalité formelle de tous »¹⁷³. Les obstacles liés à la réalisation de l'égalité des sexes tiennent d'abord à la nature même des organisations sociales. En effet, la cohésion de la structure sociale repose sur trois piliers qui tournent autour du sexe, à savoir, la prohibition de l'inceste, la répartition sexuelle¹⁷⁴ des tâches et la forme reconnue d'union sexuelle.
165. Les modèles traditionnels de la famille, du fait notamment de l'islamisation des populations d'une part et de la persistance des pratiques coutumières d'autre part, ont tendance à se perpétuer¹⁷⁵. Les valeurs et institutions traditionnelles (comme la polygamie, la répudiation, la tutelle matrimoniale, l'inégalité successorale, le devoir d'obéissance) ont tendance à se dogmatiser, face aux changements sociaux. Ainsi, « au mépris de la réalité et des principes d'égalité citoyenne reconnus par les lois et les constitutions, les mécanismes de discrimination ont été introduits »¹⁷⁶.
166. Il est toutefois reconnu par toutes les idéologies et les modèles de développement, que « l'égalité et l'équité entre les sexes et, en conséquence, ce qu'elles impliquent, constituent non seulement un but en soi au regard de la justice sociale et du progrès de l'humanité, mais également une condition incontournable et essentielle à l'amélioration des conditions de vie des populations »¹⁷⁷. Dans le contexte social actuel, ni l'absence de contribution aux charges du foyer, ni la faiblesse supposée de la femme ne peuvent plus justifier des traitements discriminatoires à son égard¹⁷⁸.
167. C'est dans la mise en œuvre du principe d'égalité qu'apparaissent les discordances. Des changements progressifs se remarquent cependant. Les premiers ont entraîné la décomposition de la famille élargie vers l'émergence de la famille restreinte, et par suite, des

¹⁷²Penda MBOW (Dir.), *Hommes et femmes entre sphères publique et privée*, op.cit. p.109

¹⁷³ Idem, op.cit. p. 2

¹⁷⁴ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, éd. Dalloz, 1998, p.2 et 3

¹⁷⁵ Voir infra. Les imperfections du dualisme

¹⁷⁶ Penda MBOW (Dir.), *Hommes et femmes entre sphères publique et privée*, op.cit. p.9. L'auteur affirme que c'est l'exemple du Code de la famille sénégalaise voté en 1972 dans lequel par esprit de conciliation, des éléments discriminatoires largement dépassés par la réalité continuent encore de subsister.

¹⁷⁷ Penda MBOW (Dir.), *Hommes et femmes entre sphères publique et privée*, op.cit. p.117

¹⁷⁸ Amsatou SOW SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique...*, op.cit. p.93

modifications dans le statut de la femme. La maternité se conçoit hors-mariage. La capacité des femmes à assurer seules la subsistance et l'éducation de leurs enfants a entraîné la multiplication des familles monoparentales et une « féminisation croissante de la fonction de chef de ménage »¹⁷⁹. A l'intérieur des familles, l'obéissance passive au mari n'est plus considérée comme une condition de réussite des enfants. L'on assiste à une crise du relâchement de la masculinité qui se manifeste par le relâchement du contrôle parental, le déficit du potentiel affectif de la famille, la contestation de la hiérarchie familiale¹⁸⁰, et la fréquence des divorces. Le mariage monogamique est perçu comme favorisant la dignité de la femme¹⁸¹, même s'il a du mal à être accepté par les Africains qui revendiquent la polygamie comme une particularité africaine. L'égalité devient ainsi dans toute société démocratique, et en matière de famille, une valeur substantielle du droit.

2) La recherche d'une égalité juridique

168. L'on a pu affirmer que sous le régime des codes napoléoniens, l'égalité formelle des citoyens devant la loi ne faisait qu'accentuer les inégalités socio-économiques qui constituaient la réalité en dehors des codes et de l'ordre juridique¹⁸². Le principe d'égalité initialement conçu comme une donnée inhérente à la nature humaine, s'est insensiblement transformé en un modèle à conforter et, dans certains cas, en un objet de conquête¹⁸³.
169. L'on est passé de l'égalité des citoyens à l'égalité entre homme et femme. Mais dans presque tous les pays qui ont pour principe constitutionnel, « l'égalité des citoyens »¹⁸⁴, de nombreux obstacles sont relevés en ce qui concerne l'égalité des sexes. Même en France, l'égalité des sexes ne sera consacrée au niveau politique que dans la constitution de 1946¹⁸⁵ mais il a toujours existé un décalage entre la proclamation des principes et leur mise en œuvre. Les conséquences de cette égalité ont tardé à venir. L'évolution est plutôt partie de l'ouverture des portes de l'éducation et de l'accès des femmes aux fonctions professionnelles. L'accès à un emploi salarié a donné à la femme, une certaine indépendance vis-à-vis de son

¹⁷⁹ Penda MBOW (Dir.), *Hommes et femmes entre sphères publique et privée*, op.cit. p.108

¹⁸⁰ Idem, p.124

¹⁸¹ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ...* op.cit. p.285

¹⁸² Alain WIJFFELS, « La pratique et les réformes du code de procédure civile (1806) : Le syndrome de la 'Lettre morte' » in *Normes juridiques et pratiques judiciaires, Du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Benoît GARNOT (Dir.), op.cit., p.223

¹⁸³ Anne LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », in *Pouvoirs* 2004/4, n° 111, éd. Le Seuil. p.69-70

¹⁸⁴ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, éd. Dalloz, 1998, p.2

¹⁸⁵ Idem p.7

mari. C'est donc l'acquisition de la capacité sociale et professionnelle des femmes qui rendra insupportable et injustifiable, leur incapacité familiale¹⁸⁶.

170. Or l'égalité juridique (celle qui est prescrite dans les textes, notamment dans la Déclaration de 1789) n'est pas la même que l'égalité sociale¹⁸⁷. Pourtant, le souci de l'égalité devant la loi s'est d'abord mué, à partir du milieu du XIX^{ème} siècle en une revendication de justice sociale, débouchant sur la reconnaissance de droits économiques et sociaux sous la forme de droits-créances (droit à l'instruction, droit au travail, droit à un minimum de rémunération, droit à la santé)¹⁸⁸.

171. La problématique de l'égalité des sexes rejoint celle plus vaste de la notion même d'égalité¹⁸⁹. L'égalité telle que conçue en droit, ou "égalité en droits" consiste à « attribuer les mêmes droits à chacun, homme et femme indifféremment »¹⁹⁰. Cette égalité dite formelle quoiqu'indispensable n'est pas suffisante. Les femmes revendiquent de plus en plus l'égalité concrète car donner des droits identiques à des personnes qui sont en situation concrète d'inégalité ne permet pas de réduire cette inégalité de base¹⁹¹.

172. L'égalité dont il s'agit est une égalité devant la loi et au bénéfice de la protection de la loi. Il y a donc des catégories de personnes à protéger plus particulièrement¹⁹². La loi doit non seulement « s'abstenir de remettre en cause l'égalité, mais encore la favoriser en la garantissant, au besoin par des mesures positives. L'Etat se trouve donc dans une obligation positive (obligation de moyens et non de résultat), sauf à transformer le principe d'égalité en droit à l'égalité »¹⁹³.

173. L'égalité présenterait ainsi une double facette. Sa « ...fonction est de s'opposer à des mesures, pratiques et situations ressenties comme discriminatoires ou...injustes »¹⁹⁴. L'autre facette c'est qu'elle peut être « ... source d'inégalités sociales ...en s'appliquant de façon égale à des destinataires inégaux »¹⁹⁵.

174. Sur le plan international, il existe de nombreux textes posant le principe de l'égalité. Les Etats qui les ratifient prétendent prendre les mesures nécessaires pour l'institutionnaliser

¹⁸⁶Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, op.cit. p.11

¹⁸⁷ Danièle LOCHAK, « Les droits de l'homme : ambivalences et tensions », op.cit. p.17

¹⁸⁸ Idem. p.15

¹⁸⁹ Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, op.cit. p.13

¹⁹⁰ Idem. p.13

¹⁹¹ Idem. p.13

¹⁹² Georges B. GBAGO, *Le Bénin et les droits de l'homme*, op.cit. p.56

¹⁹³ Anne LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », op.cit. p.70

¹⁹⁴ Ghania GRABA, in *Le conflit des égalités*, *Revue ASPECTS*, op.cit. p.6

¹⁹⁵ Idem. p.6

mais en tenant compte des spécificités culturelles. Ils donnent ainsi leur propre définition de l'égalité, laquelle aboutit à un conflit entre égalité coutumière et égalité institutionnelle¹⁹⁶.

175. L'égalité est une « notion valise »¹⁹⁷ dont le sens diffère selon que l'on se place du point de vue du droit, de la coutume ou de la religion. L'on ne peut voir dans l'égalité, un concept propre uniquement aux sociétés occidentales.

176. Georges VEDEL résume l'égalité en ces termes : « Comme Janus, l'égalité a deux faces, l'une tournée vers le passé, l'autre vers l'avenir ; la première condamne toute distinction interdite par la Constitution, arbitraire ou n'ayant aucun rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ; la seconde s'efforce de corriger avec toute la prudence nécessaire ce qu'il y a de plus choquant dans l'inégalité des conditions humaines. De ces deux mouvements, l'un est conservateur d'un certain ordre juridique, l'autre tend à le faire progresser. Ils ont pourtant leur source dans le même principe d'égalité qui apparaît ainsi à la fois comme une protection contre l'arbitraire et un mythe pour le progrès social »¹⁹⁸.

B – La reconnaissance des nouveaux droits fondés sur la liberté individuelle

177. L'universalité de la théorie des droits de l'homme impose un défi nouveau au droit en général. C'est que toute règle de droit classique doit être capable de s'adapter aux impératifs des droits fondamentaux de la personne, y compris par la remise en cause de certains articles.

178. Mais les mécanismes juridiques de nos « Etats de droit », s'ils permettent de protéger les droits existants, c'est-à-dire ceux qui sont déjà inscrits dans les textes, ne permettent pas d'élargir le champ des libertés, encore moins de faire émerger de nouveaux droits¹⁹⁹. Cette défaillance est corrigée par le recours à des règles internationales. Le droit de la famille y est de plus en plus soumis (1). L'on assiste également à l'émergence de nouveaux droits, qui même s'ils ne sont pas consacrés par les textes, sont revendiqués par les personnes (2).

1) L'autonomie du droit de la famille face à la soumission aux normes internationales

179. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme est considérée comme le tournant de la révolution du droit de la famille²⁰⁰, même si de façon générale, les grandes réformes ne

¹⁹⁶Zoubida HADDAB, in *Le conflit des égalités*, *Revue ASPECTS*, op.cit. p.1

¹⁹⁷Ghania GRABA, in *Le conflit des égalités*, op.cit. p.5

¹⁹⁸ Georges VEDEL, « 'L'égalité' », *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité* », *La Documentation française*, 1990. Cité par Anne LEVADE, « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », op.cit. p70

¹⁹⁹ Danièle LOCHAK, « Les droits de l'homme : ambivalences et tensions », op.cit. p.11

²⁰⁰ Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, op.cit. p. 206. La DUDH est considérée comme une recommandation sans force positive.

sont apparues que dans la moitié du XX^{ème} siècle. Que ce soit en Europe ou en Afrique (dans les pays où elle a eu lieu), la réforme est venue d'« une prééminence des règles internationales et d'une idéalisation du droit positif »²⁰¹. Cette idéalisation s'est manifestée à travers le fait que le droit positif de la famille pouvait être dominé par des principes intemporels et transcendants.

180. Chose impensable lors de la rédaction du code civil, le droit de la famille s'est laissé entraîner par le courant libéral et la conception que l'individu pouvait désormais exiger des instances internationales, en cas de défaillance de l'Etat, une concrétisation de la notion de liberté et d'égalité.

181. L'effort a consisté à dépasser la positivité des textes. Des principes généraux du droit à valeur constitutionnelle et donc dominant la loi actuelle ont été créés. Certes, on peut voir dans le principe général du droit, un « réceptacle »²⁰². Le recours par exemple à la notion d'ordre public international et la croyance en des valeurs universelles montrent la soumission de plus en plus fréquente du droit de la famille (pourtant jusqu'alors considéré comme une spécificité naturelle) aux règles internationales.

182. Les modifications se remarquent surtout en droit européen. Mais le retard constaté dans les Etats africains en matière d'adaptation des règles internes au droit international, s'explique peut-être par le fait qu'ils sont peu enclins à mettre en application les conventions internationales qu'ils ratifient pourtant. Les populations assoiffées de liberté n'hésitent pas elles-mêmes à revendiquer leurs droits méconnus par les pouvoirs publics.

2) L'émergence de nouveaux droits

183. Ces droits sont pour l'essentiel, fondés sur la notion de liberté. L'évolution juridique tend à substituer progressivement au(x) droit(s) de la famille, les droits et libertés des membres qui la composent²⁰³.

184. Dans la conception des anciennes sociétés européennes, la liberté apparaissait comme un privilège associé à une position sociale. Dans la vision moderne, elle apparaît comme le premier des droits de l'homme²⁰⁴. Cette conception fait de la liberté, un droit que chacun a, par nature, et non un privilège.

²⁰¹ Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, op.cit. p.205

²⁰² P. JESTAZ, « L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature », *RTD civ.* 1983, p.249. L'auteur voit dans le principe général de droit civil, un réceptacle qui adapte et précise le droit naturel au droit positif.

²⁰³ Robert CHARVIN et Jean-Jacques SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, 4^{ème} éd. Litec, 2002, p.129.

²⁰⁴ Philippe d'IRIBARNE, « Trois figures de la liberté », op.cit. p.955

185. Le concept de liberté est donc un héritage de la culture²⁰⁵. Il a toujours eu aux yeux des hommes, différentes significations. A la prise de la Bastille, « c'était le pouvoir d'aller et de venir, de ne pas être arbitrairement enfermé, d'avoir un domicile inviolable »²⁰⁶. Aujourd'hui, la mission primordiale de la liberté est d'équilibrer les antagonismes. Elle se manifeste par « une perpétuelle adjonction de droits tendant à prolonger et à renforcer de précédentes conquêtes »²⁰⁷. Elle s'étend à tous les domaines.
186. Le droit à l'amour par exemple, ne se trouve dans aucun manuel de libertés et de droits de l'homme. Toutefois, la jurisprudence européenne, tend à développer un droit protecteur des relations affectives et sexuelles. Ce droit prend divers aspects en fonction de la situation. Il peut s'agir du droit au respect de l'intimité qui protège contre les ingérences dans les aspects intimes de la vie privée, au nom de la sauvegarde d'une certaine morale ou des droits d'autrui²⁰⁸. Ce droit sanctionne ainsi les atteintes à la vie privée et sentimentale qui mettent en cause la personnalité des individus concernés et leur causent préjudice.
187. Il s'agit également du droit aux libres relations sentimentales et sexuelles. Le mariage n'a été longtemps qu'une association de plusieurs familles à finalité patrimoniale, distincte du sentiment amoureux. Ce n'est que récemment qu'il est devenu une forme d'institutionnalisation de l'amour. Il tend de plus en plus à devenir le droit d'obtenir la consécration juridique des relations intimes entre deux personnes²⁰⁹. La procréation est également détachée du mariage, ce qui fait du droit au mariage, un droit revendiqué par les homosexuels et les transsexuels (même s'il est pour le moment inexistant dans nos codes). Le mariage tend aussi à devenir une forme d'union désacralisée, ce qui donne un accès plus facile au divorce.
188. Parmi les droits nouveaux, certains sont spécifiques à la femme. Il existe en effet un lien étroit entre la théorie des droits de l'homme et la quête de la liberté chez la femme²¹⁰. La liberté chez la femme apparaît comme une conquête, conquête en « tant qu'individu à part entière et citoyenne, conquête d'une autonomie économique, juridique et symbolique par rapport aux pères et aux maris »²¹¹.

²⁰⁵ Philippe d'IRIBARNE, « Trois figures de la liberté », op.cit. p.956

²⁰⁶ Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, op.cit. p.3

²⁰⁷ Idem, p.4

²⁰⁸ Robert CHARVIN et Jean-Jacques SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, op.cit. p.130

²⁰⁹ DUDH art 16, PIRDCP, art 23, CESDHLF, art 12.

²¹⁰ Penda MBOW (Dir.), *Hommes et femmes entre sphères publique et privée*, op.cit. p.10

²¹¹ Idem, p.3

189. L'on pourrait parler de l'émergence du droit pour la femme de disposer librement de son corps. Il englobe le droit à la sexualité, détachée de la procréation²¹², la liberté de procréer qui est le droit pour une femme de refuser la maternité. Cette liberté regroupe l'autorisation de la pilule, la stérilisation, le droit à l'Interruption Volontaire de Grossesse. L'exercice et les conditions de mise en œuvre de ces droits sont laissés à la compétence des Etats.
190. Ces droits et libertés présentent pour la plupart, cette caractéristique qu'ils sont reconnus par les textes internationaux, qui invitent les Etats à les reconnaître et à les mettre en œuvre. Les droits et libertés de la personne, même s'ils se précisent jour après jour à travers les conventions internationales et leur interprétation par les instances supra-nationales, restent très liés aux traditions politiques et juridiques des différentes sociétés²¹³. « La tendance actuelle est à la proclamation de droits dont l'effectivité n'est pas garantie, ce qui fait penser que les droits sont désormais d'effectivité variable... »²¹⁴.
191. L'universalité de la règle de droit n'est donc pas suffisante pour assurer l'effectivité des droits. C'est pourquoi il faut un effort d'harmonisation sur le contenu de ces droits. Les principes fondateurs des droits civils, d'inspiration à la fois juridique (s'agissant des références au droit français) et politique (s'agissant des conventions internationales relatives aux droits de l'homme), ont une influence sur la règle de droit mais également sur le sens des droits civils. Ces derniers ont tantôt un caractère subjectif parce qu'au regard du droit international, ils doivent être reconnus à tous sans exception, tantôt un caractère positif quand ils ne sont reconnus qu'à l'intérieur d'un Etat par un cadre législatif. Cette dualité, entre autres caractéristiques des droits civils, leur confère une certaine ambiguïté qui n'est pas sans effet sur leur effectivité.

²¹² Consacré par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (art 12 et 14) à travers le droit d'accéder aux services de planification familiale.

²¹³ TIBERGHIEU Frédéric, « La place de l'homme dans la société internationale », op.cit. p.69

²¹⁴ Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op.cit. p.173

Chapitre II : L'ambiguïté des droits civils, facteur d'influence sur leur effectivité

192. L'effectivité d'une notion suppose que l'on ait une idée claire de cette notion, une précision de sa définition et une vision claire du moyen ou de la méthode pour l'atteindre. En présence d'une notion dont le contenu n'est pas clairement défini mais varie en fonction des définitions des auteurs et des situations où elle est invoquée, la recherche de l'effectivité s'avère plus difficile. La difficulté de conceptualisation d'une notion peut ainsi apparaître comme un obstacle à son effectivité. Il est en effet impossible d'affirmer qu'une notion a une réalité suffisante si son contenu n'est pas clairement cerné. La recherche d'une définition claire apparaît ainsi comme un préalable à l'effectivité.
193. Dans le cas des droits civils comme de tout concept en général, chacun tend à donner du mot, une définition proche, sinon conforme à sa conception. Le débat quitte alors le terrain juridique pour celui de la sémantique. Or, le problème avec les mots qu'on emploie, c'est qu'ils signifient souvent ce qu'il plaît à leur utilisateur qu'ils signifient. Chaque utilisateur s'arroge « le pouvoir de faire que les mots signifient autre chose que ce qu'ils veulent dire »²¹⁵.
194. L'ambiguïté des droits civils apparaît ainsi comme un obstacle à leur effectivité (Section I), ce qui conduit à rechercher les critères ou les conditions d'effectivité dans les différentes approches de définition (Section II).

Section I : L'ambiguïté des droits civils, obstacle à leur effectivité

195. Les concepts ont traditionnellement deux fonctions, l'une qui est d'articuler des notions intemporelles (dualité des sexes, mariage, liberté...), l'autre qui est de « re-situer » ces notions dans un contexte qui souvent évolue. Ces fonctions peuvent entraîner l'imprécision ou à l'inverse, l'étendue des sens d'une notion. A défaut d'un consensus sur la conceptualisation, les notions se retrouvent au mieux avec une ambivalence poussée, au pire avec une ambiguïté prononcée, comme c'est le cas pour les droits civils (Paragraphe 1). Cette ambiguïté n'est pas sans conséquence sur leur effectivité (Paragraphe 2).

²¹⁵ Michel BEN ARROUS, *Coalition, dispersion. Un moment démocratique en Afrique de l'Ouest « francophone », 1988-1996*. Éd. Codesria 2003, p.12

Paragraphe 1 : l'ambiguïté des droits civils

196. L'ambiguïté des droits civils peut s'observer dans leur définition (A) ou dans leur reconnaissance au sein des Etats (B).

A – L'ambiguïté dans la définition des droits civils

197. L'ambiguïté des droits civils s'illustre par la difficulté à définir avec précision ce terme. Ainsi, l'on a recours à d'autres notions pour définir les droits civils (1) et ces notions tantôt s'opposent, tantôt se confondent aux droits civils (2).

1) Le recours à d'autres prérogatives pour définir les droits civils

198. Les différentes définitions des droits civils évoquées par les auteurs en font des prérogatives reconnues aux personnes. La plupart des auteurs, dans leur tentative de définition, ont recours à la notion de droits subjectifs (a) ou à d'autres prérogatives comme la liberté et l'intérêt (b).

a – La définition des droits civils à partir des droits subjectifs

199. Pour essayer de comprendre les droits civils, il faut se référer aux auteurs ayant consacré leurs travaux aux droits civils. Ils en font essentiellement des droits subjectifs qu'ils s'efforcent de définir. Ainsi, pour CARBONNIER, les droits subjectifs ou droits individuels sont « des prérogatives, des aires d'action reconnues aux personnes, dont elles vont jouir sous la protection de l'Etat. Il s'agit tantôt d'un pouvoir de vouloir, d'un intérêt pris en considération ou juridiquement protégé »²¹⁶. Il ajoute qu'en réalité, le droit subjectif « défie quelque peu l'analyse »²¹⁷ et que c'est sur cette notion qu'est construit le droit civil.

200. Pour CORNU, le droit subjectif est « une prérogative reconnue à une personne par le droit objectif, pour la satisfaction d'un intérêt personnel »²¹⁸. Le droit subjectif constitue une prérogative individuelle, il a un titulaire à qui il confère une certaine liberté, une faculté, un pouvoir. Il fait aussi remarquer qu'il n'existe pas de définition légale du droit subjectif en droit français²¹⁹.

²¹⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes*, PUF, 8^{ème} éd. 1969, p.143

²¹⁷ Idem. p.143

²¹⁸ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 10^{ème} éd. Montchrestien 2001, p.27

²¹⁹ Idem. p.27

201. Jean-Luc AUBERT définit le droit subjectif comme « l'attribution, par la règle de droit, d'un pouvoir d'imposer, d'exiger ou d'interdire considéré comme utile à la personne prise à la fois comme individu et comme acteur de la vie sociale »²²⁰.
202. Les droits que l'on reconnaît à l'individu sont qualifiés de droits subjectifs. « Les droits subjectifs se manifestent sinon exclusivement du moins principalement dans la perspective des relations entre les particuliers – individus ou groupements – soit dans leurs rapports entre eux, soit dans leurs rapports avec les biens. Ils sont de ce fait dotés d'une structure et d'un contenu caractérisé... »²²¹. Les droits subjectifs sont donc des prérogatives reconnues aux personnes dont elles peuvent se prévaloir sur un bien ou sur une autre personne. Cette définition est celle du droit civil, qui distingue les droits patrimoniaux (évaluables en argent) des droits extrapatrimoniaux (qui eux sont attachés à la personne).
203. Judith ROCHFELD définit les droits subjectifs comme la « reconnaissance par le droit objectif de l'intérêt ou du désir d'une personne envers tel ou tel avantage matériel ou moral, reconnaissance se manifestant par l'attribution de la ou des prérogatives juridiques permettant de l'assouvir »²²².
204. Les droits civils se définissent donc comme des prérogatives reconnues aux personnes, tout comme les droits subjectifs.

b - Le recours aux notions de liberté et d'intérêt pour définir les droits civils

205. Les auteurs pour définir les droits civils, font intervenir d'autres notions comme la liberté, l'intérêt, le pouvoir, la faculté. Il s'agit de prérogatives indissociables des droits subjectifs et qui concourent à donner aux droits civils, une diversité de sens. Il est également difficile d'avoir de ces notions, une définition admise par tous. Les définitions varient selon les auteurs.
206. La définition de la liberté dépend largement du contexte de sa reconnaissance. La liberté évoquée lors de la révolution française de 1789 était différente de la liberté évoquée en droit de la famille à la suite de l'universalisation de la théorie des droits de l'homme et des mouvements féministes. C'est pourquoi il faut distinguer la liberté civile des autres formes de libertés.

²²⁰ Jean-Luc AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 6^{ème} éd. Paris, Armand Colin, 1995, p.188, n°187.

²²¹ Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Thierry REVET (Dir), *Libertés et droits fondamentaux*, op.cit. p.5

²²² Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op.cit. p.155

207. Spontanément, l'on a tendance à voir dans la liberté, le rempart contre le pouvoir. La confusion est d'autant plus grande que la revendication des libertés « politiques » est allée de pair avec celle des libertés civiles. « Dans la mesure où seule la loi, expression de la volonté générale, peut restreindre les libertés, les citoyens, appelés à participer à la formation de la loi, ont l'assurance que leurs libertés seront respectées »²²³. Mais l'on ne peut de façon autonome, lier les deux notions. La liberté renvoie en effet à deux aspirations distinctes : « la liberté ‘négative’ définie comme le champ à l'intérieur duquel un sujet peut agir comme il l'entend sans ingérence d'autrui, la liberté ‘positive’, entendue comme la possibilité pour chacun d'être son propre maître, sans que personne ne décide à sa place »²²⁴. Les libertés dites négatives sont destinées à limiter la tendance despotique de l'Etat. Elles peuvent se résumer à deux principes : la dignité humaine et l'impératif de justice²²⁵.
208. Dans le même ordre d'idées, Benjamin CONSTANT voit « entre la liberté politique, d'un côté, qui se concrétise dans la participation au gouvernement de la cité, et la liberté civile, de l'autre, qui implique la faculté d'agir à l'écart de l'emprise de l'État »²²⁶.
209. En dehors des libertés politiques, il y a aussi les libertés publiques. Les libertés publiques sont considérées comme des prérogatives se manifestant « avant tout dans les rapports de l'individu avec la puissance publique, dont les agents protègent contre les empiètements de l'Etat, les libertés indispensables »²²⁷.
210. La liberté civile serait la « face civile d'une liberté publique ». La liberté civile vise un rapport de droit entre particuliers alors que la liberté publique vise le seul rapport entre le citoyen et l'Etat.
211. Montesquieu ne concevait la liberté civile que dans le cadre de l'équilibre des pouvoirs qui dérivent des rapports de force naturelle et civile selon les dimensions politique, juridique et sociale où on fait silence sur l'homme²²⁸.
212. L'opposition « libertés publiques - libertés civiles » rapproche ces dernières des droits subjectifs, lesquels sont définis comme se manifestant « sinon exclusivement, du moins

²²³ Danièle LOCHAK, « Les droits de l'homme : ambivalences et tensions ». op.cit. p.12

²²⁴ Idem. p.13

²²⁵ Georges Barnabé GBAGO, *Le Bénin et les droits de l'homme*, op.cit. p.56

²²⁶ B. CONSTANT, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, Paris, Hachette/Pluriel, 1980, pp.492-515.

²²⁷ Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, op.cit. p.5

²²⁸ Mamadou BADJI, *Droits naturels, droits de l'homme et esclavage*, op.cit. p.125

principalement dans la perspective des relations entre les particuliers... »²²⁹. Comme le droit subjectif, la liberté civile viserait donc les rapports entre particuliers.

213. BENET énonce que la liberté civile provient d'une norme juridique à « permissif pur »²³⁰. Elle ne contient ni impératif, ni injonctif. Elle reconnaît à l'individu une permission. Les caractéristiques de cette norme sont l'universalité du sujet titulaire de la liberté et l'absence de condition d'acquisition de la prérogative qui en est issue²³¹. Le permissif est lié au principe d'égalité juridique et justifié par le respect de l'intégrité humaine.

214. Les libertés concernent non seulement la dignité de la personne humaine, mais également son existence²³². L'égalité d'attribution des libertés trouverait selon lui, sa justification dans le principe d'ordre public d'inviolabilité de l'intégrité individuelle²³³. La liberté aurait donc pour finalité la reconnaissance d'une sphère à l'individu, à l'intérieur de laquelle il agit et qui est indispensable à sa réalisation.

215. Thierry LEONARD définit la liberté civile comme « le pouvoir d'agir ou de ne pas agir, attribué par le droit objectif à chacun en vue de la satisfaction des intérêts qui en forment le but et pour lequel il reçoit du droit objectif, les moyens juridiques de défense à l'égard des tiers »²³⁴.

216. Se penchant sur la définition de RIGAUX qui fait de la liberté civile une prérogative à objet indéterminée, LEONARD affirme qu'en réalité, l'objet d'une liberté n'est pas une prestation ou un bien extérieur au sujet, mais une action du sujet. Il s'agit d'une possibilité d'agir qui lui est attribué de façon abstraite. L'objet de la liberté se trouve donc dans le titulaire de cette liberté. Il est constitué par son action. La liberté civile offre à son titulaire, un ensemble de prérogatives, de choix d'actions ou d'abstentions qu'il lui revient d'opérer dans le respect de la loi. Ce sont ces possibilités offertes qui constituent l'objet ou le contenu de la liberté. L'objet de la liberté n'est donc pas indéterminé mais il se trouve dans l'exercice par le titulaire de cette liberté²³⁵. Les choix offerts au titulaire de la liberté ne sont pas indéterminés mais plutôt incertains parce qu'ils dépendent uniquement de la seule volonté de ce dernier.

²²⁹ Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET, *Libertés et droits fondamentaux*, op.cit. p.5

²³⁰ Alain BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée – Contribution à l'étude des libertés civiles*, op.cit. p.296 et s.

²³¹ Idem. p.298

²³² Ibidem, p.309

²³³ Alain BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée – Contribution à l'étude des libertés civiles*, op.cit. p. 309

²³⁴ Thierry LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.172

²³⁵ Idem. p.138

217. Jean DABIN²³⁶ définit la liberté civile comme la « liberté d'accomplir tous actes quelconques, de quelque nature et en quelque domaine que ce soit, naturellement sous réserve des prohibitions, limitations ou conditions posées par la règle de droit »²³⁷.
218. Pour BONNARD, la liberté est « le pur fait pour un individu de pouvoir agir ou s'abstenir »²³⁸. Elle est simplement la possibilité reconnue au titulaire qui en bénéficie, en vertu du droit objectif, d'exercer une certaine activité matérielle et juridique. Ce pouvoir peut donc s'exercer en dehors de tout rapport de droit. La liberté serait un pouvoir d'agir placé dans une situation abstraite.
219. Pour CORNU, la liberté civile consiste à faire ce que l'on veut (c'est-à-dire aussi à ne pas faire ce que l'on ne veut pas)²³⁹. Il reconnaît que cette définition est vague avant de proposer une liste des différentes libertés reconnues par le droit civil (liberté de se marier ou de rester célibataire, celle de vivre seul, en union libre ou en communauté, d'avoir une famille nombreuse ou pas d'enfant)²⁴⁰. Selon lui, ces libertés ne sont consacrées par aucune disposition expresse de la loi civile mais elles ont valeur de principes généraux du droit dont la force coutumière est toujours vivace²⁴¹. C'est principalement dans la jurisprudence que l'on en trouve le rappel et la consécration pratique. Il ajoute cependant que la jurisprudence n'assure pas aux libertés civiles, la protection absolue, car elle admet pour la sauvegarde d'autres intérêts, que ces libertés soient restreintes, parfois exclues²⁴².
220. Pour CARBONNIER, la liberté est la possibilité reconnue à la personne de faire ce qui lui plaît, le pouvoir pour elle d'agir selon sa propre détermination.
221. La liberté civile est celle qui est garantie à la personne privée contre les empiètements d'autres particuliers²⁴³. CARBONNIER distingue les libertés physiques, les libertés morales, les libertés professionnelles et l'égalité civile.
222. Les libertés physiques sont les libertés de se mouvoir, de faire et de ne pas faire, de s'enfermer chez soi ou inviolabilité du domicile.
223. Les libertés morales sont la liberté du mode de vie (avoir une femme ou une maîtresse), la liberté de la sphère d'intimité, la liberté de conscience²⁴⁴.

²³⁶ Jean DABIN a basé sa définition de la liberté civile sur la critique des thèses émises par Roubier. Il a ainsi unifié les deux concepts en faisant de chaque liberté, l'objet d'un droit subjectif.

²³⁷ J. DABIN, *Droits subjectifs et prérogatives juridiques – Examen des thèses de M. Paul Roubier*, op.cit.p.170

²³⁸ Roger BONNARD, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Rev. Dr. Publ. et Sc. Pol., 1932, p.708

²³⁹ Gérard CORNU, *Droit Civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, op. cit. p.228

²⁴⁰ Il cite d'autres libertés qui n'ont pas forcément un caractère familial comme la liberté de conscience, la liberté de déplacement, la liberté d'adhérer au syndicat de son choix...

²⁴¹ Idem. p.228

²⁴² Gérard CORNU, *Droit Civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, op. cit. p.229

²⁴³ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes*, op.cit. p. 252

224. Quant à l'égalité civile, elle est « l'égle aptitude à jouir des droits civils »²⁴⁵.
225. La liberté est donc comme l'a dit JOSSERAND, une virtualité de droit. Elle est en tout cas difficilement détachable de la notion de droit subjectif et des droits civils. Elle est d'ailleurs garantie par le droit objectif. La notion d'intérêt légitime semble présenter les mêmes caractéristiques.
226. L'intérêt, au départ notion de fait, ne devient une notion de droit que par son assimilation au droit subjectif²⁴⁶. Certaines définitions assimilent donc intérêt et droit. L'intérêt est ce qui pousse à agir. Il est comme l'exercice d'un droit subjectif ou d'une liberté civile, le moteur de l'activité humaine²⁴⁷. Il doit être légitime c'est-à-dire ne pas être en opposition avec le droit objectif.
227. Pour IHERING, « tout droit établit l'expression d'un intérêt reconnu par le législateur au point de vue de son époque comme méritant et demandant protection »²⁴⁸. Le droit porte sur un bien, matériel ou immatériel qui en est le contenu. Il s'agit d'une utilité, d'un avantage, d'un service ou d'un gain.
228. Il y a jouissance du droit lorsque l'intérêt protégé par le droit produit ses effets. Cela suppose l'adéquation entre les effets prévus et ceux qu'en attend l'ayant droit²⁴⁹. L'intérêt ne devient droit que s'il est protégé par une action en justice. Sans cela, l'intérêt n'est pas un droit mais un « état de fait »²⁵⁰.
229. Jean DABIN parle de l'intérêt comme d'une notion « préjuridique »²⁵¹. « ...L'intérêt ne devient droit que si l'on quitte le plan de la jouissance pour celui de l'appartenance »²⁵². Avec lui, l'intérêt est le but ou la matière du droit²⁵³. L'intérêt devient lui-même un droit subjectif dès lors qu'il est protégé par l'article 1382 du code civil²⁵⁴.
230. GERVAIS distingue ainsi quatre (4) types d'intérêts²⁵⁵, l'intérêt illicite (dont la satisfaction est interdite sous peine de sanctions civiles et pénales), l'intérêt indifférent (qui est l'intérêt simple dont la satisfaction n'est ni encouragée ni interdite), l'intérêt légitime (qui

²⁴⁴ Exemple des testateurs subordonnant leur legs au non changement de religion. De telles considérations sont en principe illicites parce qu'elles contreviennent à la liberté de conscience.

²⁴⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes*, op.cit. p. 252

²⁴⁶ Thierry LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.173

²⁴⁷ Idem, p.15

²⁴⁸ R. VON IHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, op.cit. p. 331

²⁴⁹ Idem. p.332

²⁵⁰ Idem. p. 328

²⁵¹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op.cit. p.71

²⁵² Idem. p.82

²⁵³ Ibidem. p.71

²⁵⁴ Ibid. cit. p.69

²⁵⁵ André GERVAIS, *Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts »*, op. cit. p.243

bénéficie d'une reconnaissance et d'une protection sociale) et enfin le droit subjectif (qui est un intérêt déterminé et consacré en droit). Chaque intérêt concret correspond à une utilité particulière ayant un contenu déterminé identifiable au cas par cas²⁵⁶.

231. Le dictionnaire de G. CORNU²⁵⁷ reconnaît des sens différents à l'intérêt légitime en fonction du domaine où l'on se trouve. En matière civile, il désigne ce qui est fondé de droit, ce qui est accordé ou réservé par la loi, ce qui est digne d'être pris en considération, non seulement comme conforme aux exigences de la légalité, ou aux règles de droit, mais également comme fondé sur des données (besoins, aspirations) tenues pour normales relativement à un certain état moral et social, ce qui est conforme à la justice, à l'équité ou, dans les rapports de famille, ce qui est inhérent au mariage.

232. Il paraît difficile, tout au moins en matière civile, de séparer les droits civils des notions de droit subjectif, de liberté civile ou d'intérêt légitime. Si ces dernières contribuent à évoquer les différents aspects des droits civils, l'ambiguïté se renforce d'autant plus que certains auteurs n'hésitent pas à opposer ou à confondre ces notions entre elles.

2) Des notions dont les définitions s'opposent ou se confondent

233. A travers leur définition, certains auteurs rapprochent les droits civils des droits subjectifs et des libertés civiles. D'autres par contre les opposent.

a – L'opposition entre les notions

234. Les droits civils regroupant plusieurs prérogatives, les auteurs ont souvent tendance à les opposer ou à les intégrer dans différentes catégories. Par exemple, GHESTIN et GOUBEAUX²⁵⁸ voient dans les droits de la personnalité, de véritables droits subjectifs alors que BENET voit dans les normes affirmant l'existence du droit à la vie privée, la trace d'une liberté civile²⁵⁹.

235. Pour ROUBIER, l'incapacité, la responsabilité, le mariage et la filiation sont des situations objectives c'est-à-dire des situations « établies d'autorité en vue du bien commun, et non pas pour le service d'intérêts individuels »²⁶⁰. Ici, les charges dépassent les

²⁵⁶ André GERVAIS, *Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des « intérêts »*, op. cit. p.241-242

²⁵⁷ G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, voir Légitime, p.470

²⁵⁸ Gilles GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, Paris, LGDJ, 1989, p.253

²⁵⁹ Thierry LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.131

²⁶⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit. p. 10

prérogatives et il n'y a pas que des avantages. A l'opposé des situations objectives, il y a les droits subjectifs. Ce sont des biens précieux dont l'appropriation paraît désirable pour les titulaires²⁶¹. Ici, il y a plus de prérogatives que de charges. ROUBIER donne l'exemple du droit de propriété, des droits de créance et des droits réels. Les titulaires de ces droits peuvent toujours les aliéner ou y renoncer.

236. Situations objectives et droits subjectifs feraient partie d'une catégorie plus vaste, les situations juridiques. Elles seraient des « situations individuelles et concrètes dans lesquelles peuvent se trouver placées les personnes les unes vis-à-vis des autres, sur la base des règles juridiques »²⁶². Les situations juridiques sont à distinguer des règles juridiques qui seraient « des règles générales et abstraites qui gouvernent les relations juridiques dans la société »²⁶³.
237. Cette théorie de ROUBIER le conduit à écarter des droits subjectifs, des prérogatives comme le droit à la vie, les libertés, le droit à l'honneur. Il ne s'agirait donc pas de droits, mais de devoir imposé à toutes les personnes, de ne pas porter injustement atteinte, par exemple à la vie, à l'honneur d'autrui, devoir protégé par l'action en justice.
238. ROUBIER définit la liberté comme « une prérogative qui ouvre à son bénéficiaire, s'il le désire, un accès inconditionné aux situations juridiques qui se placent dans le cadre de cette liberté »²⁶⁴. La liberté juridique ou civile consiste donc en la liberté d'accès aux situations juridiques. La liberté est donc une prérogative relative à la construction de la situation juridique. Elle est une initiative laissée aux particuliers pour la création de leurs situations juridiques. En effet, « avant de définir les droits et devoirs qui naissent par exemple d'un mariage une fois conclu, il faut, si on se place au temps de sa formation, reconnaître qu'il existe une liberté de se marier ou de ne pas se marier... »²⁶⁵.
239. Les libertés apparaissent donc en amont des situations juridiques alors que les droits se placent dans les effets des situations juridiques. L'on pourrait conclure la thèse de ROUBIER sur la différence entre les libertés civiles et les droits subjectifs par le fait que pour lui, la naissance des droits suppose un état de liberté primaire²⁶⁶.
240. Paul ROUBIER semble le premier à distinguer le concept d'intérêt qualifié de légitime avec le droit subjectif²⁶⁷.

²⁶¹ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit. p.23

²⁶² Idem. p. 2

²⁶³ Idem. p.2

²⁶⁴ Idem. p.147

²⁶⁵ Idem. p. 146

²⁶⁶ Thierry LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.114

²⁶⁷ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit. p. 110

241. Partant de l'exemple que la victime d'un dommage a intérêt à introduire une action en justice sans qu'elle n'ait a priori aucun droit subjectif à faire valoir²⁶⁸, il admet l'existence d'intérêt en marge de la notion de droit subjectif. Mais le droit ne protégerait pas toutes les sortes d'intérêts par l'action en justice, seulement les intérêts légitimes²⁶⁹ et cette légitimité est appréciée par les juges²⁷⁰.
242. Sa théorie conduit également à dénier à certaines prérogatives la qualité de droits subjectifs. Ainsi, il énonce relativement aux droits de la personnalité que « la vérité est qu'il n'y a, en de pareille matière, que des intérêts légitimes, protégés par des actions en justice »²⁷¹. Sans définir le concept d'intérêt, il l'assimile à l'avantage recherché par le titulaire du droit subjectif²⁷².
243. L'idée de la liberté se situant en amont des situations juridiques semble avoir été empruntée à JOSSERAND qui affirmait que la liberté constituerait la « souche commune »²⁷³ de tous les droits. Mais qu'elle ne serait pas un droit, plutôt une possibilité, une virtualité de droits.
244. GHESTIN²⁷⁴ fonde sa différenciation des droits subjectifs et des libertés civiles sur leur mode respectif d'attribution. Les droits subjectifs se caractériseraient par une attribution inégalitaire tandis que les libertés seraient attribuées de façon égalitaire.
245. Les droits subjectifs sont répartis de manière inégalitaire parce que les prérogatives du titulaire restreignent, à son profit, la liberté d'autrui et non la sienne²⁷⁵. Le droit subjectif serait caractérisé par l'exclusion des autres dont profite le titulaire dans un domaine donné. Cette exclusivité est source d'inégalités²⁷⁶. Cette inégalité est cependant légitime car elle bénéficie d'un titre trouvant sa source dans la norme objective.
246. A l'opposé des droits subjectifs, les libertés civiles seraient accordées à tous dans un esprit égalitaire. Aucune condition particulière n'est à remplir pour accéder aux libertés. Toutefois, des restrictions existent. Certaines personnes peuvent être privées d'une liberté si elles sont exclues de la catégorie bénéficiaire.

²⁶⁸ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op. cit. p.69

²⁶⁹ Idem. p.36

²⁷⁰ Idem. p.289

²⁷¹ Ibidem. p.366

²⁷² Ibid. p.60

²⁷³ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus de droit*, 2^{ème} éd. Dalloz, Paris. 1939, p.343

²⁷⁴ J. GHESTIN, G. GOUBEUX, avec la collaboration de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4^{ème} éd. LGDJ, Paris, 1994, p.147

²⁷⁵ J. GHESTIN, G. GOUBEUX, avec la collaboration de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil – Introduction générale*, op. cit. p.147

²⁷⁶ Idem. p. 151

247. Alain BENET réaffirme l'idée d'une inégalité dans la distribution des droits subjectifs et d'une égalité dans celle des libertés civiles²⁷⁷. Il fonde sa différenciation des droits subjectifs et des libertés civiles sur l'essence des normes qui les créent. Les normes porteuses des droits subjectifs seraient caractérisées par un impératif conditionné. A l'opposé, les normes porteuses des libertés civiles seraient caractérisées par un permissif pur²⁷⁸.
248. François RIGAUX²⁷⁹ fonde également sa distinction des droits subjectifs et des libertés civiles sur la détermination du contenu ou de l'objet de la prérogative soumise à qualification. Le droit subjectif se caractériserait par la détermination de son contenu ou de son objet. L'objet du droit subjectif serait précis à l'opposé de celui de la liberté. L'analyse de RIGAUX est particulièrement intéressante parce qu'il applique le critère énoncé aux droits de la personnalité. Il assimile ces derniers à des libertés. Selon lui, « à la différence des droits subjectifs dont l'assiette est délimitée par la configuration physique de la chose, par la détermination de la loi ou du contrat ou par l'énumération limitative des prérogatives du titulaire, les droits de la personnalité et, à plus forte raison, le droit général de la personnalité, ont des contours indistincts qui ne donnent prise ni à la maîtrise absolue du droit de propriété ni au pouvoir limité et partiel dont l'obligation personnelle investit le créancier à l'égard du débiteur. Quelque définition qu'on donne du droit subjectif, elle ne saurait englober un faisceau de prérogatives floues et qui trouvent leur limite dans les libertés dont peuvent se prévaloir tous les autres sujets, accusés à tort ou à raison d'avoir porté atteinte à un bien de la personnalité d'autrui »²⁸⁰. Les libertés seraient donc un ensemble de prérogatives floues qui ne trouvent leur limite qu'en elles-mêmes alors que les droits subjectifs seraient limités soit par leur contenu soit par la règle de droit qui les détermine.

²⁷⁷ Alain BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée – Contribution à l'étude des libertés civiles*, Thèse de doctorat, Paris II, 1985, p.90

²⁷⁸ La doctrine reconnaît deux éléments de la norme : la condition ou l'hypothèse et l'effet juridique ou l'impératif. Dans le cas des droits subjectifs, l'impératif n'est pas catégorique, absolu mais soumis à condition (« si...alors »). Les conditions sont les actes et faits juridiques répondant fidèlement à l'hypothèse posée dans la norme porteuse de droits subjectifs.

²⁷⁹ François RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, LGDJ, Bruxelles, Paris 1990, p. 734 et s.

²⁸⁰ François RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit. p. 737

b – La confusion entre les notions

249. La notion de droit subjectif se confond facilement avec celle de droits civils parce que le langage juridique tend à qualifier de « droit subjectif » la quasi-totalité des prérogatives reconnues aux individus dans leurs relations interpersonnelles²⁸¹.
250. Le droit subjectif, « *subjectum juris* »²⁸², n'existerait qu'à l'avantage du sujet. Le droit subjectif n'est relié qu'à son sujet. Ce n'est pas un avoir mais une qualité inhérente à l'individu. Il s'agit d'une permission que laisse la loi, d'une liberté, « la liberté de tout faire, pour sa propre conservation et cette liberté est illimitée »²⁸³.
251. Jean DABIN²⁸⁴ a essayé d'unifier les concepts de liberté et de droit subjectif, en faisant de chaque liberté, l'objet d'un droit subjectif. Il a basé sa définition de la liberté civile sur la critique des thèses émises par Paul ROUBIER.
252. Contrairement à ROUBIER (qui fait des libertés civiles, des prérogatives inconditionnées), DABIN affirme qu'il existe des libertés juridiques, comme la liberté de se marier, la liberté de tester qui sont étroitement conditionnées. Elles ne sont accessibles qu'à ceux qui remplissent déjà les conditions d'accession au mariage, au testament. Dès lors, la liberté d'établir ces situations est grevée des mêmes conditions que celles qui affectent ces situations²⁸⁵. Pour lui, ce caractère est illusoire car il existe des conditions tant pour les droits subjectifs que pour les libertés. La condition ne distingue pas les prérogatives (droits subjectifs et libertés civiles) mais plutôt influe sur leur existence et leur étendue²⁸⁶.
253. La liberté offre la possibilité de choisir entre plusieurs partis et, d'abord entre les deux partis d'agir ou de ne pas agir. La liberté se changerait en droit au moment où est pratiquée l'option (d'agir ou de ne pas agir) entre les partis²⁸⁷. Chaque liberté serait l'objet d'un droit subjectif, et ainsi le droit serait liberté. La liberté peut ainsi apparaître comme l'objet spécifique de certains droits subjectifs²⁸⁸. Les droits subjectifs pourraient parfaitement trouver leurs sources dans d'autres droits subjectifs primaires dont ils seraient l'aboutissement. Les droits du mariage seraient par exemple nés de l'usage, par les conjoints de leur liberté de se

²⁸¹ Thierry LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, éd. Larcier 2005, p.24

²⁸² Michel VILLEY, *Philosophie du droit...* op.cit. p.106

²⁸³ Idem. p.107

²⁸⁴ J. DABIN, *Droits subjectifs et prérogatives juridiques – Examen des thèses de M. Paul Roubier*, Bruxelles, 1960, p.35 et s.

²⁸⁵ Idem. p.35

²⁸⁶ Ibidem. p.36

²⁸⁷ Ibid, p.34

²⁸⁸ Ibid. p.33

marier²⁸⁹. La liberté civile vise un rapport de droit particulier. Elle permet à son titulaire de s'opposer aux actes de tiers qui sont incompatibles avec l'existence et l'exercice de cette liberté. L'atteinte à la liberté donne lieu à un ou plusieurs droits subjectifs, droit à la réparation, droit d'ester en justice.

254. Dès que la liberté se retrouve dans une relation juridique concrète avec des tiers, ce pouvoir d'agir devient pouvoir d'exiger et se transforme ainsi en droit subjectif. Le droit subjectif s'ajoute donc à une liberté pour la rendre effective et permettre à son titulaire d'exiger des tiers, certaines abstentions²⁹⁰.

255. Pour LEONARD, les critères de distinction sont malaisés à appliquer et amènent à des conclusions opposées. Les droits de la personnalité paraissent certes rétifs aux essais de qualification mais si les critères avancés ne permettent pas d'apporter une réponse à leur qualification, l'on est forcé de se poser la question de l'efficacité et de la valeur de ces critères²⁹¹.

256. Comme DABIN, il faut adopter une conception extensive de la notion de droit subjectif, permettant de contenir la plupart des droits civils, des libertés civiles et des intérêts légitimes²⁹². Cette extension est fondée sur le fait que le droit objectif est la source et la limite de toutes les prérogatives et que le rapport à autrui est leur essence²⁹³. Si l'on veut donner une efficacité et une utilité à ces différents concepts, c'est à travers les effets juridiques qu'on leur reconnaît.

257. L'exercice de la liberté comme celui du droit est réglementé au plan juridique et factuel. Le contenu du droit subjectif est la plupart du temps, constitué d'un espace de liberté d'où certains auteurs invitent à l'assimilation des deux concepts²⁹⁴. Les droits subjectifs ne viendraient que limiter la liberté d'autrui.

258. L'ensemble des droits ou prérogatives apparaît comme résultant du droit objectif et de la situation concrète des parties. A travers chacune de ces prérogatives, le pouvoir reconnu par la règle de droit objective, laisse souvent une marge de manœuvre plus ou moins grande au titulaire que ce soit du droit, de la liberté ou de l'intérêt. Ce dernier va donc « modaliser »²⁹⁵

²⁸⁹ J. DABIN, *Droits subjectifs et prérogatives juridiques – Examen des thèses de M. Paul Roubier*, op. cit. p.33

²⁹⁰ Roger BONNARD, *Les droits publics subjectifs des administrés*, op.cit. p.710

²⁹¹ Thierry LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op. cit. p.132

²⁹² J. DABIN, *Le droit subjectif*, op.cit. p.83 s.

²⁹³ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op.cit. p.50

²⁹⁴ Voir J. DABIN, *le droit subjectif*, op.cit. p.80 et G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, 10^{ème} éd. op.cit. p.27, où le droit subjectif est défini comme une prérogative conférant une certaine liberté.

²⁹⁵ Thierry LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op. cit. p.145

le pouvoir qui lui est reconnu de manière générale. L'idée d'une marge de liberté se retrouve donc dans le contenu même du droit subjectif prévu par le droit objectif.

B – L'ambiguïté au niveau de la reconnaissance des droits civils

259. L'ambiguïté dans la reconnaissance se justifie par le fait que les droits civils regroupent à la fois des droits fondamentaux inhérents à la personne humaine et des droits reconnus et conditionnés par le droit positif de chaque Etat. Se pose alors la question de savoir si les droits civils doivent être identiquement reconnus à tous ou faire l'objet de spécificités à l'intérieur des Etats. La position adoptée fait aboutir à une reconnaissance universelle basée sur le caractère naturel des droits civils (1) ou à une reconnaissance au sein des Etats basée sur leur caractère positif (2).

1) La reconnaissance universelle fondée sur le caractère naturel des droits civils

260. L'universalité des droits civils se justifie par le fait qu'ils sont une catégorie des droits de l'homme, lesquels ont vocation à s'appliquer à tous les hommes. Ils doivent donc être reconnus à tous les hommes et cette reconnaissance est liée à leur caractère naturel.

261. Tout homme possède des droits par le seul fait de sa nature d'homme. Ce ne sont pas seulement des droits qu'une société confère exclusivement à ses membres. La conséquence de ce caractère naturel, c'est que les droits civils doivent être reconnus à tous les hommes, indépendamment de la reconnaissance dans un ordre juridique. Toutefois, c'est ce caractère de généralité qui empêche aussi de définir clairement ces droits²⁹⁶.

262. Ce caractère des droits civils est emprunté à la théorie du droit naturel. Selon elle, et reprenant un peu la définition du droit subjectif, les droits des personnes seraient de nature subjective parce qu'ils ne découlent pas d'une attribution par un Etat mais simplement de la nature des sujets de droit. « (Les hommes) ont des droits du seul fait qu'ils sont des hommes... »²⁹⁷. Il faut rapporter les droits à un droit naturel inhérent à la nature humaine. Ces droits reposent sur des principes fondamentaux tels que la notion de bien commun, le respect de la personnalité et de la dignité humaine.

263. Il faut dire que cette thèse a connu plusieurs courants dont la plus intéressante paraît être l'inflexion individualiste. Elle est basée sur une vision individualiste et libérale prônant

²⁹⁶ Walter LAQUEUR et Barry RUBIN, *Anthologie des droits de l'homme*, op.cit. p.32

²⁹⁷ Georges Barnabé GBAGO, *Le Bénin et les droits de l'homme*, op.cit. p.114

l'existence de droits individuels que l'homme tiendrait de la nature. Ces droits lui auraient été donnés par la nature. La loi doit alors les protéger.

264. Les droits subjectifs, ayant pour origine les droits naturels des individus, ils sont perçus comme « les droits indispensables à l'exercice de leurs devoirs »²⁹⁸. (Ces devoirs : se conserver, croître, se multiplier auraient été confiés aux individus par la Nature, ou par Dieu). Les « droits de l'homme » proclamés par la Révolution française apparaissent précisément comme des droits naturels de l'individu²⁹⁹.

265. Le droit naturel a une portée internationale. Ses théories ont fortement influencé les rédacteurs des différents actes fondamentaux de portée internationale, notamment la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et même le code civil. Le droit naturel est aussi exprimé dans les préambules des constitutions.

2) La reconnaissance dans un ordre juridique ou le caractère positif

266. La deuxième approche se justifie par le fait que très souvent, il revient à chaque ordre juridique interne, d'énumérer les différents droits civils et de poser leurs conditions d'exercice. Elle fait alors du droit positif, le critère de définition des droits civils.

267. Ce sont les droits que possèdent effectivement les personnes par opposition à ceux qu'ils devraient posséder, ou à ceux qui font l'objet d'une énumération théorique.

268. Ces droits ne seraient pas reconnus à tous. Etant l'œuvre particulière du législateur national, ils peuvent même être refusés à certaines personnes³⁰⁰.

269. Si les droits civils sont reconnus et organisés à l'intérieur des Etats, les prérogatives qui y sont reconnues et les principes sur lesquels elles sont fondées ont un caractère universel et sont pris en compte au sein des Etats. Les différents droits positifs tendent donc à consacrer les principes sur lesquels repose le droit naturel. L'on parle de positivisme transcendant.

270. Une définition pertinente des droits civils doit se baser sur une conception jus naturaliste. Elle se justifie par l'interpénétration du droit international, représenté par les conventions et la théorie des droits de l'homme, dans le droit civil à travers la mise en avant des principes de liberté et d'égalité. Les droits civils doivent ainsi s'entendre de prérogatives reconnues aux personnes, visant l'encadrement de leurs rapports civils. Il s'agit non seulement de droits reconnus dans les textes, mais également de droits résultant de leurs aspirations personnelles, pour peu qu'elles ne contreviennent pas aux principes généraux et

²⁹⁸ Michel VILLEY, *Philosophie du droit...*, op.cit. p. 110

²⁹⁹ Art. 2 DDHC : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».

³⁰⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2011, op. cit. Voir Droits civils, p. 372

règles de droit établies. Ces prérogatives peuvent également résulter de l'interprétation des conventions internationales.

Paragraphe 2 : Les conséquences de l'ambiguïté

271. L'absence d'une définition précise (A) et le sentiment d'ineffectivité des droits civils (B) peuvent apparaître comme les conséquences qui se dégagent de leur ambiguïté.

A – L'absence d'un contenu précis des droits civils

272. L'absence de précision dans la définition des droits civils se remarque aussi bien dans les textes consacrant ces droits que chez les auteurs qui tentent des approches de définition. « Du point de vue historique, la formulation vague et imprécise des droits ...reste l'un des obstacles fondamentaux à l'approfondissement de leur contenu et à l'élaboration d'un cadre pour l'action qui permettrait leur progressive réalisation. La conséquence de ce relatif manque d'attention à l'égard des droits ... au cours de ces dernières décennies est que le contenu et le sens de la majorité des droits ...demeurent relativement mal définis »³⁰¹.

273. « Ce manque de clarté du contenu est souvent exploité pour ne pas reconnaître cet ensemble de droits comme des droits proprement dits. Mais ce qui n'est pas reconnu ou admis dans de telles situations, c'est qu'une plus grande précision au niveau du contenu de divers droits civils et politiques a été apportée au cours des décennies et souvent des siècles, à la suite de nombreuses discussions publiques, débats législatifs et décisions de justice »³⁰².

274. Si des efforts sont faits au plan interne dans certains Etats et au plan international en ce qui concerne les conventions et traités, un manque de clarté caractérise toujours les droits civils en rapport avec la personne humaine et ses attributs, signe peut-être de la complexité de cette dernière.

275. Certains auteurs comme RIGAUX³⁰³ fondent leur refus de la qualité de droits subjectifs à certaines prérogatives, sur l'imprécision de leur contenu ou de leur objet, ou encore sur l'absence de maîtrise absolue du sujet du droit sur son objet³⁰⁴.

³⁰¹ Ligia BOLIVAR et Enrique GONZALEZ, Module de formation : Définir le contenu des droits économiques, sociaux et culturels - Problèmes et Perspectives, University of Minnesota, Human Rights Resource Center (HRRC). Site web : <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-08.htm> , consulté le 26/11/2014

³⁰² Idem

³⁰³ Voir supra. L'opposition entre les notions.

³⁰⁴ Voir supra. L'opposition entre les notions. Thèse de P. ROUBIER.

276. Mais il faut reconnaître que si les éléments dans lesquels la personne humaine est engagée (vie, honneur, liberté) ne sont susceptibles que d'une disposition relative, ils n'en constituent pas moins des droits.

277. L'absence d'une définition précise est également favorisée par le fait que la règle de droit qui est à la base des différents droits subjectifs ne prévoit pas souvent tout et demande à être précisée. « ...les règles... dont le droit subjectif est issu, sont en général nombreuses et complexes, voire contradictoires, et se combinent les unes aux autres. Le contenu exact de leur pouvoir est par conséquent parfois difficilement déterminable et pourra donner lieu à de longues discussions »³⁰⁵.

B – Le sentiment d'ineffectivité des droits civils

278. L'imprécision des droits civils crée souvent un sentiment d'ineffectivité à leur égard. Ce sentiment se manifeste par l'inexistence ou la non reconnaissance des droits civils dans certaines situations. Par exemple, dans le contexte africain de la colonisation, l'ambiguïté des droits civils justifiait la diversité des statuts civils et favorisait la controverse sur l'extension du statut civil aux populations autochtones. Ainsi, certaines décisions de justice distinguaient entre « ...droits civils reconnus par les textes et droits civils propres résultant pour les indigènes, de leurs mœurs et leurs coutumes... »³⁰⁶.

279. Le caractère subjectif des droits civils et leur imprécision entraîne également un « pullulement des droits lié à l'exaltation individualiste des droits de l'homme. Cette subjectivisation du droit objectif est facteur d'inflation du droit et de conflits, en ce qu'elle attise la rivalité de passions individuelles, et source d'illusion, car le droit objectif possède seul la force immédiate de la règle de droit, quand le droit subjectif n'est qu'accès à la règle. N'ayant pas de débiteur, le droit à l'enfant, le droit au bonheur, le droit au logement ne sont que promesses fallacieuses »³⁰⁷.

280. Il ne faut en effet pas voir dans le droit objectif, qu'un lieu de reconnaissance des droits subjectifs. Le droit règle également des institutions notamment dans le cadre du mariage. Les principes sur lesquels elles sont fondées, répondent plus à des choix de société qu'à la volonté de reconnaissance ou de promotion des droits. Dans ces conditions, la reconnaissance des droits semble parfois étrangère à l'organisation de ces institutions.

³⁰⁵ T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op. cit. p.145

³⁰⁶ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?*...op. cit. p. 29. Cass. Civ., 6 mars 1883, D.I. p.308. Vr Infra La diversité des statuts civils, p.

³⁰⁷ Gérard CORNU, *Droit civil*, op.cit., p. 15

281. Parce que le contenu dérive du droit lui-même, la composante essentielle pour comprendre et définir le contenu des droits est l'étude des normes et des documents internationaux, des constitutions nationales, ainsi que les interprétations et les analyses de ces documents³⁰⁸.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

³⁰⁸ Programme international de stages sur les droits de l'homme, Une Ride dans les eaux calmes : réflexions des activistes sur le travail au niveau national et local sur les droits économiques, sociaux et culturels, Washington, D.C. 1997.

Section II : La recherche de l'effectivité dans la définition des droits civils

La recherche d'effectivité dans la définition des droits civils se traduit d'une part, par la recherche de critères traduisant une effectivité des droits (Paragraphe 1) et d'autre part, par l'apport des Etats et des conventions internationales dans la définition des droits civils (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La recherche de critères traduisant une effectivité

Les critères traduisant une effectivité des droits se dégagent de la synthèse des définitions des droits civils (A) ou dans la détermination d'un contenu commun propre à l'ensemble des droits ou des prérogatives reconnues aux personnes (B).

A – Les critères pertinents se dégageant des définitions des droits civils

Ces critères ont trait aux sources et limites des droits civils d'une part (1) et à leur essence d'autre part (2).

1) Le droit objectif, source et limite des droits civils

282. Toutes les prérogatives contiennent un pouvoir juridique, lequel est toujours protégé par le droit objectif. L'acte de volonté qui caractérise les droits des personnes est au préalable permis par le droit objectif qui en détermine le domaine. C'est la règle de droit qui assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendamment de toute volonté étrangère³⁰⁹. « Tout droit subjectif, nécessairement issu de la norme de droit, résulte de la satisfaction à des conditions ou présuppositions contenues dans celle-ci »³¹⁰. C'est le droit objectif qui confère au titulaire du droit, de la liberté ou de l'intérêt, un pouvoir et les moyens d'agir en cas d'atteinte à ce pouvoir par un tiers³¹¹.

283. Le contenu des différentes prérogatives est défini par le droit objectif qui en détermine la portée, en garantit l'existence et par là la protection. « Il appartient... au droit objectif, qui fonde le droit subjectif d'en fixer les limites soit au regard des droits subjectifs concurrents, soit sur un plan plus élevé, au regard du bien public, du bien de la société en général »³¹². La

³⁰⁹ K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, traduction française de Ch. Guenoux, Paris, Firmin Didot Frères, 1840, p.327

³¹⁰ Alain BENET, *Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée – Contribution à l'étude des libertés civiles*, op.cit. p.97

³¹¹ Il se peut que les moyens de défense ne soient pas identiques ou que le pouvoir octroyé diffère selon les qualifications. Mais ces différences ne peuvent occulter la réalité de départ à savoir que toutes contiennent un pouvoir dont le respect est exigé des tiers.

³¹² J. DABIN, *Le droit subjectif*, op.cit. p.53

source de tous les droits se trouve dans le droit objectif, parce que les individus poursuivant des relations entre eux, il est nécessaire « qu'une ligne de démarcation invisible circonscrive les limites au sein desquelles le développement parallèle des individus trouve indépendance et sécurité. La règle qui fixe ces limites et garantit cette liberté s'appelle droit »³¹³.

284. Les droits subjectifs en général et les droits civils en particulier, « n'existent que par la décision du droit objectif »³¹⁴, c'est-à-dire d'une règle juridique positive. Elle viendrait constater ou consacrer un lien qui est au préalable l'œuvre de la nature ou de la volonté humaine³¹⁵.

285. Tous les auteurs s'accordent au moins pour reconnaître dans le droit objectif, le fondement des droits, la source de la délimitation des pouvoirs en cause, ainsi que de leur sanction³¹⁶. Ces prérogatives ne peuvent s'exercer que si elles sont couvertes par le droit objectif. Ce dernier est l'expression de la volonté générale et communique sa puissance à la volonté individuelle.

286. La différence entre les auteurs se situe quant à la portée du concept de droit objectif. La question se pose en effet de savoir s'il faut limiter le droit objectif aux règles générales et abstraites formelles telles qu'elles apparaissent dans l'ordre juridique ou l'admettre plus largement à la jurisprudence, créatrice de droits subjectifs nouveaux.

287. Le droit objectif s'entend d'une vision très large³¹⁷. Pour DABIN, il s'agit d'un texte qui énonce ou d'un procédé de raisonnement selon les règles de l'interprétation juridique³¹⁸. Il faut entendre par droit objectif, au-delà des controverses, « l'ensemble des règles générales et abstraites issues de la loi au sens large, englobant les règles créées par le pouvoir réglementaire, telles qu'interprétées, précisées, voire parfois complétées par la jurisprudence »³¹⁹. La règle de droit objective et l'Etat (qui l'établit dans la sphère nationale) ont ainsi pour fonction non seulement de déterminer les droits de chacun, mais aussi de les garantir³²⁰.

³¹³ K. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, op.cit. p.326

³¹⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op.cit. p.85

³¹⁵ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op.cit. p.86

³¹⁶ Voir les théories développées par DABIN, ROUBIER, AUBERT. Ce dernier affirme que les droits sont sous la dépendance du droit objectif parce que c'est ce dernier qui les admet. (in *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, op.cit. p.187). Pour CARBONNIER également, les droits sont placés sous la protection de l'Etat (in *Droit civil. Introduction*, op.cit. p.271)

³¹⁷ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op.cit. p.85-86.

³¹⁸ Idem.

³¹⁹ Thierry LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.101

³²⁰ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op.cit. p.98

2) Le rapport à autrui, essence des droits civils

288. Le rapport à autrui invite à la détermination exacte du devoir de respect qui s'impose aux tiers. Le droit conféré est généralement « un pouvoir d'exiger de quelqu'un, en vertu d'une règle de droit objectif, une chose à laquelle on a intérêt, sous la sanction d'une action en justice... »³²¹. Le droit a trait à l'activité de son titulaire à l'égard des autres. Les droits des personnes portent la marque de l'altérité c'est-à-dire du rapport à autrui. Autrui ne vise pas une personne déterminée, « mais de façon indistincte, tout le monde hormis le sujet de droit lui-même »³²².

289. La reconnaissance d'un pouvoir juridique n'a de sens que parce que son titulaire n'est pas seul au monde et qu'il sera nécessairement confronté à des tiers qui devront reconnaître ledit pouvoir sous peine de lui enlever toute efficacité. En ce sens, tout pouvoir présente une face externe permettant à son titulaire de faire respecter, dans une certaine mesure, le contenu de son pouvoir interne qui lui a été reconnu par le droit objectif³²³. Le pouvoir offre à son titulaire, la possibilité d'obtenir d'autres sujets de droit, le respect du droit en question. Les tiers sont tenus non seulement de reconnaître le pouvoir du titulaire, mais également de le respecter, ce qui implique de ne pas l'enfreindre, de ne pas le nier, de ne pas empêcher son exercice par le titulaire. C'est parce qu'un pouvoir existe a priori et qu'il est consacré préalablement à son exercice par le droit objectif, que ce dernier permet à son titulaire de le brandir à l'encontre de tiers pour tenter d'en obtenir le respect³²⁴. Le rapport à autrui se traduit par la reconnaissance d'un devoir de respect du droit à l'égard d'autrui et d'une action en justice sanctionnant la violation du droit subjectif par un tiers³²⁵.

290. Le rapport à autrui se manifeste par l'opposabilité du pouvoir et la responsabilité civile de celui qui l'enfreint. Elles donnent lieu à des actions en justice distinctes³²⁶. La nécessité d'invoquer le pouvoir interne reconnu dans la liberté civile n'existe qu'à partir du moment où un tiers le nie ou n'en tient pas compte dans ses propres agissements³²⁷. L'intérêt d'autrui impose au titulaire du pouvoir contenu aussi bien dans le droit subjectif ou la liberté civile, de tenir compte de l'autre. Tenir compte d'autrui, « c'est juridiquement, prendre en compte dans

³²¹ R. BONNARD, *Les droits publics subjectifs des administrés*, op.cit. p.707

³²² J. DABIN, *Le droit subjectif*, op.cit. p.94

³²³ Thierry LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.159

³²⁴ Idem, p.161

³²⁵ Idem, p.76

³²⁶ Idem, p.164

³²⁷ Idem, p.159

son propre comportement, les intérêts d'autrui qui risquent d'être mis à mal »³²⁸. Certes, il s'agit de notions abstraites qui ne deviendront concrètes qu'au travers de cas d'espèces.

291. DABIN est considéré comme le premier à mettre en œuvre le rapport à autrui qui constitue la face externe des différentes prérogatives. Trois éléments se dégagent de sa théorie : l'opposabilité, l'inviolabilité et l'exigibilité.
292. Il faut voir dans l'opposabilité, à la fois la référence à l'altérité et l'exclusion d'autrui. L'élément d'altérité est au cœur des caractéristiques du droit subjectif et en fait un droit exclusif d'autrui et opposable à autrui³²⁹. L'opposabilité est en effet indissociable de la notion de tiers. Elle est le rapport d'obligation du titulaire du pouvoir vis-à-vis des tiers. C'est elle qui lui permet d'exiger le respect du droit par tout tiers. L'opposabilité découle du fait que les droits reconnus sont exclusifs d'autrui. Elle vise ceux qui ne sont pas « acteurs directs » à un rapport juridique et leur impose de tenir compte de ce rapport et de s'abstenir d'y porter atteinte. L'opposabilité traduit le rayonnement juridique de tout droit à l'égard des tiers.
293. L'inviolabilité vise le respect du droit. Elle exprime l'idée selon laquelle correspond à chaque pouvoir du titulaire, une obligation de respect de ce même pouvoir par autrui. Cette obligation lie tout le monde « au titre du devoir général de respect du droit d'autrui »³³⁰. Contrairement à l'opposabilité qui est une sorte de reconnaissance faite au titulaire, il s'agit ici d'une obligation d'abstention pure imposée au tiers: celle de ne pas violer la relation du sujet à l'objet qui est le sien.
294. L'exigibilité rend compte de la faculté du titulaire de requérir le respect ou la non violation de son droit. Il s'agit du droit de revendiquer ou de défendre ce qui lui appartient ou ce qui lui revient. DABIN précise que ce n'est pas le pouvoir d'exiger qui constitue le droit. Celui-ci existe antérieurement à l'exigibilité. « Si le droit comporte nécessairement la faculté d'exiger quelque chose de positif ou de négatif de la part d'une ou de plusieurs personnes »³³¹, ce n'est pas ce pouvoir d'exiger qui constitue et définit le droit. Le comportement exigé par le sujet actif entraîne l'existence d'une obligation juridique déterminée à charge d'autres personnes (le ou les sujets passifs). Ce comportement doit être imposé par l'effet du droit objectif c'est-à-dire que l'obligation déterminée doit être prédéfinie par une norme de droit objectif.

³²⁸ Thierry LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.245

³²⁹ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op.cit. p. 95

³³⁰ Idem. p.96

³³¹ Idem, p.96

B – La notion de contenu minimum essentiel des droits

295. Certains mouvements³³² et organismes³³³ des droits de l'homme soucieux d'une meilleure définition pour une meilleure mise en œuvre des droits ont mis en avant le concept de « contenu minimum essentiel des droits »³³⁴. Le « contenu essentiel »³³⁵ d'un droit humain fait référence à l'ensemble des garanties qui constituent ce droit. Le contenu essentiel d'un droit ...a à la fois des caractéristiques « universelles » et « uniques ». Les caractéristiques universelles sont celles qui s'appliquent à tous les droits. La non-discrimination en fait partie. Le « contenu essentiel minimum »³³⁶ d'un droit est la limite de base impondérable qui doit être garantie pour tout le monde dans tous les contextes. C'est le seuil minimum sous lequel aucun gouvernement ne devrait agir, même en contextes défavorables. Certains éléments du contenu essentiel peuvent être restreints dans des circonstances particulières, mais le contenu essentiel minimum définit un niveau élémentaire permettant à tous les gouvernements d'agir.
296. Sur la base des travaux de l'ONG Provea, il faut retenir les principes suivants. La définition du contenu essentiel minimum est un terrain relativement vierge, mais il est nécessaire de parvenir à une définition objective de chaque droit.
297. Le contenu essentiel minimum d'un droit détermine les conditions minimales dont chaque individu devrait jouir. S'il n'y en a pas, alors il n'y a pas de droit.
298. La définition du contenu est un outil précieux pour permettre sa mise en œuvre, puisqu'il permet de disposer d'une norme minimale pour évaluer le respect d'un droit.
299. En supposant le principe d'universalité, tous les êtres humains par nature jouissent de leurs droits. Le fait que différents ordres juridiques puissent établir différents niveaux de protection ne signifie pas que certains ont plus de droits que d'autres.
300. Dans un monde en perpétuelle mutation où se multiplient les cas de figure, on peut identifier les éléments communs qui constituent l'aspect essentiel du droit, quelles que soient les ressources disponibles ou le contexte politique, économique, social ou culturel.

³³² Provea, *Health as a Right: Framework for National and International Protection of the Human Rights of Health* (Caracas, 1996). Provea (Programme vénézuélien pour les droits humains, l'éducation et l'action) est une ONG spécialisée dans la protection du droit à la santé.

³³³ Comité des Droits économiques, sociaux et culturels des Nations-Unies

³³⁴ Ligia BOLIVAR et Enrique GONZALEZ, Module de formation : Définir le contenu des droits économiques, sociaux et culturels - Problèmes et Perspectives, HRRC (Human Rights Resource Center), University of Minnesota.

³³⁵ Ligia BOLIVAR et Enrique GONZALEZ, Module de formation : Définir le contenu des droits économiques, sociaux et culturels - Problèmes et Perspectives, op. cit.

³³⁶ Idem

301. Il faut rechercher la définition du contenu essentiel minimum en fonction de la nature du droit, ses principes et caractéristiques (non-discrimination, accessibilité, interdépendance, ...), et sa mise en application.

Paragraphe 2 : L'apport des Etats et des conventions internationales dans la définition et l'effectivité des droits civils

302. Face à la difficulté de conceptualisation et de définition des droits civils, des solutions sont proposées par des Etats et des conventions internationales (A) pour reconnaître les droits civils et pour leur assurer une mise en œuvre concrète (B).

A – les formes de reconnaissance des droits civils

303. La reconnaissance des droits civils se fait soit par les conventions internationales (1) ou à l'intérieur des Etats (2) par des approches de définition ou d'énumération.

1) La reconnaissance par les conventions internationales

304. La reconnaissance des droits civils dans les conventions internationales se caractérise soit par une énumération des prérogatives soit par des définitions basées sur des différenciations conceptuelles avec d'autres prérogatives reconnues aux personnes.

305. L'exemple de la Convention américaine relative aux droits de l'homme est intéressant car elle réserve expressément un titre aux droits civils et politiques. Elle tente une énumération exhaustive des droits civils. L'on retrouve en effet :

- le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique
- le droit à la vie
- le droit à l'intégrité de la personne physique
- le droit à la liberté de la personne
- les garanties judiciaires³³⁷ de la personne,
- la protection de l'honneur et de la dignité de la personne
- la protection de la famille
- le droit à un nom

³³⁷ Les garanties judiciaires de la personne regroupent le droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement à la loi qui décidera du bien fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale ou qui déterminera ses droits et obligations en matière civile.

-le droit de l'enfant aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat

-le droit à une nationalité liée à la naissance : c'est-à-dire le droit pour une personne, d'acquérir la nationalité de l'Etat sur le territoire duquel elle est née, si elle n'a pas droit à une autre nationalité.

306. Cette convention n'a pas procédé à une définition des droits civils, sans doute à cause de l'absence d'unanimité sur la notion.

307. La Convention européenne procède dans son titre I à une énumération des droits et libertés parmi lesquels l'on retrouve le droit à la vie³³⁸, le droit au respect de la vie privée et familiale³³⁹, le droit au mariage³⁴⁰ et le droit à un recours effectif³⁴¹. Mais elle n'a pas procédé à leur définition.

308. Ce sont les organes liés à la Convention européenne qui ont tenté de définir les droits civils, considérés comme la première génération des droits de l'homme.

309. Toutefois, ces définitions des droits civils ont fait l'objet de controverses. Elles ont été suscitées notamment au sein de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

310. La formule utilisée par la CESDHLF³⁴² « ...droits et obligations de caractère civil... » est loin d'être claire. Elle est manifestement empruntée au Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁴³, dont l'élaboration dans le cadre de la Commission des droits de l'homme des Nations unies remonte à la même époque (juin 1949) que celle de la Convention européenne, bien que son adoption ait été beaucoup plus tardive³⁴⁴.

311. La controverse suscitée portait particulièrement sur l'exclusion ou non du domaine civil, des procédures qui ne relevaient pas à proprement parler, du droit civil (questions administratives, fiscales).

312. La CEDH³⁴⁵ n'a jamais adopté de définition formelle de ce qu'il faut entendre par « droits et obligations de caractère civil », mais elle a fourni des indications utiles révélant sa préférence pour les interprétations permettant d'étendre le contrôle du juge. Par ses indications, les droits et obligations à caractère civil vont au-delà des droits et libertés

³³⁸ Art. 2 CESDHLF

³³⁹ Art. 8 CESDHLF

³⁴⁰ Art. 12 CESDHLF

³⁴¹ Art. 13 CESDHLF

³⁴² Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales - art. 6.1

³⁴³ Article 14.1 du PIDCP

³⁴⁴ Le Pacte a été adopté le 16 décembre 1966

³⁴⁵ Cour Européenne des Droits de l'Homme

énumérés dans la CESDHLF³⁴⁶. Si les droits civils constituent d'abord la base de la personnalité, ils s'appliquent aux situations dans lesquelles l'élément de droit privé est déterminant.

313. Selon la CEDH, la notion de « droits et obligations de caractère civil », comme d'ailleurs celle de « vie familiale » sont des notions à contenu variable³⁴⁷. Pour ces concepts, la jurisprudence européenne a développé la technique dite des « notions autonomes »³⁴⁸. C'est ainsi que la Cour a jugé que la notion de « droits et obligations de caractère civil » ne pouvait être interprétée seulement par référence au droit interne de l'Etat défendeur³⁴⁹. Mais elle a, elle-même, peine à en donner une définition. D'après elle, « il faut considérer comme droits de caractère civil, tous les droits qui sont des droits individuels dans l'ordre juridique interne et qui ressortissent du domaine de la liberté générale de l'individu, dans son activité professionnelle ou toute autre activité autorisée par la loi. Il en est et demeure ainsi même lorsque, pour des raisons d'utilité publique et de protection de l'intérêt général, l'Etat a reçu des pouvoirs de surveillance quant à l'exercice de ces droits... »³⁵⁰. La recherche de définition des droits civils par les organes européens se caractérise donc par son extension à tous les domaines du droit privé et par l'extension du contrôle du juge dans l'exercice des différents droits et libertés.

314. La Convention européenne confère par exemple certains droits civils aux citoyens des Etats membres mais elle revendique des droits moraux pour tous³⁵¹. De ce fait, la revendication d'un droit subjectif doit essentiellement sa légitimité à sa reconnaissance dans un ordre juridique. Cependant, les instances européennes soucieuses de l'application des conventions internationales, notamment de la Convention européenne, vont parfois au-delà du niveau de reconnaissance au sein des Etats.

315. S'inspirant de la thèse naturaliste, et de la pertinence des droits moraux, la plupart des Etats, pour définir les droits civils, les identifie à partir du niveau supra- législatif où ils sont garantis. Le droit positif se retrouve ainsi en accord avec un idéal supérieur : « Il n'y a rien si

³⁴⁶ Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit au juge, accès à la justice européenne*, in Pouvoirs 2001/1, n° 96, p.126

³⁴⁷ Notions dont le sens varie d'un Etat à l'autre, se modifiant au gré des conditions sociales, économiques, culturelles et géographiques. Voir Kiteri GARCIA, *Le droit civil européen...* éd. Larcier 2008, Bruxelles, p.108

³⁴⁸ Il s'agit d'une méthode d'interprétation visant à détacher ces notions du droit interne, pour les interpréter dans le contexte de la Convention, à la lumière de son objet et de son but. Voir E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marges d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, éd. Bruylant, 1996, Bruxelles, p.16

³⁴⁹ CEDH, 28 juin 1978, requête n°6232/73, König c/ RFA, point 88 de l'arrêt

³⁵⁰ Cité par J. VELU et R. ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme*, éd. Bruylant, 1990, Bruxelles, p.376

³⁵¹ Walter LAQUEUR et Barry RUBIN, *Anthologie des droits de l'homme*, op.cit. p.33

certain que toutes les lois ou ordonnances sont fondées sur la raison ou l'équité »³⁵². Avec la relativité des sources nationales et la supériorité des traités et des conventions, les lois sont désormais confrontées aux normes internationales.

316. En droit africain, la Charte africaine des droits de l'homme n'a pas mis l'accent sur la définition des droits civils ni sur leur effectivité mais plutôt sur la corrélation entre droits et devoirs et sur l'indissociabilité des droits économiques, sociaux et culturels et des droits civils et politiques. Cette particularité s'explique par la dimension traditionnelle mise en exergue dans la Charte³⁵³.

2) La reconnaissance en droit interne

317. En droit interne européen, la difficulté de conceptualisation de la notion de droits civils a inspiré la Constitution belge. Il ressort de l'interprétation combinée de ses articles 144 et 158³⁵⁴ qu'il revient à la Cour de cassation de statuer sur les conflits d'attribution et donc en la matière, de déterminer ce que recouvrent les notions de droits civils, politiques et en définitive, ce qu'il convient d'entendre par la notion de droit subjectif³⁵⁵. La Cour de cassation belge³⁵⁶ rappelle en effet de manière constante, la nature de droit subjectif des droits civils et politiques.

318. Cette Cour a ainsi dans l'arrêt "Flandria", adopté une définition pragmatique des droits civils, visant « tous les droits privés consacrés ou organisés par le code civil et les lois qui le complètent »³⁵⁷. Cette définition a été critiquée comme étant trop restrictive dès lors qu'elle ne permettait pas d'inclure certaines contestations opposant les citoyens à l'Etat³⁵⁸.

319. Le Code civil français n'a pas non plus défini les droits civils. Le titre I du livre premier consacré aux personnes, intitulé « Des droits civils » ne comporte pas de définition mais une énumération des droits civils. L'on y retrouve expressément le droit au respect de la vie privée³⁵⁹, le droit à la présomption d'innocence³⁶⁰, le droit au respect de la personne

³⁵² Benoît GARNOT (Dir), *Normes juridiques et pratiques judiciaires*, op.cit. p.90

³⁵³ Paragraphe 4 du Préambule de la Charte africaine « Tenant compte des vertus de leurs traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions sur la conception des droits de l'homme et des peuples ».

³⁵⁴ Art.144 de la Constitution belge du 17 février 1994 : « Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux ». Art.158 : « La cour de cassation se prononce sur les conflits d'attribution, d'après le mode réglé par la loi.

³⁵⁵ Thierry LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.88

³⁵⁶ Cass. 1^{ère} ch, 29 juin 2000, Bull., 2000, n°420, p.1222 et s.

³⁵⁷ Cass. 5 nov 1920, Pas.1920, p.193 et s. Conclusions de l'avocat général P. LECLERCQ

³⁵⁸ Cass. 1^{ère} ch. 21 déc 1956, Pas. 1957, I, p. 447 et 448. Conclusions de l'avocat général G. Van Der MEERSCH

³⁵⁹ Art.9 du C.Civ.français

³⁶⁰ Art.9-1 du C.Civ.français

humaine et de sa dignité³⁶¹, le droit au respect du corps qui réaffirme par ailleurs le caractère extrapatrimonial de ce droit³⁶². Il est également fait référence à la condition de jouissance des droits civils par les étrangers³⁶³. Cette liste ne peut être considérée comme exhaustive. Les droits relatifs au mariage par exemple se retrouvent au titre V.

320. Il apparaît que ces différents textes énumèrent les éléments constitutifs des droits civils sans toutefois les définir. Le terme droit civil se laisse plus facilement définir comme règles régissant les rapports, que comme prérogatives reconnues aux personnes. C'est donc à la jurisprudence qu'il est revenu de se pencher sur la définition des droits civils.

B – L'émergence de la notion d'effectivité des droits

321. Au-delà de toute controverse sur la définition des droits civils, que serait l'ensemble des droits subjectifs dans une situation d'insécurité ? Là apparaît l'importance du rôle des Etats. Ce rôle serait (sauf à les limiter), de rendre effectifs les droits subjectifs, de les garantir en les appuyant sur la force publique³⁶⁴.

322. Le souci des Etats n'est souvent pas de définir les droits civils, mais de les rendre effectifs « par la force réelle de l'Etat »³⁶⁵. La loi aurait pour vocation de « rendre son droit à l'individu et non à lui répartir et à lui attribuer ses droits »³⁶⁶, car les droits de l'individu lui seraient déterminés à l'avance.

323. La décision rendue par le Conseil Constitutionnel français, selon laquelle il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction³⁶⁷, semble être le fondement de l'effectivité des droits. Cette décision parachève les décisions antérieures en donnant à ce droit, un fondement clair, l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen³⁶⁸. Selon la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, un droit ou une liberté n'est protégé que lorsque les conditions de son exercice effectif sont remplies. Elle se fait ainsi l'écho de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme selon laquelle l'article 6 de la Convention³⁶⁹ consacre un

³⁶¹ Art.16 du C.Civ.français

³⁶² Art.16-1 du C.Civ.français

³⁶³ Art.11 du C.Civ.français

³⁶⁴ Cette théorie a été développée par HOBBS. Pour de plus amples développements, Voir Michel VILLEY, *Philosophie du droit...*, op.cit. p.107

³⁶⁵ Michel VILLEY, *Philosophie du droit...*, op.cit. p.108

³⁶⁶ Idem. p.111

³⁶⁷ Décision N° 96-373 D C du 9 avril 1996

³⁶⁸ Art. 16 DDHC « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

³⁶⁹ Art 6 CESDHLF « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des

droit d'accès effectif à la justice afin que soit assurée une protection réelle et efficace du justiciable.

324. La jurisprudence du conseil constitutionnel français fait « du juge la clé de voûte du système juridique puisqu'il est le maître de l'effectivité des droits et des lois »³⁷⁰.
325. Le souci d'effectivité cesse de reposer sur la loi pour se reconstruire à partir du jugement »³⁷¹. Le juge à travers la décision du Conseil Constitutionnel est « l'agent ordinaire de l'application du droit et de l'effectivité des droits »³⁷². Dans la logique du système juridique français, « ce qui compte, ce sont les droits. Et les droits n'existent que s'ils sont effectifs »³⁷³. Le droit français tend à se rallier au pragmatisme du droit européen.
326. Dans un système classique, l'effet des règles édictées est indifférent à la normalité sur laquelle repose le droit. Dans un tel système dit « formaliste », ce sont les sources du droit et les rapports organisés entre elles qui prévalent.
327. Avec la décision du conseil constitutionnel français, le système juridique repose désormais sur « le pouvoir effectif des personnes de saisir un juge pour obtenir l'application du droit et la reconnaissance de leurs droits... »³⁷⁴.
328. La recherche de l'effectivité suppose alors que le droit s'applique réellement aux faits. « L'important réside (ainsi) dans les effets du droit (c'est-à-dire) dans la capacité des règles à assurer la réalisation des prérogatives juridiques des individus »³⁷⁵. L'on passe ainsi d'un système basé sur les sources des règles à un système reposant sur les effets des règles. « Le principe d'effectivité des droits permet de déduire le principe d'effectivité du droit objectif »³⁷⁶.
329. La Déclaration française des droits de l'homme semble avoir été fortement inspirée de la Déclaration américaine (Bill of rights de 1688). Pour le courant anglo-saxon en effet, le point de départ est l'individu et ses prérogatives et non pas l'Etat et son droit³⁷⁷. « Dès lors, il ne suffit plus de proclamer généreusement des droits et d'invoquer à la hâte des principes : il faut que le législateur se soucie de l'application de ses textes et que le juge se charge

contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle... ».

³⁷⁰ William BARANES et Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Le souci de l'effectivité du droit*, Recueil Dalloz-Sirey, 1996, 35^{ème} cahier-Chronique, p. 301

³⁷¹ William BARANES et Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Le souci de l'effectivité du droit*, op. cit. p. 301

³⁷² Idem, p. 302

³⁷³ Idem, p. 302

³⁷⁴ Ibidem. p. 302

³⁷⁵ Ibid. 302

³⁷⁶ Ibid. p. 302

³⁷⁷ Ibid. p. 303

effectivement de leur respect »³⁷⁸. C'est incontestablement au droit européen et donc au droit international que l'on doit l'importance attachée aux effets des règles.

330. En droit interne africain, du moins pour les Etats qui nous concernent, l'accent n'est pas mis sur les droits civils mais sur les droits économiques et sociaux. Cette orientation semble résulter de l'option de la Charte africaine dans ce domaine³⁷⁹ (accent sur les droits économiques et sociaux et prise en compte de réalités sociales). Or la prise en compte de ces réalités sociales peut servir de prétexte ou d'alibi pour l'inapplication de normes jugées encombrantes³⁸⁰.

331. Parce que le contenu dérive du droit lui-même, la composante essentielle pour comprendre et définir le contenu des droits est l'étude des normes et des documents internationaux, des constitutions nationales, des lois ainsi que de leurs interprétations et analyses. Cela peut paraître un processus difficile et complexe, mais il est essentiel à une compréhension plus précise et à une meilleure protection des droits notamment civils sur le plan national et international. Dans un souci d'effectivité, les droits civils doivent être définis à la fois en tenant compte du droit interne, et cette définition étendue à l'interprétation par les textes internationaux.

³⁷⁸ William BARANES et Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Le souci de l'effectivité du droit*, op. cit. p. 303

³⁷⁹ Voir supra. La reconnaissance par les conventions internationales.

³⁸⁰ Mutoy MUBIALA, *Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples et cultures africaines*, Note de cours, ENA Paris, 2010, p. 41

Conclusion du Titre I

332. Les pays africains se sont inspirés des principes du droit français et du droit international. En matière de droits des personnes et de la famille, le droit civil français ainsi que la théorie des droits de l'homme ont consacré comme principes de référence, la liberté et l'égalité.
333. Mais l'on pouvait déjà remarquer un décalage entre la proclamation des principes et leur mise en œuvre. Ces principes contenaient notamment en leur sein des restrictions comme la restriction des droits des étrangers ou le contrôle exercé par l'Etat sur les individus. Les droits civils ont été introduits de façon controversée dans les anciennes colonies d'Afrique avant d'être totalement adoptés, tout au moins de façon formelle par les Etats africains nés au lendemain des indépendances.
334. En dehors du fait qu'ils puisent leurs sources dans des textes nationaux ou internationaux, les droits civils ne sont pas faciles à définir³⁸¹. Pour certains auteurs³⁸², les droits civils ne seraient pas des droits mais des devoirs imposés à toutes les personnes de ne pas injustement porter atteinte à autrui. Les droits de la personnalité ont des contours indistincts à la différence du droit de propriété (qui suppose une maîtrise absolue) par exemple. Les droits civils seraient plus proches des libertés qui trouvent leurs limites en elles-mêmes alors que les droits sont limités soit par leur contenu soit par la règle de droit qui les détermine.
335. Au regard du droit positif, il n'y a pas de distinction rigide entre droit civil, liberté civile et intérêt légitime et les droits de la personnalité paraissent rétifs aux essais de classification. Il faut donc adopter une conception extensive des droits civils qui regroupe les droits des personnes, les libertés civiles et les intérêts légitimes.
336. Les droits civils sont généralement des droits que confère et fait appliquer la législation interne de chaque pays. Mais certains parmi eux sont aussi des droits moraux³⁸³ c'est-à-dire qu'ils appartiennent au domaine de ce qui devrait être. Ils sont généralement identifiés à partir du niveau supranational où ils sont garantis. Les droits civils vont ainsi au-

³⁸¹ Ligia BOLIVAR et Enrique GONZALEZ, Module de formation : Définir le contenu des droits économiques, sociaux et culturels - Problèmes et Perspectives, University of Minnesota, Human Rights Resource Center (HRRC). Site web : <http://www1.umn.edu/humanrts/edumat/IHRIP/frenchcircle/M-08.htm> , consulté le 26/11/2014

³⁸² Voir ROUBIER. Supra. L'opposition entre les notions. Pour cet auteur, les droits de la personnalité sont des intérêts légitimes protégés par des actions en justice.

³⁸³ Voir J. BENTHAM, cité par Walter LAQUEUR et Barry RUBIN, *Anthologie des droits de l'homme*, Supra, p. 109

delà des droits et libertés énumérés dans les textes nationaux et se retrouvent dans les conventions internationales.

337. Chaque Etat ou organe supranational s'efforce alors d'apporter une définition des droits civils ou à défaut tente d'énumérer ces droits. Il ne s'agit donc pas de définir les droits mais d'en fixer le contenu et les contours à travers les principes qui les fondent. Dans les conventions internationales, le souci n'est pas forcément de définir les droits civils mais de leur donner une existence et une réalité suffisante permettant à leurs titulaires de pouvoir les exercer ou les revendiquer. Définis comme « notions autonomes »³⁸⁴ ou comme « notions à contenu variable »³⁸⁵ par la CEDH, les droits civils se caractérisent par l'extension du contrôle du juge dans l'exercice des droits et libertés qui gravitent autour de cette notion. L'accroissement du rôle des juges se justifie par le fait que le souci des Etats n'est pas de définir les droits civils mais de les rendre effectifs en permettant aux personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction³⁸⁶.

338. Si ces principes sont aujourd'hui acquis en droit européen, il se pose en Afrique, d'une part, la question de l'adéquation entre ces principes généralement tirés du droit occidental et les réalités socio-politiques africaines et d'autre part, la question de l'adéquation entre le droit interne et les conventions internationales.

³⁸⁴ Notions pour lesquelles la CEDH crée un vocabulaire propre en leur attribuant un sens communautaire allant au-delà de la simple référence aux droits nationaux. Kiteri GARCIA, *Le droit civil européen...* op. cit. p.173

³⁸⁵ Notions dont le sens varie d'un Etat à l'autre, se modifiant au gré des conditions sociales, économiques, culturelles et géographiques. Voir Kiteri GARCIA, *Le droit civil européen...* op. cit. p.108

³⁸⁶ Décision N° 96-373 DC du 9 avril 1996 du Conseil constitutionnel français

Titre II : La recherche de l'adéquation entre droit occidental et réalités socio-politiques africaines

340. L'ordre juridique a un caractère social³⁸⁷ de sorte que si le droit influence les faits sociaux, il est à l'inverse aussi, largement influencé par ces derniers. C'est dans cet esprit qu'il faut rechercher les conditions d'effectivité d'un ensemble juridique pour constater que ces conditions d'effectivité peuvent se rattacher à des éléments distincts du droit. Avec l'évolution qu'il connaît, le droit prend de plus en plus un caractère utilitaire, dévoué à la réalisation de certaines valeurs éthico-sociales sur le terrain des relations humaines.
341. Les législateurs africains au lendemain de la colonisation, trouvaient des espoirs d'effectivité dans un droit qui serait élaboré en tenant compte des réalités socio-culturelles, économiques et même politiques. La volonté de faire conformer le droit des personnes et de la famille avec ces réalités s'illustre à deux niveaux. D'une part, les nouveaux Etats opéraient un retour vers leurs droits traditionnels et d'autre part, marchaient vers la modernité en intégrant le cercle des Nations modernes et les règles qu'elles énoncent.
342. En dehors de la référence généralisée des nouveaux législateurs africains pour le système de droit français, d'autres facteurs exercent, parfois indépendamment de la volonté du législateur, une influence sur la reconnaissance des droits. Ces facteurs revêtent en premier lieu, un caractère social ou politique, et ne deviennent juridiques que par leur prise en compte par la règle de droit et leur insertion dans l'ordre juridique.
343. Entre les réalités socio-culturelles inspirées du vécu des populations et les réalités internationales, presque imposées aux Etats par l'universalisation des valeurs démocratiques, il fallait souvent faire un choix. La coexistence entre ces deux réalités n'était pas toujours possible au sein d'un même ordre juridique. Les législateurs africains ont été appelés à faire ces choix lors de la rédaction de leurs codes consacrant les droits civils.
344. Comme dans le droit français, la reconnaissance des droits civils dans les systèmes de droit africain sera conditionnée par la réception des principes du droit civil. Ces principes de droit civil avaient fait l'objet d'une application ambiguë dans les colonies, avant qu'au lendemain des indépendances, les nouveaux Etats d'Afrique ne fassent le choix volontaire d'adopter les fondements et sources des droits civils dans la logique du système de droit français.

³⁸⁷ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, op.cit., p.10

345. Dans un souci d'adéquation avec les réalités sociales endogènes d'une part, et d'autre part, avec l'évolution du monde, le législateur africain n'a pas pu ignorer d'abord les valeurs traditionnelles africaines et ensuite les règles de droit international.
346. Deux (2) constats méritent ainsi d'être faits. Premièrement le processus de l'insertion des principes de droit civil dans les systèmes africains a conduit le législateur africain à s'inspirer largement du droit français mais aussi à prendre en compte les valeurs traditionnelles (Chapitre I).
347. Deuxièmement, la matérialisation des droits civils (chapitre II) ne se limite pas au contenu des codes. Il est fait recours à l'ordre juridique interne mais aussi à l'ordre juridique international.
348. Cette diversité aussi bien dans les sources des principes que dans le contenu des règles vise à assurer l'effectivité des droits par une adéquation entre les principes de droit et les réalités vécues.

Chapitre 1 : L'insertion des principes de droit civil en Afrique et la prise en compte des valeurs traditionnelles

349. En observant le contenu des règles de droit civil, l'on se rend compte que la prise en compte des valeurs traditionnelles dans le droit (Section II) a été influencée par le processus d'insertion des principes de droit civil (Section I). Parfois, à l'inverse, la rigueur des principes de droit civil est freinée par le particularisme des valeurs endogènes.
350. Tout dépend du but visé par le législateur. Le législateur colonial par exemple, voulait étendre l'application des droits civils aux populations indigènes et les obliger à renoncer à leurs règles coutumières. Mais une telle extension aurait eu pour conséquence l'application du principe de liberté et donc une remise en cause de la politique coloniale.
351. Après les indépendances, le législateur africain a adopté les règles et principes du droit français sans pour autant rejeter systématiquement les pratiques traditionnelles. Le rejet ou le degré d'acceptation des règles coutumières révèle l'importance de la place accordée à la modernité dans les systèmes juridiques africains.

Section I : L'insertion des principes de droit civil en Afrique

352. L'étude de l'insertion des principes de droit civil montre l'importance du rôle que joue la règle de droit dans l'organisation juridique des sociétés. C'est la règle de droit qui détermine en effet la pleine reconnaissance ou la limitation des droits. Ce rôle apparaît clairement lors de l'insertion des principes des droits civils dans les anciennes colonies françaises d'Afrique.
353. La prise en compte des principes de droits civils dans les ordres juridiques africains s'est faite pendant la colonisation, par le législateur colonial puis par le législateur africain au lendemain des indépendances. Le droit français a donc été dans une certaine mesure, imposé par le colonisateur puis librement choisi par le législateur africain. Ces deux phases permettent de constater l'ambiguïté de la politique coloniale (Paragraphe 1), et ensuite d'analyser l'attitude du législateur africain face au droit français (Paragraphe 2), notamment à travers les conséquences de ses choix.

Paragraphe 1 : L'ambiguïté de la politique coloniale

354. L'ambiguïté de la politique coloniale se caractérise par la volonté d'étendre ou de limiter les droits civils des populations africaines. Ce sont d'abord la plupart des conditions liées au statut de « non libres » qui seront reportées dans les colonies. Puis l'insertion des

droits civils dans les colonies françaises (futurs Etats africains) s'est faite suivant deux principes aux objectifs et méthodes contradictoires. Il s'agit d'une part, de la volonté civilisatrice de rendre le droit français applicable dans les colonies de manière à le substituer aux coutumes, et d'autre part, d'éviter que l'ensemble du droit applicable en France métropolitaine se retrouve systématiquement applicable dans les colonies.

355. La mise en œuvre de ces objectifs opposés sera à l'origine, d'une part de la politique d'assimilation (A) et, d'autre part, de l'institution du principe de la spécialité législative (B).

A – La politique d'assimilation

356. L'assimilation est un terme polysémique de la pensée juridique coloniale. Il désigne à la fois « le processus de rapprochement des formes d'organisation administrative entre métropole et colonie (au bénéfice des seuls colons), le mouvement d'égalisation des statuts juridiques entre populations colonisatrices et colonisées, et la mesure de la distance ou de la proximité culturelle (« civilisationnelle») des individus des deux groupes »³⁸⁸.

357. La mise en œuvre de cette politique (1) aura des conséquences (2) sur les statuts civils des individus et la manière dont le droit français leur est appliqué.

1) La mise en œuvre de la politique d'assimilation

358. Le législateur français tentera de placer les peuples africains sous la juridiction de son droit civil, persuadé et aussi voulant convaincre ces peuples de la supériorité des mœurs et valeurs de civilisation d'origine gréco-romaine et judéo-chrétienne.

359. L'empire français se concevait comme « un seul et même ensemble cohérent et l'unité politique conduit forcément à l'unité de civilisation ainsi qu'à l'unité de droit »³⁸⁹. Il fallait donc étendre le bénéfice de la loi civile métropolitaine aux autochtones et aussi les amener à la foi chrétienne en les soustrayant à l'empire de leurs croyances et coutumes.

360. Cette doctrine que M. Guy A. KOUASSIGAN qualifiera de « politique d'assimilation outrancière »³⁹⁰ justifiait la promulgation des textes qui en assuraient le succès. Elle se traduit dans le décret du 16 Pluviôse An II³⁹¹ qui proclame « ...l'abolition de l'esclavage des nègres et dispose que tous les hommes, sans distinction de couleur, domiciliés dans les colonies, sont citoyens français et jouissent de tous les droits assurés par la constitution ».

³⁸⁸ Laure BLEVIS, *La citoyenneté française au miroir de la colonisation ...op.cit.* p.41-42

³⁸⁹ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, éd. A. Pedone Paris 1974. p.23

³⁹⁰ Idem, p.25

³⁹¹ 4 février 1794

361. Le code civil qui définit les droits civils des citoyens sera ainsi rendu applicable au Sénégal par l'arrêté du gouverneur en date du 5 novembre 1830³⁹². Un autre texte qui marquait la politique d'assimilation est la loi du 24 avril 1833³⁹³. Ce texte visait à étendre aux ressortissants des pays d'Outre-mer le bénéfice des dispositions du code civil. Il était applicable en Afrique noire aux indigènes des quatre communes de plein exercice du Sénégal³⁹⁴, les autres pays n'étant pas encore sous l'emprise directe et permanente de la colonisation française³⁹⁵.
362. Elaborée dans une perspective purement idéaliste, la difficulté intrinsèque de son application était de savoir si les indigènes étaient soustraits à l'autorité de leurs coutumes pour être soumis aux règles du code civil³⁹⁶. L'autre difficulté était la résistance des institutions traditionnelles africaines. La politique d'assimilation s'est révélée « utopique et irréalisable » à cause de la persistance des droits coutumiers négro-africains.
363. Ces difficultés conduisent le législateur colonial à prendre le décret du 20 mai 1857 qui consacrait, sauf option expresse en faveur du droit français, la compétence exclusive des coutumes en matière de droit de la famille. Il s'agissait au Sénégal, des coutumes plus ou moins islamisées qui s'appliquaient à l'état civil, au mariage, aux successions, donations et testaments. L'on passera ainsi de l'assimilation outrancière à « l'assimilation suggérée »³⁹⁷. Ces matières, auxquelles s'appliquent de façon dérogatoire les coutumes constituent le « statut réservé ». Les Africains en principe soumis au statut civil français en tant que citoyens sont justiciables de leurs coutumes lorsqu'il s'agit de litiges rentrant dans le cadre du « statut réservé ».
364. La dualité offre cependant la supériorité au droit français. Celui qui opte en faveur du droit français ne peut y renoncer. Celui qui est soumis aux coutumes peut toutefois y renoncer et opter en faveur du droit français et en cas de conflit entre une loi française et une coutume, c'est la loi qui l'emporte. De plus, les coutumes ne s'appliquaient que si les indigènes en réclamaient le bénéfice et si elles n'avaient rien de contraire avec la civilisation française. Tout était fait pour que l'option des indigènes soit en faveur du droit français car la qualité de

³⁹² Ce texte dispose que « le territoire de la colonie est considéré, dans l'application du droit civil, comme partie intégrante de la métropole. Tout individu né libre et habitant le Sénégal ou ses dépendances, jouira dans la colonie des droits accordés par le code civil aux citoyens français ».

³⁹³ Article 1^{er} de la loi du 24 avril 1833 « toute personne née libre ou ayant acquis légalement sa liberté jouit dans les colonies françaises :

1) des droits civils ;

2) des droits politiques sous les conditions prescrites par la loi ».

³⁹⁴ Ces communes sont Dakar, Gorée, Rufisque et Saint-Louis

³⁹⁵ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? ...op.cit.* p.16

³⁹⁶ Idem

³⁹⁷ Idem. p.43

citoyen était perçue comme une amélioration de statut, (passage du statut de sujet à celui de citoyen). Il fallait accepter l'ensemble du droit français et devenir citoyen ou demeurer soumis aux coutumes et se résigner à la condition de sujet³⁹⁸. Les deux systèmes cohabitaient donc mais la porte restait ouverte pour l'abandon des coutumes traditionnelles au profit de la loi française.

2) Les conséquences de la politique d'assimilation

365. Par la politique d'assimilation, le législateur colonial avait pour objectif, l'uniformisation du droit, mais il avait fini par admettre la possibilité de conserver les règles coutumières dans certains domaines de la vie comme les questions familiales. L'existence de deux (2) droits avait pour conséquence la diversité des statuts civils (a) applicables aux populations des colonies.

366. La diversité des statuts aura alors pour effet de limiter le bénéfice du droit français aux peuples africains (b).

a – La diversité des statuts civils

367. La diversité des statuts s'illustre déjà aux origines de la colonisation par l'interdiction des mariages mixtes³⁹⁹. Il y avait une distinction entre les citoyens français et les sujets français. Les citoyens français étaient les ressortissants français résidant dans les colonies et les indigènes ayant accédé à la citoyenneté française.

368. Les originaires des quatre (4) communes de plein exercice du Sénégal avaient la qualité de citoyens français mais avaient la faculté de se prévaloir de leurs droits traditionnels pour certaines matières conformément au statut réservé. Leur soumission aux coutumes les empêchait d'avoir la pleine qualité de citoyens français. Ils étaient donc des « sujets français privilégiés ».

369. La grande masse des autochtones des colonies était des sujets français. Sur le plan politique, ils ne jouissaient pas des droits de citoyen français. En droit privé également, ils ne jouissaient pas des droits civils. Ils n'étaient pas soumis aux prescriptions du code civil mais étaient régis dans leurs rapports privés par leurs droits traditionnels.

³⁹⁸ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? ...op.cit.* p.43

³⁹⁹ M. BADJI, *Droits naturels, droits de l'homme et esclavage*, op.cit. p.89-90

370. La loi du 29 septembre 1916⁴⁰⁰ vint raviver la controverse sur la dualité des droits civils. L'inquiétude suscitée par ce texte était de savoir si la qualité de citoyen français remettait en cause le « statut réservé ». La doctrine et la jurisprudence essayèrent de trancher la question.
371. La jurisprudence eut l'occasion de se prononcer suite à un litige devant la justice de paix à compétence étendue de Kaolack. Suite au décès d'un citoyen de Saint-Louis donc citoyen français, la question s'est posée de savoir si sa succession devait être régie par les règles du droit français ou au contraire par le droit traditionnel islamisé⁴⁰¹. Le jugement rendu le 22 décembre 1925, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de l'AOF en date du 2 avril 1926, trancha en faveur de l'application du droit traditionnel. Selon la Cour, ni la loi du 24 avril 1833, ni même l'arrêté du 5 novembre 1830 qui a promulgué le code civil au Sénégal n'ont eu pour effet d'imposer le statut des Français aux indigènes du Sénégal. « La jouissance des droits civils reconnus par ces textes à tous les individus libres n'impliquait pas la substitution forcée aux droits civils propres résultant pour les indigènes de leurs mœurs et leurs coutumes et constituant leur statut personnel, des droits et obligations constituant le statut des nationaux européens »⁴⁰².
372. La Cour a également estimé que la loi du 29 septembre 1916 n'avait pas pour effet de retirer, aux indigènes des quatre communes de plein exercice du Sénégal, leur statut personnel mais qu'elle a seulement voulu régler leur situation militaire. Cette position réaffirmée dans un autre arrêt du 13 mai 1927⁴⁰³ a été soutenue par une partie de la doctrine.
373. Pour LAMPUE⁴⁰⁴ notamment, plusieurs textes notamment le décret du 20 mai 1857, ont posé le principe selon lequel les indigènes du Sénégal comme ceux des quatre communes de plein exercice sont régis par leur statut personnel. Il soutient que les droits civils dont parle le législateur de la loi de 1833 ne sont pas nécessairement ceux prévus par le code civil mais ceux résultant du droit privé qui leur est propre.
374. Se fondant sur l'article 7 du code civil, il affirme que l'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques. Il évoque la notion de citoyen dans la loi du 29 septembre 1916 et fait remarquer que si l'on prend dans son sens littéral l'expression

⁴⁰⁰ Ce texte disposait en effet que : « les natifs des quatre communes de plein exercice du Sénégal sont et demeurent des citoyens français soumis aux obligations militaires prévues par la loi du 19 octobre 1915 ».

⁴⁰¹ Cour d'Appel de l'AOF, 2 avril 1926, Penant 1926, Jurisprudence, p.197 s. Voir aussi G. A. KOUASSIGAN, op. cit. p.28

⁴⁰² Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?* ...op.cit. p.29

⁴⁰³ Cour d'Appel de l'AOF, 13 mai 1927. Penant 1928, p.129 et s. Voir aussi G. A. KOUASSIGAN, op. cit. p.29

⁴⁰⁴ Pierre LAMPUE, note sous arrêt de la Cour d'Appel de l'AOF du 2 avril 1926, Penant 1926, Jurisprudence, p.197s.

« citoyen français » de la loi, les originaires des quatre communes et leurs descendants sont soumis à toutes les lois françaises et qu'ainsi, ils cessent d'être régis par leurs lois personnelles.

375. Aboutissant ainsi à une solution contraire à sa thèse, il affirme d'une part que « le législateur n'a pu avoir pareil dessein »⁴⁰⁵ et que d'autre part, les originaires des quatre communes ne sont pas citoyens au sens juridique du terme. Il voit dans leur citoyenneté un droit dérogatoire, une faveur justifiée par leur long rattachement à la France, avant de conclure qu'ils ne sont donc pas des citoyens puisqu'ils n'ont pas le statut civil français. Ils sont plutôt « des sujets français privilégiés »⁴⁰⁶.

376. SOLUS défendra quant à lui, la thèse contraire. Pour lui, « dire qu'un indigène est citoyen français, c'est formuler un principe de droit, et ce principe consiste en ceci que cet indigène possède dans toute sa plénitude les droits civils et politiques des citoyens français, que sa condition juridique et politique est celle des citoyens français »⁴⁰⁷.

377. Si cette position semble plus conforme au sens et à la portée juridique de la loi de 1916, l'on est alors tenté de se demander pourquoi la jurisprudence et une partie de la doctrine s'en sont éloignées.

b – Le refus du bénéfice du droit français aux peuples africains

378. Pour Guy A. KOUASSIGAN, la solution restrictive adoptée par le législateur colonial puis par l'arrêt du 2 avril 1926 n'était pas juridique et se justifiait par un compromis entre politique d'assimilation du colonisateur et résistance du colonisé⁴⁰⁸.

379. Le législateur colonial avait déjà réussi à imposer sa loi comme loi supérieure. Guy A. KOUASSIGAN parle certes de compromis, mais il reconnaît qu'il s'agit d'un compromis d'autant plus inégal que « la supériorité de la législation coloniale sur les droits traditionnels est affirmée et consacrée »⁴⁰⁹. Les droits traditionnels avaient un domaine d'intervention limité et leur application était écartée chaque fois qu'ils étaient incompatibles avec l'ordre public colonial.

380. Si le législateur colonial avait les moyens d'action juridiques et coercitifs pour imposer la supériorité de la loi française, pourquoi alors n'en généralisait-il pas l'application ?

⁴⁰⁵ P. LAMPUE, note précitée, p. 201-202.

⁴⁰⁶ P. LAMPUE, note sous arrêt du 13 mai 1927, Penant 1928, p.129 et s.

⁴⁰⁷ Henry SOLUS, « Traité de la condition des indigènes en droit privé », Paris 1927, Recueil Sirey p.131s. Voir également G. A. KOUASSIGAN, op. cit. p.32

⁴⁰⁸ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?* ...op. cit. p.34

⁴⁰⁹ Idem, p.34

L'on a du mal à croire qu'il ait laissé la possibilité aux indigènes de garder leurs lois et coutumes par pur humanisme. Il s'agit plutôt d'une réticence du colonisateur à accorder la citoyenneté française à tous les Africains et à généraliser l'application de l'ensemble du droit métropolitain dans les territoires coloniaux.

381. Les conceptions politiques et les interprétations jurisprudentielles du colonisateur sur la qualité de citoyen limitaient l'application des droits civils. La qualité de citoyen français ne pouvait être accordée qu'aux autochtones les plus avancés dans la voie de l'adoption de la civilisation française. Il s'agit d'une faveur conférée par la France et l'impétrant devait s'être rapproché de la civilisation française par son genre de vie et ses habitudes sociales, être monogame, avoir fait usage de l'état civil pour constater son mariage et la naissance de ses enfants. Sa famille devait avoir participé à cette évolution⁴¹⁰.
382. Les textes qui reconnaissaient la compétence des coutumes dans certaines matières (comme le décret du 20 mai 1857) n'ont pas modifié la loi du 24 avril 1833 qui conférait la jouissance des droits civils aux ressortissants des colonies. Ils coexistent avec elle de sorte que les Africains qui demeuraient soumis à leurs coutumes, ne pouvaient avoir la qualité de citoyens français.
383. La citoyenneté accordée avait plus l'air d'une faveur que d'un droit véritable. Et la jurisprudence jugeait au surplus que « la citoyenneté française était incompatible avec le maintien du statut personnel »⁴¹¹. En faisant intervenir la notion de citoyenneté, le colonisateur reconnaissait aux indigènes leur statut personnel, mais leur ôtait le bénéfice des lois françaises.
384. Si la citoyenneté s'entend comme « un statut de droit public et de droit privé et soumet le citoyen à toutes les lois de la cité »⁴¹², pourquoi alors la cour d'appel⁴¹³ s'est-elle refusée à étendre aux indigènes les conséquences qui s'attachent à la qualité de citoyen français ?
385. Rejoignant partiellement l'opinion de LAMPUE, il faut penser que le législateur colonial n'avait sûrement pas eu pour dessein de soumettre les originaires des quatre communes à l'ensemble des lois françaises. L'extension de l'ensemble du droit français, en particulier des droits civils aux peuples indigènes risquait de détruire les fondements de la colonisation. Elle aurait conduit à reconnaître aux indigènes les principes de liberté et d'égalité et à leur reconnaître les mêmes droits que les Français d'origine. L'application

⁴¹⁰ En AOF, décret du 25 mai 1912 complété par un arrêté du gouverneur général de l'AOF en date du 29 octobre 1912 et modifié par le décret du 25 août 1932 cités par Guy A. KOUASSIGAN, op. cit. p.37

⁴¹¹ Cass. Civ. 12 décembre 1923, Penant 1924, Jurisp., p.132.

⁴¹² Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?...* op. cit. p.34

⁴¹³ Cour d'appel de l'A.O.F., 2 avril 1926, Penant 1926, Jurisp. P.197 et s.

systematique et généralisée du droit aurait mis à nu les contradictions de la colonisation. Le refus d'octroi de la qualité de citoyen et le refus de l'application généralisée du droit justifiaient et permettaient la différence de traitement entre citoyen et sujet français.

386. L'on est tenté de croire qu'en revendiquant la qualité de citoyen français, les Africains⁴¹⁴ visaient à lutter contre l'inégalité des traitements entre français et indigènes alors qu'aux yeux du colonisateur, c'était un moyen d'appeler les indigènes aux obligations militaires dans un contexte de guerre, et donc de leur imposer un devoir, non de leur reconnaître un droit.

387. L'interprétation donnée par la doctrine et la jurisprudence françaises aux différents textes évoquant les droits civils renforce ce point de vue. Non seulement, cette interprétation ne paraît pas convaincante au regard du droit⁴¹⁵, mais elle démontre clairement l'intention du colonisateur de ne pas étendre la reconnaissance des droits civils aux indigènes.

388. Sur la même loi du 24 avril 1833, la jurisprudence donnera une interprétation surprenante. La Cour de cassation, se prononçant sur la portée de l'article 1 dira que les "droits civils" mentionnés ne sont pas forcément ceux prévus par le code civil français, mais peuvent aussi bien être ceux résultant du droit privé spécial écrit ou coutumier des indigènes des colonies.⁴¹⁶

389. C'est dans le droit de la famille et les droits fonciers que l'on a remarqué le plus de résistance à l'application du droit français. Or ces domaines n'ont pas vraiment constitué un obstacle à la politique coloniale. De plus, il est certain qu'en raison des avantages qu'offrait le statut civil français, il attirait beaucoup d'Africains.

390. Cependant, ces derniers ne se sont pas vus accordés l'égalité de condition avec les Français de la Métropole. L'on ne peut donc pas dire que les Africains aient réussi à imposer leur statut traditionnel. Si l'on doit parler de "résistance des coutumes", il s'agit certainement d'une "résistance passive", caractérisée par le maintien de pratiques coutumières déjà

⁴¹⁴ La loi du 29 septembre 1916 était dite Loi Diagne du nom de son promoteur Blaise DIAGNE, 1^{er} député noir à la Chambre française des députés.

⁴¹⁵ Sur l'article 2 de la loi du 24 avril 1833 : « toute personne née libre ou ayant acquis légalement sa liberté jouit, dans les colonies françaises : 1) des droits civils 2) des droits politiques, sous les conditions prescrites par les lois. », la doctrine se retranchant derrière l'expression "sous les conditions prescrites par les lois" soutient qu'en ce qui concernent les droits civils, cette loi ne s'applique pas aux indigènes ayant conservé leur statut personnel. Or le texte comporte deux alinéas distincts et l'expression "sous les conditions prescrites par les lois" se situe au second alinéa, lequel n'est pas relié au premier par la conjonction de coordination "et". (Voir sur la question Guy A. KOUASSIGAN, op. cit. p. 35 et s.)

Cette interprétation va par ailleurs contre l'article 7 du code civil qui dispose que "l'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle". (Formule de l'article antérieur à la loi du 26 juin 1889)

⁴¹⁶Cass. Civ. 6 mars 1883, D.I., p.308, cité par Guy A. KOUASSIGAN, op. cit. p. 39

tolérées par le colonisateur. Le pragmatisme colonial basé sur la reconnaissance des « coutumes indigènes » visait également à s'assurer le soutien du « pouvoir traditionnel »⁴¹⁷.

391. Si la politique d'« assimilation suggérée » a été un frein à l'objectif d'uniformisation du droit par le législateur colonial, si les positions doctrinales et les interprétations jurisprudentielles ont limité l'application des droits civils aux peuples d'Afrique noire, il faut aussi admettre qu'une certaine politique propre au législateur colonial limitait déjà l'application du droit métropolitain en Afrique. La philosophie qui conduisait la jurisprudence et la doctrine à limiter l'application du droit civil, répondait justement à une politique en matière législative qui limitait déjà dans les colonies, l'application du droit métropolitain en général. Cette politique se traduisait par le principe de la spécialité législative.

B – Le principe de la spécialité législative

392. En réalité, les citoyens français d'origine et ceux d'Afrique n'étaient pas soumis à toutes les lois métropolitaines relatives aux droits civils et ceci depuis l'Ancien régime⁴¹⁸. Toutes les constitutions à partir de 1791, excepté celle de l'An III posèrent le principe que « les colonies et possessions françaises, quoi qu'elles fassent partie de l'Empire français, ne sont pas comprises dans la constitution »⁴¹⁹.

393. C'est la constitution républicaine du 4 novembre 1848 qui revint consacrer l'intégration des colonies à la métropole. Mais ce rattachement n'impliquait pas l'application dans les colonies de toutes les lois en vigueur en métropole. La constitution avait pris soin de préciser que « le territoire colonial serait régi par des lois particulières »⁴²⁰. Cette particularité était assurée grâce au principe de la spécialité législative. L'application du principe (1) s'observe surtout pendant la période coloniale puis est progressivement remise en cause (2) vers la fin de cette période.

1) L'application du principe de la spécialité législative

394. Le principe dit de la spécialité législative consistait à écarter l'application de plein droit dans les colonies, des textes promulgués en métropole. Une procédure spéciale était

⁴¹⁷ Marie RODET, *Genre, coutumes et droit colonial au Soudan français (1918-1939)* in L'évolution des stratégies matrimoniales, Cahiers d'études africaines, Ed. de l'E.H.E.S.S p.583

⁴¹⁸ Affirmation du principe par l'ordonnance du 18 mars 1766 : « Sa Majesté défend aux Gouverneurs, Intendants et Conseils supérieurs d'exécuter et faire ou souffrir exécuter aucune expédition du Sceau ou du Conseil ».

⁴¹⁹ Art 2 de la constitution de 1791.

Art 6 de la constitution de l'An III "Les colonies françaises font partie intégrante de la constitution".
Constitution de l'An VIII "Le régime des colonies françaises est déterminé par des lois spéciales".

⁴²⁰ Article 109 de la constitution du 4 novembre 1848

nécessaire pour qu'un texte édicté en métropole soit appliqué dans les colonies. Il s'agit d'une part de l'extension par les autorités métropolitaines (a) et d'autre part de la promulgation et de la publication par les autorités coloniales (b).

a – L'extension par les autorités métropolitaines

395. Il était interdit par différents textes⁴²¹, aux gouverneurs, de « rendre exécutoires dans la colonie qu'ils administrent, les lois, ordonnances et règlements de la métropole sans un ordre supérieur »⁴²². Cet ordre supérieur pouvait provenir du roi (par décret) ou du législateur (par la loi). Le principe de la spécialité législative est considéré avoir été expressément prescrit pour la première fois dans le « sénatus consulte » du 3 mai 1854⁴²³. L'article 18 de ce texte législatif disposait que les colonies autres que les Antilles et la Réunion seraient régies « par décrets de l'empereur, jusqu'à ce qu'il ait été statué à leur égard, par un sénatus-consulte ».

396. L'imprécision du domaine d'application semble être, une des causes du flou juridique autour de l'application des droits civils. Les droits civils ne sont pas régis que par le code civil français. L'existence du principe de la spécialité législative aurait donc eu pour effet, de limiter l'application de textes reconnaissant des droits civils et qui n'auraient pas été expressément rendus applicables dans les colonies. L'extension des textes pouvait intervenir dans les colonies, plusieurs années après leur promulgation en métropole. Le pouvoir central pouvait également décider de l'extension du texte par morcellement. La diversité des territoires français faisait que le droit positif de l'un pouvait être différent de celui de l'autre. Il existait ainsi en France, une pluralité d'ordres juridiques, chacun d'eux « correspondant à l'un 'des territoires de droit' compris dans l'Etat »⁴²⁴. D'autres formalités en dehors de l'extension étaient nécessaires pour qu'un texte édicté en métropole devienne applicable dans une ou plusieurs colonies.

b – La promulgation et la publication par les autorités coloniales

397. Ces formalités permettent au texte de loi d'avoir force obligatoire dans la colonie. Par exemple en A.O.F., la promulgation devait être faite par un arrêté du gouverneur général énonçant que telle loi ou décret promulgué en métropole a été étendu à la colonie. Les textes

⁴²¹ Ordonnance royale du 21 août 1825, (article 63). Ordonnance du 9 février 1827, (article 66) - Sénatus-consulte du 3 mai 1854 (art. 3, 6, et 9)

⁴²² Voir également Cass. 7 août 1843. S. 1843. I. 841.

⁴²³ Il s'agit de la décision du Sénat sous le 1^{er} et le 2^{ème} Empire français. Ce texte avait valeur de loi.

⁴²⁴ Pierre LAMPUE, note sous Arrêt de la cour d'Appel de Yaoundé, 8 mai 1957, Penant n° 654, nov –déc 1957, p.334

promulgués devaient faire l'objet d'une double publication, d'abord dans le journal officiel du gouverneur général puis dans le journal officiel des différentes entités de l'A.O.F.

398. Le principe de la spécialité législative limitait l'application du droit métropolitain dans les colonies. Cette procédure renforce l'idée selon laquelle le législateur colonial ne voulait pas prendre le risque de voir les principes fondateurs des droits civils notamment les principes de liberté et d'égalité reconnus dans les colonies. Le droit moderne, s'il avait été pleinement appliqué, risquait de remettre en cause les principes de la colonisation et de donner aux Africains, des velléités de revendication de liberté et d'égalité.

399. Ce n'est que plus tard qu'un fondement a été trouvé au principe de la spécialité législative. La jurisprudence considérait qu'il avait pour « fondement essentiel, la considération de bon sens, que les lois étaient faites pour un territoire et une société donnée, dont les besoins sont connus, (qu'elles) ne peuvent être appliquées à d'autres territoires, qu'après un examen préalable et approfondi de leur bien-fondé, et les adaptations indispensables pour ne pas trahir l'intention même du législateur »⁴²⁵.

2) Vers la remise en cause du principe de la spécialité législative

400. L'idée de soumettre les colonies à un régime juridique différent de celui de la métropole apparaît comme une constante chez le législateur colonial, ceci dans les différents domaines du droit.

401. Toutefois, depuis la constitution du 27 octobre 1946, les avis semblent partagés sur la pertinence du principe de la spécialité législative. Cette constitution sera la première étape vers la remise en cause du principe tant en ce qui concerne les droits civils (a) que l'application du droit en général (b).

a – La remise en cause par une plus large reconnaissance des droits civils

402. Le préambule de la constitution du 27 octobre 1946 ouvre de nouvelles perspectives. Il y est énoncé que « la France forme avec les peuples d'outre-mer une union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs sans distinction de race ni de religion ». « L'affirmation du principe de l'égalité des droits et des devoirs emportait condamnation de la distinction qui existait entre citoyens et sujets français »⁴²⁶. Mais le préambule de la constitution n'avait pas de force légale positive⁴²⁷.

⁴²⁵ Pierre LAMPUE, note précitée. p.334

⁴²⁶ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?...* op. cit. p.49

⁴²⁷ Conseil d'Etat, 7 juillet 1950, arrêt Dehaene, 9 mars 1951

403. C'est pourquoi cette affirmation sera expressément reprise par l'article 80 de la constitution de 1946⁴²⁸ qui reconnaît aux ressortissants des territoires d'outre-mer la qualité de citoyen au même titre que les nationaux français de la métropole. L'article 80 n'est que la reproduction de la loi du 7 mai 1946 dite loi Lamine Gueye qui avait déjà pour objectif de mettre fin à la distinction entre citoyens et sujets français⁴²⁹.
404. Mais l'article 82⁴³⁰ de la constitution de 1946 consacrait le maintien du statut personnel des citoyens qui n'y avaient pas renoncé, de sorte que la citoyenneté des Africains, qui pouvait comprendre les droits civils et politiques, était limitée à sa conception restrictive pour ne comprendre que les droits politiques⁴³¹.
405. Bien que l'égalité des droits ait été consacrée, le principe de la spécialité législative n'avait pas pour autant disparu des pratiques coloniales. C'est pourquoi l'alinéa 2 de l'article 80 de la constitution de 1946 précisait que « des lois particulières établiront les conditions dans lesquelles ils (les ressortissants des territoires d'outre-mer) exerceront leurs droits de citoyens ». Les conditions d'exercice des droits des citoyens étaient « la juste mesure du degré d'évolution des Africains »⁴³². Selon Marius MOUTET, alors ministre de la France d'Outre-Mer, « des lois spéciales étudieront les droits de citoyens, progressivement, selon la nature et le degré de leur évolution »⁴³³. Le principe de l'égalité des droits entre Français et Africains des colonies était proclamé mais la reconnaissance des mêmes droits civils entre eux n'était pas encore assurée.

b – la remise en cause dans l'application du droit en général

406. La controverse fut suscitée par l'article 72 de la constitution de 1946⁴³⁴. La question s'est alors posée de savoir si ce texte énonçait une dérogation au principe de la spécialité législative (lequel excluait l'application de plein droit des textes dans les colonies).

⁴²⁸ Art.80 al 1 de la constitution de 1946 : « Tous les ressortissants des territoires d'outre-mer ont la qualité de citoyen, au même titre que les nationaux français de la métropole ou des territoires d'outre-mer ».

⁴²⁹ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?...* op. cit. p.50

⁴³⁰ Art.82 de la constitution de 1946 : « Les citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ».

⁴³¹ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?...* op. cit. p.50

⁴³² *Idem*, p.50

⁴³³ Cité par Doudou THIAM, *La portée de la citoyenneté française dans les territoires d'Outre-Mer*, Paris, 1953, p.108.

⁴³⁴ Il énonce que « dans les territoires d'outre-mer, le pouvoir législatif appartient au parlement, en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative. En toutes autres matières, la loi française n'est applicable dans les territoires d'outre-mer, que par disposition expresse, ou si elle a été étendue par décret, aux territoires d'outre-mer, après avis de l'assemblée de l'Union française ».

407. La jurisprudence et la doctrine admirent d'abord que certaines règles puissent être applicables de plein droit. Il s'agit :
408. -des règles dont l'objet même indique qu'elles sont faites pour l'Etat tout entier,
409. -des lois ayant trait à la structure générale de la République française, au fonctionnement de ses organes centraux,
410. -des principes généraux du droit inséparables des conceptions qui dominent l'organisation constitutionnelle et qui s'induisent de l'ensemble de la législation.⁴³⁵
411. Il s'agit donc des dispositions qui ne se prêtent pas au pluralisme législatif. En revanche, les matières non énumérées restent soumises au principe de la spécialité législative.
412. La difficulté d'interprétation concerne surtout les matières énumérées à l'alinéa premier de l'article 72 à savoir : la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative. Pour l'opinion majoritaire, l'article 72 n'a jamais voulu réduire la portée du principe de la spécialité législative. Ce principe reste applicable en toute matière, même à celles énumérées à l'alinéa 1 de l'article 72. Selon les auteurs, l'article souffrirait d'une rédaction défectueuse⁴³⁶. Il ne visait pas à reconnaître l'application de plein droit des lois, mais voulait plutôt opérer un partage de compétence entre organes centraux⁴³⁷. L'article viserait donc seulement à réserver la compétence législative au Parlement dans les domaines visés.
413. L'opinion contraire qui voyait en l'article 72, une dérogation à la spécialité législative n'a pas prospéré. En effet, la jurisprudence trancha la question. L'arrêt de la Cour de cassation⁴³⁸ rappelle la portée de l'article 72 en retenant que « l'application à un territoire d'outre-mer ne peut résulter que d'une disposition législative expresse »⁴³⁹. Se penchant sur l'espèce, il précise qu'« en l'absence dans la loi du 18 mars 1955 de disposition expresse d'applicabilité au territoire du Cameroun, et à défaut de promulgation régulière postérieure à ladite loi dans ce territoire, l'arrêt attaqué a, à bon droit, refusé d'en faire application »⁴⁴⁰. Cet arrêt réaffirmant le principe de la spécialité législative, intervint à la veille des indépendances.
414. L'insertion du droit français dans le système colonial indigène n'était qu'un moyen efficace d'assurer la domination des intérêts français⁴⁴¹. Il ne visait pas à répandre les principes de droit civil. L'ambiguïté de la politique coloniale s'illustre par le fait que sans

⁴³⁵ Pierre LAMPUE, « Les lois applicables dans les territoires d'outre-mer » Penant 1950, n° 2, p.1 et s.

⁴³⁶ Cass.crim. 12 juillet 1955, Penant n°651 juillet 1957, p.131, note Georges AMADEO

⁴³⁷ Avant cette constitution, l'exécutif et le législatif pouvaient tous les deux légiférer dans les colonies.

⁴³⁸ Cass. Ch. Réunies 29 avril 1959, Bull. civ. Avril 1959 n°4, p.3

⁴³⁹ Cass. Ch. Réunies 29 avril 1959, Bull. civ. Avril 1959 n°4, p.3

⁴⁴⁰ Cass. Ch. Réunies 29 avril 1959, Bull. civ. Avril 1959 n°4, p.3

⁴⁴¹ M. BADJI, *Droits naturels, droits de l'homme et esclavage*, op.cit. p.148

renoncer aux principes de droit proclamés, un système normatif divergent de celui de la métropole s'est développé dans les territoires d'Outre-mer. En reconnaissant le principe d'égalité des droits aux Africains, le système colonial leur procurait en réalité, un semblant d'égalité avec les Français. Ce système colonial détruisait la base de leur système traditionnel qui se trouvait être leur bien le plus précieux⁴⁴².

415. Le refus d'appliquer systématiquement le droit français aux peuples colonisés, n'est pas l'œuvre de la révolte des Africains mais répondait à la stratégie des colonisateurs. C'est alors aux autorités des nouveaux Etats africains qu'il reviendra d'y mettre fin.

Paragraphe 2 : L'attitude du législateur africain face au droit français

416. Les nouveaux législateurs adoptent de plein droit les textes français dans quasiment tous les domaines, notamment celui des droits civils. L'abrogation pure et simple du droit en vigueur aurait créé un vide juridique que chaque Etat voulait éviter. La procédure de réception du droit français par les nouveaux Etats africains (A) conduit à s'interroger sur les conséquences du choix du législateur africain notamment en matière civile (B).

A – La procédure de réception du droit français par les nouveaux Etats africains

417. Les liens avec la France sont restés très forts, même après les indépendances. «La culture politique et juridique des nouveaux dirigeants africains était avant tout française »⁴⁴³ au point où les constitutions adoptées étaient souvent de simples copies du texte français de 1958.

418. La plupart des textes du droit français ont été rendus applicables dans les nouveaux Etats africains soit par le fait du législateur ou de la jurisprudence. Plusieurs arguments juridiques ont été utilisés à cet effet :

419. -soit les textes étaient rendus applicables en raison de leur fondement,

420. -soit le texte en question consacrait un principe général du droit qu'il était nécessaire de maintenir,

421. -soit les juges usaient de leur pouvoir prétorien pour ériger en principe général, la règle considérée,

422. -soit les textes étaient « d'application implicite » ou « applicables en tant que raison écrite ».

⁴⁴²Mahmood MAMDANI, *Citoyen et sujet, L'Afrique contemporaine et l'héritage du colonialisme tardif*, Ed. Karthala-Sephis, Paris 2004, p.16

⁴⁴³Albert BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2002/4, n°52, p.722

423. D'un point de vue juridique, l'accession à l'indépendance a eu pour conséquence l'avènement d'un ordre juridique distinct, mais pas forcément différent de celui de la France. La plupart des constitutions africaines consacrent la survivance des normes juridiques à la double condition de la non intervention de nouveaux textes et tant qu'elles n'ont rien de contraire à la constitution⁴⁴⁴. Les nouveaux ordres juridiques africains se caractérisaient pour l'essentiel, par le maintien des textes promulgués jusqu'à la loi-cadre du 23 juin 1956 et ses décrets d'application du 04 avril 1957. Certaines règles (différentes selon les pays), limitaient l'application de la loi française.

424. En matière civile, le code civil de 1958 restera applicable dans les termes d'alors et nonobstant les modifications ou abrogations ultérieures opérées par le législateur français. L'adaptation du code civil n'a pas été aussitôt réalisée. Le modèle inspiré du droit français s'imposait dans les Etats africains et prédominait toujours, dans certains cas, un demi-siècle plus tard. En effet, le code civil de 1958, est resté applicable tel quel au Bénin jusqu'en 2004. Le Sénégal a adopté son code de la famille en 1972 mais a consacré la primauté du droit français.

425. Le maintien du droit français était certainement fondé et procurait des avantages pour les nouveaux Etats en quête d'identité. Il serait donc fallacieux de considérer le droit français intrinsèquement comme la cause de la mauvaise application ou de l'inapplication du droit par les populations africaines. C'est plutôt dans l'attitude des législateurs qu'il faudrait rechercher les causes de l'inapplication des droits.

B – Les conséquences du choix du législateur africain en matière civile

426. La réception du droit civil dans les Etats africains est parfois qualifiée de mimétisme. Elle sert de motif pour expliquer les écarts entre le droit et la réalité.

427. Mais ce n'est pas dans le droit en lui-même qu'il faut rechercher l'origine de cette ineffectivité, car le système de droit français comporte des éléments qui militent en faveur de sa bonne application (1). C'est plutôt dans l'attitude du législateur africain qu'il faut rechercher les causes de l'ineffectivité des droits (2).

1) Les éléments du droit français favorables à l'effectivité des droits

428. L'affirmation selon laquelle, la référence au système français peut apparaître comme un obstacle à l'effectivité à cause d'une inadéquation entre ce droit et les réalités africaines

⁴⁴⁴ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ...* op. cit. p.233

n'est pas totalement vérifiée. En effet, la recherche d'effectivité est l'un des objectifs du système de droit français. Dans la logique de ce système, la règle de droit joue un rôle important (a) et est appelée à agir sur les faits.

429. Par ailleurs, il faut relativiser la portée du mimétisme en matière civile, car des similitudes existent entre les systèmes français et africains dans la conception et l'évolution des droits des personnes (b).

a – Le rôle de la règle de droit dans la logique du système français

430. La loi est au sens général, la règle de droit formulée par un organe étatique compétent. Il s'agit en effet de règles qui s'imposent à l'intérieur de communautés organisées, souvent à l'intérieur d'un Etat. Les normes envisagées sont une composante de l'ensemble de l'ordre juridique auquel elles appartiennent.⁴⁴⁵

431. La règle de droit est dans la logique du système de droit français, l'outil utilisé pour rechercher l'effectivité⁴⁴⁶. Pour parvenir à cette effectivité, il faut d'une part, fixer des objectifs à la règle de droit, et d'autre part, réaliser les conditions de l'utilisation de la règle de droit. En d'autres termes, l'effectivité suppose que l'on fixe des objectifs au droit et que l'on crée les conditions garantissant l'application du droit. De la sorte, l'effectivité apparaît comme la réalisation des objectifs fixés ou comme la conformation spontanée ou forcée des comportements.

432. Les règles juridiques créent donc des cadres qu'elles offrent pour les actions ou les leur imposent en vue de leur exercice. Cette vision « impérativiste »⁴⁴⁷ des règles de droit (qui prescrivent, interdisent ou autorisent des conduites) découle de la définition du droit comme règle qui vise à gouverner les conduites humaines en favorisant certaines, en décourageant d'autres, en éradiquant d'autres. Mais toutes les règles de droit ne sont pas impératives. Elles servent souvent de référence pour déterminer comment les choses envisagées doivent être⁴⁴⁸. Les règles impératives semblent liées aux actions tandis qu'à l'inverse, les règles permissives s'attachent aux comportements. Il est également possible de distinguer parmi les règles de droit, les normes de conduite (qui imposent d'agir d'une certaine manière) et les normes d'organisation (qui attribuent des pouvoirs).

⁴⁴⁵ J. Dabin, *Théorie générale du droit*, nouvelle édition, Paris Dalloz, 1969, p.28 et s

⁴⁴⁶ Voir Introduction. Définition de l'effectivité selon Vocabulaire juridique: caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu.

⁴⁴⁷ A. JEAMMAUD, « Les règles juridiques et l'action » in *Recueil Dalloz Sirey*, 1993, 29^{ème} cahier. Chronique, p. 207

⁴⁴⁸ Idem.

433. L'effectivité des droits est donc très liée à la nature des normes. Celles-ci pèsent sur les actions à travers leur objet. Elles posent également des conditions pour l'obtention d'un résultat purement juridique (comme la validité d'un acte juridique ou l'acquisition de la personnalité juridique). La conception et la nature des différentes règles de droit déterminent ainsi leurs rapports aux actions, aux comportements des individus et aux faits sociaux.
434. En se référant au système de droit français, les législateurs africains semblaient ainsi adhérer au rôle traditionnel assigné à la règle de droit, celui d'opérer la « régulation » de la société, c'est-à-dire d'agir sur les actions et de régler les conduites. Par ailleurs, ils faisaient de la loi, le mode principal de création du droit⁴⁴⁹.
435. Le rôle théorique de la règle de droit sur les faits renvoie donc à la recherche de la définition et des objectifs du droit. Le point le plus important à souligner est celui de savoir si le droit doit être un ensemble de règles de conduite ou un ensemble de faits sociaux.
436. La règle de droit doit s'imposer et non s'adapter au contexte social. S'il est évident que le droit doit entretenir quelque rapport avec les réalités socio-économiques et culturelles, sa finalité n'est pas de se conformer aux réalités. Le droit peut s'inspirer des faits et peut même s'adapter aux faits les plus pertinents. Mais il ne doit pas s'identifier aux faits. « Il est important ...qu'il (le droit) reste le support principal du lien social, lieu d'énonciation des choses qui doivent être »⁴⁵⁰. Certes, le droit n'est pas omnipotent et la société toute entière ne peut être saisie par le droit. A trop vouloir coller le droit aux faits, l'on risque d'amputer le droit de sa nature normative et sa fonction instrumentaliste⁴⁵¹.
437. A la question de savoir s'il faut soumettre le droit aux faits, certains auteurs considèrent que la solution sociologique (qui consiste à soumettre le droit aux faits) a quelque chose d'idéologique. Pour eux, il ne faut pas « confondre ce qui est et ce qui devrait être ou croire que tout comportement doit être admis, dès lors qu'il est pratiqué »⁴⁵². Fort heureusement, l'existence d'une loi ne dépend pas de sa réception par ceux qui doivent l'appliquer⁴⁵³. Le véritable problème de l'effectivité des droits en Afrique, c'est en réalité, la mise en place d'institutions capables d'assurer l'application des lois⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ...op.cit.* p.229

⁴⁵⁰ Ph. AUVERGNON, « Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail », in *L'effectivité du droit du travail : A quelles conditions ?* Philippe AUVERGNON, (Dir), Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2006 p.31.

⁴⁵¹ Filiga Michel SAWADOGO, « Le nouveau droit burkinabè de la famille : Principes essentiels et perspectives d'application » in *Revue Juridique et Politique* N°1 Janvier-Mars 1990, éd.Ediena Paris 1989, p.404

⁴⁵² Christian ATIAS et Didier LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1977, chronique XXXIV, p.253

⁴⁵³ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ...op.cit.* p.274

⁴⁵⁴ Idem. p.275

438. La règle de droit se distingue et dépasse les principes qui l'inspirent en ce que dans son existence autonome, elle est obligatoire et que sa violation est sanctionnée⁴⁵⁵. Pour que la règle de droit agisse pleinement sur les faits, il faut lui assigner un objectif précis et recourir au principe d'application. L'application n'est pas laissée à la discrétion des acteurs. Elle ne dépend pas de la volonté des individus. Les règles sont d'application obligatoire. L'établissement et l'application de la règle sont indifférents à la connaissance et à la conscience qu'en ont les intéressés⁴⁵⁶.
439. Les règles juridiques n'ont pas toutes le même degré d'exigence de respect. Pour les unes, seule une observance maximale assure l'utilité. C'est le cas des normes consacrant et garantissant la jouissance des droits de la personnalité.
440. En revanche, les dispositions régissant les actes juridiques par exemple, ne « paraissent pas emporter une exigence aussi absolue comme si leur méconnaissance était moins dangereuse pour l'ordre que le droit prétend façonner »⁴⁵⁷. Ces règles visent plus à satisfaire les intérêts des acteurs c'est-à-dire leur accorder la réussite de l'opération sous forme d'obtention du résultat juridique subordonné à ce respect. La dénonciation du non-respect est également abandonnée aux personnes privées (invocation de l'irrégularité par celui à qui on oppose l'acte).
441. La référence au droit français ne peut donc être perçue comme cause de l'inapplication ou de la mauvaise application des droits. La règle de droit, par sa nature, est entourée des éléments et des conditions qui doivent assurer sa bonne application. La défaillance du droit doit être recherchée au niveau des structures et organes chargés de son élaboration et de sa mise en œuvre. De plus, le contenu des règles de droits civils permet de se rendre compte que les différences ne sont pas si étanches entre droits français et droits africains.

b – La similitude entre le droit français et les droits africains

442. Il existe au regard du contexte d'élaboration du code civil, une relative similitude entre des institutions de droit français et les pratiques coutumières africaines. L'exemple le plus intéressant est celui des principes fondés sur la domination masculine. Les prérogatives

⁴⁵⁵Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ...*op.cit. p.98

⁴⁵⁶ C'est le sens de la règle "*Nemo censetur legem ignorare*" qui signifie « non que chacun est tenu de connaître la loi, mais que la banale ignorance des règles en vigueur et de leur sens précis ne soustrait pas aux conséquences de leur application, sauf exceptionnelle incidence de l'erreur de droit. » Pour d'autres développements, voir A. JEAMMAUD, op.cit. p.210

⁴⁵⁷ A. JEAMMAUD, « Les règles juridiques et l'action », op. cit. p.210

originelles du père de famille⁴⁵⁸ dans le code civil français sont une manifestation de la similitude entre les coutumes africaines et le droit civil. Ces prérogatives ont été facilement reprises dans les ordres juridiques africains, notamment béninois, et se retrouvent encore dans l'actuel code sénégalais de la famille.

443. Cette différenciation dans les rôles entre homme et femme était commune aussi bien au système français qu'aux traditions africaines. Il existait en droit français, des rapports d'inégalité manifeste notamment par la notion de chef de famille. Le code civil français fut donc marqué à une époque par un brin d'égalité et une surdose de supériorité masculine, ce qui le rapproche des droits traditionnels africains.

444. La situation de la femme relativement à sa capacité et à son exclusion de l'héritage immobilier se retrouvait également dans le droit civil français tel qu'il avait été hérité par les Etats africains au lendemain des indépendances. L'inégalité n'est pas seulement une marque du droit traditionnel. Elle a longtemps existé même en droit français à travers la répartition des rôles entre l'homme et la femme.

445. Le deuxième élément qui milite en faveur de la similitude est que le code civil est venu de l'Ancien Droit⁴⁵⁹ et comprend des dispositions empruntées au droit romain et aux coutumes. L'esprit des coutumes n'est donc pas toujours en opposition avec celui des lois. Il est possible de trouver dans les règles traditionnelles, des pratiques ou institutions qui ne vont pas à l'encontre des droits civils tels que conçus dans la théorie de droit français. Le rôle du mari face à son épouse, les devoirs du père, sont inspirés du rôle du « pater familias » du droit romain dans ses rapports avec les autres membres de sa famille. Ce sont autant de règles coutumières reprises par le code civil. Le code civil français n'était pas exempt des coutumes et cela n'a pas empêché son évolution ultérieure. C'est même de cette diversité des coutumes que naîtra une aspiration à l'unité.

⁴⁵⁸ Protection de la femme, devoir d'obéissance de la femme et exercice de la puissance paternelle. Voir anc. Art. 213 code civil (en vigueur de 1803 à 1938) : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari » et anc. Art. 373 du code civil (en vigueur jusqu'en 1942) « Le père seul exerce cette autorité durant le mariage ».

⁴⁵⁹ L'Ancien Droit se caractérise par la diversité des systèmes juridiques. Le droit n'était pas le même d'une province à une autre. On distinguait le droit écrit (romain) au Midi, et dans le reste de la France, le pays de coutumes (imprégné de droit germanique). Cette partie était caractérisée par la multiplicité des coutumes. C'était le droit d'une "monarchie catholique" appuyée sur une "aristocratie foncière". Il est confessionnel (le droit canonique régit le mariage), inégalitaire [privilège dans la condition des personnes et dans la dévolution successorale (droit d'aînesse)], communautaire (la famille ou la corporation prime sur l'individu) et terrien (les immeubles sont les biens par excellence à conserver dans la famille).

2) La responsabilité du législateur africain dans l'ineffectivité des droits

446. Dans les pays d'Afrique, le développement de l'ineffectivité du droit doit être replacé dans le contexte historique de l'implantation d'un droit venu avec la colonisation. Deux modèles ont alors fonctionné : « Dans le premier, ce droit "nouveau" venu d'ailleurs a organisé lui-même une distinction des champs d'application plus qu'une articulation entre droit "moderne" et "règles anciennes". Dans un second cas, le droit "nouveau" a été dit applicable à tous, tout en n'intéressant ou n'étant appliqué qu'à une minorité. »⁴⁶⁰
447. Il revenait au législateur d'organiser les rapports entre droit moderne et droits traditionnels ou de rendre le nouveau droit applicable à tous. Mais le droit est apparu comme un simple fait historique imposé et non plus comme un ensemble de règles appelé à régir la vie des populations. La plupart des nouveaux législateurs se sont contentés de reporter le code civil de 1958, sans s'interroger sur la nécessité de l'adapter et de lui fixer des objectifs spécifiques à la société africaine (a). Ils n'ont pas non plus tenu compte des différentes évolutions ultérieures intervenues dans le code civil au sein de la société française (b).

a – L'absence d'objectifs fixés au droit civil français par le législateur africain

448. Si l'on considère le droit français comme favorable à l'évolution et au développement, le transfert de ses règles en Afrique, paraît souhaitable et fondé. Par contre, si l'on considère que les droits africains ont un caractère pertinent, il fallait les ériger en règle de droit et procéder à une nouvelle codification fondée sur les valeurs endogènes.
449. En adoptant systématiquement les règles du système de droit français, les Africains semblent avoir eu un certain complexe à tirer leurs règles de conduite de leurs coutumes. A l'égard du droit français, la question ne s'est pas posée de savoir s'il fallait le maintenir tel quel ou s'il fallait l'adapter en tenant compte de spécificités africaines. Il aurait fallu après avoir adopté le droit civil français, l'adopter totalement c'est-à-dire dans ses principes et finalités, ce qui suppose que l'on suive ses évolutions ultérieures. L'attitude du législateur africain qui s'est arrêté à la transposition pure et simple fait penser que le droit français en général a été perçu comme un simple fait historique. Il ne lui a donc plus été fixé aucun objectif, ni attribué aucun but.
450. Or, tout droit, quel que soit son contenu et son caractère technique, a toujours une philosophie, c'est-à-dire un but qu'il doit viser. Le fait d'avoir simplement transposé le droit français, sans lui attribuer un but, a fait qu'il manquait aux nouveaux droits africains,

⁴⁶⁰ Ph. AUVERGNON, « Une approche comparative de la question de l'effectivité du droit du travail », op. cit. p.16

« quelque chose de fondamental »⁴⁶¹, comme si nous Africains, ne savions pas trop ce que nous cherchions, vers où nous allions et d'où nous partions. Il manquait à notre droit, « la fin et les principes »⁴⁶².

451. L'objectif que le droit civil avait pour les Français d'origine ne pouvait être en tout point identique à celui qu'il devrait avoir pour les Africains, car il avait l'avantage d'être issu de la société française. Pour les sociétés dans lesquelles il avait été transposé, il leur fallait s'acclimater. Le choix n'ayant pas été fait d'adapter le droit, il fallait donc que les populations s'adaptent à lui.

452. En adoptant le droit français comme norme de référence, le législateur devait fixer à celui-ci l'objectif d'agir sur les comportements des individus, et tout mettre en œuvre pour que ce droit soit effectivement appliqué par les personnes. Cette absence d'objectifs a fait que le droit a certes été rendu applicable à tous, mais tout en n'étant en réalité appliqué que par une minorité. En conséquence, le droit a aujourd'hui encore du mal à être appliqué et à agir sur les faits. Il est même devenu parallèle aux faits, aux comportements des individus au point où personne ne semble s'interroger sur son évolution permanente dans la société auprès de laquelle, il avait été « emprunté » et de son retard subséquent dans les ordres juridiques africains. Or, « le mérite de tout droit, dépend nécessairement de sa réception par les populations dont il se propose de changer les conceptions, les habitudes de penser et d'agir... »⁴⁶³.

b – L'absence d'une politique évolutionniste en matière civile

453. La législation est l'outil principal qui cherche à influencer le changement social. Mais en Afrique tout particulièrement, les différentes tentatives pour influencer les conduites par le biais de la législation semblent avoir été sans grands effets.

454. Cet état de faits a-t-il découragé le législateur africain, au tout début de sa mission, à initier des réformes notamment en matière civile ? En tout cas, à l'heure où s'élevait une contestation politique des valeurs du code civil, les législateurs africains semblaient absents du débat.

⁴⁶¹ Michel VILLEY, *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, éd. Dalloz 2001, p.7.

⁴⁶² Idem. L'auteur fait une réflexion similaire sur la science du droit en général pour justifier l'importance de la philosophie du droit.

⁴⁶³ Doudou NDOYE (Dir), *Droit africain de la famille*. Etudes doctrinales. Mélanges africains. EDJA. 1ère éd. Novembre 2011, p. 50

455. Avec le temps et l'évolution des mœurs, le code civil s'était révélé en France « ni égalitaire, ni démocratique »⁴⁶⁴. Dans le même ordre d'idées, Émile ACOLLAS⁴⁶⁵ estimait que les auteurs du Code civil avaient ignoré tout principe au profit de l'intérêt propre. Pour lui, la première autonomie à créer était celle de l'individu. Le foyer familial devait devenir une école de démocratie, par la reconnaissance de droits à l'épouse et à l'enfant au nom de l'égalité. Le Code civil devrait également supprimer la puissance paternelle et le droit de correction.
456. Ainsi, la décennie (1965-1975) fut celle des grandes réformes du droit civil (régimes matrimoniaux en 1965, majeurs protégés 1968, filiation 1972, divorce 1975). La loi du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux a permis à la femme de se voir reconnaître le pouvoir d'administrer et de disposer seule de ses biens. La loi du 4 juin 1970 a supprimé l'institution de chef de famille⁴⁶⁶ au profit de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Le père conservait sa prééminence dans la gestion des biens de l'enfant et la mère n'était associée que pour les actes les plus importants⁴⁶⁷. La loi du 11 juillet 1975 a établi le principe de l'égalité des époux au regard de la loi pénale de l'adultère. Le mari ne pouvait plus fixer le lieu de résidence de la famille et les époux pouvaient avoir un domicile séparé sans qu'il soit porté atteinte aux règles de la communauté de vie, (suppression de l'unicité de domicile). Par la même loi, le divorce a été « libéralisé » avec l'institution du divorce par consentement mutuel.
457. Les législateurs africains ne procéderont pas aux mêmes réformes. Le législateur sénégalais franchit cependant le pas en adoptant son propre code de la famille en 1972, mais à l'évolution que prenait le droit français, l'on opposa la nécessité du respect des valeurs africaines, notamment islamiques.

⁴⁶⁴ Albert TISSIER, dans un article intitulé « *Le Code civil et les classes ouvrières* » met en évidence combien les rédacteurs du code avaient protégé les fortunes acquises, par le « code bourgeois des propriétaires » qui « ignorait les intérêts des classes ouvrières ». Au nom de l'idée de solidarité, liée à l'idée de justice, il appelait à une « socialisation du droit, une réglementation plus vigilante, une protection juridique contre les abus et les injustices ». Voir J.-P. JEAN et J.-P. ROYER, « *Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale* ». Op.cit. p.133

⁴⁶⁵ Juriste de l'opposition républicaine à Napoléon III, nommé par la Commune à la tête de la Faculté de droit de Paris, auteur du rapport *Nécessité de refondre l'ensemble de nos codes, et notamment le code napoléon, au point de vue de l'idée démocratique*, cité par J.-P. JEAN et J.-P. ROYER, « *Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale* ». op.cit. p.133.

⁴⁶⁶ Pendant le mariage, le père seul exerçait l'autorité (la puissance paternelle) en sa qualité de chef de famille. (Anc. art 373 c.civ en vigueur de 1958 à 1970). Avec la loi de 1970, l'article 372 qui énonçait « l'enfant reste sous leur autorité jusqu'à sa majorité » est devenu « Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorité » (en vigueur de 1970 à 1993).

⁴⁶⁷ Anc Art. 389 Code civil (en vigueur de 1970 à 1985) : « Si l'autorité parentale est exercée en commun par les deux parents, le père est administrateur légal... » et anc. Art.389-5 Code civil (en vigueur de 1964 à 1985) : « Dans l'administration légale pure et simple, l'administrateur accomplit avec le consentement de son conjoint les actes qu'un tuteur ne pourrait faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille... »

458. A l'inverse, au Bénin, des préoccupations de stabilité politique ont détourné l'attention des dirigeants de légiférer⁴⁶⁸. Il semble que les initiatives prises entre 1965 et 1973 en vue d'adopter un code de la famille n'aient pas abouti. La raison évoquée était que les projets ne prenaient pas « suffisamment en compte les réalités sociologiques ni la complexité induite par la codification des pratiques traditionnelles variées »⁴⁶⁹. L'actuel code était en projet depuis 1994 et n'est entré en vigueur qu'en 2004 soit dix (10) ans après.
459. Au Sénégal, la rédaction d'un code est apparue comme une marque de rupture avec le colonisateur dont on a néanmoins reconnu la justesse des idées. « La pensée juridique africaine (paraissait) ...inconciliable avec la conception européenne du progrès »⁴⁷⁰. Les droits traditionnels étaient conçus comme un obstacle au développement. La théorie qui favorisait leur exclusion de l'ordre juridique sénégalais se nourrissait largement de la notion de droit du développement⁴⁷¹. L'on estimait que les droits traditionnels étaient conçus pour des économies fermées et qu'ils étaient incompatibles avec l'intégration de l'Afrique à un ordre économique et social universel.⁴⁷²
460. Mais le recours à la notion de droit du développement ne cachait-il pas plutôt l'absence d'objectifs liés au développement de la condition de la personne humaine ? Dans le droit de la famille, ce n'est certainement pas le développement économique qui doit justifier l'adoption de nouvelles règles⁴⁷³. La notion de droit du développement a plus servi à écarter les règles coutumières qu'à justifier le recours au droit français.
461. L'expérience sénégalaise mettra en lumière la difficulté de la coexistence du droit français avec les coutumes. La volonté était clairement affichée de substituer progressivement les règles juridiques françaises aux coutumes réglementant les droits traditionnels. Mais le législateur sénégalais aura l'originalité de faire cohabiter le droit français avec le droit musulman. Cette cohabitation n'est pas plus facile à réaliser et est peut-être la cause du retard de l'évolution actuelle du droit sénégalais en ce qui concerne ses dispositions empruntées au droit français.

⁴⁶⁸ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi* ...op.cit. p.218

⁴⁶⁹ Rapport de la Commission des lois, de l'administration et des droits de l'homme sur le code des personnes et de la famille, présenté par le député Jules GNANVO à la deuxième session ordinaire de 1998, p.3.

⁴⁷⁰ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi* ...op.cit. p.179

⁴⁷¹ Voir sur le concept, les développements de Amsatou SOW SIDIBE, *Le pluralisme juridique. L'exemple du droit successoral sénégalais*, LGDJ, Paris, 1991, p.226 s. Voir également Roch C. Gnahoui DAVID, *Le droit international privé sénégalais des successions*, Thèse, Dakar, 1999, p.7 s.

⁴⁷² Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi* ...op.cit. p.179

⁴⁷³ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi* ...op.cit. p.180-181. L'auteur se demande si la substitution de la famille européenne à la famille traditionnelle est vraiment nécessaire au développement.

462. Le droit français des personnes n'a jusqu'alors jamais cessé d'évoluer. L'on y observe de plus en plus le retour de considérations morales et surtout éthiques. Les débats actuels⁴⁷⁴ semblent tourner autour de ces valeurs éthiques. Les questions liées au développement des sciences en rapport avec les différents aspects de la vie sont également évoquées. Sur ces questions, les législateurs africains semblent totalement absents, attendant peut-être encore de recopier les solutions qui se dégageront des débats de leurs confrères européens.
463. L'évolution du droit français en tant que modèle choisi par les systèmes de droits africains doit interpeller les Africains, non pas, pour systématiquement copier les solutions retenues ou les réformes adoptées. Cette évolution doit être l'occasion pour le législateur africain de s'interroger sur les questions soulevées. Mais il est rare que des rapports de spécialistes sur les questions intéressant l'individu et la société soient rédigés et publiés à la demande des gouvernements ou des législateurs. Il est malheureusement plus fréquent de constater que des projets ou propositions de lois s'éternisent dans les tiroirs des législateurs surtout lorsqu'il s'agit de questions intéressant les relations personnelles des individus.
464. A défaut d'opter pour une évolution en conformité avec celle du code civil français, les législateurs africains ont opté pour l'introduction de règles coutumières africaines aux côtés des principes de droit civil. Cette option n'est pas sans conséquence sur l'effectivité des droits.

⁴⁷⁴ Le débat actuel tourne autour du droit au mariage des personnes de même sexe et de la possibilité pour elles d'adopter des enfants.

Section II : La prise en compte des coutumes africaines par le droit

465. Il est clair au regard de l'histoire politique et juridique des Etats africains, que le recours aux règles endogènes coutumières ou religieuses, se justifie par la recherche d'une conformité entre le droit et les réalités sociales, et par le sentiment, un peu nationaliste, de promouvoir des valeurs locales face à l'emprise du droit français. La prise en compte des règles coutumières remonte en réalité à la période coloniale. Le législateur de l'époque ne pouvait se résoudre à voir le dernier mot en matière de production du droit revenir aux peuples colonisés, à travers leurs coutumes. En effet, le colonisateur n'avait aucune emprise sur ces coutumes et ces dernières se trouvaient en concurrence avec son propre mode de production du droit. Le législateur colonial choisit alors de les « tolérer » en leur accordant une reconnaissance soigneusement contrôlée. Ainsi sont nés en Afrique ce que les juristes coloniaux ont appelé les droits coutumiers⁴⁷⁵.

466. Après les indépendances, les théoriciens du droit ont ajouté à cet état de fait, une nouvelle perspective, celle du pluralisme juridique⁴⁷⁶. La coutume est le seul système de normes qui « ne souffre jamais du phénomène de l'ineffectivité (et son succès) s'explique par son adéquation aux besoins du groupe et par la pression sociale »⁴⁷⁷. Les législateurs africains ont ainsi, de façon différente, opté pour le dualisme juridique, (Paragraphe 1) en dépit des limites de ce dernier (Paragraphe 2). En réalité, malgré le processus de production du droit étatique d'inspiration européenne, les règles coutumières semblent n'avoir jamais perdu de leur vigueur⁴⁷⁸.

Paragraphe 1 : Le choix du dualisme

467. Le pluralisme s'entend, « d'une situation dans laquelle un individu, se trouve au carrefour de plusieurs ordres juridiques et oriente par son choix la solution à donner à un conflit éventuel tant du point de vue du for compétent que du droit applicable »⁴⁷⁹. Le

⁴⁷⁵Jacques VANDERLINDEN, « Rendre la production du droit aux 'peuples' », 1996, *Politique Africaine*, n° 62, p.85

⁴⁷⁶ Idem, p.86

⁴⁷⁷ Papa Talla FALL, « La rupture du mariage coutumier en droit sénégalais : l'imbroglio juridique », in *Nouvelles Annales Africaines, Revue de la faculté des sciences Juridiques et Politiques, CREDILA, UCAD*, n° 2/2011, p. 217

⁴⁷⁸Jacques VANDERLINDEN, « Rendre la production du droit aux 'peuples' », op.cit. p.88

⁴⁷⁹Jacques VANDERLINDEN, « Villes africaines et pluralisme juridique », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1998, N° 42, p.253.

législateur africain a opté pour une « coexistence de deux sortes de droit, le droit coutumier non écrit et le droit écrit. Il en a résulté la dualité des systèmes juridiques »⁴⁸⁰.

468. Le processus de mise en œuvre du dualisme (A) s'est diversement opéré au Bénin et au Sénégal. Le cas du Sénégal paraît particulièrement intéressant car une forme de dualisme y existe encore (B).

A – Le processus de mise en œuvre du dualisme

469. Au Sénégal, la mise en œuvre du dualisme s'est faite dans le cadre de la loi à qui il est revenu d'encadrer les règles coutumières. Au Bénin, elle s'est faite par un simple recours aux coutumes des personnes en dehors de tout cadre législatif.

470. Dans les deux cas, la décision de codification des droits civils a entraîné un rejet des règles coutumières. Preuve était ainsi faite que la conception de la coutume semblait difficilement conciliable avec celle de la loi. Les règles coutumières ont été ainsi intégrées dans les ordres juridiques africains puis progressivement rejetées (2). Ce rejet se justifiait par leur conception théorique au regard de la loi moderne (1).

1) La conception théorique de la coutume au regard de la loi

471. La supériorité donnée à la règle de droit calquée sur le modèle français pour régir l'ordre social a joué un rôle dans le recul des coutumes⁴⁸¹. Elles ne pouvaient plus avoir une valeur égale à celle de la loi. Il a donc fallu concevoir les coutumes dans la logique du droit français, d'où la nécessité d'exposer la définition de la coutume telle qu'elle est perçue par le droit moderne (a), avant d'aborder les caractères propres aux règles coutumières africaines (b).

a – La définition de la coutume selon le droit moderne

472. La coutume est reconnue comme source formelle du droit au même titre que la doctrine, la jurisprudence et la loi. Elle est « ce qu'on fait parce que d'autres l'ont fait et qu'il est normal de le faire ». Autrement dit, elle est « le droit tel que le formule le peuple dans son comportement quotidien »⁴⁸². Elle apparaît comme un phénomène d'habitude et d'opinion

⁴⁸⁰ Gilbert MANGIN, « Les institutions judiciaires de l'AOF », in *AOF, réalité et héritages: sociétés ouest-africaines et ordre colonial, 1895-1960*, Volume 1, Charles BECKER, Saliou M'BAYE, Ibrahima THIOUB, (Dir.) p.139

⁴⁸¹ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? ...*, op. cit. p.169. Il faut entendre ici par coutumes, les règles traditionnelles ou règles coutumières en usage dans les sociétés africaines avant la colonisation.

⁴⁸² J. VANDERLINDEN, « Justice et droits : Quels droits appliquer ? Le juge et la coutume en Afrique aujourd'hui », in *Afrique Contemporaine*, n°156, 4/90, p. 233

publique. Elle est une pratique répétée, collective et est ressentie par ceux qui s'y soumettent comme une nécessité. La coutume est une forme d'expression de la règle de conduite beaucoup plus spontanée que la loi.

473. Lors de la rédaction du code civil, la prise en compte de la coutume a été facilitée par le fait qu'il s'agissait du même milieu social. Car l'Europe occidentale a aussi connu une civilisation juridique dans laquelle la coutume était la source principale du droit⁴⁸³.

474. Du fait de ses caractères, la coutume est assez peu réceptive au changement alors que la loi est le moyen privilégié de l'évolution de la société. Elle occupe néanmoins une place dans le système de législation. En effet, dans un système de législation codifiée et unifiée, la loi consacre des coutumes préexistantes. On parle de coutumes "*secundum legem*" ou coutumes selon la loi. Dans un système de pluralisme juridique, la coutume apparaît comme l'expression des règles coutumières érigées en règles de droit. Ces règles coutumières deviennent ainsi source du droit.

475. Quand la coutume est fondée sur une délégation de la loi, son pouvoir n'est pas contesté car il lui vient de la loi. Ce renvoi de la loi à la coutume peut être exprès ou implicite. En droit français, un exemple de renvoi exprès est celui de l'article 389-3 du code civil⁴⁸⁴ qui se réfère aux usages autorisant les mineurs à agir eux-mêmes pour certains actes. On peut également citer l'article 114 du code sénégalais de la famille qui reconnaît les mariages célébrés conformément à une coutume matrimoniale en usage au Sénégal, à charge de constatation par l'officier d'état civil. Les formules du code civil, relatives aux bonnes mœurs⁴⁸⁵, au bon père de famille⁴⁸⁶ sont considérées comme des renvois implicites aux coutumes. Elles permettent en effet de leur donner une force juridique. Des coutumes ont subsisté dans les interstices du code civil. C'est le cas de la coutume qui veut que la femme porte le nom patronymique de son mari⁴⁸⁷.

476. La coutume peut avoir un pouvoir autonome si elle vient compléter la loi, si elle vient en combler les lacunes, (on parle de coutume *praeter legem*). Dans ces cas, elle est plus

⁴⁸³ J. VANDERLINDEN, « Justice et droits : Quels droits appliquer ? Le juge et la coutume en Afrique aujourd'hui ». op. cit. p.233

⁴⁸⁴ Art. 389-3 C. Civ. français : « L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes ».

⁴⁸⁵ Art 6 C. Civ français : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Art 900 C. Civ. Français : « dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, sont réputées non écrites ».

⁴⁸⁶ Art 450 du C. Civ. Français : « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur ... Il administrera ses biens en bon père de famille... ».

⁴⁸⁷ F. TERRE, *Introduction générale au droit*. op. cit. p.231. La pratique n'était consacrée par aucun texte mais on tend à l'abriter derrière un texte depuis que la loi du 6 février 1893 a ajouté un alinéa à l'article 299 du code civil : « Par l'effet du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom ». Actuellement voir art.264 al.1.

facilement acceptée. Mais lorsqu'elle est contre la loi, la coutume est souvent décriée. L'avantage que l'on retient des coutumes, c'est qu'elles sont issues du peuple et conviennent à ses besoins, alors que la loi est formulée par les seuls gouvernants et imposée par eux⁴⁸⁸.

b – Les caractères des règles coutumières

477. Les règles de conduite sociale en vigueur au sein des communautés africaines avant l'arrivée de la colonisation peuvent être assimilées à des coutumes, si l'on s'en tient à la définition de la coutume telle que proposée par la loi⁴⁸⁹.
478. Mais les coutumes en Afrique ne sont pas venues compléter les lois. Elles étaient en opposition avec elles. Les coutumes africaines rejoignent alors la définition de la coutume entendue comme « toutes les règles de droit qui se dégagent des faits et des pratiques dans un milieu social en dehors de l'intervention du législateur »⁴⁹⁰. Cette définition des coutumes marque ainsi l'opposition entre les règles coutumières africaines et la coutume (définie en droit moderne comme source de droit). Elle traduit l'opposition qui existe entre elles (règles coutumières) et la loi, donc entre les faits et le droit.
479. Les règles coutumières ont un caractère particulariste, (elles varient selon les milieux sociaux), ce qui peut être néfaste à la réalisation de l'unité politique et juridique d'un pays alors que la loi est générale (la même pour tous). Ces caractères des règles coutumières (essentiellement marquées par leur diversité et leur spécificité à une communauté) en font des règles opposées et même concurrentes de la loi (au sens strict). Elles ont ainsi perdu leur monopole et se retrouvent, même dans le système de pluralisme juridique, sous le contrôle de la loi, qui les régleme désormais. Les règles coutumières ne peuvent s'appliquer qu'en vertu d'une prescription légale du législateur ou de l'autorité réglementaire.
480. Les coutumes existantes dans les milieux africains ne sont pas venues systématiquement compléter la loi. Elles ont souvent été rejetées parce qu'incompatibles avec les règles de droit civil.
481. Toutefois, certaines d'entre elles ont fait l'objet de réglementation dans le droit depuis l'époque coloniale, puis après les indépendances. Elles peuvent être qualifiées de règles de

⁴⁸⁸ F. TERRE, *Introduction générale au droit* op.cit. p.229

⁴⁸⁹ La coutume en tant que (source du droit) est source d'inspiration du droit (de la règle de droit). Les coutumes africaines existant avant la colonisation sont des règles de conduite régissant des sociétés humaines. Si l'on leur refuse la qualification de droit, l'on peut bien parler de règles coutumières car elles sont proches de la coutume telle que définie par le droit. Elles deviennent (à ce titre), des règles de droit d'inspiration coutumière si les pratiques qu'elles instaurent sont insérées dans les codes ou lois des Républiques africaines ou au contraire, demeurent règles coutumières tolérées par la loi ou règles coutumières en opposition avec la loi.

⁴⁹⁰ François TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 4^{ème} éd. p.223

droit d'inspiration coutumière en ce sens qu'elles passent de simples usages ou d'habitudes à règles reconnues et prises en compte dans le droit.

482. Si autrefois, les Africains pouvaient se soustraire à l'emprise du droit français et être régis par les règles coutumières, désormais c'est à la loi (héritée du système français) de déterminer les matières que peuvent régir les coutumes et les conditions de leur application. Cette situation place les coutumes en position d'infériorité par rapport à la règle de droit.

2) La place des règles coutumières dans les systèmes africains post - coloniaux : Entre intégration et rejet progressif

483. L'indépendance avait conduit les Africains à un choix entre deux tendances contradictoires : « la première...renier le passé colonial (avec) ...un retour pur et simple aux civilisations traditionnelles, la deuxième...rejeter les institutions traditionnelles au profit d'institutions nouvelles »⁴⁹¹. Les lois fondamentales adoptées après les indépendances ignoraient les coutumes comme source de droits ou ne constataient leur existence qu'à charge de codification⁴⁹². Le seul fait constant était la primauté accordée au droit français. La conception française de la famille avait, en tout cas en milieu urbain, pris le pas sur la famille traditionnelle, de sorte que les indépendances des Etats africains, loin d'être une aubaine pour le développement des droits traditionnels, consacrait plutôt une sorte de « recul des droits traditionnels »⁴⁹³. Mais les Etats se retrouvaient néanmoins « entre le marteau des mœurs et l'enclume des droits humains »⁴⁹⁴.

484. La Constitution du Dahomey (actuel Bénin) prévoyait en son article 46 que les coutumes seraient codifiées et mises en harmonie avec les principes fondamentaux de la constitution⁴⁹⁵. L'option retenue sera donc de codifier les coutumes c'est-à-dire de les insérer dans la loi. Au regard des nouvelles dispositions constitutionnelles, les droits traditionnels n'existeraient plus comme corps de règles. Ils seraient incorporés dans la loi. Il reviendrait désormais à la loi de régir les matières autrefois soumises à l'empire des coutumes, à savoir l'état des personnes, le mariage et les successions.

485. La première conséquence de cette adaptation, c'est que les coutumes ne doivent pas contenir des dispositions contraires à la loi ou à la constitution, d'où l'importance de la

⁴⁹¹ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?* ...op. cit. p.89

⁴⁹² Idem. p.98

⁴⁹³ Idem. p.97

⁴⁹⁴ Papa Talla FALL, Les droits de l'homme dans la famille, Communication, Cotonou, 09 décembre 2014, p. 1

⁴⁹⁵ L'article 46 de la constitution du Dahomey (actuel Bénin) disposait « une loi organique déterminera également la procédure selon laquelle les coutumes seront constatées, codifiées et le cas échéant mises en harmonie avec les principes fondamentaux de la présente constitution ».

mention « à charge de codification et d'harmonisation » employée dans la constitution dahoméenne. Mais cette entreprise ne sera jamais réalisée. Était-ce un vœu pieux ou a-t-on réalisé l'impossibilité d'unir principes fondamentaux constitutionnels d'inspiration française et coutumes africaines ? En tout cas, ce qui devrait être une situation transitoire dura plus de quarante (40) ans.

486. Le dualisme juridique en vigueur depuis la période coloniale persistera en dépit de ses imperfections, faute d'harmonisation. En effet, le décret organique du 3 décembre 1931 appelé « Coutumier du Dahomey » était un répertoire de règles coutumières appliquées au Dahomey (actuel Bénin). Bien que ne constituant pas en réalité un code, ce sont ces règles qui pendant longtemps, seront appliquées à la majorité des Béninois de statut civil traditionnel.

487. Le nouveau code béninois de la famille⁴⁹⁶ a réalisé l'unité juridique de tous les citoyens en mettant fin au dualisme. Mais les règles coutumières ayant longtemps été appliquées, l'on peut présumer de leur persistance dans le vécu des populations.

488. Au Sénégal, le processus ayant conduit à la codification fut plus court. A l'accession à l'indépendance, la Constitution du Sénégal ne fera plus aucune mention des coutumes. Toutefois, des textes furent adoptés, répertoriant les coutumes. Ils montrèrent ainsi leur importance et la volonté pour l'ordre juridique de les prendre en compte. L'ordonnance du 14 novembre 1960 permit de définir le domaine d'intervention des coutumes⁴⁹⁷. Il s'agit de l'action en justice, de l'état des personnes et de l'ensemble du droit de la famille. L'ordonnance prévoyait de déterminer la liste des coutumes applicables. Ce qui fut fait avec l'arrêté du 28 février 1961 qui établira la liste des coutumes applicables au Sénégal.

489. Les coutumes ont tendance à s'appliquer tant qu'une loi n'est pas intervenue. Mais dès qu'une loi est votée dans une matière également régie par les coutumes, la cohabitation paraît si difficile entre les coutumes et le droit moderne, qu'il est généralement mis fin à la compétence des coutumes. Ainsi l'article 830 du Code Sénégalais de la Famille a abrogé les coutumes et les textes qui les consacraient. L'intervention de la loi dans un domaine régi par les coutumes entraîne une sorte d'extinction de ces dernières, ou en tout cas la réduction substantielle de leur domaine de compétence. C'est également le cas au Bénin avec l'avènement du code de la famille en 2004⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Code de la famille de 2004. Le nouveau code des personnes et de la famille fut voté le 07 juin 2002 mais il fallut attendre son contrôle de constitutionnalité et sa promulgation pour sa mise en application effective. Il fut promulgué le 14 juin 2004 et publié en décembre 2004.

⁴⁹⁷ Art 10 de l'ordonnance du 14 novembre 1960 fixant l'organisation judiciaire.

⁴⁹⁸ Art. 1030 CBPF

490. De façon théorique, l'admission des règles coutumières dans le droit est une manière de rechercher « l'effectivité puisqu'elle vise à mettre les droits en phase avec le réel »⁴⁹⁹. En ce sens, elle profite aux individus (si les droits évoluent avec les mœurs). Mais l'adaptation « des droits aux réalités sociales est parfois contre-productif »⁵⁰⁰ et a un effet indésirable. « C'est d'attendre que les mœurs ou les mentalités évoluent pour améliorer la protection juridique des individus »⁵⁰¹. Il est ainsi apparu plus simple aux législateurs africains de substituer le droit moderne aux coutumes non seulement en raison de leur extrême diversité mais aussi en raison des conflits engendrés par leur coexistence avec le droit français. Lors de la rédaction du Code sénégalais de la famille, le Comité des options⁵⁰² s'est vite rendu compte que les solutions qu'offraient les différents droits (français, musulman et coutumier) étaient trop diverses⁵⁰³. Le choix sera fait de limiter le champ d'application des règles coutumières. La référence expresse aux règles coutumières est faite en matière de mariage. En droit sénégalais donc, le rejet des règles coutumières n'est pas total. L'option peut être faite en faveur du droit musulman ou des règles coutumières pour les règles du mariage ou de la dévolution successorale. Cet état de fait amène à réfléchir sur la particularité du dualisme sénégalais.

B – La particularité du dualisme sénégalais

491. Le dualisme sénégalais se manifeste par le rejet des coutumes comme règles de droit dans le domaine du statut personnel, mais alors que l'on s'attendrait à une unicité du droit, marquée par l'application du droit moderne uniquement, le législateur sénégalais a rendu possible dans certaines matières (mariage et successions notamment), l'option en faveur des règles de droit musulman (1). Cette forme de dualisme s'apparente bien à celui opéré par d'autres législateurs africains entre coutumes et droit français, car il existe des similitudes entre les coutumes et les règles religieuses (2). « ...Soit par faiblesse soit par réalisme, le code (sénégalais) de la famille semble avoir fait des concessions au droit traditionnel »⁵⁰⁴.

⁴⁹⁹ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS et Danièle LOCHAK, (Dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, op.cit. p. 43

⁵⁰⁰ Idem, p. 44

⁵⁰¹ Idem, p.44

⁵⁰² Ce comité fut créé par un décret du 23 décembre 1965

⁵⁰³ Amsatou S. SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique*, op. cit. p.44

⁵⁰⁴ Papa Talla FALL, « La rupture du mariage coutumier en droit sénégalais : l'imbroglio juridique », in *Nouvelles Annales Africaines*, op. cit. p.218

1) L'option en faveur du droit musulman

492. Le pluralisme juridique est toujours en vigueur en droit sénégalais de la famille. Il est donc possible d'y exercer une option. Mais par la codification, les règles coutumières ou religieuses gardent leur caractère exceptionnel. Les coutumes n'ont pas été « légalisées » dans leur ensemble. Leurs dispositions ayant force légale sont restreintes et le droit moderne reste le droit commun.
493. Le recours à ces règles se fait par voie d'option. L'option se définit comme « la faculté accordée aux individus de choisir entre plusieurs partis »⁵⁰⁵. Il s'agit plus précisément de « la possibilité de choisir entre différents statuts légaux... »⁵⁰⁶. L'option de législation telle qu'elle était reconnue pendant la colonisation subira un changement. A l'époque, pour les questions relatives à l'état des personnes, les Africains conservaient leur statut civil traditionnel, mais avaient la possibilité d'opter en faveur du droit français.
494. En droit sénégalais de la famille, le droit moderne reste le droit commun mais l'option peut être faite en faveur du droit musulman, en matière de mariage et en droit successoral. En droit successoral, il ne s'agit pas des règles du droit musulman tel qu'hérité de la Sharia, mais elles sont adaptées aux réalités sociales propres à la société sénégalaise⁵⁰⁷.
495. En matière de mariage, le code sénégalais de la famille reconnaît la validité des mariages religieux et traditionnels. Le mariage peut être célébré selon les règles d'une coutume en usage au Sénégal⁵⁰⁸ et constaté ensuite par un officier d'état civil⁵⁰⁹. De ce fait, les mariages religieux sont également admis. On peut donc affirmer qu'il existe au Sénégal trois formes de mariage, en tenant compte du critère de constatation. Le mariage civil célébré par un officier d'état civil, le mariage coutumier ou religieux constaté, (il s'agit généralement du mariage musulman) et le mariage coutumier non constaté, car la non constatation du mariage par un officier d'état civil ne lui fait pas perdre sa validité. Seulement les époux ne peuvent s'en prévaloir à l'égard de l'Etat⁵¹⁰.
496. En réalité, l'option cache mal la préférence du législateur pour le droit moderne car les règles coutumières demeurent facultatives et l'on peut y renoncer en faveur du droit moderne. Mais l'option exprime également la préférence de la majorité de la population en faveur du droit musulman, surtout pour les questions de mariage et de succession. C'est l'une des

⁵⁰⁵ A. S. SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique*, op. cit. p.133

⁵⁰⁶ Idem. p.176

⁵⁰⁷ Idem. p.132

⁵⁰⁸ Article 114 CSF

⁵⁰⁹ Article 125 s. CSF

⁵¹⁰ Article 146 CSF

raisons pour lesquelles l'option offerte en faveur du droit musulman doit s'analyser comme un recours aux règles coutumières.

2) L'assimilation des règles religieuses à un droit coutumier

497. Le processus d'intégration (dans la loi au sens stricto sensu) est le même pour les règles coutumières que pour les règles religieuses, ce qui justifie la démarche consistant à les traiter identiquement comme règles coutumières ou endogènes, par opposition aux règles de droit héritées de la colonisation. Tel est également sur ce point, l'opinion de KOUASSIGAN, lorsqu'il affirme qu'il n'est pas nécessaire « de distinguer les coutumes islamisées des coutumes purement négro-africaines »⁵¹¹, ceci pour plusieurs raisons.
498. Dans la politique coloniale française, le sort réservé aux indigènes musulmans est le même que celui des indigènes animistes. La religion musulmane s'est fortement imprégnée des rites et croyances négro-africaines et ces dernières ont également exercé sur elle, une forte influence au point où l'on parle d'un « Islam négro-africain »⁵¹² différent de l'« Islam blanc »⁵¹³. Les deux types de règles sont enracinés dans le vécu des populations. L'on considère qu'il ne faut pas les écarter si l'on veut aboutir à un code appliqué de façon effective.
499. Il existe une concordance entre certains principes coraniques et les prescriptions des droits coutumiers, notamment en ce qui concerne la dot, la polygamie et le rôle social de la femme⁵¹⁴, au point où l'avènement de l'Islam n'a pas provoqué une rupture avec les traditions mais plutôt un renforcement de leur autorité et fondement⁵¹⁵.
500. Le droit musulman est perçu par une grande partie de la doctrine musulmane comme un droit religieux⁵¹⁶. Comme les coutumes, la religion embrasse aussi bien « les rapports entre les hommes et les forces invisibles... que les rapports entre les hommes eux-mêmes »⁵¹⁷. Si le terme de coutumes peut paraître inapproprié pour désigner le droit musulman, il s'agit bien d'un droit coutumier en ce qu'il résulte de pratiques et croyances fortement ancrées dans le vécu des populations. C'est ce qui justifie le choix fait dans cette étude, de le considérer comme un facteur endogène d'influence.

⁵¹¹ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?* ...op.cit. p.72

⁵¹² A. S. SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique*, op.cit. p.94

⁵¹³ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?* ...op.cit. p.72

⁵¹⁴ Idem. p.119

⁵¹⁵ Voir sur ce point, Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?* ...op.cit. p.272

⁵¹⁶ Voir sur la question, les développements faits par A. S. SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique*, op.cit. p.88

⁵¹⁷ Voir sur la question, les développements faits par A. S. SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique*, op. cit p.89

501. L'élément religieux intervient dans la détermination des règles à appliquer. Or en matière coutumière, religion, pratiques sociales et morale sont étroitement liées⁵¹⁸. Mme SIDIBE fait observer dans sa classification des coutumes répertoriées par l'arrêté du 28 février 1961, que les coutumes ont en général, « une religion d'attache »⁵¹⁹ et distingue comme catégorie importante, « les coutumes islamisées et musulmanes »⁵²⁰. En droit sénégalais, c'est essentiellement entre le droit moderne et le droit musulman que s'exerce l'option. Dans les domaines où elle est instituée, l'option a forcément une incidence sur les droits des personnes comme le droit au mariage, le droit à l'héritage, le droit de tester.

Paragraphe 2 : Les limites du dualisme

502. Le danger des coutumes, c'est qu'elles sont coupées des situations qui leur donnaient sens et cohérence...mais en même temps maintenues dans la perspective de contrôle des populations... »⁵²¹. Elles deviennent alors « susceptibles de manipulation dans tous les sens et le plus souvent au détriment des femmes »⁵²². Par ailleurs, la primauté accordée aux règles de droit d'inspiration française, n'est pas sans conséquence sur leurs rapports avec les coutumes. Or, un système pluraliste au sens le plus achevé exclut la hiérarchisation des modes de production du droit⁵²³.

503. Ces différents constats limitent quelque peu la réalisation des objectifs du dualisme. D'une part, la primauté des règles du système de droit français et le risque pour les règles coutumières d'être écartées lorsqu'elles contreviennent à celles du droit civil, trahissent les difficultés des deux corps de règles à cohabiter (A). D'autre part, lorsque le législateur fait le choix d'une reconnaissance des règles coutumières, il s'agit généralement de pratiques déjà exercées dans les faits, appliquées par les populations elles-mêmes, souvent en dehors de tout cadre juridique. Leur prise en compte par le droit les fait sortir d'une forme d'illégalité et à défaut de prise en compte par le droit, elles demeurent des « situations de fait » face au droit (B). En d'autres mots, prendre en compte dans le droit des règles coutumières vise assurément l'effectivité⁵²⁴ mais quel doit être le sort des règles coutumières non prises en compte par le droit ?

⁵¹⁸ A. S. SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique*, op.cit. p.100 et 101.

⁵¹⁹ Idem. p.32

⁵²⁰ Idem. p.32

⁵²¹ Zoubida HADDAB, in *Le conflit des égalités*, *Revue ASPECTS* (Revue d'études francophones sur l'Etat de droit et la démocratie, 2009-n°3, p.2.

⁵²² Idem. p.1

⁵²³ J. VANDERLINDEN, « Rendre la production du droit aux 'peuples' », op. cit. p.89

⁵²⁴ Voir supra Paragraphe n° 492

A – La difficile cohabitation entre les règles de droit civil et les règles coutumières

504. En dépit de la volonté des législateurs africains, la cohabitation entre les règles de droit civil français et les règles coutumières (traditionnelles ou religieuses) n'est pas aisée. Certaines notions chères au système de droit français, ont du mal à trouver pleine application dans les règles coutumières. Le recours aux principes généraux de droit (moderne) peut donc faire échec à l'application des coutumes, face au système juridique d'inspiration française. Ces principes, « même s'ils n'avaient pas trouvé leur expression dans un texte clair »⁵²⁵, avaient quand même une valeur légale pour former une limite à l'autorité des règles coutumières. La coexistence des deux types de règles entraîne alors un risque de conflit et de contradiction parce qu'ils obéissent à des principes différents et n'ont pas égale valeur. Pour illustrer ce propos, il convient de prendre l'exemple de l'ordre public (1) et de la laïcité (2) en étudiant leurs rapports avec les droits coutumiers.

1) Droits coutumiers et ordre public

505. La diversité des statuts civils avait été reconnue par le législateur colonial, à travers le statut réservé, qui faisait une place ou plutôt une concession aux droits traditionnels. Toutefois, ces droits étaient écartés lorsqu'ils étaient incompatibles avec l'ordre public colonial. Cet ordre public était conçu comme « un ensemble de principes garantissant le respect de la personne et de la dignité humaine »⁵²⁶.

506. L'on s'attendrait à l'époque coloniale, à ce que les pratiques contraires à cet ordre public soient simplement écartées mais elles ne l'étaient pas toutes. Les contradictions dans le système juridique, du fait de la dualité se remarquaient déjà à cette période. Devait-on y voir une tolérance envers certaines pratiques ou l'impossibilité du droit à régir tous les faits sociaux ?

507. L'ordre public juridique s'était très tôt confondu avec l'ordre public social et économique de sorte que les pratiques et institutions qui ne compromettaient pas tellement le développement économique et la politique du colonisateur étaient maintenues⁵²⁷. Les institutions comme la polygamie et le lévirat, bien que manifestement contraires au principe de la liberté individuelle et réprimés par le droit pénal français, étaient tolérées par la doctrine

⁵²⁵ P. LAMPUE, note sous arrêt de la Cour suprême du Cameroun, 3 avril 1962, Penant, 1963, p.232.

⁵²⁶ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?* ...op.cit. p..55

⁵²⁷ Idem. p.55

et la jurisprudence française. Elles avaient estimé que leur maintien n'avait rien de contraire à l'ordre public⁵²⁸.

508. Conformément à la logique du colonisateur, l'autonomie de la volonté et la liberté individuelle étant d'ordre public, les institutions qui contrevenaient à ces principes auraient dû simplement être supprimées ou réprimées. Mais ce n'était pas toujours le cas. Ces exceptions faites au principe d'ordre public, confortent la pensée que loin d'être une victoire des droits coutumiers ou des valeurs traditionnelles, la diversité des statuts servait plutôt les objectifs de la politique coloniale, et surtout la volonté de ne pas étendre tout de suite, l'application du droit français.

509. Comment aurait-on pu résolument combattre par exemple la polygamie et les mariages forcés en mettant en avant l'autonomie de la volonté et la liberté de la personne, alors que des mesures de contrainte et de coercition étaient imposées aux Africains par les colonisateurs⁵²⁹ ? Une législation pénale spéciale avait par exemple, été instituée dans laquelle, certaines infractions (comme la bigamie) n'étaient pas punissables dans les colonies, si elles étaient conformes aux coutumes⁵³⁰.

510. L'ordre public colonial se distinguait ainsi de l'ordre public métropolitain. L'ordre public colonial se définissait comme l'ensemble des normes essentielles au maintien de la puissance coloniale⁵³¹. Pour le Professeur SOLUS, l'ordre public colonial impliquait que « la loi de statut personnel indigène, dont le respect a été cependant proclamé par la métropole, ne peut prévaloir lorsqu'elle est en opposition ou en contradiction avec une règle que la nation civilisatrice considère, dans la colonie, comme étant essentielle au succès de l'œuvre de la colonisation »⁵³².

511. Après les indépendances, des institutions coutumières en principe contraires à l'ordre public au sens strict du terme avaient été maintenues. La notion elle-même, ayant fait l'objet de définitions différentes par le législateur colonial, sa conception était aussi autre pour les législateurs africains. La législation béninoise a ainsi admis la valeur juridique des coutumes, même celles en opposition avec les principes de droit français⁵³³. L'exemple classique est

⁵²⁸ Cour d'appel d'AOF, 30 juin 1914, Dareste, 1915, III, p.38

⁵²⁹ Exemple du travail forcé ou plutôt de "travail obligatoire". Le travail obligatoire était officiellement destiné à combattre l'oisiveté et le vagabondage et dispensait le prestataire du paiement de certains impôts. Voir Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?* ...op.cit. p.57 ainsi que Frederick COOPER, *Décolonisation et travail en Afrique* ...Ed. Karthala-Sephis, 2004, p 68, 75 et 81.

⁵³⁰ Le décret du 30 octobre 1946 a finalement procédé à l'unification du code pénal.

⁵³¹ Emmanuelle SAADA, « Citoyens et sujets de l'empire français... », op.cit. p.22

⁵³² H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Sirey, 1927, p.303.

⁵³³ En autorisant l'application du coutumier du Dahomey, parallèlement au code civil français.

celui du mariage qui est monogamique en droit français, et les règles qui le régissent, d'ordre public, alors qu'en Afrique, le mariage est souvent polygamique⁵³⁴.

512. Au Sénégal, l'option de renoncement aux règles coutumières ne s'est pas faite eu égard aux exigences de l'ordre public mais pour des considérations politiques et économiques. Le critère de l'ordre public est difficile à dégager mais l'idée défendue est « celle d'un intérêt social essentiel, incomparablement supérieur aux intérêts privés en jeu »⁵³⁵.

2) Droits religieux et laïcité

513. Des influences religieuses se sont exercées sur le substrat juridique classique pour l'infléchir ou le modifier, plus ou moins profondément. Ce fut le cas de l'Islam, surtout en Afrique⁵³⁶. La référence à l'Islam a été expresse en droit sénégalais. C'est pourquoi il est intéressant de se pencher sur ses rapports avec certains principes du droit français comme la laïcité.

514. Le fait religieux est d'une importance sociale. L'omission de la religion dans le code civil avait à l'époque, une portée révolutionnaire⁵³⁷. Mais le code civil s'en était quand même inspiré. Le droit ne se démarque pas totalement des principes religieux. Au contraire, il s'en inspire⁵³⁸. Les convictions religieuses sont même perçues comme encourageant l'observation des mesures qui protègent autrui⁵³⁹. Mais il faut encore pour cela que les règles religieuses visent la protection de l'individu et incitent au respect de son humanité. Si des dispositions permettent de garantir la liberté religieuse⁵⁴⁰, il n'en demeure pas moins qu'elles sont en contradiction avec les conventions internationales favorisant l'égalité de l'homme et de la femme⁵⁴¹.

515. Certaines règles religieuses vont à l'encontre des principes de droit civil, notamment en ce qui concerne les droits de la femme et le principe d'égalité. La problématique de l'Islam avec les droits humains et plus particulièrement avec les droits de la femme, provient d'une

⁵³⁴ Il l'est encore en droit sénégalais. Le code béninois des personnes et de la famille de 2004 y a mis fin.

⁵³⁵ Jean CARBONNIER, *Droit civil. I. Introduction, Les personnes*, PUF, 8^{ème} éd. 1969, p.103

⁵³⁶ G. MANGIN, « Les institutions judiciaires de l'AOF », op.cit. p.139

⁵³⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil. I...* op.cit. p.54

⁵³⁸ Selon Georges RIPERT, « Le droit ne saurait faire abstraction des coutumes qui dirigent encore la vie quotidienne » in *les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955 cité par A. S. SIDIBE, *Le pluralisme juridique*, op.cit. p.178-179. Nous reprenons la citation conformément à notre démarche d'englober règles coutumières et musulmanes (religieuses) dans les règles traditionnelles, qui constituent à nos yeux des facteurs endogènes d'influence.

⁵³⁹ J-M SERVAIS, « Normes de droit universelles et cultures nationales », in *L'effectivité du droit du travail*, op.cit. p.355

⁵⁴⁰ Exemple en droit sénégalais de la famille de l'art. 571 sur l'option en matière successorale

⁵⁴¹ Papa Talla FALL, Les droits de l'homme dans la famille, Communication, Cotonou, 09 décembre 2014, p. 9

« vision qui le (l'Islam) réduit à un ensemble immuable dans le temps et statique dans l'espace d'une part et à des positions de fondamentalistes complètement hermétiques à toute concession à l'endroit des libertés individuelles »⁵⁴². La coexistence de règles religieuses d'inspiration musulmane avec les règles du droit civil au sein d'un même ordre juridique fait naturellement penser à un risque de conflit entre ces différentes règles.

516. Si le droit sénégalais de la famille fait référence pour certaines matières au droit musulman, il ne comporte aucune mention de référence islamiste, ni de référence expresse à la Charia. L'Etat sénégalais est en effet un Etat laïc⁵⁴³. Il faut donc orienter la réflexion vers d'une part, l'influence de la reconnaissance des règles de droit musulman sur le principe de la laïcité, et d'autre part, le respect de la hiérarchie entre ces règles et celles du droit moderne.

517. Dans le premier cas, si l'on doit s'en tenir à une définition rigoureuse de la notion de laïcité, elle signifie « non-référence à des règles religieuses dans l'organisation de l'Etat ». Mais la laïcité ne s'oppose pas à ce que les pratiques religieuses influencent ou inspirent la règle de droit. La question devient plus délicate lorsque la référence aux règles religieuses se justifie non plus sur des fondements ou des principes mais seulement par l'appartenance d'un groupe ou de la majorité de la population à une même religion. L'on se retrouverait alors en présence d'une intégration de principes religieux dans l'ordre juridique. Une telle attitude risquerait d'entraîner la violation des principes de droit civil et de remettre en cause la laïcité. En effet, la multiplicité des interventions de l'élément religieux en matière familiale peut être analysée comme une remise en cause du principe de la laïcité⁵⁴⁴.

518. Les juristes et législateurs sénégalais, conscients de cette réalité dans l'adoption du pluralisme juridique, ont limité le recours au droit musulman en matière de mariage et de succession, et ont re-adapté certaines règles du droit musulman. Il ne s'agit donc pas d'une entière application de l'ensemble du droit musulman. Les dispositions dont l'application est reconnue, ne le sont pas en tant que règles religieuses. Elles sont insérées dans le code et par cette « inclusion dans le code..., prennent valeur de lois civiles »⁵⁴⁵.

519. En cas d'opposition entre règles religieuses et règles juridiques, par exemple sur la question de l'égalité ou d'une discrimination, c'est la règle juridique qui doit en principe primer sur la règle religieuse. Mais il est peu probable que cette solution soit adoptée et qu'au contraire, soit mis en avant, l'attachement de la population aux valeurs religieuses. Cette attitude constituerait une violation du droit.

⁵⁴²Penda MBOW (Dir.), *Hommes et femmes entre sphères publique et privée...*éd. CODESRIA, Dakar, 2005, p.6

⁵⁴³ Article 1^{er} de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001

⁵⁴⁴ A. S. SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique*, op.cit. p.179.

⁵⁴⁵ Idem, p.181

520. S'il est admis qu'en réalité, le droit musulman ne s'oppose pas à l'égalité entre homme et femme, qu'il prohibe même toute discrimination entre les hommes et prône la plénitude des droits de la femme⁵⁴⁶, que « la loi et la religion musulmane ne s'opposent nullement à l'autodétermination et à la libération des femmes »⁵⁴⁷, alors rien n'empêche que le législateur sénégalais poursuive l'adaptation des règles du droit de la famille dans le sens de l'égalité entre les personnes.

521. Par contre, si l'Islam fondamentaliste est utilisé comme argument pour empêcher l'évolution, la supériorité des principes constitutionnels d'égalité et l'exigence de laïcité imposent de dépasser ces contradictions et de rétablir les principes de droit civil.

522. La référence aux règles religieuses islamiques ne devrait donc pas empêcher le Sénégal de poursuivre l'adaptation des droits des personnes aux exigences des principes fondamentaux des droits civils. En réalité, les raisons de la dissymétrie entre l'homme et la femme ne tiennent pas seulement à des raisons religieuses. « Elles tiennent aussi à l'histoire des sociétés pré-islamiques, à la tradition tribale et patriarcale »⁵⁴⁸. L'islam n'est donc pas le seul obstacle à la mise en œuvre des principes de droit civil, notamment celui de l'égalité.

B – L'existence de "situations de fait" face au droit

523. Les pratiques coutumières fournissent un nombre impressionnant de normes qui peuvent être recueillies par le législateur ou le juge de manière à en faire dériver une règle juridique. Mais, même si toute une communauté suit des normes coutumières plutôt que des normes prescrites par le droit, ceci n'oblige pas à changer l'étiquette de coutume en droit. Le législateur est parfois amené à réglementer certaines pratiques coutumières (2) en raison de leur nature ou des dérives que leur utilisation peut entraîner.

524. D'autres pratiques par contre, ont une telle incidence sur la conduite des hommes que même en l'absence de toute consécration juridique, elles persistent dans le vécu des populations. Elles sont généralement liées à la persistance de la conception traditionnelle de la famille (1).

⁵⁴⁶ A. S. SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique*, op.cit. p.94

⁵⁴⁷ Doudou NDOYE (Dir.), *Droit africain de la famille*. Etudes doctrinales. Mélanges africains, op.cit. p. 55

⁵⁴⁸ Penda MBOW (Dir.), *Hommes et femmes entre sphères publique et privée*, op.cit. p.7

1) La persistance de la conception traditionnelle de la famille

525. Les structures familiales sont certainement le domaine où les coutumes résistent et où le droit moderne n'est dans les faits, qu'exception⁵⁴⁹. Cela démontre l'impuissance de la règle de droit à agir sur les faits, car se manifeste ainsi la préférence des hommes pour les règles coutumières ancestrales au mépris des règles du modèle de droit français.
526. Sur le plan des rapports personnels, le droit coutumier porte la marque de la hiérarchie sociale et de la division fonctionnelle au point d'être profondément inégalitaire. L'attachement aux relations de soumission et les prérogatives de commandement rendent impossible toute tentative égalitaire même dans les rapports horizontaux (d'époux à épouse). Les relations de soumission se manifestent des plus jeunes en âge vers les plus âgés. Quant aux relations de commandement, elles se manifestent de haut vers le bas, des plus âgés envers les moins âgés, et impliquent un devoir corrélatif de protection. L'autorité du chef de famille est tellement étendue qu'elle peut faire craindre l'arbitraire⁵⁵⁰.
527. Les rapports familiaux dans les droits traditionnels sont plus complexes et plus étendus que ceux qu'offre le droit civil français. L'incompatibilité avec les droits civils s'explique par le fait que dans le système des coutumes, il s'agit de normes généralement héritées, souvent séculaires, qui s'imposent à l'individu. Les droits qui lui sont reconnus sont ceux admis par la communauté dans laquelle il naît. L'individu n'a ni la possibilité de se voir reconnaître d'autres droits, ni de mettre en œuvre sa volonté dans la reconnaissance de ceux-ci sous peine de se voir accuser de rébellion à l'ordre social ou d'irrévérence envers ses géniteurs et ses ancêtres. Les droits nouveaux ou les situations nouvelles ne peuvent l'être que par indulgence ou par compromis accordé par l'ensemble de la famille représenté par le "conseil de famille".
528. Les droits coutumiers sont caractérisés essentiellement par le primat de la volonté collective sur la volonté individuelle. La capacité juridique de l'individu n'est pas comparable à celle d'un sujet de droit tel que défini par le code civil⁵⁵¹. Les droits et les devoirs dont il (l'individu) jouit, il ne peut les exercer que dans le respect de l'intérêt supérieur de la famille. La famille traditionnelle n'est pas le lieu favori d'expression des droits individuels. Elle est « d'abord une entité de production... (où la)... survie dans l'unité et la cohésion est tenue pour supérieure aux intérêts individuels »⁵⁵². L'ensemble de son organisation est fonction des rapports avec la terre. Les droits et devoirs de chacun se fondent sur leur responsabilité dans

⁵⁴⁹ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? ...op.cit.* p.195

⁵⁵⁰ *Idem.* p. 212 et 213

⁵⁵¹ *Idem.* p.213

⁵⁵² *Idem.* p.212

la mise en valeur des terres. (Cette conception se rapproche de la conception romaine de la famille, dans le sens où la famille est une organisation en fonction de la production de biens). Ce rapport à la terre explique les différences que l'on retrouve dans les formes de mariage traditionnel et du statut de la femme.

529. « L'idée selon laquelle le patrimoine foncier est le fondement de l'unité de la cohésion et de la famille en même temps que la base paternelle des cultes familiaux a tout naturellement conduit à écarter les femmes de l'héritage immobilier »⁵⁵³. Le refus de la vocation successorale aux filles en ce qui concerne les biens immobiliers, se justifiait dans la plupart des coutumes, pour éviter la diminution du patrimoine foncier familial et l'introduction d'étrangers dans la famille par le biais du mariage⁵⁵⁴. La conception négro-africaine de la terre est étroitement liée à l'organisation de la famille et « s'accommode très mal de l'idée européenne de la propriété »⁵⁵⁵

530. L'autorité du chef de famille est si étendue que l'un de ses devoirs est de procurer des épouses à tous ses descendants⁵⁵⁶. Ce ne sont donc pas deux individus qui sont concernés par le mariage mais deux groupes familiaux. Le mariage coutumier est généralement consacré par le versement de la dot à la femme et à sa famille par la famille de l'homme. La dot apparaît comme « une condition de validité et un mode de preuve du mariage... (et comme)... le mode de rétablissement de l'équilibre interne d'une famille donnée, rompu par le départ d'un de ses membres à la suite du mariage »⁵⁵⁷. Elle tend donc à réparer le déséquilibre causé par le départ de la femme de sa famille d'origine vers la famille du mari.

531. A côté du mariage par dot, il existe aussi le mariage basé sur l'échange. Dans ce système, des épouses sont échangées contre des épouses contrairement au système classique (dot) de compensation en argent, bétail. Il consiste « à donner ou promettre de donner en échange de la femme qu'on voudrait épouser une jeune fille ou une fille à naître de la famille du prétendant »⁵⁵⁸. L'échange devra se réaliser tôt ou tard sinon la dette demeure. Lorsqu'il est dépourvu de sœur à échanger, le futur époux doit pendant plusieurs années, travailler dans les champs de ses futurs beaux-parents et multiplier cadeaux et aides financières.

⁵⁵³ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?* ...op.cit. p.209

⁵⁵⁴ Idem, p.174

⁵⁵⁵ Idem. p.77

⁵⁵⁶ G. PONTIE et M. PILON, « Justice au quotidien, Un exemple de justice au quotidien : les conflits matrimoniaux au Nord-Togo », in *Afrique Contemporaine*, N°156, op.cit. p.95

⁵⁵⁷ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?* ...op.cit. p.215

⁵⁵⁸ WILDAF/FEDDAF-BENIN, *Plaidoyer pour une effectivité des droits de la femme au Bénin* (Juillet 2002) p.17

532. « Vu du côté des hommes, ce système présente un aspect démocratique et égalitaire indiscutable mais ce sont les filles qui doivent en payer le prix fort, celui d'une obéissance absolue »⁵⁵⁹. Par le mariage, la fille passe de la soumission paternelle à la soumission à son mari et au chef de la famille de ce dernier. Mais la femme rejoint la famille du mari sans s'y intégrer. Elle n'acquiert pas de droits propres nés de ses rapports juridiques avec la famille de son mari.⁵⁶⁰
533. Une autre différence fondamentale entre les mariages traditionnels et modernes, c'est l'absence du consentement des futurs époux notamment de la femme. Le consentement des deux familles est donné par leur chef respectif. C'est donc l'accord des chefs de famille qui est essentiel pour la validité du mariage. L'absence du consentement des futurs époux caractérise le mariage coutumier, mais il est plus au détriment de la femme. Dans la pratique, les parents du futur époux s'assurent de son accord ou entérinent le choix qu'il a fait⁵⁶¹. Mais le consentement de la jeune fille n'est presque jamais requis. Elle ne peut souvent pas contester le choix fait par son propre père ou le chef de famille.
534. Dans la plupart des coutumes, le mariage est « considéré comme « facteur de progression quantitative d'une famille préexistante »⁵⁶², ce qui justifie la répudiation de la femme pour cause de stérilité. Le mariage a un caractère sacré dans les droits traditionnels coutumiers et religieux et contraste avec la laïcisation du mariage civil. « L'urbanisation aidant, les femmes subiraient moins de pressions familiales... En zone rurale par contre, la répudiation est pratiquement la règle, nonobstant l'entrée en vigueur du code de la famille qui l'interdit »⁵⁶³.
535. Enfin, les droits traditionnels n'établissent pas de différence entre filiation fondée sur le mariage et filiation hors mariage dans les rapports parents-enfants⁵⁶⁴.
536. L'ensemble de ces caractéristiques de la conception traditionnelle de la famille ne se retrouvent pas dans les codes africains des personnes et de la famille. Mais la conception traditionnelle de la famille et les pratiques qui y sont liées n'ont pas vraiment disparu du vécu des populations surtout en zone rurale. C'est peut-être pourquoi certains législateurs ont « légalisé » certaines des pratiques coutumières dans les codes des personnes, mais il n'est pas

⁵⁵⁹ PONTIE et M. PILON, « Justice au quotidien, Un exemple de justice au quotidien ... », op.cit. p. 96

⁵⁶⁰ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?* ...op.cit. p. 214

⁵⁶¹ Idem. p. 217

⁵⁶² Idem. p. 173

⁵⁶³ LAGOUTTE (S.) (dir.), BENGALY (A.), YOURA (B.), FALL (P. T.) et ALEXIS (M.), *Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes en Afrique de l'Ouest francophone*, Institut Danois des droits de l'homme, Bamako, Dakar, Niamey et Copenhague, 2014, p. 68

⁵⁶⁴ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?* ...op.cit. p. 250

sûr que la forme de réglementation adoptée garantisse la promotion des valeurs positives et le rejet des valeurs négatives. Les pratiques coutumières, surtout celles qui concernent la situation de la femme, ont fait l'objet de réglementation depuis l'époque coloniale⁵⁶⁵.

2) La réglementation des valeurs coutumières

537. Il s'agit de valeurs traditionnelles introduites dans les ordres juridiques à la faveur de la reconnaissance juridique faite aux règles coutumières (a). Il convient toutefois de s'interroger sur la pertinence ou non de cette réglementation (b).

a – La reconnaissance juridique des valeurs coutumières

538. Parmi les valeurs traditionnelles consacrées, l'on pourrait citer le mariage traditionnel et ses institutions connexes d'une part (a₁) et d'autre part, le patriarcat et les privilèges masculins (a₂).

a₁) Le mariage coutumier et ses institutions connexes

539. Le code sénégalais de la famille reconnaît en dehors du mariage civil célébré par l'officier d'état civil, le mariage célébré selon une coutume en vigueur au Sénégal. Il ne s'agit pas d'une reconnaissance explicite. En effet, les futurs époux peuvent décider de se marier selon une coutume en vigueur au Sénégal, mais ils doivent faire constater ce mariage par un officier d'état civil⁵⁶⁶. Les époux doivent faire constater le mariage par l'officier d'état civil⁵⁶⁷. Mais le recours à l'officier d'état civil pour la constatation est sans effet sur la validité du mariage. Le mariage est valide mais les époux qui ne l'ont pas fait constater, ne peuvent l'opposer à l'Etat, ni bénéficier des avantages familiaux. Faute d'avoir fait constater sans

⁵⁶⁵ Des textes ont été adoptés pendant la période coloniale pour limiter les conséquences négatives des coutumes sur la situation des femmes. Les plus remarquables sont le décret du 15 juin 1939 dit décret Mandel, celui du 20 février 1946 dit décret Moutet et celui du 14 septembre 1951 appelé décret Jacquinot. Le premier exige le consentement des futurs époux au mariage, notamment celui de la femme. Il déclare nul le mariage des filles impubères et même celui des filles pubères non consentes.

Le deuxième combat le lévirat en qualifiant de servitude la réclamation de veuve dans une succession. La femme étant en droit traditionnel, considérée comme un bien de l'époux, elle faisait donc partie de son héritage et contrainte de se remarier à la mort de son époux, au frère ou au fils aîné d'une autre épouse du défunt. C'est contre cette forme de mariage que s'insurgeait le décret Moutet. Ce décret prévoyait la nullité de pareilles unions et des sanctions répressives.

Quant au décret Jacquinot, il réglementait la dot et la possibilité pour les personnes de statut coutumier d'opter en faveur du mariage monogamique.

⁵⁶⁶ Art. 125 CSF

⁵⁶⁷ Art. 114 CSF

raison valable leur mariage célébré traditionnellement, les époux s'exposent au paiement d'une amende⁵⁶⁸.

540. La dot est également reconnue dans le code sénégalais de la famille mais elle n'est qu'une simple faculté et ne devient une condition de validité du mariage que par la volonté des époux⁵⁶⁹. Le législateur a essayé de réglementer la dot en fixant un montant à ne pas dépasser⁵⁷⁰. Des sanctions sont même prévues en cas de non respect de ces dispositions⁵⁷¹. Le code mentionne que la dot est la propriété exclusive de la femme⁵⁷². Elle en a la libre disposition. La dot ne doit donc pas être versée aux parents.

541. Enfin le législateur sénégalais admet le mariage polygamique. L'homme peut avoir simultanément jusqu'à quatre (4) femmes. Ce chiffre est prévu par la loi par référence à la même limite fixée par le Coran. Faute d'option expresse, le mariage est placé sous le régime de la polygamie⁵⁷³. L'option consiste soit à faire le choix de la polygamie, soit de la polygamie limitée, soit de la monogamie. Les options de polygamie limitée et de monogamie sont définitives et engagent l'optant pour toute la durée de son existence⁵⁷⁴.

542. La position du législateur béninois sur ces questions est différente. Une seule forme de mariage produit des effets légaux, celui célébré par l'officier d'état civil⁵⁷⁵. La dot a un caractère symbolique⁵⁷⁶ et ne constitue pas une condition de validité du mariage. L'homme n'a pas d'option entre différentes formes de mariage. Le seul mariage reconnu est le mariage monogamique⁵⁷⁷.

a2) Les privilèges masculins et le patriarcat

543. Les privilèges de l'homme sont défendus au nom du sacré et de la nécessité sociale. Il faut distinguer les privilèges masculins du privilège de masculinité⁵⁷⁸ prescrit en droit successoral, lequel constitue aussi un privilège masculin.

⁵⁶⁸ Art. 146 al. 2 CSF. L'amende varie de 3000 à 18000 francs.

⁵⁶⁹ Art 132 CSF

⁵⁷⁰ L'article 7 de la loi de 1967 fixe le montant de la dot à 3000 F et celui des cadeaux offerts à la fiancée à 15000F.

⁵⁷¹ Art 11 de la loi de 1967 : amende de 20000F à 500000F en cas d'inapplication

⁵⁷² Art 132 CSF

⁵⁷³ Art 133 CSF

⁵⁷⁴ Art 134 CSF

⁵⁷⁵ Art 126 CBPF

⁵⁷⁶ Art 142 CBPF

⁵⁷⁷ Art 142 CBPF

⁵⁷⁸ Le privilège de masculinité consiste à attribuer aux hommes une part d'héritage plus importante que celle accordée à une héritière de même rang.

544. Les privilèges masculins désignent toutes les données biologiques, idéologiques, ou socio-religieuses qui confèrent un avantage ou une supériorité à l'homme au sein de la famille ou de la société. Si pour les uns, elles reposent sur les différences naturelles et biologiques entre homme et femme, pour les autres, elles ne sont qu'« une construction servant précisément à légitimer l'oppression des femmes »⁵⁷⁹. Fortement ancrée dans les coutumes et croyances africaines, la suprématie masculine a un caractère quasi-universel de sorte que l'on retrouvait ses marques également dans le droit français d'ordinaire en opposition avec les coutumes africaines.
545. Si certaines règles accordent des avantages aux hommes, d'autres sont attentatoires à la liberté de la femme cette fois-ci au nom de la nécessité de sa protection car elle est perçue comme un être faible. Selon le bord où l'on se trouve, le patriarcat apparaît tantôt comme la domination de l'homme, domination entretenue par l'idéologie, les pratiques sociales et religieuses ou tantôt encore, comme la nécessité de marquer la différence de l'humanité et de respecter l'ordre divin.
546. La manifestation juridique des privilèges masculins et du patriarcat est l'exercice de la puissance maritale, reconnu en droit sénégalais, et qui fait du mari le chef de la famille, lui conférant le pouvoir de prendre les décisions essentielles relatives à la vie du ménage et du foyer⁵⁸⁰.
547. A l'instar du code civil français, le code béninois a remplacé la puissance paternelle par l'autorité parentale, qui est exercée conjointement par les deux parents⁵⁸¹.
548. L'attitude divergente de nos différents législateurs sur les réglementations des valeurs coutumières et surtout l'écart qui existe entre les pratiques sociales et les règles juridiques, amènent à s'interroger sur les conséquences de ces réglementations et leur pertinence.

b – Le caractère mitigé de la réglementation des pratiques coutumières

549. Le lien entre coutume, religion et droit n'est malheureusement pas toujours au service de la promotion des droits. Particulièrement, « l'interpénétration et la contamination de la religion par la coutume et de la coutume par la religion sont des leviers efficaces pour

⁵⁷⁹ Abdessamad DIALMY, « La masculinité au Maroc entre Traditions, Modernité et Intégrisme », in *La masculinité en Afrique contemporaine*, Egodi UCHENDU (Dir.), éd. CODESRIA 2008, p.73.

⁵⁸⁰ Art 152 CSF

⁵⁸¹ Art 155 CBPF

maintenir des pratiques qui ne correspondent plus aux exigences actuelles des personnes et de la société »⁵⁸².

550. En admettant le mariage coutumier, le législateur sénégalais n'a pas expressément écarté les coutumes qui seraient contraires à l'ordre public, notamment celles qui annihileraient le consentement des époux. Le législateur aurait pu donner à l'officier d'état civil, la compétence de ne pas constater et même de dénoncer une coutume contraire à la loi, si elle ne respecte pas le consentement des futurs époux ou par exemple l'âge de mariage. Mais le rôle de l'officier d'état civil est limité puisque la non constatation n'entache pas la validité du mariage. « L'article 114 (Code sénégalais de la famille) s'apparente à un véritable *camaïeu* juridique. Il soulève plus de questions qu'il n'en résout...Le texte ne pose en effet aucune difficulté lorsque les futurs époux décident de faire célébrer leur mariage par l'officier d'état civil. Dès lors qu'on s'écarte de cette hypothèse, l'obscurité envahit et les futurs époux et l'interprète »⁵⁸³.

551. Dans la réglementation de la dot, il y a une volonté de modernisation de l'institution mais il n'est pas sûr que cette volonté du législateur soit suivie par les populations. Il semble peu probable de pouvoir convaincre un père de famille surtout en milieu rural que la dot qu'il est censé recevoir est au regard de la loi, la propriété exclusive de sa fille. Si un jeune fiancé dispose au regard de la loi de recours contre ses beaux-parents qui lui exigeraient une dot manifestement excessive, il est difficile de penser qu'il puisse débiter sa vie de famille par un conflit avec ses beaux-parents, et qui plus est, un conflit qu'il pourrait porter devant les autorités judiciaires.

552. Tant que le législateur n'adoptera pas une attitude sans équivoque de totale rupture ou d'acceptation généralisée à l'égard des institutions coutumières, celles-ci se trouveront toujours en concurrence avec le droit moderne et réduiront la possibilité d'effectivité des droits civils qui leur sont contraires. Les arguments en faveur de l'éviction ou du maintien des pratiques coutumières sont aussi pertinents les uns que les autres, mais le choix doit d'abord viser une meilleure reconnaissance des droits des personnes. La base du raisonnement sur la pertinence des valeurs traditionnelles doit être à notre avis de savoir si ces institutions favorisent ou non les droits individuels des personnes.

⁵⁸²Zoubida HADDAB, in *Le conflit des égalités*, Revue ASPECTS (Revue d'études francophones sur l'Etat de droit et la démocratie, 2009-n°3, p.2.

⁵⁸³Doudou NDOYE (Dir), *Droit africain de la famille*. Etudes doctrinales. Mélanges africains, op.cit. p. 67

553. Le maintien de règles traditionnelles a fait « du droit de la famille, un droit de l'inégalité dans des systèmes juridiques basés au moins formellement sur l'égalité »⁵⁸⁴. Les droits traditionnels sont souvent source d'abus et de violations des droits des femmes en particulier. C'est ce qui justifie leur rejet par les systèmes juridiques modernes. Mais en droit sénégalais, si les coutumes ont été considérées comme obstacles au développement, leurs institutions sont quand même maintenues parce qu'elles sont identiques aux règles religieuses pratiquées par la majorité de la population et admises par le droit. L'on a donc en définitive le maintien de règles coutumières sous le couvert de règles religieuses. Or les prescriptions islamiques « font un sort moins favorables aux femmes qu'aux hommes »⁵⁸⁵. Si les pouvoirs publics sénégalais ont dû subir des pressions de la part des guides religieux (confréries et marabouts) pour le maintien des règles de droit musulman en droit de la famille⁵⁸⁶, l'Etat a aussi le devoir de protéger et de garantir les droits des personnes.

554. Ce rôle de l'Etat consiste en l'organisation et l'ordonnement de l'ordre juridique à travers lequel les droits sont reconnus et en l'imposition d'obligations aux organes chargés de veiller au respect des droits ou d'œuvrer à leur mise en application.

555. Pour une meilleure perception du rôle des Etats, il sera abordé dans le chapitre suivant, la question de la matérialisation des droits civils dans les systèmes de droit africain.

⁵⁸⁴ Ghania GRABA, in *Le conflit des égalités*, *Revue ASPECTS*, op.cit. p.5

⁵⁸⁵ Rapport du ministre sénégalais de la justice à l'époque de la rédaction du code de la famille, cité par A. S. SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique*, op.cit. p.41

⁵⁸⁶ A. S. SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique*, op.cit. p. 38-39

Chapitre II : La matérialisation des droits civils dans les systèmes de droit africain

557. Il apparaît à travers l'étude de la définition des droits civils qu'il est impossible d'en faire une liste exhaustive. Pour avoir une idée concrète des droits, il faut se référer à leurs sources c'est-à-dire aux textes qui les consacrent.
558. Les sources des droits civils sont formées de textes disparates. L'on peut se demander si « l'hypertrophie législative »⁵⁸⁷ ne risque pas d'être une source de contradictions entre les différents textes reconnaissant ou consacrant les droits des personnes. Pour répondre à cette interrogation, il serait intéressant d'analyser de façon détaillée ces différents textes pour rechercher la matérialité des droits qui y sont reconnus.
559. Le droit est en effet, un produit dont la forme première est la matérialisation. Elle en est la source dite formelle⁵⁸⁸. La matérialisation renvoie donc aux sources des droits. Celles-ci se présentent sous divers aspects en rapport direct avec un producteur. On évoque la loi, la doctrine, la jurisprudence, la coutume. Il faut entendre ici par source, les « points d'émergence de la règle juridique »⁵⁸⁹ et « ce qui fonde le caractère obligatoire de celle-ci »⁵⁹⁰.
560. Les systèmes juridiques africains, de même que les systèmes de droit occidental, donnent la primauté aux sources écrites. Mais il ne s'agit pas d'un ensemble homogène. Ces sources sont généralement des textes de loi et chacun d'eux est axé sur un concept qu'il entend régir.
561. La diversité des sources des droits civils est surtout le fait de l'internationalisation. Peu de domaines y résistent et même le droit civil considéré comme l'un des derniers bastions de la souveraineté des Etats, n'y échappe plus.
562. Les sources des droits civils sont ainsi universelles, régionales et surtout nationales. Leurs apports respectifs consistent à attribuer des droits aux personnes. Elles recherchent aussi dans les règles ou institutions familiales, si celles-ci promeuvent ou limitent les principes prônés par les différents textes. La proclamation des droits dans l'ordre juridique se fait au plan interne (section I) et au plan international (section II).

⁵⁸⁷ Michel VILLEY, *Philosophie du droit...* op.cit. p. 162

⁵⁸⁸ Jacques VANDERLINDEN, *Rendre la production du droit aux « peuples »*, op.cit. p.84.

On considère comme sources des droits subjectifs, les actes juridiques et les faits juridiques. Elles tiennent à la loi et à la volonté individuelle. On les appelle les sources créatrices des droits. Le mot source revêt beaucoup de sens. Celui que nous abordons ici concerne les sources productrices de la règle de droit, laquelle consacre les droits subjectifs. Il s'agit donc des formes sous lesquelles naissent les règles de droit, les différentes façons dont les règles de droit sont établies. On parle de sources formelles et on regroupe sous ce terme la loi et la coutume.

⁵⁸⁹ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op.cit. p.163

⁵⁹⁰ Idem.

Section I : La proclamation des droits dans l'ordre juridique interne

563. Une des particularités des droits civils, c'est qu'ils peuvent être revendiqués dans des domaines autres que celui du droit de la famille. Les droits fondamentaux inhérents à l'individu peuvent ainsi trouver leur fondement dans la constitution (Paragraphe 2). Quant aux droits spécifiques au cadre de la famille comme les droits liés au mariage, à la paternité, à la maternité, et à la filiation, ils se retrouvent pour l'essentiel dans les lois ou codes (civils) des personnes et de la famille (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : Les droits reconnus dans les lois civiles

564. Les droits des personnes dans la famille démontrent la complexité des rapports familiaux. Ceux-ci existent entre les générations, entre les sexes, et il y a aussi des rapports entre l'autorité et la liberté. Les premiers se traduisent dans les catégories juridiques que sont la filiation et les successions, les deuxièmes par le mariage, le concubinage, la séparation ou le divorce. Les troisièmes dans les catégories de la majorité ou de l'autorité parentale⁵⁹¹.

565. Plus que les droits, ce sont donc des institutions qui sont mis en exergue. Il faudra donc essayer d'énumérer les droits (A) et de dégager les critères qui président à leur énumération (B). Les droits énumérés dans les deux ordres juridiques béninois et sénégalais sont approximativement les mêmes. C'est au niveau de leurs caractères et de leurs conditions d'exercice, que des différences notables se remarquent.

A – L'énumération des droits

566. Les droits reconnus dans les lois civiles sont deux sortes : ceux faisant l'objet d'une proclamation solennelle (1) et ceux tirés des obligations des personnes les unes envers les autres (2).

1) Les droits faisant l'objet d'une proclamation solennelle

567. Parmi les droits expressément proclamés dans le code sénégalais de la famille, figurent le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique⁵⁹², le droit au nom en général et en particulier, le droit au nom de l'enfant⁵⁹³ et de la femme⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ *Droit de la famille, Ne pas se tromper de réforme* (Rapport d'audition de la Commission des lois au Sénat), France, n°481 1997-1998, p.133

⁵⁹² Art 1 CSF

⁵⁹³ Art 3 et 4 CSF

⁵⁹⁴ Art 7 CSF

568. L'on retrouve dans le code béninois des personnes et de la famille, le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, le droit à la vie, à l'intégrité physique et morale⁵⁹⁵, le droit au nom de l'enfant⁵⁹⁶, le droit au domicile pour l'épouse⁵⁹⁷.

569. Le droit au mariage, même s'il y est fait référence pour les conditions de sa réalisation, n'est pas expressément proclamé. Il découle donc de l'ensemble des conditions fixées pour la validité du mariage. Ceci semble dû à sa nature mixte de droit individuel et de droit fait d'obligations. En effet, le mariage ne constitue nullement une obligation au regard de la loi. Il s'agit d'un choix volontaire des individus. Mais une fois la décision de se marier prise, la volonté individuelle s'arrête là. La réglementation du mariage dans sa nature et dans ses effets, obéit à des règles impératives⁵⁹⁸. Le droit au mariage sert de lien entre les deux catégories de droits.

2) Les droits tirés des obligations des personnes

570. Il s'agit généralement de droits qui se dégagent d'obligations ou de devoirs vis-à-vis d'autrui sous forme de conditions imposées pour leurs réalisations. Autrui ne vise pas ici un tiers mais les autres personnes impliquées dans la relation familiale.

571. Ces droits concernent les rapports des parents entre eux et leurs rapports avec les enfants. Il s'agit des droits et devoirs réciproques à caractère personnel des époux, notamment les devoirs de fidélité, de cohabitation, de secours et d'assistance⁵⁹⁹.

572. Les droits et devoirs à l'égard des enfants concernent l'obligation de nourrir, d'entretenir, d'élever et d'éduquer les enfants⁶⁰⁰. Ils peuvent pour l'essentiel, se retrouver dans l'exercice de la puissance paternelle⁶⁰¹ ou de l'autorité parentale⁶⁰².

573. Mais il ne faudrait pas conclure à l'inexistence des autres droits non énumérés. Ils sont tirés des principes généraux du droit et font généralement l'objet d'une protection par le juge. « La protection des droits personnels est d'autant plus efficace que leur violation constitue une cause de divorce aux torts de l'époux fautif »⁶⁰³. Il faut constater par contre l'insuffisance

⁵⁹⁵ Art 1 CBPF

⁵⁹⁶ Art 6 CBPF

⁵⁹⁷ Art 15 et 156 CBPF

⁵⁹⁸ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?...* op.cit. p.67 et 68

⁵⁹⁹ Art 149 à 151 CSF – Art 153 et s. CBPF

⁶⁰⁰ Art 155 CSF

⁶⁰¹ Art 156 et 277, 283-285 CSF

⁶⁰² Art 406 et s. CBPF

⁶⁰³ Doudou NDOYE (Dir), *Droit africain de la famille*. Etudes doctrinales. Mélanges africains, op.cit. p. 17. Voir aussi Art. 166 CSF.

des lois civiles à rendre compte de la réalité des droits civils. Par ailleurs, les conditions d'octroi des droits traduisent leur diversité au sein des différents ordres juridiques.

B – Les caractères des droits

574. La matérialisation des droits dans les lois civiles est marquée par des droits traditionnels faits d'obligations et de conditions (1) et des droits évolutifs tendant à plus d'égalité et de liberté (2).

1) Des droits traditionnels faits d'obligations et de conditions

575. Le caractère traditionnel du droit de la famille est à l'heure actuelle, plus largement perçu en droit sénégalais.

576. Le commencement de la personnalité juridique se situe à la naissance⁶⁰⁴. Il se justifie par une définition de la personnalité juridique qui vise à identifier et déterminer l'existence de l'individu. La personnalité juridique s'entend dans ce sens, de l'aptitude à acquérir et à exercer des droits ou à subir l'exécution d'une obligation. C'est pourquoi le même article précise que l'enfant peut toutefois acquérir des droits au jour de sa conception s'il naît vivant.

577. Parmi les nombreux éléments de la personnalité juridique dont certains sont justement liés à la naissance, figure le nom. Le nom est à la fois un élément d'identification, un droit de la personnalité et un droit de famille. C'est parce qu'il s'acquiert à la naissance qu'il est rattaché à la filiation. Si l'enfant naît de père et de mère unis par le mariage, il prend le nom du père⁶⁰⁵. S'il s'agit d'un enfant né hors mariage, il prend le nom de sa mère⁶⁰⁶, de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie⁶⁰⁷, et donc du père s'il est reconnu par ce dernier.

578. En dehors du cas de l'enfant, le droit au nom constitue un droit de personnalité pour toute personne. A cet égard et parlant de protection de la personnalité⁶⁰⁸, le code sénégalais précise qu'un intérêt même moral peut permettre à toute personne d'agir en réclamation de son nom patronymique et d'en interdire l'usage à un tiers.

⁶⁰⁴ Art 1 CSF

⁶⁰⁵ Art.3 CSF – Art.6 CBPF

⁶⁰⁶ Art.4 CSF

⁶⁰⁷ Art.6 CBPF

⁶⁰⁸ Art.11CSF

579. En ce qui concerne le droit au nom de la femme mariée, celle-ci acquiert pendant le mariage, le nom de son mari qu'elle peut conserver même après séparation sauf en cas de décision contraire du juge. Il s'agit d'un droit d'usage⁶⁰⁹.
580. Le droit au mariage est basé sur le libre consentement des futurs époux⁶¹⁰. Le mariage du mineur ne peut être célébré qu'avec le consentement de celui qui exerce la puissance paternelle⁶¹¹ ou l'autorité parentale⁶¹² à son égard. Il s'agit de règles traditionnelles communes aux conditions du mariage.
581. Les options et formes de mariage reconnues en droit sénégalais portent la marque de la tradition et d'un certain avantage accordé à l'homme. Elles en font un droit limité pour la femme. Le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme âgé de plus de dix-huit (18) ans et une femme âgée de plus de seize (16) ans.
582. Il existe une option de statut conjugal accordée à l'homme, qui lui permet de choisir entre un mariage monogamique et un mariage polygamique⁶¹³. L'option peut être expresse ou tacite. En cas d'option de polygamie, l'homme peut limiter le nombre d'épouses. A défaut d'option, le mariage est réputé polygamique. Mais l'homme ne peut avoir simultanément plus de quatre épouses⁶¹⁴.
583. Les options de monogamie ou de polygamie limitée sont définitives sauf si celui qui fait l'option de polygamie décide de restreindre son choix par une nouvelle option. L'optant est engagé pour toute la durée de son existence, même après la dissolution de l'union à l'occasion de laquelle l'option avait été souscrite⁶¹⁵.
584. Les prérogatives accordées à l'homme et découlant du droit au mariage influencent les rapports entre époux. Si le code sénégalais pose comme droits et devoirs réciproques des époux, la communauté de vie, le respect et l'affection⁶¹⁶, le devoir de fidélité⁶¹⁷, il va de soi qu'en cas de polygamie, ces devoirs seront difficilement exigés. Ces devoirs impliquent la communauté de vie qui comprend non seulement la communauté d'habitation mais aussi l'entretien de relations charnelles. La communauté de vie ne peut être pleinement réalisée entre deux époux en cas de polygamie. Il est toutefois reconnu à chaque épouse, un droit à

⁶⁰⁹ Art.7 CSF

⁶¹⁰ Art.108 CSF – Art.119 CBPF

⁶¹¹ Art.109 CSF

⁶¹² Art.120CBPF

⁶¹³ Art.133 CSF

⁶¹⁴ Art. 133 CSF

⁶¹⁵ Art.1343 CSF

⁶¹⁶ Art.149 CSF

⁶¹⁷ Art.150 CSF

l'égalité de traitement par rapport aux autres⁶¹⁸. Mais les conditions d'exercice de ce droit qui peut s'analyser en un devoir pour le mari, ne sont pas précisées.

585. La situation privilégiée du mari lui confère des droits et des avantages particuliers. Il s'agit de la puissance maritale⁶¹⁹ qui l'érige en chef de famille. Ce pouvoir lui confère une certaine prééminence dans les décisions relatives au ménage et aux enfants. Le mari a également le privilège du choix de la résidence conjugale⁶²⁰.

586. Toutefois, les pouvoirs du mari sont atténués par la prise en compte de l'intérêt de la famille. Si par exemple, le choix de la résidence présente des dangers d'ordre physique ou moral, la femme peut être autorisée par le juge, à avoir un autre domicile pour elle et ses enfants⁶²¹.

587. Les rapports que les parents entretiennent avec leurs enfants sont dominés par l'autorité qu'ils exercent sur eux. Cette autorité traduisait l'idée de puissance d'un père déjà sujet de droit face à des enfants longtemps considérés comme des personnes dénuées de droits, mais envers lesquels les parents avaient un devoir. C'est cette idée qui justifiait l'exercice par le père de la puissance paternelle.

588. Toujours présente en droit sénégalais⁶²², la puissance paternelle appartient conjointement aux deux parents mais elle est exercée par le père durant le mariage en sa qualité de chef de famille⁶²³. Les décisions prises par le père et qui sont contraires aux intérêts de l'enfant ou de la famille peuvent être modifiées par le juge. La mère ne peut exercer la puissance paternelle que si le père est déchu de ses droits, ou est dans l'incapacité de se manifester, ou encore en cas de séparation des parents ou de décès.

589. Les parents ont cependant, ensemble, l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever les enfants⁶²⁴. Mais il est également précisé que c'est celui qui exerce la puissance paternelle qui est tenu d'entretenir l'enfant, de pourvoir à ses besoins et à son éducation⁶²⁵. Donc ce rôle semble essentiellement dévolu au père durant le mariage.

590. La puissance paternelle comprend le droit de garde⁶²⁶ et de correction⁶²⁷. Le droit de garde consiste à fixer la résidence de l'enfant, à surveiller ses actes et ses relations tandis que

⁶¹⁸ Art.149 al.2 CSF

⁶¹⁹ Art.152 CSF

⁶²⁰ Art.153 CSF

⁶²¹ Art.153 al.2 CSF

⁶²² Art.156 CSF

⁶²³ Art.277 CSF

⁶²⁴ Art.155 CSF

⁶²⁵ Art.283 CSF

⁶²⁶ Art.284 CSF

⁶²⁷ Art.285 CSF

le droit de correction est la possibilité d'infliger à l'enfant châtiments et corrections dans la mesure compatible avec son âge et l'amendement de sa conduite. La puissance paternelle met plus l'accent sur les prérogatives du père que sur la nécessité de protection de l'enfant.

2) Des droits évolutifs dans un souci d'égalité

591. Le droit béninois semble avoir opté pour les deux sens de la personnalité juridique. Il fait une distinction entre le sens juridique (aptitude à être sujet de droit et qui le situe à la naissance) et le sens psycho-biologique. Dans ce dernier cas, la personnalité comprend tous les éléments qui font l'originalité d'une personne par rapport aux autres et qui le situent dans son milieu social et familial. C'est donc la vie et non la naissance qui en vérité, semble gouverner l'acquisition de la personnalité⁶²⁸. En reconnaissant à l'enfant conçu le droit à la vie, à l'intégrité physique depuis la conception, l'article 1 du code⁶²⁹ montre que cet aspect de la personnalité juridique vise surtout à assurer la protection de la personne contre les atteintes des autres.
592. Sur la question du droit au nom de l'enfant, les législateurs béninois et sénégalais ont opté pour la patronymie obligatoire et exclusive, c'est-à-dire que seul le mari conserve le droit de transférer son nom à l'enfant et pas l'épouse. Il n'y a donc pas de différence notable puisque la conception traditionnelle vaut pour les deux systèmes. Sur la protection du droit au nom comme droit de la personnalité, le code béninois précise que ce droit est reconnu même en cas de décès, à la veuve et aux descendants⁶³⁰.
593. Par contre, le droit au nom de la femme mariée a fait l'objet d'une évolution en droit béninois de la famille. L'ampleur de la polémique autour du nom de la femme mariée est un indicateur des difficultés qu'il y a à concilier les pratiques sociales basées sur une certaine conception des règles traditionnelles et le besoin de modernité qu'exige un Etat de droit moderne⁶³¹. La différence de fond entre les deux versions⁶³² et la préférence du législateur béninois pour la deuxième traduit surtout le fait que le « nom est (avant tout) la clé de l'individualisation ». ⁶³³ Le nom touche au statut conjugal de la femme⁶³⁴ mais l'attribution du

⁶²⁸ Gérard CORNU, *Droit Civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, op.cit. p.196

⁶²⁹ Art 1 CBPF

⁶³⁰ Art.13 CBPF

⁶³¹ Elisabeth YEDEDJI ép. GNANVO, Un exemple de droit écartelé entre tradition et modernité : le nom de la femme mariée au Bénin, in *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, N° 15, 2005, p.35

⁶³² Porter le nom de son mari et éventuellement ajouter son propre nom ou à l'inverse garder son nom et y adjoindre celui de son mari.

⁶³³ Elisabeth YEDEDJI ép. GNANVO, Un exemple de droit écartelé entre tradition et modernité : le nom de la femme mariée au Bénin, op.cit. p.35

nom est avant tout un effet de la filiation paternelle⁶³⁵. Désormais, la femme garde son nom de jeune fille auquel elle ajoute celui de son mari⁶³⁶.

594. L'évolution du droit au mariage est marquée en droit béninois par le relèvement de l'âge légal du mariage à dix-huit (18) ans pour les deux sexes. Si elle vise à rétablir l'égalité entre les sexes devant le mariage, elle vise aussi à empêcher les mariages forcés de jeunes adolescentes. La liberté donnée aux jeunes filles de se marier avec le consentement des parents ne constituait qu'une « fausse liberté »⁶³⁷ et cette différence entravait les efforts de lutte contre les mariages forcés⁶³⁸.

595. Le droit béninois a supprimé les différentes options de mariage reconnues aux hommes. Seule la forme monogamique de mariage est désormais reconnue⁶³⁹. Seul est également reconnu comme produisant des effets légaux, le mariage célébré par un officier de l'état civil.

596. Dans un but égalitaire, le choix du domicile conjugal se fait d'un commun accord entre les époux. C'est en cas de désaccord qu'il est fixé par le mari. La femme retrouve le droit d'obtenir du juge, un domicile séparé si elle apporte la preuve que le domicile choisi par le mari,⁶⁴⁰ présente un danger pour elle et ses enfants. Le nom et le domicile sont des aspects qui ont particulièrement préoccupé le législateur. La fixation du domicile, d'un commun accord par les époux est une avancée. Par ce choix, la « prépondérance maritale dans le ménage »⁶⁴¹ est progressivement atténuée.

597. Toujours dans un but égalitaire, il est important que les obligations des époux, qui s'analysent en droits pour le bénéficiaire, soient marquées par une véritable réciprocité. L'option en faveur du mariage monogamique met plus l'accent sur l'unité du couple et la réciprocité de leurs obligations. Les obligations de respect et d'assistance⁶⁴² mais aussi de communauté de vie ont un caractère personnel très marqué. N'ayant pas une valeur patrimoniale, ils exigent l'implication de la personne même de chacun des époux.

⁶³⁴ Elisabeth YEDEDJI ép. GNANVO, 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 Ouaniilo, février 2007, p.77

⁶³⁵ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, éd. Montchrestien 1988, p. 201- 202.

⁶³⁶ Art.12 CBPF

⁶³⁷ Rapport de la défenseure des enfants à la délégation aux droits des femmes du Sénat – France, Novembre 2004 – in *Le Monde* du 29 mars 2005

⁶³⁸ Idem

⁶³⁹ Art.143 CBPF

⁶⁴⁰ Art.15 et 156 CBPF

⁶⁴¹ Elisabeth YEDEDJI ép. GNANVO, Le mariage nouveau est –il arrivé ? op. cit. p.77

⁶⁴² Art.153 CBPF

598. Les époux se doivent également fidélité⁶⁴³. Il n'y a plus en mariage monogamique, de dérogation possible au profit de l'un des époux et au détriment de l'autre. La fidélité est perçue comme la foi due à un engagement et aussi comme une marque de respect pour autrui. Dans le mariage, c'est le devoir pour chacun des époux de ne pas commettre l'adultère et de ne pas entretenir avec un tiers des relations offensantes pour son conjoint⁶⁴⁴.
599. Les époux assurent également ensemble la direction morale et matérielle de la famille et pourvoient à l'éducation des enfants⁶⁴⁵. Dans le sens de l'évolution, la puissance paternelle, a disparu de l'actuel droit béninois de la famille au profit de l'autorité parentale⁶⁴⁶. Elle est exercée durant le mariage, conjointement par les père et mère⁶⁴⁷. Il est précisé que les droits constituant l'autorité parentale ne peuvent être exercés que dans l'intérêt du mineur. Ces droits ont pour but d'assurer la sécurité de l'enfant, sa santé, son plein épanouissement et sa moralité⁶⁴⁸.
600. L'autorité parentale comprend les droits et devoirs portant sur les besoins élémentaires de l'enfant et sur les besoins liés à son éducation. Il s'agit de garder, surveiller, diriger et entretenir l'enfant, de l'éduquer et de lui apporter toute mesure d'assistance éducative. L'autorité parentale exige aussi de consentir aux actes du mineur, notamment à son mariage et d'assurer la jouissance et l'administration de ses biens⁶⁴⁹. De leur côté, les enfants doivent honneur et respect à leur père et mère et autres ascendants⁶⁵⁰.
601. L'étude du contenu des codes des personnes et de la famille permet de se rendre compte que ceux-ci réglementent plus les droits de famille que les droits individuels des personnes. L'accent est surtout mis sur les conditions d'octroi et d'exercice de ces droits. Quant aux droits fondamentaux des personnes, leur reconnaissance est surtout le fait des textes constitutionnels.

⁶⁴³ Art.154 CBPF

⁶⁴⁴ G. CORNU, (sous la dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987, p.382

⁶⁴⁵ Art.155 CBPF

⁶⁴⁶ Art. 406 CBPF.

⁶⁴⁷ Art.411 CBPF

⁶⁴⁸ Art.407 CBPF

⁶⁴⁹ Art.407 CBPF

⁶⁵⁰ Art.405 CBPF.

Paragraphe 2 : Les références constitutionnelles

602. L'on retrouve dans tout système juridique, des règles fondamentales⁶⁵¹. Il s'agit de règles ayant un caractère constitutif c'est-à-dire qu'elles instituent le système. Les textes qui contiennent ces règles sont alors qualifiés de constitutions. Tout texte constitutionnel est généralement formé du préambule, du corps du texte et des dispositions finales. C'est dans les parties essentielles des constitutions, à savoir le préambule (A) et le corps du texte (B) que se retrouvent les différents droits reconnus aux personnes.

A – Les droits reconnus dans les préambules

603. Il paraît utile d'évoquer le contenu des préambules dans l'énumération des droits reconnus dans les constitutions. En effet, les préambules renferment des dispositions pertinentes mais ils n'ont pas toujours la même valeur que le reste du texte.

604. Aux préambules, il est traditionnellement attribué une série de « missions spécifiques »⁶⁵² mais leur importance a surtout été « valorisée par (leur) rattachement au texte »⁶⁵³. L'importance donnée aux préambules est donc venue de leur rattachement au bloc de constitutionnalité (1). C'est par ce rattachement que l'on tient compte des préambules dans l'appréciation du contenu du droit positif (2).

1) Le rattachement du préambule au bloc de constitutionnalité

605. Par une décision devenue célèbre⁶⁵⁴, le Conseil constitutionnel français a intégré par une série de renvois, le préambule de la Constitution de 1958 au bloc de constitutionnalité par rapport auquel il a apprécié la conformité d'une loi.

606. Ce rattachement a permis de faire entrer officiellement le préambule de la constitution dans l'ordre juridique⁶⁵⁵. Le rattachement s'est rendu visible surtout dans le contrôle exercé

⁶⁵¹ A. JEAMMAUD, Les règles juridiques et l'action in *Recueil Dalloz Sirey*, 1993, 29^{ème} cahier. Chronique, p. 209

⁶⁵² Jean-Paul ANDRIEU, *Introduction historique au droit*, éd. Dyna'sup Droit Vuibert, p.157

⁶⁵³ Idem

⁶⁵⁴ Cons. Const. Français, déc. n° 71- 44 DC, 16 juil. 1971, Rec. Cons. Const., p.29, GD, 9^{ème} éd., p.249

⁶⁵⁵ Par la décision du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel français a intégré au bloc de constitutionnalité par rapport auquel il apprécie la conformité des lois, le Préambule de la constitution de 1958, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ainsi que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. La constitution française de 1958, dans son préambule, renvoyait aussi au Préambule de la Constitution de 1946. Cette dernière rappelle les droits sacrés et inaliénables de la personne humaine, consacrés dans la Déclaration de 1789 et proclame des principes politiques, économiques, et sociaux jugés « particulièrement nécessaires à notre temps ». (Préambule de la Constitution de 1946, al.2). Le conseil constitutionnel s'est fondé sur l'ensemble de ces dispositions pour contrôler la conformité des lois à la constitution.

en matière de droit privé. Il a permis de créer ou de prendre en compte des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Dans le domaine des droits des personnes, les préambules proclament généralement la valeur de l'être humain ainsi que ses droits et libertés sacrés, reconnus dans la République.

607. Le bloc de constitutionnalité est ainsi composé du préambule de la constitution, des Déclarations auxquelles il est fait référence dans le préambule de la constitution, du texte de la constitution, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République expressément inscrits dans la constitution ou le préambule, ou qui s'en déduisent.

608. C'est par exemple du préambule de la constitution et notamment de la Déclaration des droits de 1789 que le Conseil constitutionnel français a déduit le principe de « sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation »⁶⁵⁶.

609. Le rôle des préambules consiste surtout en un rappel des principes et droits fondamentaux, même s'il se fait dans un style plutôt littéraire ou philosophique que juridique. Ces principes sont tirés des Déclarations auxquelles il est fait référence dans les préambules. Ils sont également tirés de la tradition juridique encore appelée coutume « d'origine savante »⁶⁵⁷. Ils sont par ailleurs tirés des maximes ou adages juridiques⁶⁵⁸ ou encore des principes généraux du droit⁶⁵⁹.

610. Dans les systèmes juridiques africains, le rattachement du préambule au bloc de constitutionnalité ne peut être considéré comme automatique. Suivant cette logique et voulant reprendre ce nouveau principe de rattachement du préambule au bloc de constitutionnalité, certaines constitutions mentionnent désormais expressément que leurs préambules en font partie intégrante. Il en est ainsi de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

611. La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 n'affirme pas expressément que son préambule en soit une partie intégrante. Mais elle affirme que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples à laquelle il est fait mention dans le préambule fait partie intégrante de la constitution et du droit béninois et qu'elle a une valeur supérieure à la loi interne. Cette disposition particulière est rappelée à nouveau dans le corps de la constitution⁶⁶⁰.

⁶⁵⁶ Décision N°94-343/344 DC du 27 juillet 1994. J.O. du 29 juillet 1994, p.11024

⁶⁵⁷ Elle se distingue de la coutume populaire en ce qu'elle n'est pas le produit d'une pratique de masse. Elle est le produit d'une élaboration intellectuelle qui sans doute, doit être en accord avec la sensibilité juridique de la masse.

⁶⁵⁸ La maxime '*Pater is est quem nuptiae demonstrant*' est passé dans le code civil (art. 312). De même qu'*Aliments ne s'arrangent pas*.

⁶⁵⁹ C'est un principe que *toute promesse de mariage est nulle en elle-même* comme portant atteinte à la liberté qui doit régner dans la formation du lien matrimonial.

⁶⁶⁰ Art.7 Const. bén. du 11 décembre 1990

612. En l'absence de dispositions expresses, l'on ne peut pas considérer que le préambule de la Constitution béninoise fasse partie intégrante du bloc de constitutionnalité. Si le constituant béninois entendait adopter la position du juge constitutionnel français et rattacher le préambule au corps de la constitution, il n'aurait pas été nécessaire de réaffirmer le rattachement de la Charte africaine au bloc de constitutionnalité alors que celle-ci était déjà évoquée dans le préambule.
613. Les objectifs des principes affirmés dans les préambules sont le renforcement de la démocratie mais aussi la promotion des droits des individus. Ces objectifs confèrent aux préambules, toute leur importance de sorte que leur mise en œuvre réelle paraît déterminante pour l'avancée de l'Etat de droit en général et des droits des personnes en particulier. La conformité à la constitution s'apprécie donc par rapport aux articles de la constitution, aux préambules, aux déclarations ainsi qu'aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Ces normes de référence sont une série de règles et de principes intéressant les droits et les libertés des personnes dans différents domaines.

2) Le contenu des préambules

614. L'on retrouve dans les préambules, des principes visant la promotion et la garantie des droits et des références aux Déclarations internationales. Le renvoi opéré par les préambules aux déclarations donne à celles-ci, en plus de leur valeur supra-nationale, une valeur constitutionnelle de sorte que le législateur doit respecter et tenir compte de leurs prescriptions.
615. Le préambule de la Constitution béninoise exprime la volonté commune du peuple à sauvegarder la dignité et à défendre les droits de l'homme⁶⁶¹. Il exprime la détermination à garantir, protéger et promouvoir les droits fondamentaux de l'homme, les libertés publiques, la dignité de la personne humaine, la justice, afin de favoriser l'Etat de droit et le développement harmonieux de chaque personne⁶⁶².
616. Le préambule de la Constitution sénégalaise pose comme fondement de la construction de la nation, la liberté individuelle et le respect de la personne humaine⁶⁶³, considérés comme source de créativité. Il proclame le respect des libertés fondamentales et

⁶⁶¹ Préambule const. bén. al.5

⁶⁶² Préambule const. bén. al 6

⁶⁶³ Préambule const. sén. du 22 janvier 2001, al. 3

des droits du citoyen comme base de la société⁶⁶⁴. Il proclame également le rejet et l'élimination de toutes les formes d'injustice, d'inégalité, de discrimination⁶⁶⁵.

617. En ce qui concerne la référence aux Déclarations, le préambule de la Constitution du Bénin fait référence aux droits de l'homme tels que définis par la Charte des Nations-Unies de 1945, à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981.

618. Quant à la Constitution sénégalaise, elle se réfère à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, aux instruments internationaux adoptés par l'ONU et l'OUA, notamment la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, à la Convention relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 et à la Charte Africaine des droits de l'homme et des Peuples du 27 juin 1981.

619. Le Conseil constitutionnel français avait évité de faire entrer dans le domaine du bloc de constitutionnalité, l'ensemble des conventions ou traités approuvés et ratifiés⁶⁶⁶. Si le bloc de constitutionnalité est étendu aux préambules, faut-il également y intégrer les traités auxquels il est expressément fait référence dans le préambule des constitutions ?

620. Les préambules de certaines constitutions, font référence à des conventions internationales. Au regard de la Constitution béninoise, l'on ne saurait conclure que toutes les Déclarations et Chartes auxquelles il est fait allusion dans les préambules font partie intégrante de la constitution. La Constitution béninoise n'accorde en effet cette prérogative qu'à la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, à l'exclusion des autres Déclarations citées dans le préambule. Si l'intégration à la constitution valait pour toutes les autres Déclarations, la précision relative à la Charte africaine ne se justifierait pas. Or elle fait l'objet d'une double affirmation, d'abord dans le préambule et à l'article 7 de la Constitution.

621. Si l'on s'en réfère par comparaison aux Déclarations contenues dans le préambule de la Constitution française, il ne s'agit pas de textes internationaux mais de textes nationaux (Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et préambule de la constitution de 1946). Les Déclarations internationales ne sont donc pas comprises dans le bloc de constitutionnalité même si elles font l'objet d'énonciation dans les préambules des constitutions. L'exemple de la Charte africaine des droits de l'homme et son intégration dans

⁶⁶⁴ Préambule const. sén. du 22 janvier 2001, al.12

⁶⁶⁵ Préambule const. sén. al.16

⁶⁶⁶ Cons. Const. 15 janvier 1975, D. 1975, 529

la Constitution béninoise constitue une exception. C'est probablement pourquoi elle fait l'objet d'une double précision.

622. Toutefois, il n'est pas exclu que les principes contenus dans ces Déclarations, soient érigés en principes généraux de valeur constitutionnelle. Tout dépendra de la valeur que les autorités étatiques (politiques et judiciaires) entendent donner en réalité à ces principes. L'insertion des principes consacrant les droits fondamentaux de la personne dans le préambule des constitutions va permettre à ces dernières d'exercer une influence sur les lois consacrant les droits civils et de corriger leurs aspects négatifs soit dans la loi elle-même, soit lors de son application.

B – Les droits reconnus dans le corps des constitutions

623. A l'intérieur du corps des constitutions, se trouvent les règles relatives à l'existence et aux fonctionnements des pouvoirs publics et les règles relatives à la reconnaissance des droits. Ce sont ces dernières qui en fonction de leur pertinence, contribuent à l'effectivité des droits et libertés des individus. Elles énoncent les droits et les libertés des hommes et du citoyen dans un esprit et sous une allure philosophique⁶⁶⁷.

624. Les constitutions béninoise et sénégalaise consacrent toutes les deux leur titre II à la déclaration des droits. La Constitution béninoise parle des droits et devoirs de la personne humaine et la Constitution sénégalaise, des libertés publiques et de la personne humaine d'une part, des droits économiques, sociaux et collectifs d'autre part. Toutes les deux constitutions commencent leur déclaration respective des droits par l'affirmation du caractère sacré et inviolable de la personne humaine⁶⁶⁸. Elles proclament toutes les deux, l'obligation (absolue)⁶⁶⁹ pour l'Etat de protéger la personne humaine, de la respecter⁶⁷⁰, de lui garantir un plein épanouissement.

625. La Constitution béninoise rattache à sa déclaration des droits, les droits et devoirs proclamés dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁶⁷¹. L'individu a, au regard de la Constitution béninoise, droit à l'égal accès à la santé, à l'éducation, à la culture⁶⁷². Il a droit au développement et au plein épanouissement de sa personne dans toutes ses dimensions matérielle, temporelle, intellectuelle, spirituelle, pourvu qu'il ne viole pas les

⁶⁶⁷ F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op.cit. p.169

⁶⁶⁸ Art.7 const. sén et art.8 const. bén

⁶⁶⁹ Terme utilisé par la constitution béninoise

⁶⁷⁰ Art.8 const.bén.– art.7 const.sén.

⁶⁷¹ Art.7 const.bén.

⁶⁷² Art.8 const.bén.

droits d'autrui, ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou les bonnes mœurs⁶⁷³. L'individu a également droit à la vie, à la sécurité, à l'intégrité physique⁶⁷⁴.

626. La Constitution proclame de nombreux autres droits relatifs notamment aux droits politiques et aux libertés publiques. Il convient de ne reprendre dans le cadre de cette étude, que les droits relatifs à la protection individuelle de la personne et ceux reconnus dans le cadre de la famille ou qui sont susceptibles d'être exercés dans ce cadre. Dans ce domaine, par exemple, la Constitution béninoise proclame l'égalité en droit de l'homme et de la femme⁶⁷⁵. Cette égalité doit pouvoir être réalisée dans tous les domaines de la vie et donc aussi dans le domaine de la famille. Il est ainsi mis à la charge de l'Etat, l'obligation d'assurer cette égalité⁶⁷⁶, sans distinction aucune que ce soit de race, de sexe, d'opinion ou de position sociale. La Constitution béninoise est très peu expressive dans le domaine de la famille. Elle proclame juste que la famille a droit à la protection de l'Etat⁶⁷⁷, que cette protection est accordée en particulier à la mère et à l'enfant. Elle proclame en outre l'obligation pour l'Etat de veiller sur les personnes handicapées et les personnes âgées⁶⁷⁸. La famille n'est évoquée dans la Constitution béninoise qu'en rappelant très brièvement les obligations de l'Etat à son égard et envers ses membres⁶⁷⁹.

627. En revanche, la Constitution sénégalaise consacre une section de son titre relatif aux droits des personnes, à la famille et au mariage⁶⁸⁰. Il y est dit que ceux-ci (mariage et famille) constituent la base naturelle et morale de la communauté humaine et ont droit de ce fait, à la protection de l'Etat⁶⁸¹. La Constitution sénégalaise met davantage l'accent sur le rôle de l'Etat et des collectivités publiques et leurs devoirs vis-à-vis des familles et de leurs membres. L'Etat doit veiller à leur santé physique et morale et en particulier à celle des personnes handicapées et des personnes âgées⁶⁸². L'Etat doit également garantir aux familles et en particulier à celles du milieu rural, l'accès aux services de santé et au bien-être⁶⁸³. Il doit garantir aux femmes et spécialement à celles du milieu rural, le droit à l'allègement de leurs conditions de vie⁶⁸⁴. L'Etat et les collectivités publiques ont le devoir de soutenir les parents

⁶⁷³ Art.9 const.bén.

⁶⁷⁴ Art.15 const.bén.

⁶⁷⁵ Art.26 const.bén.

⁶⁷⁶ Art.26 const.bén.

⁶⁷⁷ Art.26 al. 2 const.bén.

⁶⁷⁸ Art.26 al.2 Const. bén

⁶⁷⁹ Idem.

⁶⁸⁰ Art 17 à 20 const. sén.

⁶⁸¹ Art.17 const.sén.

⁶⁸² Art.17 al.2 const.sén.

⁶⁸³ Idem.al.3

⁶⁸⁴ Idem.

dans l'éducation de leurs enfants⁶⁸⁵. Ils ont le devoir de protéger la jeunesse contre l'exploitation, les drogues, la délinquance et l'abandon moral⁶⁸⁶.

628. Pour en revenir à la proclamation des droits et libertés de façon générale, notons que la Constitution sénégalaise énonce aussi l'égalité de tous les êtres humains devant la loi et l'égalité en droit de l'homme et de la femme⁶⁸⁷. Elle précise que toute entrave aux libertés et toute entrave volontaire à l'exercice d'une liberté sont punies par la loi⁶⁸⁸. La Constitution sénégalaise condamne et interdit le mariage forcé en ce qu'il constitue une violation de la liberté individuelle⁶⁸⁹. Elle reconnaît à la femme, le droit à un patrimoine propre et le droit à la gestion personnelle de ses biens⁶⁹⁰.

629. Quant à la Constitution béninoise, elle énonce de façon générale, des devoirs spéciaux à l'Etat et à l'individu dans le but d'une plus grande reconnaissance des droits. Il s'agit pour le premier, du devoir de protéger les droits et intérêts légitimes des citoyens béninois à l'étranger⁶⁹¹, du devoir d'assurer la diffusion et l'enseignement des droits de la personne humaine⁶⁹². A la charge des individus, sont imposés respectivement, le devoir sacré du respect de la Constitution et des lois⁶⁹³ ainsi que le devoir du respect et de la considération de son semblable⁶⁹⁴.

630. La proclamation des droits dans la Constitution met l'accent sur un autre aspect important de la reconnaissance des droits. Il s'agit des obligations mises à la charge des Etats, d'assurer, de protéger et de garantir les droits consacrés aux personnes et à la famille. La reconnaissance des droits dans les ordres juridiques internes regroupe donc deux aspects, d'une part la consécration matérielle des droits aux personnes et d'autre part, l'édiction des obligations tant à la charge des personnes que de l'Etat pour assurer la réalisation de ces droits. Plus encore, les engagements de l'Etat ne se limitent pas au domaine national. Ceux-ci s'engagent également au plan international à protéger et à garantir les droits des personnes. Le droit international en vigueur dans nos Etats, intervient donc dans la protection et des droits des personnes, spécialement pour la matière des droits civils et de la famille. Il faudra donc l'explorer également.

⁶⁸⁵ Art.20 const.sén.

⁶⁸⁶ Idem.al.2

⁶⁸⁷ Art.7const.sén.

⁶⁸⁸ Art.9 const.sén.

⁶⁸⁹ Art.18 const.sén.

⁶⁹⁰ Art.19 const.sén.

⁶⁹¹ Art.38 const.bén.

⁶⁹² Art.40 const.bén.

⁶⁹³ Art.34 const.bén.

⁶⁹⁴ Art.36 const.bén.

Section II : Le recours à l'ordre juridique international dans la reconnaissance des droits civils

631. De nombreuses conventions internationales ont été signées en vue d'institutionnaliser et de garantir les droits de la personne humaine dans différents domaines, notamment celui des droits civils. Face à la multitude de textes internationaux ratifiés par les Etats, il faut se pencher sur leur contenu (Paragraphe 1), et également sur leur valeur juridique (Paragraphe 2).
632. La valeur de ces textes internationaux dépend de leur contenu et aussi de l'attitude des Etats. C'est par la procédure de ratification⁶⁹⁵ que les textes internationaux acquièrent force légale à l'intérieur des Etats. Ils ont, dès cet instant, une valeur supérieure à celle des lois⁶⁹⁶. Mais les Etats disposent d'autres moyens d'engagement vis-à-vis des textes internationaux⁶⁹⁷.
633. Les différents instruments internationaux font l'objet de diverses dénominations⁶⁹⁸, qui sont souvent prises en fonction des objectifs qu'ils énoncent et des moyens proposés pour y parvenir. « Signer les engagements internationaux, c'est s'engager à prendre toutes les mesures nécessaires à assurer la protection, le respect et l'effectivité des droits reconnus...(aux personnes) »⁶⁹⁹.

⁶⁹⁵ Ratification : Approbation d'un traité par les organes compétents internes pour engager internationalement l'Etat

⁶⁹⁶ Art.147 const. Bén. – Art.98 const. sén.

⁶⁹⁷ Adhésion : Acte par lequel un Etat non partie à un traité, se place sous l'empire de ses dispositions. L'Etat qui n'a pas signé un traité exprime ainsi son consentement à devenir partie à ce traité en déposant un instrument d'adhésion.

Adoption : acte officiel par lequel les parties fixent la forme et la teneur d'un traité

Approbation (ou Acceptation ou Ratification) : acte par lequel un Etat établit sur le plan international son consentement à être lié par un traité.

Signature : Acte par lequel les Etats manifestent leur accord sur le texte d'un traité mais ne sont pas encore liés par ce dernier.

⁶⁹⁸ Convention ou Traité : accord conclu entre Etats en vue de produire des effets de droit dans leurs relations mutuelles. Il s'agit d'instruments obligatoires au regard du droit international, qui sont conclus entre entités internationales. Synonyme Pacte.

Accord (sens restreint) : généralement moins formels et abordent une gamme moins vaste de questions que les traités. Souvent utilisés pour les instruments de caractère administratif ou technique, qui sont signés par les représentants ministériels et qui ne sont pas soumis à ratification.

Charte : Acte constitutif d'une Organisation Internationale

Convention (sens restreint) : instrument multinational négocié sous les auspices d'une organisation internationale ou d'un organe d'une organisation internationale.

Déclaration : Document qui énonce les droits des individus face à l'Etat ainsi que les principes fondamentaux nécessaires à leur garantie. Il s'agit d'instruments qui n'ont pas toujours un caractère contraignant. Elle ne crée pas des obligations mais expriment certaines aspirations.

Protocole : désigne un traité qui intervient pour en compléter un précédent. Il s'agit d'accords qui sont moins formalistes que ceux qui sont qualifiés de traités ou conventions. Généralement, un protocole amende, complète ou éclaircit un traité multilatéral.

⁶⁹⁹ LAGOUTTE (S.) (dir.), BENGALY (A.), YOURA (B.), FALL (P. T.) et ALEXIS (M.), Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes en Afrique de l'Ouest francophone, op.cit. p. 61

Paragraphe 1 : Le contenu des textes internationaux ratifiés

634. La plupart des textes émanent de l'ONU et de ses organes, et revêtent ainsi un caractère universel (A). D'autres résultent de l'action des organismes régionaux ou sous-régionaux (B).

A – Les textes à caractère universel

635. Parmi les différents textes, certains ont un aspect général c'est-à-dire qu'ils englobent les droits des personnes tandis que d'autres sont spécifiques à certains droits ou à certaines catégories de personnes.

1) La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH)

636. C'est à l'ONU, à travers son CES⁷⁰⁰ qu'il incombaît de faire des recommandations en vue d'assurer le respect effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous⁷⁰¹. Une Commission des droits de l'homme fut créée en 1946. Elle formula les projets d'articles d'une déclaration internationale et d'une convention sur les droits de l'homme. Le projet révisé et soumis au CES, fut adopté et proclamé par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 à Paris. La Déclaration qui venait d'être adoptée était perçue comme « l'idéal à atteindre par tous les peuples et toutes les nations »⁷⁰². Le Bénin et le Sénégal ont tous deux ratifié la Charte des Nations-Unies respectivement le 20 septembre 1960 et le 28 septembre 1960.

637. La Déclaration affirme dans son préambule que « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde »⁷⁰³.

638. La Déclaration rappelle que « dans la Charte, les peuples des Nations Unies ont proclamé à nouveau leur foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, et qu'ils se sont déclarés résolus à instaurer de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande »⁷⁰⁴.

639. Il s'ensuit que les droits de l'homme sont fondés sur l'égalité de dignité de l'être humain et qu'ils sont inhérents à la personne humaine. Ainsi, la DUDH commence en rappelant que tous

⁷⁰⁰ C.E.S : Conseil Economique et Social

⁷⁰¹ Art. 62 al. 2 Chapitre X de la Charte des Nations-Unies

⁷⁰² Voir Préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme

⁷⁰³ Considérant 1 du Préambule de la DUDH

⁷⁰⁴ Considérant 5 du Préambule de la DUDH

les hommes naissent libres et égaux en droits et en dignité⁷⁰⁵. Chacun peut se prévaloir des droits reconnus dans la DUDH sans distinction aucune de race, de couleur, de naissance...⁷⁰⁶

640. La Déclaration énonce le droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de la personne⁷⁰⁷ et le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique⁷⁰⁸.

641. Dans les rapports de l'individu avec la loi, la DUDH proclame l'égalité de tous devant la loi et le droit de chacun à une protection de la loi ainsi que le droit à une protection contre toute forme de discrimination qui violerait la Déclaration⁷⁰⁹. L'individu a droit à un recours effectif devant les tribunaux nationaux en cas de violation de ces droits fondamentaux reconnus par la constitution et la loi⁷¹⁰. Il a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal qui devra décider de ses droits et obligations⁷¹¹.

642. Dans les rapports familiaux, l'article 12 de la Déclaration proclame le droit de la personne à la vie privée dans sa famille, son domicile et sa correspondance ainsi que le droit à la protection de la loi contre des immixtions ou des atteintes à ce droit. Le droit au mariage est reconnu à l'homme et à la femme dès l'âge nubile ainsi que le droit de fonder une famille⁷¹². Le mariage doit être conclu avec leur libre et plein consentement. L'homme et la femme doivent avoir des droits égaux au regard du mariage. Le même article proclame le droit de la famille à la protection de la société et de l'Etat.

643. La Déclaration proclame enfin dans le domaine des droits familiaux, le droit à un niveau de vie suffisant pour chaque personne et sa famille et en particulier, le droit à une protection spéciale pour la maternité et l'enfance. Elle proclame également pour les enfants quelle que soit leur filiation (dans le mariage ou hors mariage), le droit à une même protection sociale⁷¹³.

2) Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIRDPCP)

644. Le Pacte a été adopté le 16 décembre 1966 et est entré en vigueur le 23 mars 1976. Le Sénégal l'a ratifié le 13 février 1978. Quant au Bénin, il a seulement adhéré au Pacte le 12 mars 1992.

⁷⁰⁵ Art. 1 DUDH

⁷⁰⁶ Art. 2 DUDH

⁷⁰⁷ Art. 3 DUDH

⁷⁰⁸ Art. 6 DUDH

⁷⁰⁹ Art. 7 DUDH

⁷¹⁰ Art. 8 DUDH

⁷¹¹ Art. 10 DUDH

⁷¹² Art. 16 DUDH

⁷¹³ Art. 25 DUDH

645. Le préambule du PIRDCP met l'accent sur la dignité inhérente à la personne humaine et sur le fait que c'est de cette dignité que découlent les droits. Il met également l'accent sur l'obligation pour les Etats de promouvoir le respect universel et effectif des droits et libertés des personnes reconnus dans le Pacte.
646. Ainsi, les Etats signataires du Pacte s'engagent à respecter et garantir les droits à tout individu sans distinction aucune⁷¹⁴. Ils s'engagent à prendre les mesures d'ordre législatif ou toute autre mesure propre à donner effet aux droits reconnus dans le Pacte⁷¹⁵. Les Etats s'engagent également à mettre à la disposition des personnes dont les droits ou libertés auraient été violés, un recours individuel. Ils s'engagent à ce que l'autorité compétente statue sur les droits de la personne qui aura formé le recours⁷¹⁶.
647. Les Etats s'engagent à assurer le même droit pour les hommes et les femmes, de jouir des différents droits énoncés dans le Pacte. Ces droits sont pour l'essentiel, ceux énoncés dans la DUDH. Dans le domaine des droits des personnes et de la famille, le Pacte fait référence au droit à la vie, inhérent à la personne et au droit à la protection de la vie par la loi⁷¹⁷, au droit à la liberté et à la sécurité de sa personne⁷¹⁸, au droit à la reconnaissance en tous lieux de la personnalité juridique⁷¹⁹. La personne a aussi droit à une protection dans sa vie privée et familiale⁷²⁰. Elle a droit à l'honneur et à la réputation et bénéficie de la protection de la loi contre toute immixtion dans ces différents domaines.
648. La famille est également évoquée comme élément naturel et fondamental de la société et ayant à ce titre, droit à la protection de l'Etat⁷²¹. Il en est de même du droit au mariage reconnu dès l'âge nubile et de la liberté du consentement en matière de mariage. Le Pacte énonce l'obligation pour les Etats, d'assurer par des mesures appropriées, l'égalité de droits et de responsabilité des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Dans ce dernier cas, l'Etat doit assurer la protection nécessaire aux enfants.
649. L'article 24 énonce le droit pour l'enfant aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur. Cette protection doit lui être assurée par sa famille, par la société et l'Etat. Il rappelle aussi le droit au nom de l'enfant et le droit d'acquérir une nationalité.

⁷¹⁴ Art. 2 al. 1 PIRDCP

⁷¹⁵ Art. 2 al. 2 PIRDCP

⁷¹⁶ Art. 2 al. 3 PIRDCP

⁷¹⁷ Art. 6 al.1 PIRDCP

⁷¹⁸ Art 9 PIRDCP

⁷¹⁹ Art 16 PIRDCP

⁷²⁰ Art. 17 PIRDCP

⁷²¹ Art. 23 PIRDCP

650. Quant à l'article 26, il est relatif à l'égalité devant la loi et au droit des personnes à une protection égale de la loi ainsi que le droit à une protection efficace contre toutes les formes de discrimination.

3) Le Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIRDESC)

651. Ce Pacte a également été adopté par les Nations unies le 16 décembre 1966 et est entré en vigueur le 3 janvier 1976. Le Sénégal et le Bénin l'ont respectivement ratifié et y ont adhéré aux mêmes dates que le PIRDCP⁷²², avec lequel il présente d'ailleurs de nombreuses similitudes, notamment en ce qui concerne les obligations à la charge des Etats. Comme son titre l'indique, ce Pacte vise la réalisation effective des droits économiques, sociaux et culturels. Ces derniers ont tout de même une dimension personnelle et familiale.

652. Ainsi, l'article 3 fait référence au droit à l'égalité entre homme et femme dans le bénéfice des droits énumérés dans le Pacte.

653. L'article 10 évoque le droit à la protection de la famille et en particulier, l'assistance qu'elle doit obtenir de la société pour ce qui concerne l'entretien et l'éducation des enfants⁷²³.

654. Une protection spéciale doit aussi être accordée aux mères avant et après la naissance⁷²⁴. Toujours en matière de protection spéciale, des mesures doivent être prévues en faveur des enfants et des adolescents sans discrimination liée à la filiation ou autre⁷²⁵.

655. Le Pacte met l'accent sur l'ensemble des mesures à prendre dans tous les domaines (éducation, santé, travail, nourriture) pour assurer le bien-être de la personne et de sa famille. Notons que les préambules et certains articles des deux Pactes sont identiques. Il s'agit notamment des articles 1, 3 et 5 qui énoncent respectivement le droit des peuples à l'autodétermination, l'égalité entre homme et femme, la prévision des garanties contre l'interprétation erronée des pactes et contre la violation d'une liberté déclarée.

4) La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEFDEF)

656. Adoptée le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 septembre 1981, elle a été ratifiée par le Sénégal le 5 février 1985 et par le Bénin le 12 mars 1992. Dans le préambule de la Convention, le constat est fait qu'en dépit des différents textes internationaux fondés sur la

⁷²² Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques

⁷²³ Art. 10 al.1 PIRDESC

⁷²⁴ Art. 10 al.2 PIRDESC

⁷²⁵ Art. 10 al.3 PIRDESC

dignité de la personne humaine et sur l'égalité, les femmes continuent de faire l'objet de discriminations. Ces dernières violent les principes sus-énoncés et font obstacle à l'accroissement du bien-être de la société et de la famille.

657. Il y est également affirmé que le rôle traditionnel de l'homme dans la famille et dans la société, autant que celui de la femme, doit évoluer si l'on veut parvenir à une réelle égalité de l'homme et de la femme.

658. L'article premier de la convention commence par la définition de la discrimination à l'égard des femmes. Elle s'entend de « toute distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe, qui a pour effet ou pour but de compromettre ou de détruire le reconnaissance, la jouissance ou l'exercice par les femmes, quel que soit leur état matrimonial, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, culturel et civil ou dans tout autre domaine »⁷²⁶.

659. La convention invite ensuite les Etats à condamner la discrimination sous toutes ses formes et à adopter par tous les moyens, une politique afin de l'éliminer.

660. Les Etats sont ainsi invités à prendre les mesures constitutionnelles et législatives et toutes autres mesures interdisant toute discrimination à l'égard des femmes, y compris des sanctions. Ils doivent instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes et garantir par le biais des tribunaux, une protection effective des femmes contre tout acte discriminatoire. Les Etats sont par exemple invités à modifier ou abroger les lois, dispositions réglementaires ou pénales, coutumes et pratiques qui constituent une discrimination à l'égard des femmes⁷²⁷.

661. La convention précise toutefois que l'instauration de mesures spéciales en vue d'accélérer l'égalité de fait entre homme et femme ne doit pas avoir pour conséquence, le maintien de normes inégales ou distinctes⁷²⁸.

662. Les Etats doivent prendre des mesures pour modifier les modèles et comportements socio-culturels, les préjugés et les pratiques coutumières fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou sur l'idée d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes⁷²⁹.

⁷²⁶ Art.1 CEFDEF

⁷²⁷ Art. 2 CEFDEF

⁷²⁸ Art. 4 CEFDEF

⁷²⁹ Art. 5 CEFDEF

663. Les Etats doivent accorder aux femmes, les mêmes droits qu'aux hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement ou la conservation de la nationalité du fait du mariage⁷³⁰.
664. En matière civile, les Etats doivent reconnaître à la femme, une capacité juridique identique à celle de l'homme et les mêmes possibilités pour exercer cette capacité⁷³¹. Ils doivent par exemple leur reconnaître une capacité juridique identique à celle de l'homme, en particulier des droits en ce qui concerne la conclusion de contrats et l'administration de biens.
665. Pour les questions découlant du mariage et des rapports familiaux, les Etats doivent prendre toutes les mesures pour éliminer les discriminations à l'égard des femmes dans ce domaine. Ils doivent en particulier, leur assurer sur la base de l'égalité, les mêmes droits de contracter mariage, de choisir librement leur conjoint, les mêmes droits et responsabilités durant le mariage et lors de sa dissolution, et enfin les mêmes droits et responsabilités pour les questions relatives à leurs enfants⁷³². Il s'agit de leur accorder par exemple, les mêmes droits de décider librement du nombre et de l'espacement des naissances, les mêmes droits de décider pour leurs enfants en tenant compte de leur intérêt, les mêmes droits et responsabilités en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants, les mêmes droits personnels en ce qui concerne le choix du nom de famille, d'une profession et d'une occupation, les mêmes droits en matière de propriété, d'acquisition, de gestion et de jouissance des biens.
666. Toujours dans le domaine familial, les Etats sont invités à prendre des mesures législatives afin de fixer un âge minimal pour le mariage et rendre obligatoire l'inscription du mariage sur un registre officiel⁷³³.

5) La Convention relative aux droits des Enfants (CRDE)

667. Adoptée le 20 novembre 1989, elle est entrée en vigueur le 2 septembre 1990. Le Bénin l'a ratifiée le 3 août 1990 et le Sénégal le 31 juillet 1990.
668. Le préambule de cette convention part du principe que l'enfance a droit à une aide et à une assistance spéciale et que la famille doit permettre son bien-être. Cette protection spéciale se justifie en raison « ...du manque de maturité physique et intellectuelle... »⁷³⁴ de l'enfant.

⁷³⁰ Art. 9 CEFDEF

⁷³¹ Art. 15 CEFDEF

⁷³² Art 16 CEFDEF

⁷³³ Art. 17 CEFDEF

⁷³⁴ Préambule CRDE, paragraphe 9

669. Par cette convention, les Etats s'engagent à respecter les droits des enfants qui y sont énoncés et à assurer à l'enfant par des mesures appropriées, une protection effective contre toutes les formes de discrimination ou de sanctions motivées par la situation de leurs parents ou représentants ou membres de leur famille⁷³⁵.
670. La convention invite à tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant⁷³⁶. Les Etats s'engagent à assurer à l'enfant la protection et le bien-être en tenant compte des droits et devoirs de ses parents. Ils s'engagent à prendre les mesures législatives pour assurer la mise en œuvre des droits reconnus dans la Convention.
671. La Convention reconnaît à l'enfant un droit inhérent à la vie⁷³⁷, le droit à être enregistré à sa naissance ainsi que le droit au nom et à une nationalité⁷³⁸, le droit de préserver son identité⁷³⁹, le droit de ne pas être séparé de ses parents sauf si cette séparation est nécessaire dans son intérêt supérieur⁷⁴⁰, le droit pour l'enfant séparé de l'un ou l'autre de ses parents, d'entretenir quand même des relations personnelles et des contacts directs avec eux⁷⁴¹.
672. L'enfant a également droit à une protection contre toute forme d'immixtion dans sa vie privée et familiale et contre toute atteinte à son honneur et à sa réputation⁷⁴². L'enfant doit être protégé contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence...⁷⁴³. L'enfant privé temporairement ou définitivement de son milieu familial, a droit à une protection et à une aide spéciale de l'Etat⁷⁴⁴.

6) La Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum de mariage et l'enregistrement des mariages.

673. Adoptée le 10 décembre 1962 et entrée en vigueur le 9 décembre 1964, le Bénin y a adhéré le 19 octobre 1962 mais le Sénégal ne l'a pas ratifié.
674. Rappelant la nécessité de favoriser le respect universel et effectif des droits et libertés des personnes, il est déclaré dans le préambule de cette convention que certaines coutumes,

⁷³⁵ Art. 2 CRDE

⁷³⁶ Art. 3 CRDE

⁷³⁷ Art. 6 CRDE

⁷³⁸ Art. 7 CRDE

⁷³⁹ Art. 8 CRDE

⁷⁴⁰ Art. 9 CRDE

⁷⁴¹ Art. 9 al 3 CRDE

⁷⁴² Art. 16 CRDE

⁷⁴³ Art. 19 CRDE

⁷⁴⁴ Art. 20 CRDE

lois et politiques intéressant le mariage sont incompatibles avec les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et la DUDH. Il est donc nécessaire que les Etats prennent des mesures pour abolir ces lois et coutumes notamment en assurant une entière liberté dans le choix du conjoint, en abolissant le mariage des enfants et la pratique des fiançailles des jeunes filles avant l'âge nubile, en prenant des sanctions contre ces pratiques et en créant un service qui enregistre les mariages⁷⁴⁵.

675. L'article premier de la convention rappelle la nécessité de recueillir le libre et plein consentement de chacun des époux avant la célébration de tout mariage légalement admis. A cet effet, le consentement doit être exprimé devant une autorité compétente. La convention invite les Etats à prendre des mesures législatives pour spécifier un âge minimum de mariage et à recueillir la dispense d'une autorité compétente pour des motifs graves et dans l'intérêt des futurs époux, si cet âge n'est pas atteint par l'un d'eux⁷⁴⁶.

676. Enfin, elle recommande l'inscription de tous les mariages dans un registre officiel⁷⁴⁷.

B – Les textes régionaux

677. Ces textes sont pour l'essentiel, l'émanation de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA), aujourd'hui Union Africaine (UA).

1) La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP)

678. Adoptée le 27 Juin 1981, et entrée en vigueur le 21 octobre 1986, la Charte a été ratifiée par le Sénégal le 13 août 1982 et par le Bénin le 20 janvier 1986. L'idée essentielle qui se dégage du Préambule de la CADHP est l'importance accordée aux droits économiques et socio-culturels, dont les droits civils et politiques sont indissociables. Il est en effet affirmé dans le préambule que c'est la satisfaction des droits économiques et sociaux qui garantit la jouissance des droits civils et politiques.

679. Le préambule de la Charte met également l'accent sur le fait que la jouissance des droits et libertés implique l'accomplissement des devoirs de chacun. Il est fait référence dans le préambule aux déclarations et conventions de l'ONU. L'on peut aussi retenir de la CADHP qu'elle met plus l'accent sur le droit des peuples longtemps colonisés que sur les droits individuels.

⁷⁴⁵ Préambule de la Convention sur le consentement au mariage...

⁷⁴⁶ Art. 2 de la Convention sur le consentement au mariage

⁷⁴⁷ Art. 3 de la Convention sur le consentement au mariage

680. La Charte reconnaît néanmoins aux personnes le droit au respect de la vie privée et de l'intégrité physique et morale⁷⁴⁸, le droit au respect de la dignité et le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique⁷⁴⁹, le droit à la liberté et à la sécurité de la personne⁷⁵⁰, le droit pour les personnes de saisir les juridictions nationales compétentes en cas de violation de leurs droits fondamentaux⁷⁵¹. Les personnes ont droit à la jouissance de leurs droits et libertés reconnus et garantis dans la Charte, sans distinction aucune⁷⁵². Elles ont également droit à une protection de la loi et bénéficient d'une totale égalité devant la loi⁷⁵³.
681. Seul l'article 18 fait référence à la famille comme élément naturel et base de la société. Elle nécessite à ce titre la protection de l'Etat. Ce dernier a l'obligation de l'assister dans sa mission de « gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la Communauté »⁷⁵⁴. Il est mis dans ce même article, à la charge de l'Etat, le devoir de protéger les droits des enfants et des femmes reconnus dans les autres déclarations internationales et de veiller à l'élimination de toute discrimination contre les femmes.
682. Au chapitre des devoirs, la Charte dispose que les droits et libertés de chaque personne doivent s'exercer dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun⁷⁵⁵.
683. L'individu a, à l'égard de sa famille, le devoir de préserver le développement harmonieux de cette dernière, d'œuvrer à sa cohésion et à son respect⁷⁵⁶. Il doit à tout moment respect à ses parents et doit les nourrir et les assister en cas de besoin⁷⁵⁷.

2) La Charte Africaine des Droits et du Bien-Être de l'Enfant (CADBEE)

684. Adoptée en juillet 1990 et entrée en vigueur le 21 novembre 1999, elle a été ratifiée par le Bénin le 17 avril 1997 et par le Sénégal, le 29 septembre 1998.
685. Dans le préambule de cette Charte, le constat est fait que la situation de nombreux enfants africains est critique du fait de différents facteurs. Il est y reconnu que l'enfant a besoin de grandir dans un milieu familial et dans une atmosphère de bonheur, d'amour et de compréhension pour assurer un développement harmonieux de sa personne.

⁷⁴⁸ Art. 4 CADHP

⁷⁴⁹ Art. 5 CADHP

⁷⁵⁰ Art. 6 CADHP

⁷⁵¹ Art. 7 CADHP

⁷⁵² Art. 2 CADHP

⁷⁵³ Art. 3 CADHP

⁷⁵⁴ Art. 18 al. 2 CADHP

⁷⁵⁵ Art. 27 al. 2 CADHP

⁷⁵⁶ Art. 28 CADHP

⁷⁵⁷ Art. 28 CADHP

686. C'est pourquoi la Charte commence en mettant l'accent sur les obligations des Etats. Ils doivent prendre toutes les mesures nécessaires, constitutionnelles et législatives pour donner effet aux dispositions de la Charte⁷⁵⁸.
687. La Charte définit l'enfant comme « tout être humain âgé de moins de 18 ans »⁷⁵⁹. Les droits et libertés énoncés dans la Charte lui sont reconnus sans aucune distinction de race, de groupe ethnique, de sexe, de fortune, de naissance...⁷⁶⁰. La Charte dispose que dans toute action concernant un enfant et entreprise par une personne quelconque ou une autorité, l'intérêt supérieur de l'enfant sera la considération primordiale⁷⁶¹. De même, dans toute procédure judiciaire ou administrative affectant un enfant capable de communiquer, ses points de vue doivent être entendus et pris en considération⁷⁶².
688. L'enfant a droit à la vie⁷⁶³. Ce droit est protégé par la loi et l'Etat doit lui assurer dans la mesure du possible, la survie, la protection et le développement⁷⁶⁴. L'enfant a également droit à un nom⁷⁶⁵. Il a droit à une protection de la loi contre toute ingérence arbitraire ou illégale dans sa vie privée ou familiale et contre des atteintes à son honneur ou à sa réputation⁷⁶⁶. Toutefois, ses parents ont le droit d'exercer un contrôle raisonnable sur sa conduite⁷⁶⁷.
689. L'article 18 qui vise la protection de la famille recommande aux Etats de prendre des mesures pour assurer aux parents l'égalité de droits et de responsabilités vis-à-vis de leurs enfants et d'assurer une protection aux enfants en cas de dissolution du mariage⁷⁶⁸.
690. L'enfant a droit à la protection et aux soins de ses parents et ne doit pas être séparé d'eux, sauf par décision de justice rendue conformément aux lois et dans son intérêt supérieur⁷⁶⁹.
691. Les parents sont au premier chef, responsables de l'éducation et de l'épanouissement de l'enfant. Ils ont le devoir de veiller à son intérêt supérieur, de lui assurer les conditions de

⁷⁵⁸ Art. 1 al. 1 CADBEE

⁷⁵⁹ Art. 1 CADBEE

⁷⁶⁰ Art. 3 CADBEE

⁷⁶¹ Art. 4 al. 1 CADBEE

⁷⁶² Art. 4 al. 2 CADBEE

⁷⁶³ Art. 5 al. 1 CADBEE

⁷⁶⁴ Art. 5 al. 2 CADBEE

⁷⁶⁵ Art. 6 CADBEE

⁷⁶⁶ Art. 10 CADBEE

⁷⁶⁷ Art. 10 CADBEE

⁷⁶⁸ Art. 18 al. 2 CADBEE

⁷⁶⁹ Art. 19 al. 1 CADBEE

vie indispensables à cet effet, et de veiller à ce qu'il soit traité avec humanité et dignité dans l'administration de la discipline domestique⁷⁷⁰.

692. L'Etat a l'obligation d'aider les parents à s'acquitter de leurs tâches vis-à-vis des enfants et à de créer des institutions qui se chargent de donner des soins à ces derniers⁷⁷¹. L'enfant privé de son environnement familial, a droit à une protection et à une assistance spéciale⁷⁷². L'enfant a aussi le devoir d'œuvrer à la cohésion de sa famille, de respecter ses parents et ses supérieurs en toutes circonstances et de les aider en cas de besoin⁷⁷³.

3) Le Protocole à la CADHP⁷⁷⁴, relatif aux droits de la femme en Afrique

693. Adopté le 11 juillet 2003, le protocole est entré en vigueur le 25 novembre 2005. Il a été ratifié par le Bénin le 30 septembre 2005 et par le Sénégal le 27 décembre 2005. Dans ce protocole, il est rappelé que la CADHP interdit toute discrimination en son article 2 et que l'article 18 demande aux Etats de veiller à l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes. Il est également rappelé que les principes contenus dans les autres instruments internationaux servent de référence pour l'application et l'interprétation de la CADHP⁷⁷⁵, et que les droits des femmes sont reconnus et garantis par tous ces instruments.

694. Le préambule réaffirme le principe de la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes et surtout la nécessité d'adopter des mesures concrètes afin d'éliminer toutes les discriminations et violences fondées sur le sexe. Il est reconnu qu'en dépit des textes ratifiés, les femmes continuent de faire l'objet de discrimination et de pratiques néfastes d'où la ferme nécessité de condamner et d'éliminer toute pratique qui entrave ou compromet le développement physique et psychologique des femmes.

695. C'est pourquoi l'article 2 invite une nouvelle fois les Etats à prendre des mesures pour combattre la discrimination et à mettre en œuvre effectivement ces mesures. Il s'agit notamment de mesures législatives consacrant le principe d'égalité entre les hommes et les femmes, de mesures correctives ou positives dans les domaines où les discriminations de droit et de fait existent encore à l'égard des femmes, ainsi que de stratégies visant à éliminer les pratiques fondées sur l'idée d'infériorité ou de supériorité de l'un ou l'autre sexe.

⁷⁷⁰ Art. 20 al. 1 CADBEE

⁷⁷¹ Art. 20 al. 2 CADBEE

⁷⁷² Art. 25 al. 1 CADBEE

⁷⁷³ Art. 31 a) CADBEE

⁷⁷⁴ CADHP Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples

⁷⁷⁵ Art. 60 et 61 de la CADHP

696. Le protocole pose à nouveau, mais spécifiquement pour les femmes, le droit au respect de la dignité inhérente à l'être humain, le droit au respect de sa personne et au libre développement de sa personnalité, et invite les Etats à adopter des mesures appropriées en vue d'interdire toute exploitation des femmes, tout traitement dégradant à leur égard et toute forme de violence notamment verbale et sexuelle⁷⁷⁶.
697. Il est reconnu pour ne pas dire, réaffirmé, le droit pour la femme au respect de sa vie, de son intégrité physique et le droit à la sécurité de sa personne⁷⁷⁷.
698. Les Etats sont invités à adopter et renforcer les lois interdisant toutes formes de violence à l'égard des femmes, notamment les rapports sexuels non désirés ou forcés⁷⁷⁸. Ils sont également invités à identifier les causes et les conséquences des violences faites aux femmes et à prendre des mesures pour les prévenir et les éliminer⁷⁷⁹. Les Etats sont également appelés à promouvoir par des programmes d'enseignement et de communication, l'éradication des croyances, attitudes et pratiques qui légitiment et exacerbent la persistance et la tolérance de la violence à l'égard des femmes⁷⁸⁰.
699. La particularité et l'originalité du Protocole est l'accent mis sur l'obligation pour les Etats d'éliminer la discrimination et la violence contre les femmes, et la spécification des moyens pour y parvenir. Il s'agit notamment des mesures législatives interdisant et condamnant les pratiques néfastes aux droits des femmes comme les mutilations génitales, de la protection des femmes qui courent le risque de ces pratiques, et de la sanction des auteurs de telles pratiques⁷⁸¹.
700. Sur la question du mariage, les Etats sont appelés à veiller à la jouissance égale des droits entre l'homme et la femme, et à les considérer comme des partenaires égaux dans le mariage⁷⁸².
701. Les Etats sont également invités à adopter des mesures législatives pour garantir le mariage librement consenti, un âge minimum de mariage, la forme écrite et l'enregistrement comme conditions du mariage légalement reconnu⁷⁸³.

⁷⁷⁶ Art. 3 du Protocole

⁷⁷⁷ Art. 4 du Protocole

⁷⁷⁸ Art. 4 a- du Protocole

⁷⁷⁹ Art. 4 c- du Protocole

⁷⁸⁰ Art. 4 d- du Protocole

⁷⁸¹ Art. 5 du Protocole

⁷⁸² Art. 6 du Protocole

⁷⁸³ Art. 6 a-, b-, d- du Protocole

702. L'originalité du Protocole en matière de famille, est de spécifier que la monogamie doit être encouragée comme forme privilégiée de mariage et d'inviter à la défense et à la préservation des droits de la femme dans les mariages polygamiques⁷⁸⁴.
703. Le Protocole énonce même le droit pour la femme de conserver son nom, de l'utiliser à sa guise, séparément ou conjointement avec celui de son mari⁷⁸⁵.
704. Les Etats s'engagent à assurer les mêmes droits aux hommes et aux femmes en cas de séparation ou de divorce en prenant des mesures législatives pour qu'ils aient le même droit de demander le divorce ou la séparation, lesquels doivent être prononcés de façon judiciaire⁷⁸⁶.
705. Le Protocole rappelle également l'obligation pour les Etats d'assurer à l'homme et à la femme, l'égalité des droits devant la loi et le même droit à la protection et au bénéfice de la loi⁷⁸⁷.
706. Le protocole énonce même des droits de la veuve et demande aux Etats de prendre des mesures pour que cette dernière jouisse de tous les droits humains, qu'elle soit à l'abri des traitements humiliants ou dégradants et qu'elle soit d'office tutrice de ses enfants, sauf si cela est contraire aux intérêts de ces derniers. Il est également reconnu expressément à la veuve, le droit au remariage⁷⁸⁸. Le Protocole lui reconnaît également le droit à une part d'héritage des biens de son conjoint⁷⁸⁹. Pour les femmes en général, le Protocole énonce le droit d'hériter comme les hommes, des biens de leurs parents en parts égales⁷⁹⁰.
707. Les Etats s'engagent à garantir aux femmes dont les droits et libertés reconnus par le Protocole auraient été violés, une réparation appropriée⁷⁹¹. Les autorités judiciaires internes sont compétentes pour déterminer ces réparations⁷⁹².
708. Les Etats sont invités à indiquer dans des rapports, les mesures prises pour assurer la mise en œuvre du Protocole⁷⁹³. Pour l'interprétation, l'application et la mise en œuvre de ce dernier, compétence est donnée à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples⁷⁹⁴.

⁷⁸⁴ Art. 6 c- du Protocole

⁷⁸⁵ Art. 6 f- du Protocole

⁷⁸⁶ Art. 7 du Protocole

⁷⁸⁷ Art. 8 du Protocole

⁷⁸⁸ Art. 20 du Protocole

⁷⁸⁹ Art. 21 al. 1 du Protocole

⁷⁹⁰ Art. 21 al. 2 du Protocole

⁷⁹¹ Art. 25 du Protocole

⁷⁹² Art. 25 b- du Protocole

⁷⁹³ Art. 26 du Protocole

⁷⁹⁴ Art. 27 du Protocole

709. Les différentes conventions réaffirment presque similairement les mêmes droits, ce qui conduit à s'interroger sur leur spécificité et partant, leur valeur juridique.

Paragraphe 2 : La valeur juridique des conventions ratifiées

710. La valeur juridique des conventions dépend d'une part de la nature de celles-ci et d'autre part, de la réaction des Etats face à ces conventions. Elles ont donc une valeur théorique (A) et une valeur pratique (B).

A – La valeur théorique des conventions

711. La Déclaration Universelle a été adoptée par une résolution. Or une résolution n'a pas une force obligatoire. Elle ne s'impose pas aux Etats. La DUDH ne revêt pas une force juridique normative⁷⁹⁵.

712. Il s'agit d'un texte de haute portée philosophique et morale. De façon générale, les déclarations n'ont pas de force obligatoire. Elles servent souvent de guide aux Etats. La DUDH est néanmoins perçue comme faisant partie du droit coutumier international et s'impose donc aux Etats participant au système international. Elle sert de norme de conduite et de fondement aux injonctions faites par l'ONU aux gouvernements pour le respect des droits de l'homme. Son contenu a valeur de principes largement acceptés au sein de la Communauté internationale.

713. La DUDH invite par exemple tous les individus et tous les organes de la société à s'efforcer de développer le respect des droits et libertés et à en assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives. Cet objectif a conduit à l'adoption des Pactes Internationaux qui eux, ont une force obligatoire pour les Etats qui les ratifient ou y adhèrent. Comme les pactes, les conventions et les protocoles s'imposent aux Etats qui y sont parties.

714. Certains traités ont été conclus qui transforment la DUDH en loi internationale conventionnelle. Il s'agit notamment des deux pactes de 1966 (PIRDGP et PIRDESC⁷⁹⁶), et du Protocole facultatif de 1966 se rapportant au PIRDCP. Ces textes constituent avec la DUDH qui leur sert de fondement, la Charte Internationale des Droits de l'Homme.

715. Les deux pactes définissent les procédures de mise en application et précisent la définition des droits énoncés dans la DUDH. Chaque pacte institue une procédure qui oblige les Etats à rendre compte périodiquement des mesures qu'ils ont adoptées pour permettre

⁷⁹⁵ Frédéric TIBERGHIEN, La place de l'homme dans la société internationale, in *Revue internationale et stratégique* 2001/1, op.cit. p.66.

⁷⁹⁶ PIRDCP : Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques
PIRDESC : Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels

l'application des droits en question et des progrès accomplis dans la jouissance effective de ces droits. Dans le cadre du PIRDCP, les rapports sont examinés par le Comité des droits de l'homme. Dans le cadre du PIRDESC, les rapports sont soumis au CES⁷⁹⁷ de l'ONU.

716. La plupart des conventions émanant de l'ONU ont été complétées par des protocoles facultatifs afin de mieux assurer leur mise en œuvre. C'est donc véritablement par la ratification de ces protocoles facultatifs que l'on peut juger de la volonté des Etats de mettre réellement en œuvre les conventions qu'ils signent. Il est par exemple quasiment certain que le Protocole facultatif au PIRDCP qui offre un recours aux individus, ne sera ratifié que par les pays qui peuvent s'enorgueillir de respecter déjà les droits et les libertés civils et politiques. Il faut donc que les Etats ratifient les conventions et aussi leurs instruments facultatifs ou additionnels pour que se concrétisent les droits qui y sont énoncés. Pour leur part, le Bénin et le Sénégal ont ratifié la plupart des protocoles facultatifs liés aux conventions précitées. Mais aucun d'eux n'a ratifié la convention sur la nationalité de la femme mariée du 20 février 1957.

717. C'est donc la ratification qui confère une valeur aux droits énumérés en ce qu'elle les rend légalement applicables. Les droits proclamés dans les conventions sont également des droits fondamentaux proclamés dans les constitutions de sorte que finalement, la valeur conférée aux conventions dépend de l'attitude des Etats.

B – La valeur pratique des conventions

718. Pour montrer l'importance des conventions internationales et leur influence sur les droits civils des personnes, il est intéressant de reprendre cette page de l'histoire du Bénin. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations-Unies, dans ses observations sur le Bénin ne manqua pas de relever « le peu de progrès accomplis par l'Etat-partie (le Bénin) dans sa lutte contre le maintien de pratiques qui empêchent les femmes et les filles d'exercer les droits qui leur sont reconnus dans le Pacte. Il s'agit notamment de la polygamie et des mariages précoces et forcés des filles »⁷⁹⁸.

719. Deux jours plus tard, l'Assemblée nationale du Bénin adoptait le code des personnes et de la famille dont le projet de loi lui avait été soumis sept (7) ans plus tôt. L'un des objectifs du nouveau code était donc de « corriger au niveau international, l'image de ce petit pays

⁷⁹⁷ CES : Conseil Economique et Social

⁷⁹⁸ Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Bénin 05/06/2002. E/C.12/1/Add.78. 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 Ouaniho Février 2007, Avant-propos, par Gilles BADET. p.3

d'Afrique de l'ouest qui se veut modèle de démocratie en Afrique... »⁷⁹⁹, par une conformité du droit national au droit international des droits de l'homme.

720. Les conventions internationales peuvent donc avoir une influence directe et nettement plus visible sur les droits des personnes que les règles de droit interne. Tout dépend de la volonté politique des autorités étatiques. Les conventions ratifiées par les Etats visent la réaffirmation des droits des personnes ou posent les conditions en vue de leur pleine réalisation. Il revient donc aux Etats de réaliser ces conditions.

721. Il faut rappeler que les conventions sont de deux sortes. Il y a celles qui sont incorporées dans la constitution et forment avec elle le bloc de constitutionnalité et celles qui font l'objet de ratification.

722. Les conventions évoquées dans le préambule des constitutions devraient être considérées comme faisant partie du bloc de constitutionnalité. Mais cela n'est pas systématique et dépend encore une fois des autorités politiques. Par exemple, dans la constitution béninoise, seule la CADHP est expressément déclarée comme faisant partie du bloc de constitutionnalité⁸⁰⁰. Les autres conventions énumérées ne font pas partie du bloc de constitutionnalité ou n'en font partie que de façon théorique. Pourtant, une fois énumérées dans la constitution, les conventions devraient faire partie du bloc de constitutionnalité mais dans la pratique, il faut pour cela que les juges judiciaires ou constitutionnels puissent se référer à elles pour motiver leurs décisions et inciter à leur respect, ce qui est peu probable.

723. Par contre, en ce qui concerne les autres conventions qui ne figurent pas dans les préambules des constitutions, elles ne prennent effet qu'après avoir été ratifiées. Ces traités ratifiés ne font pas partie du bloc de constitutionnalité. Mais les constitutions posent le principe de la supériorité des conventions ratifiées sur les lois⁸⁰¹. Les conventions sont donc placées au-dessus des lois internes.

724. Toutefois, l'exigence de constitutionnalité vaut aussi pour les engagements internationaux. Ainsi, une loi portant approbation ou ratification d'un traité international peut être déclarée contraire à la constitution. En revanche, si le traité a une clause contraire à la constitution, la ratification ne peut intervenir qu'après révision de la constitution⁸⁰². Ce texte confère la primauté du droit international sur le droit interne.

⁷⁹⁹ Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Bénin 05/06/2002. E/C.12/1/Add.78. op. cit. p.3

⁸⁰⁰ Voir section I du présent chapitre. Le rattachement du préambule au bloc de constitutionnalité - Le contenu des préambules. Vr Art. 7 de la Constitution béninoise. Il est fait référence aux autres conventions dans le Préambule mais pas dans le corps de la Constitution.

⁸⁰¹ Art. 147 Const. bén. et Art. 98 Const. sén.

⁸⁰² Art. 146 Const. bén. Et art. 97 const. sén.

725. L'on retiendra au regard de la jurisprudence française qu'en dépit de la primauté du traité sur la loi interne, le contrôle de constitutionnalité des lois ne s'étend pas à leur conformité aux traités internationaux⁸⁰³. Si l'on ne reconnaît pas au juge constitutionnel, le pouvoir de contrôler la conformité des lois par rapport aux traités, ces derniers sont ainsi privés d'une partie de leur importance, car la primauté du traité devrait normalement faire obstacle à ce qu'une loi lui soit contraire.
726. Si la primauté est conférée aux traités par rapport aux lois, ils doivent pouvoir, comme les dispositions constitutionnelles, intervenir pour le contrôle de conformité des lois. Sinon cela reviendrait à mettre les traités dans une sorte de catégorie intermédiaire où ils seraient inférieurs aux constitutions mais supérieurs aux lois. Se poserait alors la question de la contradiction entre un traité normalement ratifié et une loi interne.
727. La jurisprudence française a essayé d'apporter une réponse à la question. En cas de difficultés sur la conformité entre un traité et une loi antérieure, le traité l'emporte sur la loi. Si par contre la loi est postérieure au traité, elle devrait s'appliquer lorsqu'elle n'est pas contraire au traité. Mais en cas de contrariété, il n'existerait pas de possibilité d'empêcher l'application de la loi postérieure, sauf à saisir le juge judiciaire à l'occasion d'un procès déterminé. Le juge pourra alors écarter l'application d'une loi au motif qu'elle est contraire au traité. Ce faisant, un pouvoir en principe reconnu au juge constitutionnel, (le contrôle de la validité d'une loi), est conféré à un juge judiciaire⁸⁰⁴.
728. Si cette solution peut être saluée en ce qu'elle apporte une réponse à la question du contrôle de conformité des lois aux traités, le fait que cette attribution ne relève pas du juge constitutionnel conduit à une autre difficulté. Rien n'empêche malheureusement qu'une loi contraire à un traité soit mise en vigueur alors que dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité, l'inconstitutionnalité avérée d'une loi empêcherait celle-ci d'entrer en vigueur. L'on est alors tenté de se demander qui du juge constitutionnel ou du juge judiciaire a la compétence pour protéger les traités et les droits qu'ils consacrent.

⁸⁰³ La question s'est posée en France sur la loi Veil du 17 janvier 1975 sur l'interruption volontaire de grossesse. Le recours devant le conseil constitutionnel soutenait que ce texte était contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le conseil pour rejeter ce recours, a considéré que, si les dispositions de l'article 55 de la constitution « confèrent aux traités, dans les conditions qu'elles définissent, une autorité supérieure à celle des lois, elles ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doit être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la constitution prévu à l'article 61 de celle-ci ». Cons. Const. 15 janvier 1975, D.1975, 529, note L. Hamon. Voir également F. Terré, Introduction générale au droit... p.178

⁸⁰⁴ Voir arrêt Société Café Jacques Vabre, Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, D.1975, 497, concl. Touffait, cité par F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op.cit., p.181

729. La solution adoptée par le juge constitutionnel français illustre le fait qu'elle laisse subsister une difficulté quant à la véritable valeur conférée aux traités. En ce qui concerne les juges africains, la question sera abordée dans la deuxième partie car le problème sous-jacent est en définitive, de savoir si tous les droits qui sont reconnus, sont protégés, aussi bien dans les lois civiles internes que dans les constitutions et les traités. Se pose également face à la multitude des traités, la question d'une hiérarchie des normes en droit international. Une loi peut par exemple être déclarée compatible avec la CADHP et incompatible avec la DUDH.
730. En ce qui concerne les objectifs des conventions internationales, l'on remarque que la plupart naissent souvent dans le but de faire disparaître une situation ou en réaction à une situation particulièrement intolérable. Elles servent donc plus souvent à faire disparaître une situation qu'à en instaurer une. Or il ne s'agit pas là d'un des objectifs traditionnels du droit.
731. La diversité des sources des droits peut également entraîner une dichotomie de la législation et affecter l'effectivité. Il est clairement noté à travers les différents textes étudiés, que la volonté protectrice des personnes s'exprime par l'imposition d'obligations et de sanctions en cas de violations alors qu'en réponse aux exigences des droits fondamentaux, sont de plus en plus édictées des règles favorisant l'autonomie et la liberté individuelle.
732. La protection des droits si elle paraît discrète ou plutôt formelle dans les constitutions, met en revanche l'accent dans les conventions internationales, sur les obligations à la charge des Etats. (Obligation de protéger et de garantir ces droits et notamment de mettre en œuvre les principes de non discrimination et d'égalité). Elle permet de découvrir un second aspect de l'effectivité. Celle-ci comprend en effet, outre les conditions d'exercice par le titulaire, la mise en œuvre des obligations des Etats afin de donner aux droits, une réalité, un contenu concret, qui aille au-delà de la simple déclamation bien souvent abstraite.

Conclusion du Titre II

734. Si le législateur colonial a voulu voir les populations autochtones d'Afrique renoncer à leurs règles traditionnelles et coutumières au profit du droit français, il n'a jamais eu pour dessein d'étendre la reconnaissance des droits civils aux Africains. A preuve, la plupart des constitutions depuis 1791 prenaient soin d'affirmer que les colonies ne faisaient pas partie de la constitution. La constitution de 1848 qui consacra l'intégration des colonies à la métropole, précisait que ce rattachement n'impliquait pas l'application dans les colonies de toutes les lois en vigueur en métropole.
735. Le droit moderne, s'il était pleinement appliqué, risquait de donner des velléités de revendication de liberté et d'égalité aux Africains. L'ambiguïté de la politique coloniale s'illustre par le fait que, sans renoncer aux principes du droit civil, un système normatif différent de celui de la métropole, était appliqué en Afrique, alors que dans le même temps, les colonisateurs incitaient les Africains à renoncer à leurs pratiques traditionnelles.
736. Avec les indépendances, les législateurs africains adoptent la plupart des textes du droit français, notamment en matière civile. L'indépendance a donné naissance à un ordre juridique distinct mais pas différent de celui de la France. Les raisons qui justifient le maintien des principes du droit français dans les systèmes africains sont bien fondées. Il ne faudrait pas considérer le droit français en lui-même comme la cause de la mauvaise application ou de l'inapplication du droit dans les sociétés africaines. Les causes de l'ineffectivité du droit ne sont donc pas à rechercher dans le système de droit français en lui-même, mais dans plutôt dans l'attitude du législateur africain face au droit français.
737. Le système de droit français comporte des éléments qui militent en faveur de sa bonne application. La recherche ou le souci d'effectivité est l'un des objectifs de ce système. La règle de droit y joue un rôle important et est appelée à agir sur les faits. Elle est donc l'outil utilisé pour rechercher l'effectivité. Pour ce faire, il faut lui fixer des objectifs et réaliser les conditions de son utilisation. La règle de droit a un rôle de régulation de la société et est le moyen principal de création des droits. Elle doit s'imposer et non s'adapter au contexte social. Sa finalité n'est pas de se conformer aux réalités socio-économiques et culturelles. Elle peut s'inspirer des faits mais ne pas s'identifier à eux. La règle de droit est donc entourée d'éléments et de conditions qui assurent sa bonne application. La défaillance du droit doit être recherchée au niveau des structures et organes chargés de son élaboration. Le premier obstacle à l'effectivité, c'est le défaut de mise en place d'institutions capables d'assurer l'application des lois.

738. L'esprit des lois n'est pas toujours en opposition avec celui des coutumes. Certaines règles du code civil comme les devoirs du père sont inspirées de dispositions coutumières. La responsabilité du législateur africain dans l'ineffectivité est d'avoir reporté le code civil sans s'interroger sur la nécessité de l'adapter ou de lui fixer des objectifs. Il n'a pas non plus tenu compte des évolutions ultérieures du code. Les objectifs que le droit civil avait pour les Français ne pouvaient être en tout point identique à ceux des Africains. Le choix n'ayant pas été fait d'adapter le droit français, il fallait que les populations s'adaptent à lui. Le droit n'est donc en réalité appliqué que par une minorité. Il est devenu tellement parallèle aux faits que personne ne s'interroge sur la nécessité de son évolution dans la société.
739. Les systèmes de droit africain en dépit de l'option en faveur du droit français, sont marqués par la coexistence de droit ou de fait, des règles coutumières au côté des règles de droit civil. La coexistence de droit se justifie par la recherche d'une conformité entre le droit et les réalités sociales. En fonction du choix des gouvernants de sauvegarder ou non les valeurs traditionnelles, celles-ci sont insérées dans les dispositions légales ou alors simplement rejetées. Quant à la coexistence de fait, elle se justifie par l'impossibilité du droit à régir tous les faits sociaux et par la persistance de certaines valeurs traditionnelles dans le vécu des populations.
740. Aussi bien les principes fondateurs des droits civils que la théorie des droits de l'homme et les valeurs traditionnelles interviennent dans la matérialisation des droits civils dans les ordres juridiques africains. Cette matérialisation révèle la diversité des sources du droit civil puisqu'on retrouve à l'intérieur de l'ordre juridique, des règles nationales et des règles internationales.
741. Au plan interne, les droits sont énumérés ou se déduisent des obligations imposées à autrui. Les droits familiaux se retrouvent souvent dans les codes et les droits individuels, dans les constitutions ou font l'objet d'une protection jurisprudentielle, tirée des principes généraux du droit. L'existence de certains droits comme le droit au nom de la femme mariée ou le droit au domicile, traduit les difficultés à concilier les règles sociales et traditionnelles et les exigences d'un Etat de droit moderne.
742. L'énumération des droits dans les constitutions permet de se rendre compte de l'importance du rôle des Etats dans la réalité des droits. Il s'agit pour eux, d'assurer, de protéger et de garantir les droits consacrés aux personnes. Le rôle des Etats est aussi important au plan international car c'est par la ratification des traités ou protocoles facultatifs que l'on peut juger de la volonté des Etats de mettre en œuvre les conventions qu'ils signent.

Deuxième partie :

L'effectivité par la mise en œuvre des droits

civils

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

744. Les droits civils ne peuvent être effectivement mis en œuvre que si leur promotion et leur protection sont garanties. Les systèmes mis en place à cet effet, doivent donc être efficaces. La pertinence de l'analyse commande que l'on ne s'arrête pas au constat de l'énumération des droits par les différents textes. Ces derniers, pour parfaits qu'ils soient dans leur libellé, leur ordonnancement ou l'agencement des principes républicains, ne rendent pas compte des insuffisances qui subsistent sur le terrain de l'application et de la pratique du droit⁸⁰⁵. La simple reconnaissance d'un droit ne suffit donc pas à rendre compte de son effectivité. Elle doit être renforcée par des modalités effectives de l'exercice dudit droit.
745. Or il n'y a pas de moyens de juger de la réalité des droits surtout lorsqu'ils ont un caractère privé et concernent les personnes dans leur vie et leurs relations entre elles. Paradoxalement, il paraît également difficile de constater l'effectivité lorsque les droits sont correctement exercés. Seules les atteintes aux droits et les réactions face à ces atteintes permettent de tester l'effectivité ou l'ineffectivité des droits.
746. En tenant compte des sources des droits civils, l'on peut théoriquement évoquer la protection devant les tribunaux où sont généralement invoquées les lois civiles internes et la protection par les organes chargés de la mise en œuvre des constitutions et des conventions internationales, à la condition bien sûr que ces organes existent.
747. En tenant compte des acteurs de la mise en œuvre des droits, il existe deux formes de protection des droits civils. Les unes sont laissées à la fois à l'initiative et à l'autonomie des intéressés. Les autres relèvent du droit public, qui laisse soit l'initiative, soit la mise en œuvre des moyens de protection « non pas au bénéficiaire...mais à la communauté elle-même représentée par les pouvoirs publics »⁸⁰⁶. Il s'agit de la mise en œuvre par l'Etat de ses obligations de garantie et de protection. Mais ces catégories ne sont pas irréductibles. Dans les cas où l'initiative est laissée aux individus, des sanctions à la violation des droits existent indépendamment de la volonté des parties. De même, dans les cas où la charge de la protection revient aux autorités publiques, la possibilité peut être donnée aux individus d'intervenir dans ces processus.
748. La seule constante est que « la règle de droit objectif et le groupement qui l'établit (l'Etat) n'a pas pour seule fonction de déterminer les droits de chacun, mais doit aussi les garantir »⁸⁰⁷.

⁸⁰⁵ Albert BOURGI, *L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité*, Revue Française de Droit Constitutionnel, 2002/4 - n° 52, Presses Universitaires de France, p.746

⁸⁰⁶ Thierry LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit., p.73

⁸⁰⁷ Idem, p.52

749. Le droit objectif entretient donc deux liens avec le droit subjectif. Le premier qui a été abordé dans la recherche des caractères des droits civils, c'est que le droit objectif est la source et la limite des droits civils.
750. Le deuxième qui sera abordé ici, c'est que le droit objectif est l'élément de protection juridique des droits subjectifs. Outre la reconnaissance, la protection juridique est la deuxième condition essentielle à l'effectivité des droits civils. La protection est de droit commun, lorsqu'elle émane de l'ordre judiciaire (Titre I). Elle revêt un caractère spécifique lorsqu'elle émane des instances constitutionnelles ou internationales (Titre II).
751. Les moyens mis en œuvre par l'Etat en vue du respect des droits ont une importance particulière dans la recherche d'effectivité. C'est pourquoi une analyse de ces moyens de contrôle et des sanctions est nécessaire, abstraction faite des règles de fond.

Titre I : La protection de droit commun des droits civils

752. La protection de droit commun est assurée par les organes judiciaires. Les systèmes de protection peuvent être décrits comme la mobilisation des règles par le titulaire des droits en vue d'exiger leur protection ou comme la sanction de la violation de ces droits. Les règles de droit n'agissent pas d'elles-mêmes sur le plan de l'action. Elles sont mobilisées par les acteurs soit dans la préparation d'un acte, soit à l'appui d'une prétention ou pour nourrir une motivation.
753. Ces règles doivent être connues, et mises en contact avec les situations concrètes pour y recevoir application. Elles ne peuvent produire toutes les conséquences juridiques qu'à travers des initiatives, réclamations ou argumentations subséquentes. Il revient donc aux sujets de droit ou « agents d'applications »⁸⁰⁸ de mobiliser les règles en fonction de la connaissance qu'ils en ont, de leurs intérêts, de leurs intentions ou de leur zèle.
754. Toutes les normes juridiques relevant des droits des personnes ne sont pas laissées à la discrétion des acteurs. Certaines organisent des « sanctions juridiques »⁸⁰⁹ dont le but est de peser sur les conduites et d'inciter à un respect maximum des règles. Tel est le cas des sanctions pénales à la violation des droits civils.
755. Que l'initiative de la protection relève du titulaire ou qu'elle émane des autorités dans le but d'appliquer une sanction, elle prend la forme de l'action en justice. Celle-ci apparaît comme la suite logique de la consécration des droits par les lois. « L'action est ainsi considérée comme la sanction nécessaire du droit »⁸¹⁰. A côté donc des règles substantielles, les règles procédurales ont toute leur importance. Elles révèlent l'acharnement de l'ordre juridique à voir les situations effectivement conformes aux normes substantielles.
756. PORTALIS reconnaissait dès 1802, l'incapacité des codes à régler l'infinité des questions posées par la pratique et qu'en matière civile, le travail du juge devrait la pallier⁸¹¹.
757. S'il existe des similitudes entre droits et libertés quant à leurs caractères et à leur reconnaissance par le droit objectif⁸¹², leur protection diffère suivant la nature de ces droits. La protection des droits familiaux a un caractère spécial fondé sur la qualité et le statut des personnes. En revanche, la protection des droits de la personnalité repose sur les principes généraux et les règles ordinaires de procédure. Il faudra donc distinguer la protection des

⁸⁰⁸ Antoine JEAMMAUD, *Les règles juridiques et l'action*, p.209

⁸⁰⁹ Idem, p.208

⁸¹⁰ Thierry LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.52

⁸¹¹ Benoît GARNOT (dir.), *Normes juridiques et pratiques judiciaires...* op.cit. p.225

⁸¹² Voir supra, Ière Partie, Titre II, Chapitre I. Section II. L'importance des caractères communs à l'ensemble des prérogatives.

droits de la personnalité fondée sur la théorie générale de l'action en justice (Chapitre I) et la protection des droits familiaux (Chapitre II) qui varie selon l'état et le statut de la personne en cause.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Chapitre I : La protection des droits de la personnalité liée à la famille

758. La protection des droits de la personnalité se fonde sur des règles générales que sont la théorie de l'action en justice et la théorie de la responsabilité. En ce sens, le renforcement de l'action en justice contribue davantage à la protection des droits. « Le droit ne se manifeste jamais plus clairement que si, dénié ou attaqué, l'autorité judiciaire vient en reconnaître l'existence et l'étendue ».
759. L'action en justice vise à garantir le droit et à sanctionner sa violation. Le droit objectif reconnaît au titulaire d'un droit, tantôt une action particulière attachée à la violation de ce droit, à côté d'une action en responsabilité émanant du droit commun. Le caractère d'ordre public des droits de la personnalité conduit aussi à tenir compte du caractère pénal de certaines sanctions attachées à la violation de ces droits. Les règles générales de protection sont identiques pour les droits de la personnalité. L'accent sera cependant mis sur la protection des droits de la personnalité qui peuvent être invoqués ou exercés dans le cadre familial comme le droit au respect de la vie privée et le droit à l'intégrité physique.
760. Les règles de protection de ces droits revêtent un caractère général (Section I). L'analyse de leur contenu permet certainement d'affirmer qu'elles assurent l'efficacité de la protection des droits. Mais si l'on se réfère aux particularités des droits de la personnalité, notamment de ceux qui peuvent être invoqués dans le cadre de la famille, l'insuffisance de règles de protection tenant compte des particularités des droits de la personnalité, peut apparaître comme un affaiblissement des garanties de protection. (Section II).

Section I : La protection des droits de la personnalité basée sur des règles générales

761. Un droit ou une prérogative reconnue à son titulaire est plus un vœu qu'une réalité s'il ne peut être mis en mouvement devant les tribunaux⁸¹³. « La justice est le dernier rempart de l'individu. Sans elle, les droits subjectifs accordés aux particuliers resteraient lettre morte »⁸¹⁴. Les règles de protection des droits sont fondées sur la possibilité pour leurs titulaires d'agir en justice.
762. Le but de l'action en justice est de rendre au titulaire la jouissance et la disposition entière de son droit et à défaut, de l'indemniser à la hauteur du préjudice qu'il a subi. L'action en justice protège ainsi un droit du demandeur. Elle est un moyen de revendication d'un droit (Paragraphe 1). L'action en justice vient aussi sanctionner la violation d'un droit par le

⁸¹³ Michel FARGE, « Les réalisations de l'Union européenne concernant l'enfant. Le règlement Bruxelles II bis », in *Informations sociales* 2006/1, N° 129, p.78

⁸¹⁴ Filiga Michel SAWADOGO, L'accès à la justice en Afrique francophone : Problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso, *Revue Juridique et Politique*, n° 2 -1995, éd. Ediena Paris p.167

défendeur (Paragraphe 2). Tel est le cas de l'action en responsabilité civile qui sanctionne le devoir de ne pas causer un dommage à autrui ou encore des sanctions pénales attachées à la violation d'un droit.

Paragraphe 1 : La revendication des droits par le titulaire

763. « Dans les relations familiales, comme dans les autres relations sociales, c'est donc principalement au moment où surgissent des conflits que le droit devient utile. Le Juriste comme le médecin ne connaît que des malades, la règle de droit intervenant surtout dans des situations de crise c'est-à-dire contentieuses qui sont par hypothèse exceptionnelles »⁸¹⁵. Pour revendiquer son droit, le titulaire doit agir en justice. « L'accès à la justice est l'un des mécanismes essentiels de garantie des droits fondamentaux... Il est une condition d'effectivité de l'ordre juridique dans son ensemble et donc de réduction de décalage entre le droit et le fait »⁸¹⁶. L'importance de l'action en justice dans la recherche d'effectivité des droits, conduit à l'ériger en droit subjectif pour les individus (A), même si elle obéit à des conditions strictes de mise en œuvre (B).

A – L'action en justice érigée en droit

764. La protection des droits suppose surtout lorsqu'ils sont contestés, qu'ils puissent trouver les moyens de se réaliser. Cette mise en œuvre se fait au moyen d'une action en justice. Le pouvoir conféré par les prérogatives reconnues aux personnes doit donc être garanti par l'existence d'un recours juridictionnel. Les droits subjectifs en général, se caractérisent essentiellement par l'existence d'une action de nature juridictionnelle. L'action en justice permet donc de protéger les droits des individus.

765. L'instrument de protection ainsi mis à la disposition du sujet, ce dernier est libre d'en user ou non. La protection consiste en toutes les voies de recours juridictionnelles mises à la disposition du sujet pour défendre son droit. Elle revêt plusieurs formes : « exceptions, actions préventives, actions en responsabilité »⁸¹⁷. Le droit subjectif est toujours accompagné d'une ou de plusieurs actions protectrices appartenant à l'ayant droit. Ces droits d'action, nés de la protection accordée au titulaire d'un droit subjectif, se distinguent du droit lui-même⁸¹⁸. Traditionnellement perçu comme le pouvoir reconnu à l'Etat de trancher les différents qui

⁸¹⁵ Doudou NDOYE (Dir), *Droit africain de la famille*. Etudes doctrinales. Mélanges africains, op.cit. p. 29

⁸¹⁶ Filiga Michel SAWADOGO, *L'accès à la justice en Afrique francophone : Problèmes et perspectives*. Le cas du Burkina Faso, op.cit. p.168

⁸¹⁷ Jean DABIN, *Le droit subjectif*, op.cit. p.100

⁸¹⁸ Idem, p.101

opposent entre eux les particuliers et ceux qui l'opposent lui-même à des particuliers, le « droit à la justice »⁸¹⁹ est aujourd'hui perçu comme un droit de l'homme consistant à faire reconnaître et sanctionner des droits individuels par des instances étatiques⁸²⁰. Pour le Professeur SAWADOGO, le droit à la justice est un droit qui se laisse plus facilement décrire que définir⁸²¹.

766. Le droit au juge ou droit d'accès à la justice constitue, un instrument de mise en œuvre effective de la règle de droit⁸²². La défense du droit via l'action incombe à l'intéressé ou à la personne chargée de la protection de ses intérêts.

767. Le titulaire d'un droit dispose de la liberté d'ester en justice c'est-à-dire de saisir les tribunaux pour obtenir justice. Il s'agit à la fois d'une liberté et d'un droit. L'action en justice se définit comme « le droit pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée »⁸²³. « Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention »⁸²⁴.

768. Il existe un élément de liberté inhérent à chaque droit. C'est la possibilité pour le titulaire du droit, d'exiger des autres que l'élément inhérent à son droit soit respecté et ne soit pas entravé. Ce pouvoir comporte le droit ou la possibilité d'agir en justice.

769. L'action en justice contribue à rendre les droits effectifs. Pour assurer cette effectivité, elle est admise comme un droit reconnu à la fois par les constitutions et par différentes conventions internationales⁸²⁵.

⁸¹⁹ Pierre COUV RAT, L'accès à la justice et ses obstacles, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Colloque international organisé par l'AUPELF-UREF, 29 et 30 sept, 1^{er} oct 1993, p.257

⁸²⁰ Pierre COUV RAT, L'accès à la justice et ses obstacles, op.cit. p.257

⁸²¹ Filiga Michel SAWADOGO, L'accès à la justice en Afrique francophone : Problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso, op.cit. p.168

⁸²² Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE, Droit au juge, accès à la justice européenne, op.cit. p.128

⁸²³ Rémy CABRILLAC (Dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op.cit. p.5. Reprise de l'article 30 du Nouveau Code de Procédure Civile français.

⁸²⁴ Idem

⁸²⁵ Art. 8 DUDH : « Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi ».

Art. 10 DUDH : « Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

Art.14 al. 1 PIRDPCP : Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de Justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Le huis clos peut être prononcé pendant la totalité ou une partie du procès soit dans l'intérêt des bonnes mœurs, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, soit lorsque l'intérêt de la vie privée des parties en cause l'exige, soit encore dans la mesure où le tribunal l'estimera absolument nécessaire, lorsqu'en raison des circonstances particulières de l'affaire la publicité nuirait aux intérêts de la Justice; cependant, tout jugement rendu en matière pénale ou civile sera

770. La doctrine et la jurisprudence françaises sont revenues sur le contenu de ce droit. C'est la possibilité pour les personnes d'exercer un recours effectif devant une juridiction⁸²⁶. Il comprend une obligation de moyen (celle d'organiser un recours effectif) mais aussi une obligation de résultat (celle de rendre la justice dans un délai raisonnable). Le Conseil constitutionnel français a également déduit de la DDHC⁸²⁷, qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction⁸²⁸. Le principe rend compte de la nécessité pour les personnes de pouvoir saisir aisément la justice ainsi que de la nécessité pour cette dernière d'organiser son fonctionnement avec célérité et crédibilité.
771. Le juge devient ainsi « la clé de voûte du système juridique, puisqu'il est le maître de l'effectivité des droits et des lois »⁸²⁹. Il paraît désormais évident que le législateur ne peut que produire les instruments normatifs, à travers les lois, mais non les appliquer lui-même. Il n'a pas le pouvoir de rendre effectives les règles qu'il édicte⁸³⁰. La procédure et les droits subjectifs processuels deviennent ainsi le fondement du système juridique⁸³¹. L'important réside désormais dans la capacité des règles à assurer la réalisation des prérogatives juridiques des individus⁸³². Dès lors, il ne suffit plus de proclamer généreusement des droits et d'invoquer à la hâte des principes : il faut que le législateur se soucie de l'application de ses textes et que le juge se charge effectivement de leur respect⁸³³.
772. L'affirmation et la reconnaissance d'un droit à justice impliquent sûrement pour les juridictions africaines, des réformes profondes. S'il est possible de rencontrer des obstacles à la mise en œuvre effective des droits des personnes au sein de l'organisation judiciaire, il faut commencer à analyser les conditions d'exercice du droit à la justice.

public, sauf si l'intérêt de mineurs exige qu'il en soit autrement ou si le procès porte sur des différends matrimoniaux ou sur la tutelle des enfants.

Art. 7 al. 1 CADHP : Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : a) le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions internationales, les lois, règlements et coutumes en vigueur.

⁸²⁶ Décision du Conseil Const du 21 janvier 1994, D. Rousseau, *Chronique de jurisprudence constitutionnel* 1995-1996- RD publ.1997, p.18

⁸²⁷ DDHC : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789

Art.16 DDHC : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution.

⁸²⁸ Décision n° 96-373, JO 13 avril 1996, p.5724

⁸²⁹ William BARANES, Anne-Marie FRISON-ROCHE, Le souci de l'effectivité du droit, *Recueil Dalloz Sirey*, *Chronique*, p.301

⁸³⁰ William BARANES, Anne-Marie FRISON-ROCHE, Le souci de l'effectivité du droit, *op.cit.* p. 301

⁸³¹ *Idem.* p.302

⁸³² *Idem.* p.302

⁸³³ *Idem.* p.303

B – Les conditions de mise en œuvre de l'action en justice

773. L'action en justice exige de son auteur qu'il remplisse trois conditions. Il faut en effet, un intérêt à agir (1), une qualité pour agir (2) et la capacité à agir (3).

1) L'intérêt à agir

774. L'intérêt est la mesure de l'action. La notion semble en réalité avoir pour but de limiter le nombre des actions en justice. L'intérêt doit être légitime, personnel et direct, né et actuel. La légitimité suppose que l'intérêt se fonde sur une situation juridiquement protégée. L'intérêt peut être patrimonial ou moral. La légitimité de l'intérêt s'apprécie notamment au regard de la loi, de l'ordre public, de la morale ou de l'état des mœurs.

775. L'intérêt doit être personnel et direct c'est-à-dire exercé par le titulaire du droit ou par son représentant. Mais il existe de nombreuses exceptions à ce principe dans la mesure où par exemple en droit des personnes, les ayants-droits peuvent exercer une action en lieu et place du titulaire. Théoriquement, le demandeur ne peut agir pour sauvegarder les intérêts d'autrui que dans les cas où il a reçu mandat ou est autorisé par la loi pour le faire.

776. Le caractère « né et actuel » de l'intérêt interdit qu'une action soit enclenchée avant la violation du droit. Autrement dit, la violation du droit dont se plaint le titulaire, doit avoir déjà été réalisée.

2) La qualité à agir

777. La qualité est le titre juridique que porte la personne dans le procès. Elle se définit comme une habilitation légale à défendre en justice, un intérêt donné ou à élever une prétention. La qualité confère à celui qui agit en justice, une sorte de compétence conférée par la loi pour provoquer les sanctions du droit ou de l'intérêt en cause. Les personnes ayant qualité sont le titulaire du droit, et aussi ses héritiers. Ont également qualité en fonction du type d'action, les créanciers du titulaire du droit et ses représentants légaux ou conventionnels.

3) La capacité à agir

778. La capacité est la possibilité d'agir en justice. Elle est l'aptitude légale à saisir la justice dans une situation concrète. Elle est l'aptitude d'une personne à faire valoir les droits dont elle se prétend titulaire. Le droit d'agir en justice s'acquiert à la majorité. Les majeurs et les mineurs émancipés en sont donc dotés. Pour ce qui concerne les mineurs ayant un intérêt à

agir, un représentant exerce l'action en leur nom. Dans le domaine familial, la loi permet aux mineurs et majeurs incapables d'exercer certaines actions. Le principe est également posé que le mineur capable de discernement doit être entendu dans toute procédure le concernant⁸³⁴.

779. Si l'action en justice protège un droit du demandeur, elle vient aussi sanctionner un devoir du défendeur.

Paragraphe 2 : La sanction de la violation des droits

780. L'action en justice permet, lorsque le titulaire se heurte à une attitude non conforme à l'exercice de son droit, d'agir pour triompher de cette résistance. L'action en justice apparaît alors comme la sanction de la violation des droits par autrui. En dehors de l'action du titulaire intentée pour protéger son droit, d'autres types d'actions viennent sanctionner le devoir du défendeur. Il s'agit de la mise en œuvre de sa responsabilité civile (A) et aussi dans certains cas, des sanctions pénales à son égard (B).

A – La mise en œuvre de la responsabilité civile de l'auteur de la violation

781. Dans les systèmes qui consacrent un devoir général pour toute personne de réparer le préjudice causé à autrui par sa faute, les atteintes aux droits des personnes peuvent recevoir une réparation adéquate sur le fondement de la responsabilité civile⁸³⁵.

782. C'est l'action dite en responsabilité extracontractuelle qui sanctionne le devoir de ne pas causer un dommage injuste à autrui⁸³⁶. La protection d'un droit ou d'une liberté se manifeste donc aussi par la mise en œuvre de la responsabilité civile de celui qui l'enfreint. L'action en justice ne vise plus ici le respect d'un droit mais la réparation de l'atteinte à ce droit. Cette action est soumise à des conditions (1) et relève d'un particularisme lié à la nature des droits de la personnalité (2).

1) Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile

783. A l'existence d'actions protectrices spécifiques pour certains droits, s'ajoutent pour les droits et libertés civiles des personnes, les règles communes de la responsabilité civile. La sanction de la violation d'un droit par un tiers, qui porte atteinte au droit d'autrui, est la

⁸³⁴ Art. 4 al 2 CADBEE

⁸³⁵ André MOREL, *Protection des droits fondamentaux et systèmes juridiques*, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, op.cit., p.322
Il s'agit des dispositions des articles 1382 et suivants pour le Bénin où le code civil français reste en vigueur pour les matières non régies par le code de la famille et des articles 118 et suivants du code sénégalais des obligations civiles et commerciales.

⁸³⁶ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op.cit. p.130

réparation du dommage consécutif à la faute de ce tiers. Le devoir de respect d'un droit pour être efficace, doit trouver une sanction directe en cas de violation.

784. La responsabilité civile est donc la sanction traditionnelle de l'atteinte aux libertés. Elle implique qu'un acte généralement illicite soit commis car il n'existe pas d'action pour revendiquer l'exercice d'une liberté mais plutôt des actions pour sanctionner la violation d'une liberté. La demande de réparation suppose qu'un dommage (b) ait été causé et qu'un lien (c) existe entre ce dommage et le fait de l'auteur (a).

a – Le fait dommageable

785. Traditionnellement, l'article 1382 du code civil visait la réparation des dommages liés à un délit et l'article 1383, les dommages du fait de l'imprudence ou de la négligence. Le délit supposait alors l'intention de nuire. En droit sénégalais, c'est l'article 118 du COCC⁸³⁷ qui pose le principe général de la responsabilité fondé sur la faute. Le souci d'une meilleure réparation et l'accroissement des activités humaines ont modifié cette interprétation. Ni la faute, ni l'élément intentionnel ne sont plus une condition de mise en œuvre de la réparation. Il suffit d'un fait ayant entraîné un dommage. Toutefois, lorsque ce dommage résulte comme dans le cas des droits des personnes, de la violation d'une règle pré-existante, la notion de faute retrouve toute sa place dans la théorie.

786. La faute se définit généralement comme « tout manquement, si minime soit-il, volontaire ou involontaire, par acte ou par omission, à une norme de conduite pré-existante. Cette norme de conduite a sa source soit dans la loi ou les règlements, soit dans une série de règles de vie sociale, de morale, de convenances ou de technique, non formulées en textes législatifs : loyauté, bienséance, sang-froid, prudence, diligence, vigilance, habileté, déontologie professionnelle, etc., le tout selon le critère de l'homme normal de l'époque, du milieu, de la région »⁸³⁸. La faute fait l'objet de définition en droit sénégalais⁸³⁹. Il s'agit d'un manquement à une obligation préexistante de quelque nature qu'elle soit.

787. La faute suppose que des éléments constitutifs déterminés par le droit commun ou des législations spécifiques soient constatés. Les circonstances de fait desquelles découlent la faute doivent révéler une conduite qui n'est pas celle de l'homme normalement prudent et diligent soucieux de maintenir un équilibre entre lui-même et autrui⁸⁴⁰.

⁸³⁷ Art. 118 COCC : « Est responsable celui qui par sa faute cause un dommage à autrui »

⁸³⁸ Jean DABIN, André LAGASSE, « Examen de jurisprudence (1939 à 1948) – La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle (Code civ., art.1382 et suiv.) », *R.C.J.B.*, 1949, p.57

⁸³⁹ Art. 119 COCC

⁸⁴⁰ Art. 120 COCC

788. La notion de faute varie aussi suivant le type de responsabilité (responsabilité du fait personnel, responsabilité du fait des choses, responsabilité du fait d'autrui). Dans le cas de la violation d'un droit de la personnalité, il s'agit généralement d'une responsabilité du fait personnel. Ainsi, quand le préjudice résulte de l'inexécution d'une obligation de prudence et de diligence, le juge doit constater une imprudence ou une négligence. Quand le dommage résulte de l'inexécution d'une obligation déterminée, la faute n'a pas besoin d'être définie⁸⁴¹. On peut donc retenir que c'est la responsabilité du fait personnel, fondée sur la faute qui convient à la violation des droits de la personnalité. Dans la mesure où ceux-ci sont reconnus par la loi, leur violation apparaît comme une violation du droit objectif et donc comme une faute. Le recours à la faute domine dans la violation des droits de la personnalité.

789. La faute est également perçue comme l'erreur ou la défaillance dans la conduite⁸⁴². Cette définition met l'accent sur le rôle du juge dont le large pouvoir d'appréciation lui permet de procéder à une comparaison entre le comportement de l'auteur du dommage et celui qu'il aurait dû avoir. Dans le cas de la violation des droits des personnes, il n'est pas nécessaire de déterminer la nature de la faute puisqu'elle consiste en la violation d'un droit. Tout au plus cherchera-t-on à savoir si elle est intentionnelle c'est-à-dire si elle comporte l'intention de nuire ou non.

b – Le dommage

790. Le code civil ne donne pas de définition du dommage. Il est décrit dans les travaux préparatoires du code comme l'atteinte au droit, le tort, la perte ou le mal⁸⁴³. La volonté est perceptible de ne pas limiter la notion de dommage⁸⁴⁴. Le dommage est une notion de fait. Il est assimilé à « tout désavantage matériel ou moral, perte, diminution du patrimoine d'une personne ou atteinte à ses biens, à sa personne ou à ses sentiments »⁸⁴⁵. Le dommage est défini en droit sénégalais comme une atteinte à un droit et qui est générateur de responsabilité.

⁸⁴¹ Henri, Léon et Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil*, T.II, 1^{er} vol. Obligations, Théorie générale, 9^{ème} éd. p.451

⁸⁴² Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, *Les obligations*, T. I, vol. 2 n°85

⁸⁴³ Discours de DE GREUILLE, *Recueil des lois composant le code civil*, T.VI, Livre III, Paris, Rondonneau, 1804, p.16 et 17, cité par T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.306

⁸⁴⁴ Discours de TARRIBLE, *Recueil des lois composant le code civil*, op.cit. p.33 : « Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude, tous les genres de dommages, et les assujettit à une réparation uniforme, qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert. Depuis l'homicide jusqu'à la légère blessure, depuis l'incendie d'un édifice jusqu'à la rupture d'un meuble chétif, tout est soumis à la même loi ; tout est déclaré susceptible d'une appréciation qui indemniserà la personne lésée des dommages quelconques qu'elle a éprouvés ».

⁸⁴⁵ Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.307

Il peut être matériel ou moral⁸⁴⁶. Il peut être actuel ou futur⁸⁴⁷. Le droit sénégalais précise que le dommage doit être certain c'est-à-dire qu'il se produira nécessairement dans l'avenir, s'il n'est pas réalisé sur le champ⁸⁴⁸. Le dommage doit être direct c'est-à-dire découler de la faute sans qu'aucun fait postérieur ait encouru à sa réalisation⁸⁴⁹.

791. Il impose pour exister qu'une différence négative puisse être déterminée entre la situation dans laquelle la victime se trouve après le fait générateur et celle dans laquelle elle se serait trouvée en son absence.

792. Les caractères du dommage réparable se rapprochent de ceux de l'action en justice car c'est bien l'existence d'un dommage qui donne droit à une action en réparation. Le dommage doit donc porter atteinte à un intérêt juridiquement protégé, il doit être certain et direct.

c – Le lien de causalité

793. Il suppose que la faute ait été la cause efficiente du dommage. Généralement, si la faute a concouru à la réalisation du dommage ou en a aggravé les conséquences, les tribunaux retiennent la responsabilité de son auteur. La difficulté survient quand il y a plusieurs causes à un même dommage.

2) La particularité de la réparation des droits et libertés des personnes

794. Paul LECLERQ avait perçu le caractère spécifique des droits des personnes lorsqu'il écrivait que ces droits appelaient « une application particulière des principes de responsabilité civile »⁸⁵⁰.

795. Cette particularité est liée d'une part à la nature des droits de la personnalité (a) et d'autre part à la nature de la violation de ces droits (b).

a – La nature des droits de la personnalité

796. Deux types de droits civils des personnes se dégagent du droit objectif, les droits de la personnalité et les droits familiaux. Si ces deux (2) types de droit sont préalablement déterminés par les textes, le développement des droits de la personnalité est essentiellement d'origine prétorienne.

⁸⁴⁶ Art. 124 COCC

⁸⁴⁷ Art. 125 COCC

⁸⁴⁸ Art. 126 COCC

⁸⁴⁹ Art. 127 COCC

⁸⁵⁰ P. LECLERQ, note sous Cass (1^{ère} ch.), 23 juin 1932, Pas. 1932, I, p.202

797. Des controverses existent quant à leurs caractères (a₁), ainsi qu'à la nature des dommages auxquels leur violation donne lieu (a₂). Elles ont dû être résolues par la jurisprudence.

a₁) Le caractère controversé des droits de la personnalité

798. Les droits de la personnalité résistent à une définition cohérente et leur liste n'est pas arrêtée. La notion est utilisée pour désigner « tous les pouvoirs qui appartiennent positivement ou négativement à toutes les personnes afin d'assurer la protection de leurs intérêts extrapatrimoniaux, notamment face aux développements des techniques et des sciences »⁸⁵¹. Ils englobent le droit à l'intégrité physique, le droit à l'honneur, le droit au nom, le droit au respect de la vie privée.

799. Pour Jean FOYER, ces droits « s'intercalent et s'insèrent entre deux autres, les libertés publiques et les droits économiques et sociaux »⁸⁵². Ils se rapprochent des libertés car « ils instituent une zone de protection renforcée, exclusive de la concurrence d'autrui »⁸⁵³.

800. Pour J. DABIN, les droits de la personnalité ont pour « objet les éléments constitutifs de la personnalité du sujet pris sous ses multiples aspects, physique et moral, individuel et social »⁸⁵⁴ alors que R. NERSON les limite au droit au nom, au droit de légitime défense, au droit de réponse, au droit moral de l'auteur, et aux droits de la puissance maritale ou paternelle⁸⁵⁵.

801. La liste des droits de la personnalité est donc controversée et sujette à révision d'où la difficulté à dégager leurs caractères communs.

802. Pour le doyen RIPERT, un droit ne saurait appartenir à tous car le droit subjectif est un signe d'inégalité, et il ne saurait exister au profit de l'un que s'il a comme contrepartie, l'obligation de l'autre⁸⁵⁶. Les droits de la personnalité font exception à cette règle car ils appartiennent à toutes les personnes physiques. Ce caractère se justifie par l'égalité civile qui ne signifie pas seulement que toutes les personnes sont susceptibles d'acquérir les mêmes droits mais qu'elles ont effectivement les mêmes droits.

⁸⁵¹ G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN. *Les personnes*, LGDJ, Paris 1989, p.250

⁸⁵² Cité par Edith DELEURY, Les droits de la personnalité, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, op.cit., p. 200

⁸⁵³ Idem, p.200

⁸⁵⁴ J. DABIN, *Le droit subjectif*, op.cit. p.169

⁸⁵⁵ Roger NERSON, *Les droits extra-patrimoniaux*, Thèse, Lyon, 1939, p.394

⁸⁵⁶ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, op.cit., p.293

803. Ces droits trouvent leur protection essentielle dans les principes généraux de la responsabilité civile abordés plus haut. C'est en effet par ce biais qu'ils sont ramenés sur le terrain de la protection judiciaire ordinaire car ils sont généralement évoqués par les textes constitutionnels, ce qui leur confère le caractère de droits fondamentaux. Les dommages que la violation de ces droits entraîne, sont également difficiles à cerner.

a₂) Le préjudice moral consécutif à la violation des droits de la personnalité

804. La notion de dommage moral comme celle des droits de la personnalité a fait l'objet de controverse. Comment pouvait-on en effet réparer par l'attribution d'une somme d'argent, une atteinte extra-patrimoniale ? La jurisprudence a répondu que le versement d'une somme d'argent compensatoire assurerait une satisfaction de remplacement et éviterait de laisser impuni un fait n'ayant causé qu'un dommage moral⁸⁵⁷.

805. Le préjudice moral est donc constitué par l'atteinte à un droit extra-patrimonial. Le préjudice moral ne se traduit pas par une perte en argent. Ce caractère du préjudice faisait naître une autre difficulté : comment pouvait-on fixer le quantum des dommages-intérêts, puisque par nature, le préjudice moral n'est pas évaluable en argent. La jurisprudence a estimé que la seule difficulté d'apprécier le quantum d'un dommage reconnu en principe, ne permettait pas de rejeter l'action de la victime⁸⁵⁸. Il est donc tout à fait possible de réparer l'atteinte à l'honneur d'un époux trompé⁸⁵⁹, le chagrin de ne pas pouvoir assister aux obsèques de son père⁸⁶⁰. La condamnation au franc symbolique ne veut pas dire que c'est à cette seule réparation que donne droit la réparation d'un dommage moral mais que dans les cas où elle intervient, la victime ne demande généralement pas autre chose.

806. Les atteintes à l'intégrité physique ou dommages corporels, qui constituent un autre aspect des droits de la personnalité, sont considérés être à mi-chemin entre le préjudice moral et le préjudice matériel⁸⁶¹.

b – La nature de la violation des droits de la personnalité

807. La particularité de la violation des droits de la personnalité s'observe aussi au niveau de la procédure de la réparation. En effet, les tribunaux appelés à sanctionner la violation de tels droits sous la rubrique de la faute, du préjudice et du lien de causalité, assimilent parfois

⁸⁵⁷ Ch. réunies, 15 juin 1933, S. 1933.1.458

⁸⁵⁸ Ch. réunies, 15 juin 1933, S. 1933.1.458

⁸⁵⁹ Crim. 17 oct. 1956, D.1957, 245. n. Breton

⁸⁶⁰ Civ. 1ère, 18 déc. 1985, JCP 1986.IV.81

⁸⁶¹ Req. 25 mai 1936, *Gaz. Pal.* 1936.2.309

violation et faute, intérêt à agir et préjudice, tout au moins quand il s'agit du préjudice moral⁸⁶². Tout se passe comme si c'est la simple violation d'un droit qui ouvre la voie à l'action en réparation, ce qui tend à assimiler la violation du droit tantôt à la faute, tantôt au dommage (b₁).

808. Ce constat semble avoir conduit pour l'indemnisation de la violation de certains droits de la personnalité, à une sorte d'autonomie de la réparation par rapport au régime général de la responsabilité civile (b₂).

b₁) La violation du droit, faute ou dommage

809. La jurisprudence semble admettre que la violation d'un droit ne conditionne pas l'apparition d'un dommage⁸⁶³. L'atteinte à un droit ne s'accompagnerait pas nécessairement d'un préjudice dans le chef du titulaire⁸⁶⁴. Invoquer la violation d'un droit ne suffit donc pas pour qu'un dommage puisse être constaté⁸⁶⁵. Cette opinion se fonde sur l'idée que la violation d'un intérêt est une notion abstraite, distincte du désavantage ou de la perte réellement ressentie par la victime qui est une notion de pur fait.

810. Le dommage suppose que la violation d'un intérêt de la victime soit démontrée. La violation du droit s'accompagne ou non selon les circonstances, d'un dommage de fait qui doit être prouvé. La violation d'un droit peut se comprendre de plusieurs manières. Elle peut être l'acte posé par autrui, elle peut être l'effet de cet acte chez le titulaire du droit. La violation d'un droit ne pourra être constitutive d'un dommage que si elle s'accompagne de la constatation de celui-ci.

811. Il paraît normal que la violation d'un droit n'implique pas nécessairement un préjudice. En fait, la faute et le dommage sont deux conditions distinctes de la responsabilité. Ramener la violation du droit à la preuve du dommage conduirait à confondre les deux conditions⁸⁶⁶. De plus, la preuve du dommage n'est pas une présomption. La victime doit rapporter la preuve d'un dommage certain. C'est ramener le dommage à une présomption que d'accepter que la violation d'un droit puisse entraîner de facto un préjudice.

⁸⁶² Edith DELEURY, *Les droits de la personnalité*, op. cit. p. 201

⁸⁶³ Cass. (2^e ch.), 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p.25 et s. « ...que l'article 1382 du code civil ne subordonne pas à l'existence d'un tel droit, l'obligation de réparer le dommage causé par un fait illicite ».

⁸⁶⁴ C. Cass. belge 21 juin 1990, *Pas.* 1990, I, p.1204, n°615. Dans cette espèce, des fermiers avaient intenté une action en responsabilité contre leur avocat qui avait omis de les représenter dans une action au fond visant la résiliation de leur bail. La cour d'appel de Liège avait déclaré l'action des fermiers non fondée en l'absence de la preuve d'un dommage certain. La cour de cassation avait également rejeté le moyen du pourvoi en affirmant que « ...la perte d'un droit n'entraîne pas nécessairement un dommage ».

⁸⁶⁵ T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p. 310

⁸⁶⁶ Idem, p. 393

812. C'est une sorte d'exception qui est conférée aux droits de la personnalité pour lesquels une présomption est acceptée quant à l'existence d'un dommage moral⁸⁶⁷. Elle conduit le juge à déduire de l'acte de violation, un dommage. En effet, l'atteinte à un droit fondamental ou à un droit de la personnalité suppose la violation d'un intérêt légitime de la victime puisque ces droits sont inhérents à la personne.
813. L'atteinte au droit pourrait se confondre au dommage moral pour les droits de la personnalité. Mais une certaine opinion assimile également atteinte au droit et faute.
814. L'assimilation entre faute et violation d'un droit remonterait aux origines du code civil⁸⁶⁸. Elle se justifierait par la définition classique de la faute. PLANIOL la percevait comme « le manquement à une obligation pré-existante »⁸⁶⁹. La violation du droit dans ce cas suffirait pour prouver la faute. Pour MARCADE, la faute est perçue comme un fait illicite imputable à son auteur, et le fait illicite est celui qui « ...présente une violation du droit d'autrui, une infraction à un devoir et ne constitue pas l'exercice d'un droit »⁸⁷⁰.
815. Au regard de ces définitions, la violation d'un droit ne pourrait constituer une faute (c'est-à-dire un acte objectivement illicite) que s'il s'agit de la violation d'une norme déterminée ou d'une norme générale de prudence. Tel est précisément le cas de la violation des droits de la personnalité.
816. En ce qui concerne le droit à l'intégrité physique par exemple, P. LECLERQ⁸⁷¹, se fondant sur le fait qu'il existe une obligation générale de ne pas porter atteinte au droit d'autrui, considère que l'acte illicite constitue une faute en ce que celui qui le pose, viole une obligation pré-existante d'agir ou de s'abstenir s'imposant à lui. Cette obligation aurait sa source dans une règle légale tirée de l'article 1382 du code civil⁸⁷². Le caractère légal de l'obligation de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui se trouverait également inscrit dans la constitution⁸⁷³.
817. Il suffirait donc de prouver le fait illicite (l'atteinte au droit) pour prouver la faute. L'avantage ici, c'est que même si la victime ne jouit pas d'une présomption de faute, il lui suffit de prouver la lésion de son droit pour obtenir réparation du dommage dont elle se

⁸⁶⁷ T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.393

⁸⁶⁸ Idem. p.396

⁸⁶⁹ Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 5^{ème} éd., T.II, Paris, LGDJ, 1909, p.297

⁸⁷⁰ Napoléon Victor MARCADE, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, 5^{ème} éd. T. 5, Paris, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1852, p.265

⁸⁷¹ Paul LECLERQ, « *Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton, commet-il un acte illicite ?* », Discours prononcé le 15 septembre 1927, R.G.A.R., 1927, n° 264.

⁸⁷² Art. 118 COCC (Sénégal)

⁸⁷³ Selon P. LECLERQ, la constitution en proclamant les libertés individuelles, reconnaît implicitement que toute atteinte à celles-ci est constitutive d'un acte illicite.

prévaut. Il s'agit d'un allègement du fardeau de la preuve⁸⁷⁴. C'est à l'auteur de la lésion qu'il revient de faire la preuve la plus difficile, celle de la condition d'exonération.

818. Certains auteurs ont essayé de rejeter l'assimilation de la faute avec la violation du droit. Mais cette critique les conduit souvent à ramener la violation du droit non plus à la faute mais au dommage⁸⁷⁵, hypothèse déjà évoquée plus haut. Pour les frères MAZEAUD, l'article 1382 pose une responsabilité mais pas une obligation de ne pas violer le droit d'autrui. Ce qui d'après eux est interdit, c'est de ne pas causer un dommage par sa faute⁸⁷⁶.

819. L'assimilation de la faute à l'atteinte aux droits est récurrente en droit français, surtout pour les atteintes aux droits de l'homme et aux autres droits de la personnalité, considérés comme des droits subjectifs⁸⁷⁷.

820. Il est possible de rapprocher ces deux conceptions (de la violation d'un droit comme faute ou comme dommage) en considérant que la violation d'un droit ne peut être entièrement perçue ni comme une faute ni comme un dommage⁸⁷⁸. Elle se situe entre les deux, parce que, d'une part, la violation d'un droit ne suffit pas comme preuve du dommage, sinon seulement du dommage moral, et d'autre part, parce qu'il faut souvent rechercher le caractère fautif de la violation.

821. Pour résoudre la difficulté, la jurisprudence française a quelque peu allégé la condition de la réparation, du moins en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée. Toutefois, cette solution si elle améliore la protection de ce droit, ne s'étend pas encore à l'ensemble des droits de la personnalité.

b₂) Vers une autonomisation de la réparation par rapport aux principes de la responsabilité civile

822. La souplesse de la technique de la responsabilité civile permettait de répondre à l'infinie diversité des situations. Mais pour certains auteurs, la référence à un principe général ne suffisait pas à donner à la notion de droits de la personnalité, la résonance attendue⁸⁷⁹. L'exclusivité (c'est-à-dire l'exclusion des autres) dont profite le titulaire du droit, permet de

⁸⁷⁴ T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit., p.403

⁸⁷⁵ Henri MAZEAUD, « Une interprétation belge de l'article 1382 du code civil à propos des accidents d'automobiles », D., Chron., 1928, p.24. Il fonde sa critique sur la confusion faute et dommage.

⁸⁷⁶ Henri et Léon MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2^{ème} éd., T.I, Paris, Sirey, 1934, p.395

⁸⁷⁷ T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit., p.423

⁸⁷⁸ Idem, p.438

⁸⁷⁹ G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, op.cit., n°275

constituer autour de chaque sujet, une « zone de protection » dont la seule violation appelle une sanction.

823. Le recours aux droits subjectifs de la personnalité semble quant à lui impliquer « un échelon de protection supérieur parce que la sanction est fondée sur la violation du droit du demandeur, quel que soit le comportement du défendeur »⁸⁸⁰. Le droit étant protégé en lui-même, sa seule violation justifie l'obligation de réparer, indépendamment de toute recherche de négligence ou d'imprudence⁸⁸¹. Il est donc inutile de trouver quelque chose de répréhensible dans la conduite du défendeur⁸⁸² et il est également indifférent que ce dernier allègue qu'il est de bonne foi ou qu'il n'a commis aucune faute⁸⁸³. On passe ainsi « ...presque insensiblement de la mise en œuvre normale des principes du droit commun à une application de l'article 1382 du Code civil assouplie et de plus en plus marquée de particularisme, pour finir par une sanction directe de la violation des droits de la personnalité qui ne doit pratiquement plus rien à la responsabilité civile »⁸⁸⁴.

824. La jurisprudence semble avoir adopté cette position dans le cas de l'atteinte à la vie privée en affirmant que « ... la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »⁸⁸⁵. Ce n'est pas une remise en cause de la responsabilité civile mais la seule constatation de l'empiètement emporte présomption de fait qu'il y a préjudice moral et qu'il y a eu faute⁸⁸⁶. Désormais, la preuve spécifique d'une faute et d'un dommage indépendants de l'atteinte au droit est devenue inutile pour obtenir des mesures de cessation ou pour justifier la condamnation⁸⁸⁷.

825. La caractéristique des droits de la personnalité, c'est qu'ils sont réparés en eux-mêmes. La conséquence qui se trouve ainsi consacrée par la jurisprudence, est qu'en cas d'atteinte, le titulaire du droit sera fondé à obtenir la protection de la loi sur la seule justification de cette atteinte, sans avoir à démontrer un autre préjudice à son détriment ou une autre faute à la charge de l'auteur de la violation du droit. Il s'agit d'une sorte d'autonomisation des conditions de la réparation. Elle se fonde sur la reconnaissance expresse des droits par la loi. La solution devrait donc s'étendre à l'ensemble des droits de la personnalité.

⁸⁸⁰ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op.cit., p.63

⁸⁸¹ Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Droit civil. Les obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, 5^{ème} éd. 1996, n°63

⁸⁸² Boris STARCK, *Essai d'une théorie générale considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Thèse Paris, 1947, p.50

⁸⁸³ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, op.cit., p.304

⁸⁸⁴ G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Les personnes*, op.cit., n° 276

⁸⁸⁵ Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, D.1997.403, note S. Laulom, Som. Com. 289, obs. Jourdain

⁸⁸⁶ Henri CAPITANT, François TERRE, Yves LEQUETTE, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, T.1, 11^{ème} éd. Dalloz, 2000, n° 17, p. 96

⁸⁸⁷ Idem p. 96

Indépendamment de ce fait, la notion de vie privée regroupe plusieurs éléments comme l'identité, le caractère, les mœurs, la vie sentimentale, familiale, conjugale et même extra-conjugale⁸⁸⁸, ce qui permet d'élargir le champ où la violation de ce droit peut être invoquée.

826. En revanche, pour les atteintes à la vie ou à l'intégrité du corps, l'accent est mis sur le caractère pénal de ces atteintes même si la victime a toujours la possibilité de se constituer partie civile pour réclamer des dommages et intérêts. Il existe donc des cas où l'atteinte aux droits de la personnalité constitue une infraction pénale.

B – Les sanctions pénales à la violation des droits de la personnalité

827. La plupart des instruments qui énoncent les droits demeurent silencieux quant aux moyens d'en assurer le respect⁸⁸⁹. Les sanctions traditionnelles conservent ici également leur emprise.

828. Les droits de la personnalité sont protégés en dehors des lois civiles contre les dommages, par l'institution de sanctions pénales. Celles-ci répriment surtout les délits contre la personne. Ces sanctions relèvent des politiques nationales de répression et sont donc propres à chaque Etat. Ce sont surtout les atteintes à la vie, à l'intégrité physique et à la dignité qui font l'objet de sanctions pénales même si la victime ou ses ayants droits conservent la possibilité de se constituer partie civile pour réclamer des dommages et intérêts. Parmi les infractions contre les personnes, figurent en premier les atteintes à la vie qualifiées de meurtre ou d'assassinat et les atteintes à l'intégrité physique.

829. Certains types de sanction sont spécifiques aux atteintes portées contre les femmes. Elles leur assurent une protection contre les pratiques sexuelles abusives (harcèlement) ou imposées (viol, attentats à la pudeur avec violence) et contre toute forme de violence. La violence constitue une violation d'un certain nombre de droits et libertés fondamentaux, notamment le droit à l'intégrité et à la sécurité de la personne, le droit de ne pas subir des traitements cruels et inhumains, et le droit à la vie.

830. Le droit pénal sénégalais a fait preuve d'une avancée notable en matière de protection des droits de la personnalité en rapport avec la famille. Les règles de mariage et d'autorité parentale semblent ne plus affecter les droits de la personnalité. Les atteintes à l'intégrité physique qui sont portées par le conjoint sont punissables comme si elles émanaient de tiers⁸⁹⁰

⁸⁸⁸ Henri CAPITANT, François TERRE, Yves LEQUETTE, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile*, op.cit. p.97

⁸⁸⁹ André MOREL, Protection des droits fondamentaux et systèmes juridiques, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, op. cit. p.321

⁸⁹⁰ Art. 297 bis C. pén.Sén

et parfois même plus sévèrement punies⁸⁹¹. Les violences ne peuvent être excusées par le lien conjugal. Les violences contre les conjoints sont donc plus sévèrement punies que les violences ordinaires. Leurs auteurs encourent une peine d'emprisonnement ou de travaux forcés à temps ou à perpétuité en fonction des conséquences qui auront résulté de ces violences⁸⁹².

831. Le code pénal sénégalais réprime de façon particulière, les violences, coups et blessures sur une personne de sexe féminin ou une personne vulnérable⁸⁹³. Les coups et blessures portés à ses père et mère ou autre ascendant sont punis du maximum de la peine prévue pour les infractions de coups et blessures⁸⁹⁴.

832. Les coups et blessures contre des mineurs de moins de 15 ans ou les privations de soins et d'aliments à leur égard, s'ils sont commis par les père et mère ou toute personne ayant autorité sur l'enfant sont punis de peine d'emprisonnement⁸⁹⁵.

833. Les atteintes à la vie comme l'avortement⁸⁹⁶, l'infanticide⁸⁹⁷, le parricide⁸⁹⁸ sont sévèrement réprimés. Le parricide n'est jamais excusable⁸⁹⁹ et le coupable encourt la peine de mort⁹⁰⁰. Le meurtre commis sur un époux est réprimé⁹⁰¹. Mais il est excusable si la vie de l'époux qui a commis le meurtre était menacée au moment où le meurtre a été commis ou s'il a surpris son conjoint en flagrant délit d'adultère. L'excuse entraîne la diminution de la peine⁹⁰².

834. En matière de violences sexuelles, le code sénégalais réprime les relations sexuelles avec un mineur de moins de 13 ans dans le cadre d'un mariage coutumier⁹⁰³, de même que l'attentat à la pudeur sur un mineur de moins de 16 ans⁹⁰⁴. La peine est aggravée lorsque

⁸⁹¹ Art. 297 bis C. pén. Sén. Les amendes dans le cas de violences contre un conjoint sont plus élevées (50.000 à 500.000 c/ 20.000 à 250.000 pour les violences contre un tiers). Dans le cas des violences conjugales, le sursis à l'exécution des peines ne sera pas prononcé.

⁸⁹² Art. 297 bis C. pén. Sén. Les conséquences de ces violences peuvent être l'Incapacité Temporaire de Travail inférieure ou égale à 20 jours, la mutilation, l'amputation ou la privation d'un membre, la cécité, la mort.

⁸⁹³ Art 294 al.2 C. pén.Sén.

⁸⁹⁴ Art. 297 C. pén.Sén.

⁸⁹⁵ Art. 298 al.3 C.pén.Sén.

⁸⁹⁶ Art.305 C.pén.Sén

⁸⁹⁷ Art.285 C.pén.Sén

⁸⁹⁸ Art. 284 C.pén.Sén.

⁸⁹⁹ Art. 311 C.pén.Sén

⁹⁰⁰ Art. 287 C.pén.Sén. La peine de mort a été abolie au Sénégal par la loi n° 2004-38 du 28 décembre 2004.

Dans la loi 2007-01 du 12 février modifiant le code pénal, il est prévu de substituer à la peine de mort, les travaux forcés à perpétuité.

⁹⁰¹ Art. 312 C. pén.Sén

⁹⁰² Art. 314 C. pén.Sén

⁹⁰³ Art. 300 C. pén.Sén

⁹⁰⁴ Art. 319 C. pén.Sén

l'auteur de l'attentat est un ascendant ou une personne ayant autorité sur l'enfant⁹⁰⁵. Sont également punis le viol⁹⁰⁶, la pédophilie⁹⁰⁷, la castration⁹⁰⁸. L'innovation du code en la matière est sans conteste, la répression des mutilations génitales contre les personnes de sexe féminin⁹⁰⁹. Elle a pour but de lutter contre les pratiques d'excision, très présentes dans les coutumes des peuples africains. Cette disposition, de même que la plupart des crimes et délits contre le conjoint ont été inscrits ultérieurement dans le code à la faveur de la loi n° 99-05 du 29 janvier 1999.

835. Au Bénin, c'est la loi n° 2003-03 du 3 mars 2003 portant répression des mutilations génitales féminines qui renforce la protection de l'intégrité physique de la femme et de la petite fille. Elle est complétée par la loi n° 2003-04 du 3 mars 2003 relative à la santé sexuelle et à la reproduction qui règlemente l'IVG⁹¹⁰ dans un but thérapeutique. Elle abroge en son article 20 les dispositions de la loi de 1920 relative à la propagande, à la pratique anti-conceptuelle et à l'avortement. Le projet d'un nouveau code pénal n'étant pas voté, c'est le code Bouvenet⁹¹¹ hérité de la colonisation qui est toujours en vigueur. Les crimes de parricide⁹¹², ou d'infanticide⁹¹³, sont punis de peine de mort ou de travaux forcés à temps ou à perpétuité dans le second cas. Les coups et blessures contre les père et mère ou autres ascendants légitimes de même que les coups et privations d'aliments sur des mineurs de moins de 15 ans par leurs père et mère ou ascendant ou par toute personne ayant autorité sont également réprimés. Constituent aussi des infractions, la consommation de mariage sur mineur de moins de 13 ans⁹¹⁴, la castration⁹¹⁵, l'avortement⁹¹⁶.

836. Si le meurtre sur époux n'est pas particulièrement réprimé, l'article 324 indique les cas où il peut être excusable⁹¹⁷. Pour les délits d'attentat à la pudeur⁹¹⁸ et les crimes de viol⁹¹⁹, la qualité d'ascendant de la victime entraîne une aggravation de la peine⁹²⁰.

⁹⁰⁵ Art. 319 C. pén.Sén

⁹⁰⁶ Art. 320 C. pén.Sén

⁹⁰⁷ Art. 320 bis C. pén. Sén

⁹⁰⁸ Art. 304 C. pén.Sén

⁹⁰⁹ Art. 299 bis C. pén. Sén

⁹¹⁰ IVG : Interruption Volontaire de Grossesse

⁹¹¹ Gaston-Jean BOUVENET et Paul HUTIN, *Recueil annoté des textes de droit pénal applicables en Afrique Occidentale Française*, éd. De L'Union Française, Décret du 6 mai 1877

⁹¹² Art. 299 C. pén. Bén

⁹¹³ Art. 300 C. pén. Bén

⁹¹⁴ Art. 312 in fine C. pén.Bén

⁹¹⁵ Art. 316 C. pén.Bén

⁹¹⁶ Art. 317 C. pén.Bén

⁹¹⁷ Le meurtre sur époux est excusable dans deux (2) cas : La vie de l'époux qui a commis le meurtre était en péril au moment où le meurtre a eu lieu. Le meurtre a été commis à l'instant où l'époux a surpris son épouse en flagrant délit d'adultère dans la maison conjugale.

⁹¹⁸ Art. 331 C. pén.Bén.

837. Le code béninois réprime les crimes et délits envers les enfants comme l'enlèvement, la suppression et la substitution de nouveau-né⁹²¹, le défaut de déclaration à l'état civil⁹²². L'insuffisance du code se situe au niveau des atteintes à l'intégrité physique ou à la vie commises sur la personne du conjoint, comme si le lien matrimonial pouvait enlever à certains actes, leur caractère répréhensible. Ceci se comprend si l'on se réfère à la période de mise en vigueur de ce code⁹²³. Il est nécessaire que le Bénin se dote d'un code pénal en harmonie avec les réalités actuelles et surtout avec les options récentes faites en droit de la famille. Dans ce domaine comme dans d'autres, l'absence de spécificités de certaines règles limite en effet les mesures de protection des droits des personnes.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

⁹¹⁹ Art. 332 C. pén.Bén.

⁹²⁰ Art. 333 C. pén.Bén

⁹²¹ Art. 345 C. pén.Bén

⁹²² Art. 346 C. pén. Bén

⁹²³ La plupart des dispositions du code sont une reprise du code pénal napoléonien de 1810

Section II : L'insuffisance des mesures de protection propres aux droits de la personnalité

838. Il est possible d'évoquer comme obstacle à l'effectivité des mesures de protection des droits de la personnalité, les règles de fonctionnement du système judiciaire. En effet, les mesures de protection s'affinant grâce aux créations prétoriennes, tout facteur empêchant l'exercice de l'action en justice peut s'analyser comme cause de l'ineffectivité des mesures de protection. Ceux-ci sont d'ailleurs très nombreux et ont fait l'objet de nombreux développements par différents auteurs⁹²⁴. La bonne administration de la justice se heurte généralement à son coût et à sa technicité⁹²⁵. Il faut y ajouter l'éloignement des justiciables du fait de l'organisation judiciaire et également la lenteur des procédures.
839. Mais à l'intérieur même des règles de protection, il est possible de déceler des causes d'inefficacité. Elles sont liées à la nature des droits de la personnalité et à leurs rapports avec les droits familiaux. Le caractère trop général des règles de protection abordées ci-dessus, ne répond pas toujours à la spécificité des droits de la personnalité. Ensuite, l'existence d'un droit spécifique aux droits familiaux a des incidences sur la protection des droits de la personnalité.
840. Cette protection paraît limitée à cause de son caractère trop général, (Paragraphe 1) face à des droits très particuliers. L'absence d'aménagement de règles spéciales pour répondre à la particularité des droits de la personnalité, peut apparaître comme une limite à la protection conférée à ces droits. Par ailleurs, les rapports entre les droits de la personnalité et les droits familiaux étant incontestables, l'existence d'un droit (objectif) de la famille peut apparaître comme une meilleure protection accordée aux droits familiaux au détriment des droits de la personnalité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les limites d'une protection à caractère trop général

841. L'absence de spécificités des règles de protection est préjudiciable aux droits de la personnalité. Deux domaines permettront d'illustrer ce propos. Le premier est marqué par les

⁹²⁴Filiga Michel SAWADOGO, L'accès à la justice en Afrique francophone : problèmes et perspectives : Le cas du Burkina Faso, op.cit. – Frédérique PIE, La justice à la recherche de son effectivité : Le cas de la justice pénale, in *Revue Afrique Contemporaine*, n°156, 4/90, pp.65-71 – Jean DU BOIS DE GAUDUSSON, Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone, *Afrique Contemporaine*, n°156, 4/90, pp.6-12 – René DEGNI-SEGUI, L'accès à la justice et ses obstacles, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, op.cit. pp. 241-256

⁹²⁵ Pierre COUV RAT, L'accès à la justice et ses obstacles, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, op.cit., p.260-262

rapports à autrui et le deuxième, par les rapports personnels de l'individu avec son corps. Les limites de cette protection se manifestent dans le premier cas, par les risques de conflits entre les droits de l'auteur et ceux de la victime de la violation (A) et par le défaut d'une réglementation en harmonie avec l'évolution des sciences(B), en ce qui concerne les droits en rapport avec la liberté corporelle.

A – Les risques de conflits entre les différents droits de l'auteur de la violation et ceux de la victime

842. La résolution des litiges liés à la violation des droits de la personnalité se révèle souvent être un conflit entre les intérêts de la victime et les droits de l'auteur de la violation. Ces conflits résultent de la difficulté à prendre en compte l'intérêt d'autrui, du fait de l'imprécision de cette notion (1). Ils résultent également de la possibilité pour l'auteur de la violation, de se prévaloir de son propre droit ou de sa propre liberté (2) pour agir. En l'absence de règles spécifiques, il revient au juge de déterminer quel intérêt prévaut sur l'autre.

1) L'imprécision du devoir de prendre en compte l'intérêt d'autrui

843. Le respect des droits des personnes oblige chacun à prendre en compte les intérêts et les droits d'autrui. Mais des divergences existent quant à la nature et au contenu de ce devoir. La sanction de la violation des droits de la personnalité reposant sur les règles de la responsabilité civile, ces dernières sont considérées comme les limites des libertés reconnues à chacun. Sous cet aspect, elles constituent la limite à la liberté de l'auteur de la violation et peuvent être perçues comme le fondement de l'obligation de prise en compte des libertés d'autrui dans son propre comportement. Ce seraient donc les articles 1382⁹²⁶ qui constituent des limites aux libertés car elles imposeraient des « devoirs généraux de prise en compte des libertés d'autrui dans son propre comportement »⁹²⁷.

844. Mais si l'on s'en réfère à l'arrêt du 5 novembre 1996 reconnaissant que « ... la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »⁹²⁸, ce seraient plutôt les règles du droit objectif reconnaissant des libertés qui imposeraient l'obligation de prendre en compte les intérêts d'autrui. En effet, s'il s'agit d'un droit ou d'une liberté spécifique

⁹²⁶ Art. 1382 et suivants du code civil français pour l'ordre juridique béninois. Art. 118 et suivants du COCC du Sénégal

⁹²⁷ Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit., p.554

⁹²⁸ Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996, D.1997.403, note S. Laulom, Som. Com. 289, obs. Jourdain. Voir supra. Section I. Vers une autonomisation de la réparation par rapport aux principes de la responsabilité civile

expressément reconnu et encadré, l'atteinte à ce droit est directement perçue comme la violation de la règle qui le reconnaît. C'est donc de la règle objective qu'est tiré le devoir de respect des droits ou intérêts d'autrui et c'est elle qui permet de faire jouer les sanctions qui défendent le titulaire du droit contre les atteintes portées par un tiers. Or, cette obligation de tenir compte des autres, n'est pas précisément définie et ne se déduit pas clairement des règles reconnaissant les droits de la personnalité.

845. La protection juridique de l'intérêt d'autrui s'assimile à une sorte d'abstention d'immixtion par le tiers dans un domaine où le titulaire de la liberté exerce son pouvoir, sans que ce pouvoir soit clairement identifié. Il est visible lorsqu'il est circonscrit par le droit objectif, sinon il s'étend même au non-droit, le tiers ne sachant pas avec précision de quoi s'abstenir. Il n'y a qu'à voir les différents éléments que regroupe la vie privée pour se convaincre que le tiers ne sait pas exactement ce dont il doit s'abstenir.
846. Sur le contenu de cette obligation, SAVATIER affirme que l'obligation de prendre en compte les intérêts d'autrui est un devoir général de ne pas nuire à autrui et dont la violation est une faute⁹²⁹. Il s'agirait d'une norme générale de prudence qui obligerait chacun à tenir compte des autres dans l'exercice de sa propre liberté et dans la recherche de la satisfaction de ses intérêts. Cette norme créerait des zones d'actions ou d'abstentions en faveur d'autrui et celui qui agit, y trouverait les limites de ses propres actes. Le devoir de prise en compte des intérêts d'autrui est donc constitué par les limites que chacun s'impose dans ses propres actions. L'exercice du droit de chacun a comme limite la liberté d'autrui.
847. Le devoir de prise en compte des intérêts d'autrui confère en quelque sorte à chacun, la légitimité de ses propres actions. En voulant agir, chacun doit se demander s'il ne risque pas de restreindre la liberté d'autrui et s'il peut légitimement le restreindre. Le tiers doit donc déterminer lui-même quand il franchira la frontière de la légitimité qui est reconnue à ses actes par sa propre liberté. Dans le cas contraire, il se trouverait dans une situation de non respect du devoir général de prise en compte de la liberté d'autrui et risquerait de voir son acte sanctionné.
848. Cette frontière de légitimité est difficile à déterminer. Le devoir général de prise en compte des libertés d'autrui est une règle de comportement indéterminée qui ne prendra un contenu précis qu'en fonction des circonstances dans lesquelles cette liberté entre en conflit avec d'autres pouvoirs ou intérêts légitimes⁹³⁰. La résolution des différends relatifs à la

⁹²⁹ René SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1934, p. 411

⁹³⁰ Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.551

protection des droits de la personnalité révèle souvent l'existence de conflits entre les libertés ou les intérêts en présence⁹³¹. En l'absence d'une protection spécifique des droits en conflit ou d'un devoir strict de respect, les juges motivent alors leurs décisions par une recherche d'équilibre entre les libertés en présence ou les intérêts qui opposent les parties. Les juges opèrent une sorte de pesée entre les intérêts mais ils cherchent surtout l'intérêt général qui s'incorpore dans chacun d'eux et qui leur donne la mesure de leur protection⁹³².

849. En dehors de l'imprécision du devoir général de prise en compte des intérêts d'autrui, le risque de conflit et la difficulté de protection apparaissent également quand l'auteur de la violation se prévaut de sa propre liberté.

2) L'invocation par l'auteur de la violation de son propre droit ou de sa propre liberté

850. L'absence d'un devoir strict de respect des intérêts des tiers ou plutôt l'imprécision de ce devoir a pour conséquence l'existence d'un conflit entre les droits de la victime et ceux de l'auteur de la violation. En effet, les droits de la personnalité étant attribués à tous de manière égalitaire, ce mode d'attribution permet à chacun de se prévaloir de l'exercice de son propre droit ou de sa propre liberté. Ce caractère des droits de la personnalité, à savoir la distribution égalitaire, les rapproche des libertés civiles. Ainsi, les libertés individuelles de chacun entrent en concurrence avec celles des autres et peuvent conduire l'auteur de la violation d'un droit à se prévaloir de l'exercice d'un droit ou d'une liberté qui lui est également reconnu.

851. La liberté n'est pas exclusive d'autrui, c'est-à-dire qu'elle ne limite pas les libertés et les intérêts d'autrui. L'exclusivité d'un droit enlève toute légitimité aux actes de tiers qui auraient pour conséquence d'usurper ou d'enfreindre le pouvoir qu'il contient. Il n'en est pas ainsi pour les libertés. Le pouvoir qu'elles contiennent n'a pas pour effet de rendre illégitimes les actes posés par autrui au nom de ses propres libertés, ni d'obliger le titulaire à se soucier des intérêts d'autrui. Cette particularité rend difficile la résolution des conflits liés à une liberté car l'auteur présumé de la violation peut se prévaloir de la légitimité de ses actes, en invoquant son propre droit ou sa propre liberté.

852. Certes, l'effet légitimateur que lui reconnaît sa propre liberté ne l'emporte pas a priori sur celui qui est reconnu au titulaire de la liberté atteinte⁹³³. Si le tiers se rend compte que l'exercice de sa propre liberté risque de restreindre les libertés d'autrui, il doit lui-même en tirer les conséquences.

⁹³¹ François RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, éd. Bruylant Bruxelles, LGDJ, Paris 1990, p.768

⁹³² François RIGAUX, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, op. cit. p.693

⁹³³ Th. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.552

853. La justification de l'exercice d'une liberté peut enlever à l'atteinte au droit, son caractère fautif. Mais quel que soit le pouvoir reconnu au tiers, il ne peut complètement annihiler la liberté d'autrui, ni franchir le domaine de légitimité que lui confère sa propre liberté. Les comportements qui sont d'office sanctionnés sont ceux qui empêchent l'exercice de la liberté d'autrui ou ceux par lesquels le défendeur abuse de son droit.
854. Dans le premier cas, de tels comportements reviennent à nier la liberté individuelle d'autrui. Il en est ainsi même si la négation de la liberté d'autrui s'effectue avec le consentement du titulaire. On ne peut réduire à néant une liberté civile d'autrui même en recevant le consentement de son titulaire. Les condamnations se justifient par le caractère inaliénable et indisponible des droits de la personnalité. Les libertés peuvent faire objet de renoncements partiels et limités mais leur titulaire ne peut les céder ou y renoncer de manière définitive ni globale. Dans leur exercice réciproque, la liberté de l'un peut être limitée au nom de la liberté de l'autre mais pas réduite à néant.
855. Dans le deuxième cas, l'auteur de la violation commet dans l'exercice de son propre droit, soit une faute intentionnelle, soit une imprudence ou une négligence. Le droit est considéré comme exercé abusivement quand il l'est à l'encontre de l'intérêt social dans lequel il a été édicté. C'est le but social des droits qui sert de référence à l'évaluation de l'abus de droit⁹³⁴. Il suppose que son auteur use de son droit dans la seule intention de nuire à autrui ou en fasse un usage contraire à sa destination⁹³⁵. Pour DOMAT, l'exercice d'un droit engage la responsabilité de son auteur quand il est malicieux ou n'est justifié par aucun intérêt⁹³⁶.
856. L'exercice des droits sur son propre corps peut également souffrir d'une insuffisance des mesures de protection. Il en est ainsi si ces règles ne suivent pas les évolutions liées dans ce domaine, aux développements scientifiques par exemple.

B – Le défaut d'une réglementation des droits civils en harmonie avec l'évolution des sciences

857. Le droit civil français, porté à l'origine sur les questions patrimoniales⁹³⁷, ne consacrait que peu de dispositions aux questions biologiques, à travers l'âge de la nuptialité,

⁹³⁴ Henri, Léon et Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil*, T.II, 1^{er} vol. Obligations, Théorie générale, op.cit. p.475

⁹³⁵ Art. 122 COCC du Sénégal

⁹³⁶ DOMAT, cité par Henri, Léon et Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de droit civil*, T.II, 1^{er} vol. Obligations, Théorie générale, op.cit. p.477

⁹³⁷ Voir supra, I^{ère} Partie, Chapitre I, Section I, 1^{er} paragraphe. Egalement René SAVATIER, Destin du Code civil français. 1804-1954.in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 6 N°4. Octobre-décembre. p. 640. Dans cet article, l'auteur fait le constat que l'idéologie du code civil aboutit à donner, du moins en apparence, une place plus importante au droit des biens par rapport au droit des personnes. Ainsi, 515 articles du code

l'inceste, la grossesse⁹³⁸. Les rapports entre les droits civils et la science se sont accrus au fur et à mesure de leurs évolutions réciproques. Par exemple, la détermination de la période légale de la conception⁹³⁹, du délai de viduité⁹⁴⁰, ou la prohibition de l'inceste⁹⁴¹ sont fondées sur des données scientifiques. Plusieurs autres questions et dispositions relatives aux droits des personnes font référence à la science. Il s'agit des données acquises de la science comme preuve dans la détermination de la filiation⁹⁴², de la stérilité médicalement établie comme cause de divorce⁹⁴³. En droit musulman des successions, où la dévolution se fait en fonction du sexe, le code sénégalais évoque le cas de l'hermaphrodite dont la situation sera clarifiée par la détermination du sexe prédominant, grâce à un expert⁹⁴⁴. La science revêt donc un caractère important pour les droits civils des personnes à travers son rôle de moyen de preuve et donc de protection de ces droits.

858. Pourtant, la protection des droits civils qui prend en compte l'évolution et les données de la science n'est pas assez développée dans les législations africaines. Il est certes possible de se réfugier derrière l'argument selon lequel la science est peu développée en Afrique. Mais l'absence d'une législation spécifique en harmonie avec l'évolution scientifique dénote surtout un manque de prévisibilité sur des questions essentielles qu'il est impossible d'éluder pendant encore longtemps. Il est à l'heure actuelle, impossible de connaître la position du droit dans les Etats béninois ou sénégalais sur des questions comme le transsexualisme, la procréation médicalement assistée...

859. En droit français, le développement de la science est à l'origine de la consécration du droit de l'homme au respect de son corps⁹⁴⁵. Initialement affirmé pour protéger l'individu contre les progrès de la science et de la médecine, dans leur vision instrumentaliste du corps humain, le développement de la science a permis, en matière de droits des personnes et de droits familiaux, de nouvelles techniques comme le don de sperme, les mères-porteuses, la stérilisation, l'interruption volontaire de grossesse, le changement de sexe. Ces innovations extraordinaires, dues aux progrès des sciences biologiques et médicales, permettent de réaliser

traiteraient des personnes alors que 1766 sont consacrés aux biens. A l'intérieur des articles consacrés aux personnes, le code ne s'intéresserait qu'en réalité à leurs biens, par exemple dans les règles de protection des mineurs et des incapables.

⁹³⁸ Irma ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, op.cit. Préface de J.-M. AUBY, p.5

⁹³⁹ Art. 3 CBPF – Art. 1 CSF

⁹⁴⁰ Art. 124 CBPF – Art. 112 CSF

⁹⁴¹ Art.122 CBPF – Art. 110 CSF

⁹⁴² Art. 305 CBPF – Art.203 CSF. Les méthodes scientifiques et médicales permettent d'établir avec un peu plus de certitude, l'existence ou plutôt l'absence d'un lien de filiation.

⁹⁴³ Art. 234 CBPF – Art. 166 CSF

⁹⁴⁴ Art. 597 CSF

⁹⁴⁵ Art. 16-1 du C.Civ français

sur le corps, des actes et opérations jadis inconcevables ou même inimaginables. Elles ont nécessité une évolution de la protection des droits civils.

860. Les nouvelles connaissances et techniques dans le domaine de la médecine et la biologie, l'élargissement du rôle reconnu à la volonté ont ainsi amené certains législateurs à encadrer les actes à caractère médical et psycho-social et à trancher les conflits qui peuvent opposer le corps médical et les patients, l'intérêt de la société et celui de l'individu, l'intérêt de la personne avec celui d'autrui. Ces mesures témoignent de la nécessité d'harmoniser les droits semblables et concurrents, car pour le respect mutuel des droits égaux et rivaux, chacun « est débiteur et créancier de telle sorte que le droit arrête le droit, la liberté, la liberté... »⁹⁴⁶.
861. Dans les domaines où des règles particulières sont adoptées, elles améliorent le système de protection des droits. Cette protection ne s'observe pas forcément dans la nature des droits car parfois les choix et les intérêts sacrifiés au profit d'autres, demeurent problématiques. Il s'agit d'une protection dans la prévisibilité, du fait de l'existence de règles régissant le domaine concerné. La prévisibilité est en effet perçue comme un démembrement du principe de sécurité juridique⁹⁴⁷. Elle permet à tout requérant potentiel de connaître l'étendue de ses droits.
862. C'est donc cette forme de protection qui manque aux ordres juridiques africains, notamment par l'absence de mesures de protection propres aux droits civils en rapport avec l'évolution des sciences et techniques.
863. L'importance de ce rapport entre la science, les droits de la personnalité et les droits familiaux s'illustre par exemple au niveau de la détermination du sexe. Traditionnellement basé sur l'aspect des voies génitales externes⁹⁴⁸, l'évolution scientifique permet aujourd'hui de comprendre que le sexe est en réalité plus complexe, déterminé à la fois par des éléments anatomiques, génétiques et psychologiques⁹⁴⁹. Se pose ainsi le problème des transsexuels et des hermaphrodites. La mise en place de traitements hormonaux ou chirurgicaux s'est développée au point où la jurisprudence française (où l'évolution de la science est plus marquée) a été obligée de se pencher sur la question. Longtemps opposée à la reconnaissance du transsexualisme et au changement d'état civil, en se fondant sur le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes⁹⁵⁰, la jurisprudence française a fini par admettre que « ...lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une

⁹⁴⁶ Gérard CORNU, *Traité de droit civil, Les Personnes*, Paris, Economica, 1989, n°498, p.173

⁹⁴⁷ Kiteri GARCIA, *Le droit civil européen*, op.cit. p.106

⁹⁴⁸ Civ. 06 avril 1903, *DP* 1904. 1. 395, concl. Baudouin

⁹⁴⁹ J. PETIT, L'ambiguïté du droit face au syndrome transsexuel, *RTD Civ.*1973. p.269

⁹⁵⁰ TGI Seine, 18 janvier 1965, *JCP* 1965. II. 14421, concl. Fabre

personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence⁹⁵¹ » et que « le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification »⁹⁵².

864. Ce revirement de jurisprudence illustre le fait que la science est un outil qui peut avoir une incidence sur le développement des questions de droit. Elle peut influencer l'évolution sur des questions de droit civil notamment. Si le renforcement de la protection de ces droits se fait, grâce aux décisions de justice, la faiblesse des recours des individus devant les tribunaux et le retard dans le développement de ces techniques rendent encore théoriques ou virtuelles les mesures de protection des droits civils en Afrique.

Paragraphe 2 : L'existence du droit objectif de la famille comme limite aux droits de la personnalité

865. La famille est parfois considérée comme « pouvant isoler l'individu et le priver de moyens effectifs pour exercer ses droits fondamentaux »⁹⁵³. « L'appartenance à la famille peut faire surgir un conflit d'intérêt entre ses membres. Or la famille ne doit pas être un obstacle à la garantie des droits fondamentaux de l'homme »⁹⁵⁴. En effet si pour certaines questions, la réglementation vise une bonne protection des droits, pour d'autres en revanche, elle limite ces droits. L'interaction entre la réglementation générale des droits de la personnalité et la réglementation particulière des droits familiaux est difficilement évitable du fait de l'imbrication entre ces différents droits (A). Le caractère spécial de la réglementation des droits familiaux semble leur conférer une suprématie au détriment de la protection des droits de la personnalité (B).

⁹⁵¹ Ass. plén. 11 décembre 1992, *JCP* 1993. II. 21991, concl. Jéol, note G. Méméteau.

⁹⁵² *Idem*

⁹⁵³ Yves-Marie MORISSETTE, L'accès à la justice et les droits fondamentaux comme moyen et comme fin, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, op.cit., p.271.

-Vr Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, op.cit. pp.170-171 : « L'exaltation des droits fondamentaux ferait obstacle à la poursuite de toutes institutions ou buts collectifs, remettant en cause la possibilité de vivre ensemble...Exemple de la famille : si chacun des membres peut désormais, en tant que titulaire de droits fondamentaux, les brandir contre les autres...la paix du groupe ne serait plus assurée »

-Vr aussi Doudou NDOYE (Dir), *Droit africain de la famille*. Etudes doctrinales. Mélanges africains, op.cit. p. 30 : « Le droit de la famille ne peut être abstraction ni de l'un, ni de l'autre des deux objectifs...Il doit organiser une structure familiale qui, à la fois favorise l'harmonie du groupe et permet aux individus de s'épanouir ».

⁹⁵⁴ Papa Talla FALL, Les droits de l'homme dans la famille, Communication, Cotonou, 09 décembre 2014, p.1

A – L'imbrication entre les droits de la personnalité et les droits familiaux

866. Il ne fait aucun doute que le droit des personnes est intimement lié à celui de la famille. Les droits de la personnalité se caractérisent par la libre disposition des personnes sur leurs attributs psychologiques (la volonté), physiques (le corps), ou encore par la protection des personnes contre les atteintes d'autrui. Compte tenu de leurs caractères, ils peuvent s'exercer dans un cadre général mais également dans le cadre de la famille. Tel est le cas du droit à la sexualité, détachée de la procréation, consacré par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁹⁵⁵. La vie sexuelle est au cœur de la vie privée et au cœur de l'organisation familiale. Il en est de même du droit à la santé et au contrôle des fonctions de reproduction dont les composantes sont définies par le Protocole à la Charte africaine⁹⁵⁶.

867. Le nom, le domicile ont aussi, à bien des égards, un caractère familial⁹⁵⁷. Il faut également observer que la filiation, qui prend sa source dans la famille, quelle que soit sa forme, est la base de l'identification et donc de l'établissement de l'état des personnes.

868. La forme de la réglementation et donc le niveau de protection n'est pas identique pour ces différents droits. Les droits de la famille faisant l'objet d'une protection spécifique, cette dernière leur confère une certaine supériorité dans les conflits qui les opposent aux droits de la personnalité.

B – Les exemples de la suprématie des droits familiaux sur les droits de la personnalité

869. La réglementation du droit de la famille semble accorder une protection spécifique aux droits familiaux au détriment des droits de la personnalité. En cas de conflit entre ces différents droits, les solutions qui sont inspirées du droit objectif de la famille, semblent privilégier les droits familiaux. Deux exemples peuvent illustrer ce constat. Il s'agit de l'intervention du juge dans la vie familiale face au respect de la vie privée (1) et de la place de la liberté de procréer face aux obligations du mariage (2). Ces exemples étayent l'argument selon lequel l'intérêt que présentent les droits familiaux semble supérieur à celui des droits de la personnalité et que par conséquent, les premiers bénéficient d'une meilleure protection par rapport aux deuxièmes.

⁹⁵⁵ Art. 12 et 14 de la CEFDEF

⁹⁵⁶ Article 14 du Protocole à la Charte africaine relatif aux droits de la femme

⁹⁵⁷ Roger HOUIN, Le droit de la famille dans l'avant-projet de Code civil français et le droit comparé, in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 9 N°2. Avril-juin. p.375

1) La nécessité de l'intervention du juge dans la vie familiale face au droit au respect de la vie privée

870. Certains droits de la personnalité, notamment le droit au respect de la vie privée, se caractérisent par la non immixtion des autorités publiques. En ce sens, l'intervention croissante du juge dans la vie familiale peut apparaître comme une remise en cause de ce droit. En effet, la famille est perçue comme le rempart des libertés et l'intimité familiale est un mystère que chacun tient à sauvegarder jalousement⁹⁵⁸.
871. Mais dès lors que l'intervention du juge se justifie dans la famille, elle ne peut plus apparaître comme une remise en cause du droit à l'intimité et au respect de la vie privée. Elle apparaît comme la manifestation d'une sorte d'hierarchie des intérêts, notamment celui de la fonction sociale de la famille sur les libertés individuelles. L'intervention de l'Etat dans la famille paraît peu souhaitable parce qu'elle réduit la sphère d'intimité et du privé, mais c'est une erreur immense de croire que la loi, l'Etat, le juge doivent s'effacer en matière de mariage.
872. L'intervention du juge est par exemple, nécessaire pour régler les différends qui pourraient surgir entre les membres d'une famille. Elle joue au sein de l'institution familiale, « ...un rôle d'apaisement et de règlement des conflits entre le mari et la femme ou le père et la mère »⁹⁵⁹. Dans les systèmes juridiques où l'accent est de plus en plus mis sur l'égalité des personnes, les époux étant désormais égaux, il est donc nécessaire qu'un tiers intervienne afin de régler les conflits entre eux. Les difficultés d'ordre pratique que pourrait soulever une application stricte du principe d'égalité de l'homme et de la femme en droit, se trouvent ainsi aplanies ou, tout au moins, atténuées⁹⁶⁰.
873. En droit béninois où le choix du domicile conjugal n'est plus une prérogative du mari⁹⁶¹, l'intervention du juge en cas de désaccord se trouve être une nécessité. Les questions familiales sur lesquelles le juge peut être appelé à se prononcer sont nombreuses. C'est à lui qu'il revient de régler les différends qui surgissent dans la famille notamment en cas de volonté de séparation ou de séparation avérée. Plusieurs questions liées au sort de la famille, comme le devenir des enfants et le partage des biens des époux doivent alors impérativement trouver solution. Le juge peut être appelé à trancher sur les questions de contestation ou de revendication de filiation et en la matière, toutes les preuves sont admises. L'exercice de

⁹⁵⁸ Nicole-Claire NDOKO, Les manquements au droit de la famille en Afrique Noire, in *Revue internationale de droit comparé*. (RIDC) Vol. 43 N°1. Janvier-mars 1991, p.97

⁹⁵⁹ Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, éd. Defrénois, Paris, 2004, p.477

⁹⁶⁰ Elisabeth YEDEDJI ép. GNANVO, Le mariage nouveau est-il arrivé ? op. cit. p. 79

⁹⁶¹ Art. 15 CBPF

l'autorité parentale est également soumise à son contrôle⁹⁶². Les multiplications de l'intervention de la puissance judiciaire en matière familiale font dire que le législateur a soumis la famille vulnérable au contrôle du juge⁹⁶³. Si cette manifestation de la puissance judiciaire dans le domaine familial apparaît comme une violation du droit au respect de la vie privée et familiale, il est utile de rappeler que ces interventions du juge dans la famille, se font souvent à des moments où la famille elle-même ou les intérêts de ses membres sont menacés.

874. L'intervention du juge peut également permettre à l'Etat de mettre en œuvre ses obligations vis-à-vis des personnes et de la famille. L'Etat a vocation à assurer dans la famille, une triple fonction, d'aide et de prévention par le versement des allocations familiales, de suppléance en cas de défaillance de l'autorité familiale et enfin d'apaisement des conflits⁹⁶⁴.

875. La préservation des liens de la famille ou la nécessité de résoudre les conflits devient alors un intérêt supérieur à celui du respect d'un droit de la personnalité, en l'occurrence le droit au respect de la vie privée et la non immixtion dans la sphère familiale. Cette ingérence se justifie par le fait que « les circonstances dans lesquelles s'exercent le droit subjectif peuvent révéler un égoïsme excessif, un mépris des intérêts d'autrui que le droit objectif ne peut ni ne doit supporter »⁹⁶⁵. Même si elle apparaît comme un frein au respect de l'intimité, les raisons qui justifient cette ingérence occultent la nécessité du respect du droit à la vie privée.

876. L'immixtion du juge dans la vie familiale au détriment du droit au respect de la vie privée traduit l'application du principe dit de proportionnalité⁹⁶⁶. Dans le domaine de la

⁹⁶² Art. 424 CBPF

⁹⁶³ Joseph DJOGBENOU, 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*, op.cit. p.19

⁹⁶⁴ Philippe MALAURIE, Hugues FULCHIRON, *La famille*, op.cit. p.477

⁹⁶⁵ T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, op.cit. p.631

⁹⁶⁶ Olivier LECUCQ, Professeur à l'université de Pau. *Atelier sur le principe de proportionnalité*, VIII^e Congrès Mondial de l'Association Internationale de droit constitutionnel. Mexico 8-10 déc 2010. « Le principe de proportionnalité est un principe selon lequel tout droit fondamental est susceptible de connaître des restrictions pour satisfaire des exigences juridiques d'égale valeur et dont la réalisation a précisément pour effet, voire pour objet d'y apporter atteinte... La sauvegarde de l'ordre public, ...sont autant d'intérêts justifiant la réduction de la sphère ou du degré de protection des droits fondamentaux, sachant que ces derniers sont par ailleurs très aptes à se quereller entre eux ».

Egalement Rodrigo UPRIMNY et Bertrand MATHIEU, *Proportionnalité en tant que principe*, Congrès de Mexico 2010, op.cit. « Le principe de proportionnalité peut être utilisé soit pour assurer la conciliation entre différentes exigences constitutionnelles, soit comme condition d'application d'un principe constitutionnel, soit comme exigence constitutionnelle autonome.

Ce principe en tant qu'il permet la limitation d'un droit ou d'une liberté peut être prévu par le texte constitutionnel lui-même ...ou être utilisé par le juge constitutionnel sans fondement textuel expresse.

famille, ce principe ne figure pas expressément dans nos ordres juridiques mais dans la Convention européenne des droits de l'homme⁹⁶⁷. Selon cette convention, l'ingérence dans la vie privée ou familiale doit être prévue par la loi et constituer dans une société démocratique, une mesure nécessaire à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Les références à l'application générale du principe de proportionnalité peuvent néanmoins se retrouver dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme⁹⁶⁸ et dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples⁹⁶⁹ auxquelles nos Etats sont parties.

877. L'application du principe de la proportionnalité à travers le rôle du juge démontre « l'immixtion de l'intérêt général dans un domaine qui relève pourtant des droits et libertés individuels, à savoir le droit au respect de la vie privée »⁹⁷⁰. Un autre exemple où la réglementation du droit de la famille restreint un droit de la personnalité concerne la liberté de procréer.

2) Les obligations du mariage et la liberté de procréer

878. Le droit de fonder une famille et le droit à la vie sont très liés. Le droit à la vie peut s'analyser comme le droit de donner la vie⁹⁷¹ et comme le droit d'accéder à la vie, c'est-à-dire d'un point de vue des géniteurs et de celui des enfants. En ce sens, la famille qui ne s'entend pas seulement de la famille légale, a le monopole du don de la vie.

879. La liberté pour chacun de contrôler sa fécondation, et pour l'homme et la femme de réguler les naissances par la contraception est reconnue mais elle est tempérée par les devoirs du mariage⁹⁷². Le mariage impose le devoir conjugal à chaque époux, devoir qui consiste à se prêter au commerce charnel avec son conjoint sauf cas de force majeure. Ce devoir semble si important que la question du viol entre époux ne semble pas retenir l'attention des législateurs

Le principe de proportionnalité permet au juge d'opérer une hiérarchisation implicite d'une part entre différents droits et libertés fondamentaux et d'autre part entre ces mêmes droits et libertés et des exigences relevant de l'intérêt général.

Le principe de proportionnalité peut également être posé par le juge comme une exigence autonome que le législateur doit respecter indépendamment de toute conciliation entre des principes constitutionnels ».

⁹⁶⁷ Art. 8 al. 2 CESDHLF

⁹⁶⁸ Art. 29 al. 2 DUDH : « Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique ».

⁹⁶⁹ Art. 27 al. 2 « Les droits et les libertés de chaque personne s'exercent dans le respect du droit d'autrui, de la sécurité collective, de la morale et de l'intérêt commun ».

⁹⁷⁰ Kiteri GARCIA, *Le droit civil européen*, op.cit. p.555

⁹⁷¹ Irma ARNOUX, *Les droits de l'être humain sur son corps*, op.cit. p.425

⁹⁷² Idem, p.430

africains contrairement à leurs homologues européens et qu'il rend difficile la répression du viol entre époux.

880. Même si le devoir conjugal n'a pas pour seul but la procréation, le refus de toute procréation par une stérilité volontaire, un refus de traitement d'une stérilité curable ou l'imposition de relations éliminant toute possibilité de procréation sont considérés comme une faute ou un comportement injurieux de nature à motiver le prononcé de divorce aux torts de celui à qui ces comportements sont reprochés⁹⁷³. Il faut noter qu'en ce qui concerne la femme, les circonstances du refus de procréation sont pris en compte notamment le nombre d'enfants qu'elle a déjà eu ou le danger que représente pour elle, une grossesse⁹⁷⁴.
881. Ici également, la faveur faite à la réglementation du droit de la famille est la preuve que « l'individualisme civil ne se construit pas au détriment de l'intérêt général »⁹⁷⁵. Déjà l'autorité absolue du mari sur la femme (anciennement affirmé dans le droit français et toujours présent dans les droits traditionnels africains) concorde difficilement avec une tendance individualiste⁹⁷⁶.
882. A l'insuffisance de la protection des droits de la personnalité dans le droit de la famille, il faut ajouter la tendance collectiviste de l'idée de famille où le groupe prévaut sur l'individu. Ceci est sans doute l'une des raisons de la spécificité de la protection des droits purement familiaux.

⁹⁷³ 27 oct 1959, *D.* 1960, p.144

⁹⁷⁴ Cass.civ. 4 juin 1964, *Bull* n° 2, 334, n°444

⁹⁷⁵ Kiteri GARCIA, *Le droit civil européen*, op.cit. p.554

⁹⁷⁶ *Idem*, p. 526

Chapitre II : La protection des droits familiaux

883. La protection dont bénéficient les droits familiaux revêt un caractère spécifique par rapport à celle des droits de la personnalité. Cette spécificité s'observe tant dans la nature des actions exercées en vue de protéger ces droits que dans les conditions exigées pour la mise en œuvre de ces actions. Les droits familiaux sont essentiellement basés sur les relations qu'ont entre elles, les personnes formant le couple et leur descendance. La qualité des personnes autorisées à agir pour la protection des droits familiaux conditionne fortement la recevabilité de ces actions. Elles sont aussi soumises à des conditions qui vont parfois au-delà des conditions classiques requises pour l'action en justice.

884. La protection varie donc en fonction de l'état et du statut des personnes (Section I), mais lors de la mise en œuvre des actions permettant d'exercer ces droits, certaines limites peuvent être observées (Section II). Ces limites sont liées tantôt à la nature particulière du droit de la famille, tantôt aux particularités des procédures judiciaires en droit de la famille.

Section I : La protection en fonction de l'état et du statut des personnes

885. Le terme « Droits civils » renvoie pour les questions relatives à la famille, à l'état et la capacité des personnes⁹⁷⁷. L'état d'une personne est la situation qu'elle occupe dans la vie juridique en raison des diverses qualités qui lui appartiennent au regard de certaines institutions du droit, notamment la famille. Quant à la capacité d'une personne, elle découle de son état. C'est en premier lieu l'étendue de son aptitude à être titulaire de droits et d'obligations et en second lieu, la possibilité qui lui est offerte d'exercer et de remplir par elle-même ses droits et obligations.

886. Comme pour les droits de la personnalité, c'est essentiellement par des actions en justice reconnues à leurs titulaires et par des sanctions à leur violation (Paragraphe 2) que sont protégés les droits des personnes dans le cadre familial. Les actions visant la protection de droits familiaux sont qualifiées d'actions d'état (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : Les actions d'état

887. Les actions d'état sont des actions de nature civile et visent donc la protection d'un droit civil et plus spécifiquement d'un droit familial de la personne qui l'exerce. Comme l'état, les actions d'état ont un caractère personnel très prononcé. Elles sont d'ordre public et sont donc indisponibles. Les parties ne sauraient renoncer à une action déjà engagée, ni y

⁹⁷⁷Jean VINCENT (Dir.), *Guide Juridique*, éd. Dalloz, Nomenclature 1998, T. II et III. Voir Droits civils.

mettre fin avant qu'elle n'ait abouti à un jugement. Mais ce principe n'est pas absolu. Il ne s'impose que si les droits en jeu sont eux-mêmes indisponibles. En pareil cas, la renonciation à une action d'état est généralement considérée comme nulle. Les actions d'état sont également imprescriptibles. Toutefois, pour beaucoup d'entre elles, il existe des délais au-delà desquelles elles ne peuvent plus être exercées. Les actions d'état peuvent prendre plusieurs formes. S'il est par exemple possible à une personne d'établir un état par un acte de volonté valant preuve de cet état (reconnaissance d'enfant naturel), cette personne peut aussi acquiescer à l'action qui tend à établir cet état (action en recherche de paternité). Les actions d'état sont des actions en justice qui ont pour objet soit la constatation, soit la modification d'un état. Cette classification en fonction de l'objet permet de distinguer les actions déclaratives d'état (A) et les actions constitutives d'état (B).

A – Les actions déclaratives d'état

888. Elles ont pour but de constater un état qui existait déjà mais n'était pas juridiquement établi. Les unes tendent à faire reconnaître un état qu'une personne ne paraît pas avoir. Ce sont les actions en réclamation d'état (1). Les autres consistent à contester à autrui, l'état qu'il paraît avoir. Ce sont les actions en contestation d'état (2).

1) Les actions en réclamation d'état

889. Ces actions permettent à leurs titulaires de réclamer un état qu'ils paraissent ne pas avoir. Elles sont en principe ouvertes à toute personne intéressée par l'état réclamé. Tel est le cas de l'action en recherche de paternité (a) et de l'action en réclamation de la filiation maternelle (b)

a – L'action en recherche de paternité

890. En droit béninois, l'action en recherche de paternité est admise en cas de viol ou d'enlèvement s'ils ont eu lieu pendant la période se rapportant à celle de la conception, en cas de séduction ou de promesse de mariage, si le prétendu père et la mère ont vécu en état de concubinage notoire, ou encore si le prétendu père a participé à l'entretien de l'enfant⁹⁷⁸. L'action appartient uniquement à l'enfant, mais aussi à sa mère, seulement s'il est mineur⁹⁷⁹. L'action est cependant irrecevable si le prétendu père était dans l'impossibilité physique d'être l'auteur de l'enfant ou si les données acquises de la science établissent qu'il ne peut en

⁹⁷⁸ Art. 333 CBPF

⁹⁷⁹ Art.335 CBPF

être le père⁹⁸⁰. L'action doit être introduite dans les six (6) mois qui suivent l'accouchement⁹⁸¹. Dans l'hypothèse où le prétendu père a vécu avec la mère ou a participé à l'entretien de l'enfant, l'action peut être intentée jusqu'à l'expiration des deux (2) ans qui suivent la cessation du concubinage ou la cessation de la participation du prétendu père à l'entretien de l'enfant⁹⁸².

891. Lorsque l'action n'a pas été intentée pendant la minorité de l'enfant, ce dernier peut l'intenter dans les deux (2) années qui suivent sa majorité⁹⁸³.

892. Par contre, en droit sénégalais, l'action en recherche de paternité est interdite à tout enfant qui n'est pas présumé issu du mariage de sa mère ou n'a pas été volontairement reconnu par son père⁹⁸⁴. Exceptionnellement, l'enfant pourra établir sa filiation paternelle si le prétendu père a procédé ou fait procéder à son baptême ou lui a donné un prénom⁹⁸⁵.

893. La preuve portera sur le fait que le prétendu père a, manifestement et ostensiblement, procédé ou fait procéder au baptême, ou imposé un prénom, en affirmant sa qualité de père⁹⁸⁶.

894. Toutefois, le code sénégalais prévoit une action dite en indication de paternité⁹⁸⁷. Elle permet de mettre une obligation d'aliments à la charge du prétendu père, lorsqu'il existe l'un des cas évoqués en droit béninois permettant l'exercice de l'action en recherche de paternité. Cette action ne permet donc pas d'établir la filiation paternelle à l'égard de l'enfant. Elle impose seulement une obligation d'aliments à la charge du prétendu père. Aux fins de non-recevoir évoquées pour l'action en recherche de paternité en droit béninois, s'ajoute ici l'inconduite notoire de la mère ou son commerce avec un autre individu⁹⁸⁸ pendant la période légale de la conception.

b – L'action en réclamation de la filiation maternelle ou action en recherche de maternité

895. Cette action est ouverte à l'enfant qui n'a pas un titre de possession constante ou qui a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né d'une mère inconnue ou d'une femme qui conteste être sa mère⁹⁸⁹. L'action appartient à l'enfant qui l'exerce contre la mère prétendue.

⁹⁸⁰ Art. 334 CBPF

⁹⁸¹ Art. 335 al. 2 CBPF

⁹⁸² Art. 335 al.3 CBPF

⁹⁸³ Art. 335 al.4 CBPF

⁹⁸⁴ Art. 196 CSF

⁹⁸⁵ Art. 211 CSF

⁹⁸⁶ Art. 211 al. 2 CSF

⁹⁸⁷ Art. 215 CSF

⁹⁸⁸ Art. 217 al.1 CSF

⁹⁸⁹ Art. 209 CSF

L'action peut être intentée par les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé, s'il est décédé mineur ou dans les cinq (5) ans suivant sa majorité⁹⁹⁰.

896. En droit béninois, cette action porte le nom d'action en recherche de maternité⁹⁹¹. L'enfant doit prouver qu'il est celui dont la mère prétendue a accouché, par exemple en établissant qu'il a son égard, une possession d'état d'enfant naturel. La preuve de cette filiation peut également se faire par témoins, par les données acquises de la science ou par des présomptions ou indices graves ou par un commencement de preuve par écrit.

897. Ces actions, comme leur nom l'indique, permettent à leur auteur de réclamer un état et s'exercent généralement par des descendants contre leur géniteur supposé. En revanche, les actions en contestation d'état semblent emprunter le mouvement inverse.

2) Les actions en contestation d'état

898. Ces actions visent à contester l'état qu'une personne paraît avoir. Elles mettent fin à l'état qu'une personne possédait avant que l'action ne soit ouverte à son encontre. Sont considérées comme actions en contestation d'état, l'action en désaveu de paternité (a) et l'action en contestation de filiation maternelle (b).

a – L'action en désaveu de paternité

899. L'action en désaveu de paternité est l'action par laquelle le mari tend à faire retirer à l'enfant, la qualité d'enfant légitime dont il bénéficiait. Cette action n'est possible que dans certaines conditions. Le mari doit prouver qu'il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme pendant la période de conception, ou démontrer par les données acquises de la science qu'il ne peut être le père de cet enfant. Le mari peut également désavouer l'enfant si la femme lui a caché la grossesse ou la naissance de l'enfant dans des conditions de nature à lui faire douter gravement de sa paternité⁹⁹². Les conditions d'exercice de cette action sont les mêmes en droit béninois et en droit sénégalais⁹⁹³. Les deux (2) codes précisent que l'adultère de l'épouse ne suffit pas à ouvrir l'action en désaveu de paternité⁹⁹⁴.

900. Le mari autorisé à agir en désaveu de paternité doit le faire dans les deux (2) mois qui suivent la naissance de l'enfant, s'il se trouvait sur les lieux à l'époque de celle-ci, dans les deux (2) mois après son retour s'il n'était présent à l'époque de la naissance ou encore dans

⁹⁹⁰ Art. 210 CSF

⁹⁹¹ Art. 332 CBPF

⁹⁹² Art. 305 CBPF

⁹⁹³ Art. 203 CSF

⁹⁹⁴ Art. 306 CBPF et art. 203 dernier al. CSF

les deux (2) mois suivant la découverte de la fraude si la naissance de l'enfant lui avait été cachée⁹⁹⁵. Si le mari est décédé avant d'avoir exercé l'action, mais était encore dans le délai utile pour le faire, ses héritiers ont aussi deux (2) mois à compter de l'époque où l'enfant aura été mis en possession des biens paternels ou de l'époque où ils auront été troublés par lui dans leur propre possession⁹⁹⁶.

901. L'action en désaveu est dirigée contre la mère de l'enfant mineur et contre l'enfant lui-même lorsqu'il est majeur⁹⁹⁷.

b – L'action en contestation de la filiation maternelle

902. Cette action est organisée par le code sénégalais de la famille. Elle est ouverte au profit de la femme qui est indiquée comme étant la mère de l'enfant dans l'acte de naissance alors qu'elle n'est pas l'auteur de la déclaration⁹⁹⁸. Elle doit donc apporter la preuve qu'elle n'a pas accouché de l'enfant dont la naissance est constatée dans l'acte. L'action est irrecevable à l'égard de l'enfant qui a une possession d'état conforme à son acte de naissance⁹⁹⁹. Les héritiers de la femme peuvent intenter cette action dans le délai de cinq (5) ans à compter de son décès mais seulement dans un intérêt pécuniaire¹⁰⁰⁰.

903. Le code béninois reconnaît la possibilité d'une action en contestation de filiation, s'il est allégué qu'il y a eu supposition ou substitution d'enfant, soit avant, soit après la rédaction de l'acte de naissance¹⁰⁰¹. L'action apparaît comme une dérogation au principe selon lequel nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donne son titre de naissance¹⁰⁰², et également au principe selon lequel nul ne peut contester l'état de celui qui avait une possession conforme à son titre de naissance¹⁰⁰³. C'est pourquoi la femme indiquée sur l'acte de naissance comme étant la mère, ne peut exercer cette action que si elle n'est pas à l'origine de la déclaration de naissance¹⁰⁰⁴. Il lui revient de prouver par tous les moyens qu'elle n'a pas accouché de l'enfant dont la naissance est indiquée dans l'acte¹⁰⁰⁵.

⁹⁹⁵ Art. 307 CBPF et art. 204 CSF

⁹⁹⁶ Art. 308 CBPF et art. 204 CSF

⁹⁹⁷ Art. 309 CBPF et art. 205 CSF

⁹⁹⁸ Art. 206 al. 1^{er} CSF

⁹⁹⁹ Art. 207 CSF

¹⁰⁰⁰ Art. 207 al. 3 CSF

¹⁰⁰¹ Art. 314 al. 3 CBPF

¹⁰⁰² Art. 314 al. 1 CBPF

¹⁰⁰³ Art. 314 al. 2 CBPF

¹⁰⁰⁴ Art. 321 al. 1 CBPF

¹⁰⁰⁵ Art. 330 CBPF

B – Les actions constitutives d'état

904. Contrairement aux actions déclaratives qui modifient un état déjà existant, les actions constitutives visent à créer un état nouveau pour la personne. Elles tendent à l'attribution d'un état nouveau ou à la destruction d'un état antérieur. Sont généralement classées dans cette catégorie, les actions en divorce, en séparation de corps ou en déchéance d'autorité parentale. Ce sont ces actions qui seront étudiées ici, parce qu'elles constituent une autre manifestation du droit au mariage et à la liberté matrimoniale. En effet, l'action en adoption est également une action constitutive d'état, mais elle est perçue plus comme une institution que comme l'exercice d'une liberté reconnue aux personnes.
905. En outre, les actions en divorce (1), en séparation de corps (2) ou en déchéance d'autorité parentale (3) sont considérées comme négatives parce qu'elles entraînent une rupture de liens, contrairement à l'action en adoption considérée comme positive parce que créatrice de liens nouveaux¹⁰⁰⁶.

1) L'action en divorce

906. Le divorce n'est pas un droit. Il s'agit d'un relâchement ou d'une dissolution des liens matrimoniaux, causé par des circonstances diverses vécues dans l'expérience du mariage. Le divorce se définit comme « la dissolution d'un mariage valable, du vivant des époux »¹⁰⁰⁷.
907. Le divorce n'est pas créateur de droits parce que c'est une rupture d'une situation juridique¹⁰⁰⁸. La réglementation du divorce traduit le degré de la liberté individuelle accordée dans le mariage. En effet, la liberté est sanctionnée par la possibilité reconnue au conjoint de faire prononcer le divorce contre celui qui aura exercé ses libertés abusivement. Le divorce est la dernière sanction des devoirs nés du mariage. Mais l'esprit des législateurs et particulièrement du législateur sénégalais est de stabiliser les ménages et d'éviter la multiplication des divorces¹⁰⁰⁹. Le code sénégalais a organisé deux formes de divorces, le divorce par consentement mutuel et le divorce contentieux qui peut intervenir s'il y a des torts limitativement énumérés à la charge de l'un des époux. Le divorce ne peut être prononcé que par voie judiciaire. Par conséquent, la répudiation (institution tolérée par l'Islam et les coutumes traditionnelles) est interdite.

¹⁰⁰⁶ A. SOW SIDIBE, Droit civil, Droit sénégalais, Crédila 2014, op.cit. p.163

¹⁰⁰⁷ Jean CHEVALLIER et Louis BACH, *Droit civil*, T1.11^{ème} éd. Sirey.1993. 573p. p.217s

¹⁰⁰⁸ *Droit de la famille, Ne pas se tromper de réforme*, op.cit., p.118

¹⁰⁰⁹ Travaux du Comité des Options, T. II, p.85-86

908. Le divorce par consentement mutuel doit résulter de la seule volonté libre, éclairée et exempte de vice des époux¹⁰¹⁰. Ce consentement doit porter sur la rupture du lien, la situation des biens et le sort des enfants issus du mariage. Les époux règlent ces questions en toute liberté sous réserve du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. Si le juge estime que ces conditions sont remplies, il prononce le jugement qui dissout le lien matrimonial et rend exécutoires les conventions établies par les époux¹⁰¹¹.
909. Le code sénégalais¹⁰¹² énonce dix (10) causes du divorce contentieux. Dans ces cas, un seul des époux prend l'initiative de la demande de rupture du lien matrimonial. L'énumération ne distingue pas entre cause péremptoire et cause facultative de divorce. Certaines causes relèvent de la faute de l'un des époux tandis que les autres révèlent une désagrégation des liens familiaux. Seuls les époux peuvent intenter l'action en divorce.
910. Le souci de préservation des liens familiaux a conduit à instituer une procédure préalable de tentative de conciliation avant l'ouverture du procès proprement dit¹⁰¹³.
911. En droit béninois, sont également admis le divorce par consentement mutuel¹⁰¹⁴ et le divorce pour faute¹⁰¹⁵. Les particularités du divorce par consentement mutuel sont que les époux peuvent déposer au juge une simple demande conjointe ou manifester ensemble leur accord de divorcer devant le juge¹⁰¹⁶. La demande peut être introduite par les époux en personne, par leurs conseils respectifs ou par un conseil commun choisi par eux. Mais les époux ne peuvent divorcer par consentement mutuel dans les deux premières années du mariage¹⁰¹⁷. Il s'agit d'une mesure qui vise la stabilité des engagements matrimoniaux.
912. Le divorce pour faute reprend les causes de divorce admis en droit sénégalais, à l'exception de l'incompatibilité d'humeur et de la maladie grave et incurable découverte pendant le mariage. Il est en revanche, ajouté comme cause, la rupture ou l'interruption prolongée de la vie commune depuis quatre (4) ans au moins. En ce qui concerne la stérilité ou l'impuissance, elle doit avoir été établie avant le mariage et non révélée au moment de la célébration. Ce qui constitue la cause du divorce, ce n'est pas la maladie en elle-même mais le fait de l'avoir caché à l'autre conjoint. Le législateur béninois semble avoir opté pour la

¹⁰¹⁰ Art. 158 al. 1 CSF

¹⁰¹¹ Art. 164 CSF

¹⁰¹² Art. 166

¹⁰¹³ Art. 169 CSF

¹⁰¹⁴ Art. 222 CBPF

¹⁰¹⁵ Art. 233 CBPF

¹⁰¹⁶ Art. 222 CBPF

¹⁰¹⁷ Art. 223 CBPF

condition de la faute comme cause de divorce. La procédure de divorce pour faute est également soumise à une tentative préalable de conciliation.

913. En droit béninois comme en droit sénégalais, la demande de divorce peut être transformée en demande de séparation de corps¹⁰¹⁸. Les débats relatifs au divorce se tiennent en chambre de conseil¹⁰¹⁹ mais le jugement est rendu en audience publique. L'action en divorce est strictement personnelle et ne peut être exercée que par les époux.

2) L'action en séparation de corps

914. Elle a pour but de mettre fin à l'obligation de cohabitation et oblige les époux à la séparation de biens s'ils n'y étaient pas soumis¹⁰²⁰. Les autres effets du mariage sont maintenus. Par la séparation de corps, chacun des époux peut avoir un domicile séparé mais le lien de mariage n'est pas dissout. Les devoirs personnels de fidélité, de secours et d'assistance subsistent.

915. L'argumentation de la séparation de corps est fondée en droit sénégalais sur les mêmes principes que le divorce. La demande peut être faite par consentement mutuel¹⁰²¹ ou par voie contentieuse¹⁰²². L'époux demandeur peut transformer sa demande de séparation en demande de divorce¹⁰²³. La séparation de corps prend fin par la reprise de la vie commune après réconciliation, par le décès de l'un des époux ou par le divorce¹⁰²⁴. La séparation de corps est obligatoirement transformée par le juge en divorce, trois (3) ans après l'intervention du jugement de séparation¹⁰²⁵.

916. La séparation est régie par les articles 271 et suivants du code béninois de la famille. Ses conditions et ses effets sont quasiment les mêmes qu'en droit sénégalais. Mais le droit béninois ne fixe pas un délai de conversion automatique de la séparation de corps en divorce. La demande de conversion ne peut venir que de l'un des époux¹⁰²⁶.

3) L'action en déchéance de l'autorité parentale ou de la puissance paternelle

917. L'action en déchéance de l'autorité parentale est exercée contre un parent investi de l'autorité parentale si ce dernier met en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant

¹⁰¹⁸ Art. 171 CSF – Art. 246 CBPF

¹⁰¹⁹ Art. 171 CSF – Art. 246 CBPF

¹⁰²⁰ Art. 181 CSF

¹⁰²¹ Art. 182 CSF

¹⁰²² Art. 183 CSF

¹⁰²³ Art. 183 al. 4 CSF

¹⁰²⁴ Art. 185 CSF

¹⁰²⁵ Art. 185 CSF

¹⁰²⁶ Art. 281 CBPF

par mauvais traitements, ivrognerie ou inconduite notoire, défaut de soins ou manquement volontaire à l'obligation alimentaire¹⁰²⁷.

918. L'action est portée au domicile du mineur par un membre de sa famille, son tuteur ou par le ministère public. La déchéance des attributs de l'autorité parentale peut être partielle ou totale. Celui qui est déchu de l'autorité parentale a quand même l'obligation de subvenir à l'entretien et à l'éducation de l'enfant¹⁰²⁸. Il peut aussi, par requête en justifiant de circonstances nouvelles, obtenir que lui soient restitués les droits dont il a été privé¹⁰²⁹.

919. En droit sénégalais, peuvent être déchus de la puissance paternelle à l'égard d'un ou de plusieurs enfants, le père ou la mère ou toute personne exerçant la puissance paternelle qui compromet gravement par mauvais traitements, mauvaise conduite ou par manque de soins ou de direction, la santé, la sécurité ou la moralité du ou des enfants remis à sa garde¹⁰³⁰. Cette forme de déchéance a un caractère facultatif.

920. En effet, il existe une déchéance obligatoire qui s'attache aux condamnations pénales d'excitation à la débauche de ses propres enfants, de double condamnation d'excitation à la débauche de mineurs, ou de condamnations pour crimes ou délits commis sur la personne de son enfant¹⁰³¹.

921. En droit béninois également, un jugement pénal peut par une disposition expresse, déchoir de l'autorité parentale, les personnes qui auront été condamnées comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou d'un délit commis sur la personne d'un enfant à l'égard duquel elles sont investies de l'autorité parentale¹⁰³².

922. Ces dispositions font de la déchéance, une sanction aussi bien civile pouvant être exercées par les personnes, qu'une sanction pénale à la violation des droits et devoirs familiaux. La déchéance de l'autorité parentale constitue une voie d'action et une protection pour celui qui l'exerce (ou en faveur de qui elle est exercée) et une sanction pénale aux manquements à un devoir familial pour celui contre qui elle est exercée. Il existe également d'autres sanctions à la violation des droits et devoirs familiaux.

¹⁰²⁷ Art. 439 CBPF

¹⁰²⁸ Art. 441 CBPF

¹⁰²⁹ Art. 443 CBPF

¹⁰³⁰ Art. 297 CSF

¹⁰³¹ Art. 296 CSF

¹⁰³² Art. 438 CBPF

Paragraphe 2 : Les sanctions à la violation des droits familiaux

923. En dehors de la déchéance de l'autorité parentale ou de la puissance paternelle qui constitue à la fois une action civile et une sanction pénale, il existe d'autres types de sanctions à la violation des droits familiaux. Elles peuvent être regroupées en sanctions pénales (A) et en sanctions civiles (B).

A – Les sanctions pénales à la violation des droits familiaux

924. Ces sanctions s'appliquent à la bigamie (1), à l'adultère (2) ou à l'infraction d'abandon de famille (3). Elles répriment donc des infractions qui constituent des manquements à des obligations liées au mariage.

1) La répression de la bigamie

925. C'est une infraction qui consiste à contracter une nouvelle union alors qu'elle est empêchée par l'effet d'un mariage antérieur non dissout¹⁰³³. D'après l'article 113 du code sénégalais de la famille, l'interdiction de contracter un nouveau mariage avant la dissolution du précédent va de soi pour la femme. Mais pour l'homme, il faut tenir compte du régime. En cas de monogamie, l'interdiction est la même pour l'homme que pour la femme. En cas de polygamie, l'homme ne peut dépasser le nombre d'épouses qu'il s'est fixé en fonction de l'option souscrite ou le nombre d'épouses autorisé par la loi.

926. En droit béninois où il n'existe plus d'option de polygamie, l'interdiction de la bigamie est la même pour les deux conjoints (homme et femme)¹⁰³⁴. La bigamie est réprimée par l'article 340 du code pénal béninois. L'auteur de bigamie encourt une peine d'emprisonnement et une amende. Les peines prévues en droit sénégalais sont moins sévères¹⁰³⁵. La nullité du nouveau mariage est prononcée¹⁰³⁶.

¹⁰³³ Art. 333 C. pén. sénégalais

¹⁰³⁴ Art. 125 CBPF

¹⁰³⁵ Art. 333 C. pén. sénégalais

¹⁰³⁶ Art. 148 al 5 CBPF

2) La répression de l'adultère

927. La répression de l'adultère sanctionne le manquement au devoir de fidélité. Elle est le fait pour une personne mariée d'entretenir des relations sexuelles avec une personne autre que son conjoint.
928. Héritage de l'ancien droit français, toujours en vigueur au Bénin, la répression de l'adultère est plus sévère pour la femme que pour l'homme. Cette différence dans la répression se justifie par le risque de confusion de part et aussi par la possibilité de polygamie qui est reconnue à l'homme. En effet, la preuve de l'adultère de l'homme était difficile à établir puisqu'on ne pouvait distinguer entre les prémices d'un nouveau mariage et l'adultère. Or la femme devait toujours fidélité à son mari. La femme coupable d'adultère risque une peine d'emprisonnement de trois (3) à deux (2) ans, peine que le mari peut faire cesser en consentant à la reprendre chez lui¹⁰³⁷.
929. Chez l'homme, ce n'est pas à proprement parler l'adultère qui est réprimé mais le fait d'entretenir une concubine dans le domicile conjugal¹⁰³⁸. L'homme n'encourt qu'une peine d'amende.
930. En droit sénégalais, l'existence de la polygamie influence la répression de l'adultère du mari¹⁰³⁹. Le code dispose en effet que les usages tolérés par la coutume dans le cadre de la polygamie, ne sauraient constituer en eux-mêmes l'adultère¹⁰⁴⁰. De plus, les relations entre un homme même marié et une femme peuvent constituer les prémices d'un nouveau mariage, difficile à distinguer de l'adultère. L'auteur d'adultère en droit sénégalais n'encourt qu'une peine d'amende¹⁰⁴¹.
931. En droit béninois, il existait une différence de peine entre l'adultère de l'homme et celui de la femme. Cette dernière risquait la prison (3 mois à 2 ans)¹⁰⁴² contrairement à l'homme qui ne risquait qu'une peine d'amende (24.000 à 480.000 F)¹⁰⁴³. Mais la Cour constitutionnelle béninoise a déclaré ces dispositions contraires à la Constitution¹⁰⁴⁴.
932. Il faut noter qu'en droit sénégalais comme en droit béninois, au-delà de son caractère pénal, l'adultère constitue une cause de divorce.

¹⁰³⁷ Art. 337 C. pén. béninois

¹⁰³⁸ Art. 339 C. pén. béninois

¹⁰³⁹ Art. 329 C. pén. sénégalais

¹⁰⁴⁰ Art. 329 al. 2 C. pén. sénégalais

¹⁰⁴¹ Art. 330 C. pén. Sénégalais. L'amende va de 20000 à 100000. L'autre époux peut arrêter l'effet de cette condamnation.

¹⁰⁴² Art. 337 C. pén. béninois

¹⁰⁴³ Art. 339 C. pén. béninois

¹⁰⁴⁴ Décision DCC 09-081 du 30 juillet 2009. Vr Supra. Les incidences du contrôle constitutionnel sur les droits des personnes et de la famille

3) La répression de l'abandon de famille

933. C'est l'attitude du conjoint qui abandonne le domicile conjugal sans motif grave ou qui se soustrait à tout ou partie de ses obligations résultant du mariage ou de la puissance paternelle. L'abandon de famille sanctionne la violation du devoir de secours et d'assistance.
934. En droit sénégalais, pour que l'infraction soit constituée, l'abandon doit avoir eu lieu depuis au moins deux (2) mois¹⁰⁴⁵. L'infraction d'abandon de famille a un caractère spécifique vis-à-vis de l'homme et vise le mari qui abandonne sa femme pendant plus de deux (2) mois bien que la sachant enceinte¹⁰⁴⁶. Est également coupable d'abandon de famille, celui qui manque de soins envers ses enfants, leur inflige des mauvais traitements ou est coupable d'inconduite à leur égard.
935. En droit pénal béninois, le délit d'abandon de famille semble ne concerner que la femme. Le code pénal ne décrit pas les actes constitutifs du délit d'abandon de famille mais se contente d'énoncer la peine encourue par la femme qui aura abandonné le domicile conjugal¹⁰⁴⁷.

B – Les sanctions civiles à la violation des droits familiaux

936. Ces sanctions concernent la violation des règles relatives au mariage et aux fiançailles. Dans certains cas, il s'agit de la sanction du non-respect des règles relatives à la formation du lien matrimonial, dans d'autres cas, il s'agit de la sanction de la rupture du lien matrimonial. Les sanctions peuvent consister en paiement de dommages et intérêts pour rupture fautive du lien matrimonial (1), en un droit d'opposition au mariage conféré à certaines personnes (2) ou encore en l'annulation d'un mariage pour non respect des règles de formation (3).

1) Le paiement de dommages et intérêts pour rupture fautive du lien matrimonial

937. Le paiement de dommages et intérêts est prévu en droit béninois en cas de rupture abusive des fiançailles¹⁰⁴⁸. L'action obéit aux conditions générales de la responsabilité.
938. Le paiement de dommages et intérêts peut également être réclamé en droit béninois¹⁰⁴⁹ et en droit sénégalais¹⁰⁵⁰ par l'époux qui a obtenu le divorce, contre son ex-conjoint, si le

¹⁰⁴⁵ Art. 350 C. pén. sénégalais

¹⁰⁴⁶ Art. 350 al. 2 C. pén. sénégalais

¹⁰⁴⁷ Art. 337 C. pén. béninois

¹⁰⁴⁸ Art. 118 CBPF

¹⁰⁴⁹ Art. 263 CBPF

¹⁰⁵⁰ Art. 179 CSF

divorce a été prononcé aux torts exclusifs de ce dernier. Le montant alloué permet de réparer le préjudice matériel et moral que cause la dissolution du mariage, notamment la perte de l'obligation d'entretien.

2) L'opposition au mariage

939. C'est le droit conféré par le législateur à certaines personnes pour faire défense à l'officier d'état civil de célébrer un mariage¹⁰⁵¹. Ce sont des faits qui sont portés à la connaissance de l'officier d'état civil. Il doit alors surseoir à la célébration et informer le Procureur de la République. C'est ce dernier qui formalise l'opposition. L'acte d'opposition interdit la célébration du mariage. Il cesse d'avoir effet après un (1) an et peut être renouvelé. Les futurs époux peuvent demander mainlevée de l'opposition¹⁰⁵². La procédure est quasiment identique en droit sénégalais¹⁰⁵³.

940. Les personnes dont le consentement est requis dans le cadre du mariage d'un mineur peuvent former opposition¹⁰⁵⁴. Le droit sénégalais permet au fiancé évincé sans motif légitime, de former opposition au mariage de son ancienne fiancée pour l'obliger à restituer le cadeau dont elle a bénéficié¹⁰⁵⁵.

3) Les nullités du mariage

941. Le droit de la famille organise des cas de nullités du mariage. Certaines nullités visent la protection de l'ordre public ou des dispositions de la loi. D'autres visent la protection des droits des époux notamment de leur consentement. Il s'agit de nullités relatives par opposition aux nullités absolues en cas d'atteinte à un intérêt général. La nullité ne peut être prononcée que par décision judiciaire.

942. La nullité relative peut être prononcée en droit béninois pour vice de consentement de l'un des époux si son accord a été obtenu par violence ou à la suite d'une erreur, pour défaut d'autorisation parentale dans le cas de mariage de mineurs, pour impuissance du mari non révélée au préalable ou encore pour maladie grave et incurable dissimulée au moment du

¹⁰⁵¹ Art. 132 CBPF

¹⁰⁵² Art. 133 CBPF

¹⁰⁵³ Art. 118 – 120 CSF

¹⁰⁵⁴ Art. 109 CSF – Art. 120 CBPF

¹⁰⁵⁵ Art. 107 CSF

mariage par un conjoint¹⁰⁵⁶. L'action en nullité appartient à l'autre conjoint ou à la personne exerçant l'autorité parentale sur le mineur¹⁰⁵⁷.

943. L'action en nullité cesse d'être recevable si en cas de vice de consentement, il y a quand même eu cohabitation entre les époux pendant six (6) mois après la découverte du vice, s'il a eu cohabitation pendant plus d'un (1) an après la découverte de l'impuissance ou de la maladie¹⁰⁵⁸. L'action en nullité cesse également d'être recevable lorsque la personne dont le consentement était requis pour la validité du mariage, a laissé passer une année après la célébration sans exercer l'action ou encore si l'époux mineur a atteint l'âge de dix-neuf (19) ans révolus sans avoir fait de réclamation¹⁰⁵⁹.

944. Aux conditions d'exercice de l'action en nullité relative, il faut ajouter dans le cadre du droit sénégalais, le non paiement de la dot si les époux en ont fait une condition de leur union¹⁰⁶⁰.

945. Les cas de nullité absolue¹⁰⁶¹ sont l'absence de consentement de l'un des époux, l'identité de sexe entre les époux, l'existence entre les conjoints d'un lien de parenté ou d'alliance prohibant le mariage, le défaut de l'âge requis en l'absence de dispense, l'existence d'une union antérieure non dissoute (pour la femme en droit sénégalais). Un dernier cas de nullité absolue existe en droit sénégalais. C'est lorsque le mari ne peut plus contracter une nouvelle union en raison de l'option de régime choisi (polygamie jusqu'à quatre (4) femmes, polygamie limitée, monogamie).

946. Chacune des actions étudiées répond à des conditions d'exercice spécifique. Ces conditions peuvent parfois se révéler être des entraves à l'exercice des droits. C'est ce qui conduira dans la suite du présent chapitre, à rechercher et analyser, l'ensemble des éléments inhérents au droit (objectif) qui peuvent apparaître comme une limite à l'exercice des droits (subjectifs) de la famille.

¹⁰⁵⁶ Art. 145 CBPF

¹⁰⁵⁷ Art. 146 CBPF

¹⁰⁵⁸ Art. 147 al. 1 et 3 CBPF

¹⁰⁵⁹ Art. 147 al. 2 CBPF

¹⁰⁶⁰ Art. 138 al. 3 CSF

¹⁰⁶¹ Art. 141 CSF, Art. 148 CBPF

Section II : Les limites à l'exercice des actions relatives au droit de la famille

947. L'effectivité ou l'ineffectivité pose le problème des rapports entre le droit et les faits, de sorte que les difficultés d'application sont liées à l'étendue du fossé qui sépare le droit des faits ou des mentalités¹⁰⁶². Il est vrai que lorsque le fossé est trop grand entre la solution adoptée et la pratique observée, le risque d'inapplication ou d'ineffectivité s'accroît. Les actions judiciaires relatives au droit de la famille révèlent la confrontation qui peut exister entre le droit et les faits. L'analyse du processus judiciaire ou des décisions qui résultent de ces actions permet de déceler les limites à leur exercice.

948. Les limites aux actions et sanctions relatives au droit de la famille peuvent être rangées en deux catégories. Elles concernent d'une part, le particularisme du droit de la famille (Paragraphe 1) et d'autre part, le dualisme juridique qui est une marque des droits africains de la famille (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les limites dues au particularisme du droit de la famille

949. Ces limites se fondent sur une incompatibilité entre droit et famille et se manifestent dans l'exercice des actions judiciaires relatives à la famille.

950. Pour CARBONNIER, l'obstacle à l'effectivité des sanctions en droit de la famille tient « tout banalement de ce que les faits de famille sont des faits quotidiens et qui se déroulent entre quatre murs, tandis que le droit est plus à l'aise pour saisir ce qui est épisodique et ce qui est public »¹⁰⁶³.

951. La théorie de l'incompatibilité du droit et de la famille (A) peut ainsi expliquer certaines particularités observées dans l'exercice des actions judiciaires relatives à la famille (B).

A – L'incompatibilité présumée entre le droit et la famille

952. Une des causes d'ineffectivité du droit de la famille serait que le droit aurait été introduit dans un domaine qui lui est étranger et où il n'a rien à faire, si l'on s'en tient à son sens premier. A l'appui de cette théorie, il est argué de ce que les histoires d'amour et les familles heureuses se passent parfaitement du droit¹⁰⁶⁴. La famille semble être plus un

¹⁰⁶² Filiga Michel SAWADOGO, Le nouveau code burkinabè de la famille, in *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération* N°1, 1990, op.cit., p.393

¹⁰⁶³ J. CARBONNIER, « Famille, législation et quelques autres », Mélanges offerts à René Savatier, Paris, Dalloz, 1965, p.135 et s.

¹⁰⁶⁴ Nicole-Claire NDOKO, Les manquements au droit de la famille en Afrique Noire, in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 43 N°1. Janvier-mars 1991, p.97

phénomène de mœurs qu'un phénomène de droit. Cette conception remonterait très loin dans l'histoire.

953. Ainsi, pour ARISTOTE¹⁰⁶⁵, le but premier du droit est le partage. Or, dans la famille, il n'y aurait pas de séparation entre les biens des différents membres ni entre les membres eux-mêmes. Les partages qu'on y opère sont instantanés, sporadiques, sans effet durable. Ceci expliquerait pourquoi en matière familiale, les actions récurrentes sont celles qui sont relatives à la séparation, au divorce et donc au sort des enfants et des biens des époux. Toujours selon Aristote, il n'y aurait pas assez d'altérité entre les membres d'une famille pour que se forme entre eux, un droit, « le fils étant quelque chose du père ». Il qualifie les droits touchant aux rapports intra familiaux de « droits imparfaits ». Dans la même logique, HEGEL¹⁰⁶⁶ dira à son tour que la famille relève de l'amour et non pas de la justice.
954. Le droit romain ne s'est pas non plus vraiment intéressé à la famille. L'économie qui était l'art de gouverner la famille se différenciait du droit, ce dernier ne s'appliquant que dans les rapports entre les chefs de famille.
955. Dans la conception actuelle, la famille est assimilée à une représentation de la société, de l'Etat. C'est cette institutionnalisation qui garantit en quelque sorte l'effectivité des droits. Le groupe social devient la garantie mais aussi la limite des droits de la famille¹⁰⁶⁷. La grande préoccupation de la Révolution (française) fut de faire coïncider le sentiment et le droit¹⁰⁶⁸. CARBONNIER désigne la famille comme un espace de non droit par suite de choix individuel¹⁰⁶⁹, où les institutions sont plus soutenues par les relations affectives entre les participants que par le droit. Ainsi, les membres de la famille ne recourraient au droit que quand ils ne peuvent pas faire autrement (par exemple pour célébrer leur mariage).
956. En réalité, la famille étant devenue une institution fondamentale de la société, le droit ne peut désormais plus s'en désintéresser¹⁰⁷⁰. Mais MALAURIE prévient que le droit perdrait son temps et s'exposerait au ridicule, à vouloir régler soigneusement les rapports familiaux et fixer avec minutie les droits et les devoirs de chacun¹⁰⁷¹. L'organisation des actions judiciaires relatives au droit de la famille se trouve marquée par cette particularité qui entoure ce droit.

¹⁰⁶⁵ Cité par Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, op.cit. p.63

¹⁰⁶⁶ Cité par Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, op.cit. p.63

¹⁰⁶⁷ Michel VILLEY, *Philosophie du droit*, op.cit. p.125

¹⁰⁶⁸ Jean BART, *Histoire du droit privé, De la chute de l'empire romain au XIXème siècle*, 2^{ème} éd. Montchrestien, 2009, p.422

¹⁰⁶⁹ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^{ème} éd. L.G.D.J, p.33

¹⁰⁷⁰ Nicole-Claire NDOKO, *Les manquements au droit de la famille en Afrique Noire*, op.cit. p.97

¹⁰⁷¹ MALAURIE et AYNES, *Droit civil, T.I, La famille*, par MALAURIE, éd. Cujas, 1987, p.23

B – les manifestations de la particularité des questions familiales dans l'exercice des actions judiciaires

957. Selon CARBONNIER, il existe des cas où le droit par ses contradictions internes s'annihile lui-même et crée le non-droit. Ainsi, l'exigence de la preuve rejette hors du droit tout ce qui ne peut être prouvé, de même que l'exigence d'une intervention humaine est nécessaire pour que le droit s'accomplisse¹⁰⁷².
958. Appliquée au droit de la famille, cette affirmation se vérifie pleinement. La particularité de ce droit se remarque notamment dans l'aménagement de la preuve (1) et dans le recours des individus à la justice (2). L'organisation de ces deux éléments de procédure, peut se révéler être parfois un obstacle à l'exercice des droits.

1) L'aménagement de la preuve en droit de la famille

959. La question de la preuve connaît un aménagement particulier dans les procédures relatives au droit de la famille. Pour les actions relatives à l'état et à la capacité des personnes, la loi détermine l'objet et les moyens de preuve autorisés¹⁰⁷³. Ainsi, la preuve par possession d'état permet au demandeur d'établir par tous les moyens, que de façon constante, il s'est comporté, a été traité par la famille et considéré par la société comme ayant l'état auquel il prétend.
960. Pour certaines actions également, les faits à prouver sont limitativement déterminés. Dans le cas des actions en désaveu de paternité, il faut prouver l'impossibilité physique de cohabiter avec la mère pendant la période légale de conception, soit prouver par les données de la science qu'on ne peut être le père ou encore prouver que la grossesse ou la naissance a été dissimulée par la femme¹⁰⁷⁴. Aux données acquises de la science, le droit sénégalais ajoute l'examen des groupes sanguins ou l'incompatibilité des caractéristiques physiques de l'enfant avec celles du père.
961. Si toutes les formes de preuve sont admises dans les actions en réclamation ou en contestation de filiation, en matière de divorce, les différentes formes de preuves font l'objet d'une réglementation spécifique. En ce qui concerne les preuves par écrit, il s'agit généralement de correspondances entre le conjoint et un tiers avec qui il (elle) est soupçonné(e) d'entretenir des relations adultérines. La jurisprudence a décidé « ...qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier, en se déterminant d'après les circonstances de leur

¹⁰⁷² MALAURIE et AYNES, *Droit civil*, op.cit. p.31

¹⁰⁷³ Art. 98 CSF – Art.111 CBPF

¹⁰⁷⁴ Art. 305 CBPF – Art. 203 CSF

détention, si les lettres dont l'époux prétend faire usage peuvent être versées aux débats ; ...il est permis d'en faire état, à moins que leur possession ne résulte d'un artifice coupable, d'une fraude ou d'un abus... »¹⁰⁷⁵. La règle générale est que les lettres appartiennent à leurs destinataires et qu'elles ne peuvent être produites en justice qu'avec le consentement de ceux-ci. Il est dérogé à cette règle en matière de divorce. Ce pouvoir de produire en justice une correspondance adressée à l'autre époux ou émanant de lui, sans le consentement du destinataire ou de l'auteur, est considéré comme un « droit de défense du ménage »¹⁰⁷⁶.

962. Les causes du divorce étant généralement de simples faits, le juge peut faire procéder à des enquêtes conformément aux règles de droit commun¹⁰⁷⁷. Il peut aussi recueillir des informations sur la situation matérielle et morale de la famille, sur les conditions dans lesquelles sont élevés les enfants afin de déterminer les mesures à prendre pour leur garde définitive¹⁰⁷⁸. L'aménagement se remarque surtout s'agissant des témoignages des proches. En droit béninois comme en droit sénégalais, les parents et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins. Mais les descendants des époux ne peuvent être entendus¹⁰⁷⁹. La justification d'une telle restriction serait qu'il est choquant que les enfants soient invités à témoigner du comportement fautif d'un de leurs parents envers l'autre¹⁰⁸⁰.

963. Les investigations sur la vie familiale peuvent se révéler comme une violation de la vie privée et familiale. C'est peut-être l'une des raisons qui justifient que les audiences sur les procédures de divorce se déroulent en chambre de conseil, afin d'éviter un déballage public de la vie intime des époux.

964. Ces aménagements de la preuve dans les différents domaines du droit de la famille ont d'autres buts que la manifestation de la vérité, laquelle est pourtant nécessaire à une bonne application du droit. L'institution d'organes de contrôle et d'effectivité des droits au sein des familles apparaîtra certainement comme une violation même de ces droits, notamment une violation du droit à la vie privée. Il faudra plutôt donner aux personnes victimes de violation ou désireuses de faire reconnaître leurs droits, la garantie de pouvoir se faire entendre.

965. En matière de violences conjugales par exemple, où la répression n'est déjà que faiblement assurée notamment en droit béninois, la question des preuves reste un obstacle

¹⁰⁷⁵ Civ., 28 avril 1949, Rec. Gaz. Pal. 1949. II. 98

¹⁰⁷⁶ Note sous arrêt précité

¹⁰⁷⁷ Art. 171 CSF

¹⁰⁷⁸ Art. 170 CSF – Art. 240 CBPF

¹⁰⁷⁹ Art. 171 CSF – Art. 250 CBPF

¹⁰⁸⁰ A. SOW SIDIBE, Cours de droit '*La famille*', UCAD, p. 77

objectif à toute action juridique et donc une limite à l'exercice du droit¹⁰⁸¹. Les violences ne sont pas que physiques. Elles peuvent aussi être psychologiques, ces dernières étant plus difficiles à prouver, surtout si elles sont exercées dans le cadre familial. L'aménagement de la preuve est également difficile voire impossible dans certains cas comme le défaut d'entretien, puisqu' « aucun reçu n'est fait entre époux et qu'aucune comptabilité de ménage n'est tenue pour les dépenses du foyer. (Il convient) d'être moins rigoureux et permettre aux tribunaux de tirer de certains indices une présomption de défaut d'entretien »¹⁰⁸².

966. Les victimes décidées à agir en justice doivent se confronter à la pression sociale et à l'inaccessibilité du droit pour celles qui sont totalement dépourvues d'instructions¹⁰⁸³. A cet état de fait, il faut aussi ajouter qu'en raison de la nature essentiellement affective des relations familiales, les conflits ne sont que faiblement portés devant les autorités judiciaires.

2) La faiblesse des recours en justice

967. L'on pourrait penser que les droits civils des personnes ne sont pas suffisamment garantis mais en réalité, les personnes utilisent très peu les voies de recours judiciaires qui leur sont offertes pour protéger leurs droits. L'abstention à porter plainte devant les tribunaux judiciaires relèverait d'une cause sociologique. « Les Africains ont en effet toujours préféré la conciliation à la juridiction moderne, qui habituellement tranche, et fait un gagnant et un perdant »¹⁰⁸⁴. Cette préférence est très poussée en matière familiale. Selon le professeur DEGNI-SEGUI¹⁰⁸⁵, les populations vivent en marge du droit moderne. Les codes civils sont boudés au profit des coutumes locales qui régissent le mariage, la dot, la polygamie, les successions. Avoir accès à la justice reste perçue, presque partout en Afrique, comme une atteinte à l'honorabilité et à la dignité humaine. Il rapporte les propos du juge Kéba M'BAYE d'après qui « la fierté du paysan sénégalais est de pouvoir dire, je n'ai jamais mis les pieds dans un tribunal ou un commissariat de police »¹⁰⁸⁶.

968. Le constat est le même au Bénin où en dépit du récent effort du droit de la famille vers la modernité, le poids des coutumes empêche ou en tout cas rend difficile le recours à la justice étatique et la possibilité d'y faire valoir ses droits. La justice étatique est concurrencée

¹⁰⁸¹Penda MBOW (Dir.), *Hommes et femmes entre sphères publique et privée*, op.cit., p.6

¹⁰⁸²Doudou NDOYE (Dir), *Droit africain de la famille*. Etudes doctrinales. Mélanges africains, op.cit. p. 43

¹⁰⁸³Penda MBOW (Dir.), *Hommes et femmes entre sphères publique et privée*, op.cit., p.6

¹⁰⁸⁴Léocadie 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 *L'Afrique de l'Ouest et la tradition universelle des droits de l'homme*, op. cit., p.253

¹⁰⁸⁵René DEGNI-SEGUI, L'accès à la justice et ses obstacles, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, op.cit. pp. 253-254

¹⁰⁸⁶Kéba M'BAYE, *Le droit en déroute, Liberté et ordre social*, Neuchâtel, éd. de la Banomière, 1969, p.38.

par les voies traditionnelles de règlement des litiges encore présentes en milieu rural et même dans certaines familles urbaines très traditionnalistes. « Ainsi, oser ...divorcer ou entreprendre ne serait-ce que des démarches dans ce sens, est très mal perçu par la société béninoise... Toutes les autorités traditionnelles et religieuses de la localité se mobilisent pour décourager une telle initiative... Toutes sortes de violences physiques et psychologiques sont donc exercées sur la femme pour la ramener à la raison coutumière..., ceci va de la menace du retrait de vos enfants, de la colère divine... en passant par la correction familiale, l'exclusion de la communauté et le statut de femme légère qui vous sera d'office attribué »¹⁰⁸⁷. Il faut un véritable courage pour s'adresser à la justice en vue de régler un conflit familial. Cette possibilité est en réalité, seulement utilisée par les populations des villes car en milieu rural, « La femme qui aura obtenu le divorce, continuera à faire l'objet de pressions de la part de sa famille. Le mari délaissé qui n'aurait pas obtenu, au tribunal, le remboursement intégral des prestations liées au mariage, continuera à réclamer. Le dissident devra se résigner à quitter le village ou à payer sa réintégration sociale de quelques concessions... »¹⁰⁸⁸.

969. La notion de pardon très présente dans les affaires familiales de même que la crainte révérencielle envers les ascendants et plus généralement envers les représentants de la communauté sont autant de facteurs de dissuasion pour les membres de la famille de porter leurs différends devant le juge. La faiblesse des recours se remarque aussi dans le fait que certaines actions judiciaires sont déclenchées puis abandonnées avant d'aboutir à un jugement. L'on remarque ainsi des désistements volontaires devant les tribunaux, le défaut de consignation ou de dépôt de mémoire ampliatif devant les instances supérieures, ce qui entraîne la déchéance ou la forclusion des pourvois¹⁰⁸⁹.

970. La conception de la famille et son caractère éminemment privé s'ajoutent en Afrique aux poids des traditions et des influences sociales pour limiter la saisine des tribunaux. Pourtant, le droit d'agir en justice constitue un droit fondamental pour l'ensemble des citoyens. Il faut malheureusement admettre que la saisine des tribunaux ne garantit pas au justiciable une bonne administration de la justice et donc une satisfaction, ce qui constitue pour beaucoup, un motif supplémentaire de ne pas s'adresser à la justice, préférant les voies traditionnelles de règlement ou préférant simplement vivre dans des situations de fait, en

¹⁰⁸⁷ WILDAF/FEDDAF-BENIN, *Plaidoyer pour une effectivité des droits de la femme au Bénin*, op.cit. p.17

¹⁰⁸⁸ G. PONTIE et M. PILON, Un exemple de justice au quotidien : les conflits matrimoniaux au Nord-Togo, in *Afrique Contemporaine* N° 156, 4/90, op.cit. p.104

¹⁰⁸⁹ Recueil des arrêts de la Cour Suprême de la République du Bénin, (Publication annuelle), 1994 - 2000, Direction de la Documentation et des Etudes.

dehors de tout recours au droit. Les difficultés liées à l'organisation des procédures en droit de la famille limitent parfois la satisfaction que les justiciables sont en droit d'attendre des cours et tribunaux.

Paragraphe 2 : Les difficultés liées à l'organisation des procédures en droit de la famille

971. Pour découvrir ces difficultés, l'analyse de quelques décisions rendues par les tribunaux sénégalais et béninois a été faite. Le choix s'est porté, lors de l'étude de la jurisprudence, sur les décisions rendues par les instances d'appel. En effet, le constat est qu'« en première instance, le fait domine largement...Le droit n'est pas absent mais il est second, (tandis qu') en appel, l'affaire subit un affinement juridique, une mise en conformité par rapport aux règles de droit »¹⁰⁹⁰. L'avantage de cette démarche est donc de mieux déceler le degré de conformité à la règle de droit, des faits litigieux portés à la connaissance des juges. Elle permettra également d'apprécier la protection des droits civils familiaux des individus.
972. L'analyse de la jurisprudence a permis de découvrir que certaines difficultés sont liées aux méthodes employées par les juges (B), tandis que d'autres, plus spécifiques aux droits africains, résultent de la dualité des types de règles applicables (A).

A – Les difficultés liées au dualisme

973. Le dualisme juridique constitue une source de complications pour l'application du droit et notamment du droit de la famille¹⁰⁹¹. En droit sénégalais, l'application de différents corps de règles s'observe en droit successoral. En droit béninois, même si le dualisme n'a plus cours, les règles coutumières sont toujours appliquées dans certains cas en raison des situations juridiques nées antérieurement à l'avènement du nouveau code. Celui-ci précise par exemple que les procédures de divorce ou de séparation de corps en cours lors de la mise en vigueur du code seront poursuivies selon les dispositions applicables au jour de la demande¹⁰⁹². L'application des règles coutumières n'a donc pas encore totalement disparue des décisions judiciaires rendues en matière d'état des personnes.
974. Les difficultés auxquelles donnent lieu l'application de règles différentes dans leur nature sont le risque de discrimination entre les justiciables (1) et la difficulté à déterminer la règle applicable (2).

¹⁰⁹⁰ Marianne SALUDEN, « Le phénomène de la jurisprudence : Jean Carbonnier et le phénomène de la psychosociologie des juges », Enquête sociologique, Université Paris XII, p.5

¹⁰⁹¹ Elisabeth YEDEDJI ép. GNANVO, Un exemple de droit écartelé entre tradition et modernité : le nom de la femme mariée, in *Revue Béninoise des sciences Juridiques et Administratives*, op.cit. p.34

¹⁰⁹² Art. 1022 al. 3 CBPF

1) Le risque de discrimination entre les justiciables

975. La raison la plus pertinente pour laquelle une large place était faite aux règles coutumières par les législateurs africains, semble être le réalisme¹⁰⁹³. Le dualisme n'est donc pas une nécessité juridique et peut donc aisément s'analyser comme obstacle aux droits, surtout s'il s'agit de droits en mutation et basés sur la liberté et l'égalité.
976. Le risque de discrimination liée au dualisme provient du fait que les différents corps de règles, généralement basés les uns sur le droit moderne et les autres sur les droits traditionnels, tendent à opposer les habitants des villes africaines à ceux des campagnes. En effet, les premiers se penchent généralement vers le droit moderne jugé propice au développement, alors que les autres peinent sous le poids des traditions et des chefs religieux, avec des règles fortement inégalitaires et mêmes perçues comme obstacles au développement.
977. Cette différence de statut se répercute au niveau des juridictions et dans la manière de rendre la justice. Le poids des traditions et la crainte révérencielle envers les détenteurs et garants de ces traditions rejailit sur l'attitude des populations à l'égard de la justice.
978. Au Bénin par exemple, la dualité du système juridique a entraîné une dualité judiciaire qui longtemps, « a défavorisé l'accès de la femme à la justice et réduit ses chances de gagner un procès »¹⁰⁹⁴. Cela se justifiait par la présence dans l'ordre juridique d'alors, de règles coutumières rétrogrades et dévalorisantes pour la femme. Au Sénégal, le législateur soumet le mariage coutumier au divorce judiciaire avec obligation de régularisation préalable, ce qui crée une injustice à l'égard des femmes. En cas de répudiation, la femme s'expose à une sanction pénale puisque l'ex-mari peut se rétracter et agir contre elle et son nouveau mari pour bigamie. La répudiation n'entraîne pas dissolution légale du mariage d'une part et d'autre part, le mari dont le mariage est célébré coutumièrement est considéré légalement comme polygame¹⁰⁹⁵.
979. La pluralité des coutumes compromet l'avènement d'une communauté de vie juridique, élément pourtant essentiel à l'existence d'une nation¹⁰⁹⁶. Or il n'est pas souhaitable qu'une hiérarchie s'établisse entre les individus à partir du droit qui leur est applicable¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹³ Filiga Michel SAWADOGO, Le nouveau code burkinabè de la famille..., in *Revue Juridique et Politique Indépendance et coopération*, op. cit. p.377

¹⁰⁹⁴ Inventaire et analyse des textes de lois discriminants et de ceux en faveur de la promotion de la femme au Bénin, étude réalisée par le Fonds des Nations Unies Pour la Population (FNUAP), Novembre 2001, p.11

¹⁰⁹⁵ LAGOUTTE (S.) (dir.), BENGALY (A.), YOURA (B.), FALL (P. T.) et ALEXIS (M.), Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes en Afrique de l'Ouest francophone, op.cit. pp. 83-84

¹⁰⁹⁶ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?*... op. cit. p.162

¹⁰⁹⁷ Idem, p.100

980. L'avènement d'un droit uniforme permet de réaliser l'intégration des ethnies et rend possible l'avènement d'une Nation¹⁰⁹⁸. Elle favorise dans la conscience des individus et des groupes, l'appréhension des règles nécessaires à l'organisation de la vie commune et de l'ordre social souhaité.
981. Au risque de discrimination entre justiciables des villes et des campagnes s'ajoute aussi le risque de discrimination entre hommes et femmes. Ces dernières sont en effet les principales victimes des règles coutumières. Pendant longtemps, en raison de l'existence d'un droit coutumier, les hautes juridictions ont rendu des décisions contraires aux règles de droit civil et aux droits des femmes notamment en droit des successions.
982. Dans une affaire relative à l'exclusion de la femme de la succession, le tribunal supérieur de droit local avait tranché en faveur des filles en leur reconnaissant des droits sur la succession immobilière de leur auteur commun. La Cour suprême saisie d'une telle décision s'est prononcée sur « l'inviolabilité de la règle ». Elle a estimé qu'en admettant que les filles peuvent hériter et disposer librement des terrains, le tribunal de droit local avait violé une règle fondamentale de la coutume¹⁰⁹⁹. Les décisions de cette nature (conformes aux règles coutumières mais contraires aux principes de droit civil moderne) sont de nature à rompre le principe d'égalité et sont donc source de discrimination. Elles ne se justifient que dans les systèmes judiciaires où l'application des règles coutumières est admise.

2) La difficulté à déterminer la règle applicable

983. Lorsque les juges sont appelés à rendre des décisions dans des affaires où les parties évoquent chacune les différentes règles admises par le système dualiste, la détermination de la règle applicable n'est pas aisée. Les justiciables évoquent l'application des règles qui leur sont favorables, tandis que certains choix opérés par les juges, sont susceptibles de contestation au regard même du droit.
984. Dans une affaire relative à une procédure de divorce¹¹⁰⁰, l'épouse avait soulevé l'incompétence du juge traditionnel au motif que l'acte de mariage portant la mention spéciale « Aucun autre mariage ne pourra être fait sans la dissolution de celui-ci », il s'agissait alors

¹⁰⁹⁸ Guy A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? ...* op. cit. p.164.

Amsatou SOW SIDIBE, Le pluralisme juridique, op. cit. p. 216. « L'idéal de politique juridique se trouve dans l'unification. », Le pluralisme devait être une solution transitoire, la finalité étant une homogénéité sans faille. Alioune Badara M'BENGUE, Discours d'ouverture des Travaux du Comité des Options du Code de la Famille, cité par A. SOW SIDIBE, Le pluralisme juridique, p. 216. « La codification ne prend tout son sens que si elle aboutit à une unification »

¹⁰⁹⁹ Cour Suprême du Bénin, Arrêt n°23 du 15 juillet 1964, , Répertoire n°14 du Greffe

¹¹⁰⁰ C. A. de Cotonou, Arrêt N°74/2001 du 14/09/2001

d'une renonciation à la polygamie et donc d'un mariage célébré à l'état civil moderne. Mais le juge d'appel s'est déclaré compétent en invoquant le décret organique du 03 décembre 1931¹¹⁰¹. D'après ce dernier, l'option pour l'application du droit français devait être expresse et sans équivoque. A défaut de cela, les époux ne pouvaient se soustraire à l'application de leurs coutumes quant à leur divorce.

985. Dans une autre affaire relative à une action en recherche de paternité¹¹⁰², les parents n'étant pas mariés à l'état civil, les juges d'appel avaient logiquement fait application des dispositions du droit coutumier. Mais le prétendu père avait formé un pourvoi contre l'arrêt d'appel en se fondant sur la violation des articles 340 al.1, 2, et 4 du code civil encore en vigueur à l'époque. La Cour suprême avait rejeté le pourvoi au motif que « l'arrêt querellé ne s'étant pas fondé sur les dispositions du code civil moderne, il ne saurait lui être reproché d'avoir violé ou mal appliqué l'article 340 du code civil ».

986. Le silence des règles traditionnelles sur certains points précis de droit est à l'origine des errements des juges sur les questions de compétence. Par exemple, dans une affaire de garde d'enfant¹¹⁰³ relevant du droit traditionnel, l'ordonnance de garde provisoire a été rendue par le juge d'instruction du Tribunal de Première Instance, faisant office de juge des enfants. Ce dernier s'était cru compétent pour prendre toute décision qui concernait des enfants. Le juge d'appel a décidé qu'en matière de garde d'enfant, qui est une question d'ordre matrimonial, la compétence relevait du juge de l'état des personnes. Il a par conséquent, annulé l'ordonnance rendue par le juge d'instruction. Cette décision intervenue après l'avènement du nouveau code de la famille en droit béninois, montre que le nouveau code n'a pas systématiquement mis fin aux difficultés liées à la détermination des règles compétentes.

987. Cette difficulté a été également illustrée dans une autre affaire relative à un droit particulier. Il s'agit du droit aux funérailles.

988. Dans cette affaire¹¹⁰⁴, les enfants et l'épouse du défunt ont attiré les autres parents (frères et oncles) du défunt devant le Tribunal de première instance, en matière civile moderne. Le dispositif du jugement¹¹⁰⁵ rendu, lequel était favorable aux demandeurs était le suivant :

989. « ...dit que l'organisation des funérailles d'une personne décédée relève de la matière successorale régie par le code

¹¹⁰¹ Ce décret réorganisait la justice locale en AOF

¹¹⁰² Cour Suprême du Bénin, Arrêt N° 93-04/CJ-CT du 14 janvier 2000

¹¹⁰³ C. A. de Cotonou, Arrêt n°50/2005 du 24/03/2005

¹¹⁰⁴ C. A. de Cotonou, Arrêt n°217/2009 du 26/11/2009

¹¹⁰⁵ TPI de Cotonou, Jugement n°059/09-6^{ème} Ch.Civ du 29 mai 2009

990. -...autorise (les filles et la veuve) à procéder au retrait de la dépouille mortelle
991. -...débouté (les autres) de leur demande de retrait de la dépouille ».
992. Les autres parents du défunt ont relevé appel de cette décision. Ils ont fait grief au premier juge de s'être déclaré compétent alors que d'après eux, la juridiction compétente pour connaître de la cause était la juridiction civile de droit traditionnel et non celle de droit civil moderne.
993. D'après leurs arguments, la cause soumise à l'appréciation de la Cour est une question qui relève du droit funéraire et plus spécialement du droit aux funérailles, appréhendé comme l'ensemble des règles qui déterminent le régime juridique de la dépouille, les personnes qualifiées pour organiser les funérailles, le lieu des obsèques. Ces différentes rubriques n'étant pas prises en compte dans le code des personnes et de la famille, elles relèvent en application de l'article 1030¹¹⁰⁶ du code, de la coutume et en conséquence du droit traditionnel.
994. Les appelants prétendaient également que, soutenir comme les premiers juges, que l'organisation des funérailles relevait de la matière successorale, reviendrait à dire que la dépouille mortelle d'une personne fait partie de sa succession, et que s'il en était ainsi, la dépouille mortelle serait un bien.
995. Toujours d'après leurs arguments, la dépouille n'étant pas un bien, dès lors, l'organisation des funérailles d'une personne, à défaut de dispositions testamentaires, ne relève pas de la succession, pas plus qu'elle n'est régie par le code des personnes et de la famille, mais elle relève donc de la coutume et de la tradition, et par voie de conséquence du juge de droit traditionnel.
996. Les arguments défendus par les appelants sont pertinents en ce qu'effectivement, aucune disposition du code béninois de la famille ne prévoit expressément l'organisation des funérailles, d'où leur prétention à voir la question tranchée par le juge de la chambre traditionnelle. Mais la Cour d'appel a rendu son arrêt sur des motifs dont deux retiendrons particulièrement notre attention.
997. Sur la compétence du juge civil moderne, les juges d'appel ont estimé que suite à l'adoption et à la promulgation de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004, portant code des personnes et de la famille, la matière relative aux personnes et à la famille relève depuis lors du juge civil moderne. Ils ont fait remarqué que dans le cas d'espèce, le contentieux dont le juge civil moderne est saisi est d'ordre familial et concerne une personne décédée, puisqu'il

¹¹⁰⁶ Art. 1030 du CBPF : « Les coutumes cessent d'avoir force de loi en toutes matières régies par le présent code ».

s'agit précisément d'une demande formulée par les descendants et l'épouse du défunt afin d'être autorisés à retirer la dépouille mortelle de leur père et époux, et ce, face à l'opposition d'autres membres de la famille.

998. Les juges ont estimé qu'une telle demande ne peut être soustraite de la compétence du juge civil moderne, que l'article 1030 du code des personnes et de la famille précité a formellement mis fin à l'application de la coutume en ce qui concerne les matières régies par le code, et que si le code des personnes et de la famille ne contient pas de dispositions spécifiques sur les funérailles, il n'en demeure pas moins que la matière touche aussi bien la famille, que les personnes, de même que le décès et les successions qui sont tous traités dans ce code.

999. Ils ont alors conclu que c'est à juste titre que le premier juge s'est trouvé compétent et que sa décision mérite confirmation de ce chef.

1000. Sur la question du retrait de la dépouille, les juges d'appel ont estimé que selon l'article 1^{er} du code, toute personne est sujet de droit de sa naissance à son décès, et qu'au décès d'un individu, ses droits et obligations se transmettent de plein droit à ses successibles.

1001. Ils en ont déduit qu'on ne peut, dans cette condition et à défaut d'une législation spécifique conférant la charge des funérailles à d'autres membres que les héritiers privilégiés, reprocher au juge d'avoir eu recours à l'ordre successoral pour déterminer les héritiers qui ont prioritairement le droit de retirer le corps du défunt aux fins de son inhumation.

1002. Poursuivant leur argumentaire, les juges ont estimé que dans l'esprit du code des personnes et de la famille, lorsque le défunt laisse des enfants et le conjoint survivant, la succession leur est dévolue à l'exclusion des autres successibles, et qu'il est inconcevable que le retrait de la dépouille mortelle et son inhumation avec leur corollaire de dépenses soient confiés aux autres membres de la famille au détriment des héritiers privilégiés, qui en matière de préjudice affectif, ont beaucoup plus souffert. Les juges d'appel ont par ailleurs, noté qu'en rejetant la demande du retrait conjoint de la dépouille, le premier juge n'a pas fait interdiction aux autres parents d'assister aux obsèques et d'y participer selon leur disponibilité. Ils ont ainsi conclu que le premier juge a fait une saine appréciation des faits de la cause et qu'il convient de confirmer sa décision sur ce point.

1003. Le problème fondamental posé par cette affaire était que l'organisation des funérailles n'étant pas expressément abordée dans le code, les proches parents à savoir conjoint et descendants voulaient voir la question tranchée par le droit moderne tandis que les collatéraux souhaitaient l'application du droit traditionnel. Chacune des parties se doutait bien que les règles qu'elle invoquait lui étaient plus favorables.

1004. Dans ces différentes affaires, plus que la détermination de la règle applicable, c'est surtout l'attitude et le raisonnement des juges qui ont été déterminants dans la solution apportée aux différents conflits. Les méthodes utilisées par les juges ont donc une incidence indéniable sur la nature des décisions rendues et sur la protection des droits que les justiciables espèrent des tribunaux.

B – Les difficultés liées aux méthodes des juges

1005. La pratique judiciaire permet aux juges de ne pas être absolument liés par les règles de droit et les moyens de preuve apportés par les parties et d'user de leurs pouvoirs d'appréciation souveraine. Ce pouvoir a malheureusement ses limites (1) et peut ainsi constituer un risque majeur pour les justiciables, celui de l'insécurité judiciaire (2). Ces risques sont accentués par le constat que, plus que sur les règles de droit, c'est surtout sur des faits que portent les conflits relatifs aux droits de la famille. Par exemple pour des litiges de divorce, « L'appréciation...des faits reprochés, de leur gravité ainsi que leur caractère intolérable pour le maintien du lien conjugal relève du pouvoir souverain des juges du fond »¹¹⁰⁷.

1) Les limites de l'appréciation souveraine

1006. Le pouvoir d'appréciation souveraine¹¹⁰⁸ conféré aux juges du fond, traduit la liberté qui leur est reconnue dans la constatation et l'appréciation des faits litigieux. Ils ont donc le pouvoir d'interpréter et de qualifier les faits qui leur sont soumis. Mais ce pouvoir d'appréciation révèle ses limites en ce que l'on observe dans les décisions de justice, que très souvent, l'interprétation et la qualification des faits semblent beaucoup varier d'une juridiction à une autre, d'un juge à un autre.

1007. En matière de litiges de droit de la famille, ces variations s'observent surtout lors de l'appréciation et de la qualification des causes de divorce, des preuves qui y sont apportées ainsi que dans les procédures de garde des enfants consécutives au divorce. « Les ... décisions rendues en 1^{ère} instance et en appel expriment une dualité de conceptions d'une part dans

¹¹⁰⁷ LAGOUTTE (S.) (dir.), BENGALY (A.), YOURA (B.), FALL (P. T.) et ALEXIS (M.), Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes en Afrique de l'Ouest francophone, op.cit. p. 73

¹¹⁰⁸ Appréciation : ensemble des opérations intellectuelles consistant pour les juges du fond à appréhender les faits litigieux afin d'en constater l'existence et en peser la portée.

L'appréciation souveraine est plus largement celle qui échappe au contrôle d'un organe supérieur. Plus spécifiquement pour les juges du fond, l'appréciation souveraine des faits découle du pouvoir en vertu duquel leur appréciation des faits litigieux échappe au contrôle du juge de cassation. Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, 9^{ème} éd., V° Appréciation p. 76 et V° Souverain p.974-975.

l'appréciation des preuves d'un divorce, ...d'autre part dans la sociologie des relations parentales d'appréciation des intérêts de l'enfant »¹¹⁰⁹.

1008. En matière de garde d'enfant, les décisions rappellent qu'il est de règle que dans ce domaine, c'est l'intérêt majeur de l'enfant qui doit présider à l'attribution de la garde¹¹¹⁰ et que la garde est une question d'ordre public¹¹¹¹. Ce principe doit guider toutes les interventions en direction de l'enfant et s'appliquer à toutes les questions le concernant¹¹¹².

1009. Ces règles n'étaient toutefois pas absolues. L'on remarquait une différence de considération selon qu'il s'agit d'époux de statut traditionnel ou de statut moderne. Ce qui confirme qu'« un jugement de valeur est presque impossible, lorsque le droit dit moderne, rencontre la résistance des coutumes »¹¹¹³.

1010. Au regard du droit coutumier, le seul critère d'attribution était celui de la garde au père¹¹¹⁴. Les enfants n'étaient laissés à la mère qu'en raison de leur jeune âge pour les besoins de l'allaitement. Exceptionnellement, la garde était accordée en droit traditionnel à la mère si l'enfant était relativement jeune ou encore si la mère justifiait de ressources suffisantes.

1011. En droit moderne, le conjoint contre qui, des comportements fautifs étaient démontrés, avait souvent peu de chances d'obtenir la garde, et celui qui contestait la garde, devait rapporter la preuve d'un mauvais entretien ou d'un non épanouissement des enfants aux côtés du parent à qui la garde avait été confiée¹¹¹⁵.

1012. L'accent mis sur la nécessité de prendre en compte l'intérêt supérieur des enfants a quelque peu fait évoluer la jurisprudence. L'intérêt de l'enfant est déterminé suivant des critères moraux et matériels¹¹¹⁶. Selon le critère matériel, l'intérêt de l'enfant vise à le mettre à l'abri de ses besoins extérieurs, visibles et indispensables à la survie¹¹¹⁷. Le critère moral quant à lui, vise l'épanouissement de l'enfant et la réalisation des conditions d'ordre éducationnel, intellectuel et affectif. La mise en œuvre des critères relatifs à l'intérêt de

¹¹⁰⁹ Doudou NDOYE (Dir), *Droit africain de la famille*. Etudes doctrinales. Mélanges africains, op.cit. p. 132

¹¹¹⁰ C. A. de Cotonou, Arrêt N° 49/2000 du 8/9/2000. TRHCD, Jugement N° 1637 du 08-07-09. Voir aussi Art. 278 CSF et Art. 265 CBPF

¹¹¹¹ TRHCD, Jugement N° 304 du 12-02-2008

¹¹¹² Sabine MICHAUD, « Les conventions internationales en vigueur au Bénin », in Atelier de formation des magistrats et des avocats sur le rôle et les attributions du juge des enfants, Porto-Novo, 12 au 14 avril 2005, Rapport Général, p.5

¹¹¹³ Doudou NDOYE (Dir), *Droit africain de la famille*. Etudes doctrinales. Mélanges africains, op.cit. p. 133

¹¹¹⁴ Coutumier du Dahomey, Point 170 : « ...Les enfants restent au mari. La mère les garde s'ils sont trop jeunes jusqu'à l'âge de trois ou quatre ans... »

¹¹¹⁵ C.A. de Cotonou, Arrêt N° 103 du 14/12/2001

¹¹¹⁶ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.104

¹¹¹⁷ V. AKANKOSSY-DEGUENON, « De l'intérêt de l'enfant en droit positif béninois », RBSJA, n° spécial, 1990, p.27

l'enfant dépend des circonstances particulières de la cause. On a donc recours à l'appréciation in concreto¹¹¹⁸, qui rend compte de l'étendue des pouvoirs du juge. Ce dernier prend en considération toutes les données de fait de l'espèce, se rapportant aussi bien à l'enfant lui-même qu'à ceux qui l'entourent¹¹¹⁹.

1013. Le juge peut aussi recourir à l'enquête sociale¹¹²⁰ et à l'examen de personnalité¹¹²¹. Le juge a également la possibilité de recueillir l'opinion de l'enfant¹¹²². Même si on considère que l'enfant n'est pas en mesure d'émettre un jugement de valeur ou d'appréhender la portée de sa position, son droit à être entendu est fondé sur le fait que dès lors qu'il est en mesure de communiquer et d'exprimer son opinion, il doit être associé à la recherche de solution le concernant.

1014. Si dans la tradition, les enfants âgés de sept (7) ans révolus étaient systématiquement confiés à leur père, une jurisprudence constante s'est établie depuis, selon laquelle c'est l'intérêt présent et futur des enfants qui doit présider à l'attribution de la garde¹¹²³. Pour attribuer la garde, le juge tient compte des conditions matérielles, morales et psychosociologiques des parents et du plus grand intérêt des enfants. Les juges usent pour apprécier ces différents éléments, de leur pouvoir d'appréciation souveraine¹¹²⁴.

1015. La garde débouchant très souvent sur une situation conflictuelle, l'enfant devenant au moment de la séparation, un moyen pour chaque parent de se venger de son ex-conjoint¹¹²⁵, il appartient au juge d'attribuer la garde en tenant compte uniquement de l'intérêt de l'enfant¹¹²⁶. Cet exercice n'est évidemment pas aisé à réaliser, l'opinion ou plutôt l'intime

¹¹¹⁸ L'appréciation in concreto repose sur un raisonnement basé sur un individu singulier tandis que l'appréciation in abstracto repose sur la considération d'un type humain général. Voir Noël DEJEAN de la BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Paris, LGDJ, 1965, p.243

¹¹¹⁹ Eric MONTCHO-AGBASSA, *L'enfant et la famille*, in *La personne, la famille et le droit en République du Bénin*, op.cit., p.142

¹¹²⁰ L'enquête sociale permet de cerner la réalité sociale dans laquelle s'intègre la situation actuelle de l'enfant. Elle fournit une information au-delà de la présentation des faits par les parties. Voir Fortuné DAKO, « L'intérêt supérieur de l'enfant : mise en œuvre par le juge », in *Atelier de formation des magistrats et des avocats sur le rôle et attributions du juge des enfants*.3^{ème} communication, p.9

¹¹²¹ L'examen de personnalité permet tout en étudiant les conditions de vie de l'individu, d'étudier ses réactions personnelles et psychologiques. C'est une manière d'expliquer les comportements, du point de vue de la personne. Voir Fortuné DAKO, « L'intérêt supérieur de l'enfant : mise en œuvre par le juge », op. cit. p.9

¹¹²² Art 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant : « L'enfant a le droit d'être entendu dans toute procédure administrative ou judiciaire l'intéressant... ».

¹¹²³ C.A. de Cotonou, Arrêt N° 113/2001 du 28/12/2001. Au Sénégal, la jurisprudence dominante tend à confier les enfants de plus de 7 ans et plus généralement adolescents, à leur père pour une éducation rigoureuse et pour le confort matériel. Voir TRHCD, jugement n° 1002 du 12-05-2006 et n° 2190 du 13-11-2008. Les enfants sont souvent confiés à leur mère en raison de leur jeune âge. Voir TRHCD, jugement n° 484 du 14-03-2007 et n° 1416 du 04 -07-2006

¹¹²⁴ C.A. de Cotonou, Arrêt N° 2/2000 du 14/01/2000. TRHCD, jugement n°131 du 16-01-2007

¹¹²⁵ Voir Véronique AKANKOSSI-DEGUENON, « De l'intérêt de l'enfant en droit positif béninois », RBSJA, n° spécial, 1990, p.32

¹¹²⁶ Art. 265 CBPF

conviction du juge peut se révéler non conforme au droit ou à la réalité. Cette opinion peut également varier en fonction de la personnalité même du juge, ce qui fait que la stabilité que l'on est en droit d'attendre du pouvoir judiciaire n'est pas garantie.

1016. Ainsi, dans l'affaire précitée¹¹²⁷ où l'ordonnance de garde avait été rendue par un juge d'instruction, ce dernier avait confié l'enfant au père sur la base d'une enquête sociale jugeant que « la demeure de fortune de la mère n'est pas favorable à l'épanouissement et à l'éducation des enfants ». En appel, la mère affirmait que le domicile du père était un danger pour l'enfant en raison de la présence de sa marâtre et souhaitait que l'enfant lui soit confié. Le juge d'appel a rendu une décision favorable à la mère mais en se fondant sur l'incompétence du juge ayant rendu l'ordonnance qui confiait la garde au père. Le premier juge bien qu'incompétent avait fondé sa décision sur la précarité de la situation de la mère alors que le deuxième, sur le danger à confier un enfant à une belle-mère plutôt qu'à sa mère.

1017. Dans une autre affaire¹¹²⁸, la garde avait été provisoirement accordée à la mère. Le père a relevé appel. L'enfant mineur (élève en 6^{ème}) ayant été entendue, avait souhaité vivre avec son père, affirmant ne pas être habituée à sa mère. Cette dernière avait également consenti à laisser la garde de la fille au père nonobstant les termes de l'ordonnance. En conséquence, l'ordonnance de non conciliation avait été infirmée et la garde provisoire confiée au père. Dans ce cas-ci, l'on pourrait dire qu'une situation de fait a prévalu sur une situation de droit puisque la décision de la première ordonnance n'avait jamais été appliquée. Le juge a usé de la possibilité reconnue aux enfants d'être entendus dans une procédure les concernant pour ne pas laisser le droit se déconnecter de la réalité.

1018. La même tendance du juge à déterminer l'intérêt des enfants par rapport aux conditions matérielles, morales et psychologiques offertes par le parent demandeur et à user de son pouvoir d'appréciation souveraine, s'observe aussi en droit sénégalais. Dans une affaire de garde rendue par leurs tribunaux, les premiers juges pour accorder la garde des enfants garçons à leur père, s'étaient fondés sur le fait qu'étant « adolescents, leur âge nécessitait qu'ils soient soumis à une autorité ferme et rigoureuse que le père est à même d'exercer ». Les juges d'appel pour infirmer cette décision ont relevé que s'il s'agissait d'une jurisprudence dominante (le fait de confier des enfants garçons à leur père), « il fallait tenir compte de la situation spécifique des enfants, à savoir leur volonté univoque de demeurer

¹¹²⁷ C. A. de Cotonou, Arrêt n°50/2005 du 24/03/2005

¹¹²⁸ C.A. de Cotonou, Arrêt N° 28/EP/09 du 14/04/2009

avec leur mère qu'ils n'avaient du reste pas quitté, nonobstant la décision les confiant à leur père »¹¹²⁹.

1019. L'appréciation souveraine des juges se remarque aussi dans la qualification des faits invoqués comme cause de divorce. Il faut rappeler que la nature du divorce, prononcé aux torts exclusifs ou aux torts partagés conditionne le versement de dommages-intérêts à l'autre époux d'où l'insistance des uns à voir le divorce prononcé exclusivement aux torts des autres. A l'inverse, la tendance des juges, face d'une part, à la difficulté de qualifier objectivement les faits et d'autre part, à la difficulté à admettre les preuves, est de prononcer simplement le divorce aux torts partagés des époux.

1020. C'est ainsi que le tribunal régional hors classe de Dakar, statuant comme juridiction d'appel en droit de la famille, a, dans une affaire, où le divorce avait été prononcé pour incompatibilité d'humeur aux torts et griefs exclusifs du mari, requalifié les faits et prononcé le divorce pour incompatibilité d'humeur aux torts partagés des époux¹¹³⁰. Les juges d'appel ont estimé que les preuves apportées par chaque époux contre l'autre et résultant de lettre plainte adressée respectivement par chacun d'eux au parquet, ne permettaient pas d'établir à suffisance l'existence des griefs invoqués mais plutôt une incompatibilité d'humeur manifeste.

1021. Dans une autre affaire¹¹³¹, les premiers juges ont considéré comme un acte de répudiation, le fait pour un mari d'adresser une lettre à son beau-père lui signifiant qu'il lui confiait son épouse pour une durée d'un mois en soutenant que cet éloignement leur serait salutaire. Les juges d'appel ont quant à eux, estimé que ces faits ne constituaient pas un acte de répudiation, défini comme un acte consistant à renvoyer son épouse de chez soi mais sans son accord et sans contrôle judiciaire. Ils y ont plutôt vu une violation du devoir de cohabitation tiré de l'article 149 du code sénégalais de la famille, et ont estimé que cet acte pouvait s'analyser en injures graves.

1022. Par contre, dans une autre affaire où l'époux avait demandé à son épouse de rejoindre le domicile de ses propres parents, alors que tous les deux (2) vivaient précédemment dans la maison des parents de l'époux, le tribunal a estimé qu'un tel ordre même simple devait s'analyser comme une répudiation compte tenu de ses effets¹¹³².

1023. L'appréciation souveraine marque aussi ses limites dans l'admission ou non des preuves apportées pour étayer les causes de demandes de divorce. Alors qu'en droit

¹¹²⁹ TRHCD, Jugement N° 1002 du 12/05/2006

¹¹³⁰ TRHCD, Jugement N°1637 du 08-07-09

¹¹³¹ TRHCD, Jugement N° 1628 du 08-07-09

¹¹³² TRHCD, Jugement N° 1245 du 04/07/2007

traditionnel, le témoignage constitue le fondement juridique de toute décision judiciaire¹¹³³, en droit moderne, les juges ont plus tendance à rechercher des preuves écrites. Ces dernières sont en général plus difficiles à obtenir. Ainsi, le type de preuve apporté influence l'empressement ou non du juge à faire droit à la demande des parties.

1024. Après avoir allégué que son époux rejetait les ordonnances qu'elle lui tendait, qu'il lui portait des coups, que ses maîtresses lui proféraient des injures par téléphone et que ce dernier avait des enfants d'autres lits, une plaignante avait eu la surprise de voir le divorce prononcé pour incompatibilité d'humeur aux torts de son époux. Elle avait fait appel demandant que le divorce soit prononcé pour injures graves et répétées, mauvais traitements, excès et sévices. Aucun de ces éléments ne fut retenu en appel, les juges estimant qu'aucune preuve n'était apportée à l'appui de ses prétentions¹¹³⁴. Il faut avouer que de tels faits ne sont pas aisés à prouver. Comment en effet prouver que votre mari ne pourvoit pas à vos soins, ou comment se procurer l'acte de naissance des enfants adultérins de son conjoint ? De tels faits difficiles à prouver, influent par conséquent sur une bonne application du droit. Les seuls faits que la plaignante avait réussi à prouver, étaient des coups et blessures que son mari lui auraient portés et qui étaient attestés par un certificat médical. Mais les juges avaient également rejeté ce dernier, au motif que les faits dataient de plus de trois (3) ans et que la dame n'étant pas à l'origine de la demande de divorce, ceux-ci ne pouvaient être pris en compte.

1025. Dans une affaire où la femme avait demandé et obtenu le divorce auprès du tribunal départemental, le mari pour demander l'infirmité de ce jugement, a allégué que les faits qui lui étaient reprochés, dataient de 2001 et que ces faits ne se seraient pas réitérés. Le tribunal régional, statuant en appel, a quand même confirmé le jugement en retenant que le fait pour le mari de reconnaître que les blessures constatées ont pour origine la dispute, constitue des excès, sévices et injures graves rendant l'existence en commun impossible¹¹³⁵. On est donc loin de l'utilisation faite de la preuve des violences conjugales dans l'affaire précédente.

1026. Dans une autre affaire, le divorce avait été prononcé pour violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage, aux torts exclusifs du mari. Les juges avaient pris motif de ce que les faits d'alcoolisme, d'agressivité et de rentrée à des heures tardives, évoqués par la femme contre le mari, n'étaient pas sérieusement contestés de ce dernier. Les juges d'appel¹¹³⁶ ont réformé ce jugement car selon eux, seules les rentrées à des heures tardives sont dûment constatées par des actes d'huissier alors que les autres faits ne

¹¹³³ C.A. de Cotonou, Arrêt N° 24/2001 du 26/03/2001

¹¹³⁴ TRHCD, Jugement N° 11 du 02/01/2008

¹¹³⁵ TRHCD, Jugement N° 936 du 08/05/2008

¹¹³⁶ TRHCD, Jugement N° 497 du 07/03/2006

sont établis unilatéralement que par les témoignages d'amis personnels de l'épouse. Par contre, ils se sont fondés sur la quittance de loyer et le reçu de chèque établis respectivement par le bailleur et l'établissement scolaire de l'enfant du couple, pour conclure que l'époux n'entretenait pas sa famille. Le divorce a été, en conséquence, prononcé aux torts exclusifs du mari mais cette fois-ci pour défaut d'entretien.

1027. Les juges ont ignoré la preuve par aveu du mari et par témoignage de la femme, pour ne retenir que la preuve par écrit résultant des reçus et quittances. Cela laisse à penser qu'en l'absence de ces documents, l'épouse aurait eu du mal à faire confirmer la première décision, les juges d'appel n'ayant pas retenu les motifs évoqués. Or pour ces types de faits, le seul qui pouvait raisonnablement faire l'objet de preuve incontestable l'a été. S'il est relativement facile de démontrer par voie d'huissier que son époux rentre à des heures indues, il est incontestablement plus difficile de démontrer par la même voie, l'état d'ivresse ou les scènes de violences et d'agressivité consécutives à cet état, surtout si ces violences ne sont pas physiques. De plus, humainement et psychologiquement, l'invitation d'un tiers étranger (à savoir l'huissier) à ces scènes, pour en faire le constat, peut se révéler humiliant aussi bien pour l'un et l'autre des époux. Sans compter qu'il est pratiquement impossible de prévoir quel jour son époux décidera de s'enivrer et d'avertir par avance l'huissier qui devra constater l'état d'ivresse pour en faire une preuve irréfutable devant la cour.

1028. Le pouvoir d'appréciation des juges ne peut être contesté ou totalement remis en cause. Il permet à n'en point douter, de maintenir un certain équilibre entre la rigueur des textes émanant de l'ordre juridique et la fluctuation des faits émanant du milieu social. Au travers des exemples précités, ce pouvoir en ce qu'il varie suivant les opinions et convictions du juge entame la relative stabilité que l'on est droit d'attendre des règles de droit, pour certaines décisions ou pour la qualification de certains faits. Mais il faut reconnaître à la décharge des juges « ...qu'on ne résout pas un litige d'ordre familial en appliquant abstraitement une règle juridique à une situation de fait comme cela se fait dans les autres branches du droit civil. Le juge aux affaires matrimoniales est obligé d'avoir recours, beaucoup plus que d'autres, à toutes les sciences sociales pour pouvoir analyser convenablement le cas qui lui est soumis et le résoudre de la meilleure manière qui soit »¹¹³⁷.

¹¹³⁷ Doudou NDOYE (Dir), *Droit africain de la famille*. Etudes doctrinales. Mélanges africains, op.cit. p. 45

2) Le risque d'insécurité judiciaire

1029. Le pouvoir d'appréciation souveraine dont usent les juges dans les décisions qu'ils rendent, entraînent des variations du sens de ces décisions. Ces variations sont dues aux divergences dans les interprétations des faits par les juges des différents degrés de juridiction. Elles ne sont pas sans incidence pour les justiciables. Elles sont pour eux, une source d'incertitude quant au sort que les juges donneront à leurs prétentions. Les pouvoirs dont usent les juges et la nature des affaires familiales dont ils doivent connaître sont un facteur d'insécurité judiciaire. Lorsqu'en effet, l'interprétation du droit est trop fluctuante, plus aucune certitude ne découle de son application et l'insécurité en devient alors un effet. Pour comprendre l'insécurité judiciaire, il faut partir de la définition de la sécurité juridique et de la sécurité judiciaire dont l'insécurité judiciaire est l'effet contraire.
1030. La sécurité juridique se définit comme « toute garantie, tout système juridique de protection tendant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins à réduire l'incertitude de la réalisation du droit »¹¹³⁸. La sécurité juridique vise à « assurer la stabilité des situations juridiques, c'est-à-dire la permanence au moins relative de celles-ci dans le temps »¹¹³⁹. L'insécurité juridique a souvent pour origine la vétusté des textes, les contradictions entre les différents textes et la difficulté pour les justiciables de connaître les textes juridiques applicables.
1031. La sécurité judiciaire peut se définir comme la prévisibilité des décisions des tribunaux par rapport aux lois en vigueur. Elle suppose donc en amont que les textes soient suffisamment clairs pour pouvoir être appliqués de façon prévisible. Au regard de cette définition, l'on peut considérer que l'insécurité judiciaire découle de la dégradation de la façon dont est rendue la justice. Elle se manifeste par la lenteur des procédures, l'imprévisibilité des tribunaux dans leurs décisions ou encore la difficulté d'exécution des décisions. L'insécurité judiciaire caractérise les systèmes juridiques dont les manifestations ou plus exactement les décisions sur un même point de droit sont fluctuantes. Elle est l'absence de prévisibilité des décisions judiciaires par rapport aux lois du pays.
1032. La nature des faits soumis aux juges dans les contentieux familiaux et la liberté d'interprétation de ces faits par les juges sont des éléments d'incertitude et donc des obstacles raisonnables à la sécurité judiciaire. Les témoignages ou les pièces apportées en guise de

¹¹³⁸ G. CORNU, (Dir.), *Vocabulaire Juridique*, Paris, PUF, 7^{ème} éd. 2005, p.801

¹¹³⁹ CJCE, 3 mai 1978, aff. C-112/77, Töpfer c/ Commission, point 19 de l'arrêt, Rec. p.1019

CEDH, 13 juin 1979, requête n°6833/74, Marckx c/ Belgique, point 58 de l'arrêt, AFDI, 1980, p.317, obs. R. Pelloux

preuve peuvent modifier les certitudes les mieux établies. L'interprétation des faits ou même des règles de droit par les juges peut entraîner des solutions qui n'assurent pas la prévisibilité.

1033. Les méthodes d'interprétation par les juges peuvent ainsi conduire à ne pas appliquer le droit. Le constat est fait qu'« au cours des procédures, les praticiens de la justice interviennent (parfois) dans un sens qui n'est pas conforme à la norme juridique »¹¹⁴⁰, les magistrats ne se privant pas d'interpréter à leur guise la loi ou la coutume. Il n'est pas rare, en matière civile, de tourner les réglementations pour avantager un héritier ou un conjoint¹¹⁴¹.

1034. A la décharge des juges, l'on pourrait admettre que très souvent, « les faits donnant lieu au litige peuvent être complexes et offrir une combinaison non prévue par la loi »¹¹⁴², ce qui rend difficile leur interprétation ou leur qualification au regard du droit.

1035. De même, dans les conflits où apparaît un doute sur l'application de règles traditionnelles coutumières ou de règles écrites modernes, la situation de la personne relève presque de l'incertitude juridique. La complexité liée au dualisme entraîne donc également un arbitraire juridique.

1036. La nécessité d'une hiérarchie claire entre ces différentes normes de même que l'organisation de procédures visant le contrôle de l'action des juges peut être la solution pour l'amélioration de la protection ordinaire des droits civils.

1037. La protection de droit commun des droits civils pourrait donner l'impression qu'en dehors des obligations qui sont imposées aux individus, de la possibilité pour eux de saisir les tribunaux civils pour élever leur contestation, il n'existe plus d'autres systèmes de protection des droits civils.

1038. Or, la revendication et l'exercice des droits civils peuvent découler d'un litige entre les Etats et les individus ou d'exigences imposées aux Etats concernant la législation civile en vigueur. Cet aspect de la protection permet de se pencher sur le rôle de l'Etat dans la formulation de la règle de droit et dans la garantie des droits civils.

¹¹⁴⁰ B. GARNOT, (Dir.), *Normes juridiques et pratiques judiciaires*, op.cit., p.443

¹¹⁴¹ B. GARNOT, (Dir.), *Normes juridiques et pratiques judiciaires*, op.cit., p.444

¹¹⁴² F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op.cit., p.237

Conclusion du Titre I

1039. L'effectivité des droits ne s'arrête pas à leur énumération. Les énoncés ne rendent pas compte de l'application et des difficultés qui peuvent subvenir. Ce sont les atteintes au droit et les réactions face à ces atteintes qui permettent de tester l'effectivité ou l'ineffectivité des droits. La protection juridique est donc la deuxième condition essentielle nécessaire à l'effectivité.
1040. La protection de droit commun est assurée par les organes judiciaires. Pour les droits de la personnalité, l'on a recours aux règles générales basées sur la revendication des droits par le titulaire ou la sanction de l'auteur de la violation. La revendication est assurée par l'action en justice, érigée en droit, tandis que la sanction peut être civile (obligation de réparer) ou pénale (condamnation à une peine d'amende ou de prison). Malgré ces mesures, la nature des droits de la personnalité (complexité de la définition et caractère moral du préjudice qu'ils engendrent) ont conduit à une sorte d'autonomisation (du moins pour le droit à la vie privée) des règles, qui veut désormais que la seule constatation de l'atteinte à ce droit ouvre droit à réparation. Il serait souhaitable d'étendre cette autonomisation à l'ensemble des droits de la personnalité pour mieux assurer leur protection. Les mesures de protection de caractère général, ne conviennent pas toujours à la protection des droits de la personnalité qui regorgent de particularités. Par exemple, le devoir de prendre en compte l'intérêt d'autrui n'est pas précis et l'auteur de la violation peut invoquer son propre droit ou sa propre liberté pour justifier la violation.
1041. La réglementation particulière des droits familiaux renforce la protection de ces derniers au détriment des droits de la personnalité. Cette protection tient compte de l'état et du statut de la personne. Les actions visant la protection et l'exercice des droits familiaux sont strictement encadrées de même que les personnes pouvant les exercer et les conditions de leur exercice. La violation de certains droits familiaux entraîne des sanctions pénales ou civiles. Il s'agit alors de sanctions spéciales qui peuvent frapper l'époux ou le fiancé ou le père. Là encore, la qualité de l'auteur joue un rôle déterminant dans la qualification et la sanction des faits.
1042. L'analyse des décisions qui émanent de la justice en matière de droit de la famille, permet de se rendre compte qu'il existe quelques limites à l'exercice des actions relatives au droit de la famille. Elles tiennent d'abord à la particularité de la famille qui est parfois perçue comme incompatible avec le droit. Les faits de famille se déroulent souvent entre les murs

alors que le droit est plus à l'aise pour saisir ce qui est public¹¹⁴³. Ainsi l'exigence de preuve en matière de droit, rejette hors de celui-ci, tout ce qui ne peut être prouvé. Dans le cas des violences conjugales par exemple, la question de la preuve reste un obstacle objectif surtout si les violences ne sont pas physiques. De la même façon, l'aménagement de la preuve pour certaines actions en droit de la famille est très encadré. Par exemple, en cas de désaveu de paternité, les faits à prouver sont précisément énumérés.

1043. Les victimes décidées à agir en justice doivent encore se confronter à la pression sociale et familiale, ce qui explique la faiblesse des recours en justice. Le poids des coutumes rend également difficile, tout recours à la justice étatique.

1044. Au regard même de la procédure judiciaire en matière de droit de la famille, certains faits limitent l'effectivité des droits à travers les décisions rendues. Le dualisme juridique constitue une source de complication pour l'application des règles à cause des différences entre les corps de règles et de la difficulté à déterminer la règle applicable. Le dualisme a tendance à favoriser la discrimination entre les habitants des villes et ceux des campagnes, les uns étant portés vers la règle de droit moderne et les autres vers les droits traditionnels. La dualité comprend également les germes de la discrimination homme-femme et est donc obstacle à l'égalité, les femmes étant les principales victimes des règles traditionnelles.

1045. Le pouvoir d'appréciation souveraine dont usent les juges peut être contestable car il varie souvent d'un juge à un autre et influence la qualification des faits. Ce pouvoir entame la relative stabilité que l'on est en droit d'attendre des règles de droit pour certaines décisions et pour la qualification de certains faits. Les divergences dans les interprétations des faits par les juges des différents degrés de juridiction sont source d'incertitude et d'insécurité judiciaire pour les justiciables car lorsque l'interprétation du droit est trop fluctuante, plus aucune certitude ne découle de son application et l'insécurité en devient alors un effet.

¹¹⁴³ J. CARBONNIER, « Famille, législation et quelques autres », Mélanges offerts à René Savatier, Paris, Dalloz, 1965, p.135 et s.

Titre II : La protection spécifique des droits civils

1046. La jouissance des droits des personnes dépend de la création d'institutions investies des pouvoirs nécessaires pour assurer leur garantie. Les conditions d'une meilleure effectivité sont réalisées par la mise en place d'actions à exercer par le titulaire du droit et d'actions de protection à la charge de la puissance publique.
1047. Les garanties ordinaires abordées dans le titre précédent, relèvent le plus souvent de la compétence du juge judiciaire. Les garanties extraordinaires sont le fait du juge constitutionnel ou des institutions supranationales. Les droits civils ont, leur source dans la loi, mais également dans la constitution et les textes internationaux, « soit qu'ils soient directement consacrés par la Constitution, soit que cette constitutionnalisation procède de leur insertion dans des documents internationaux »¹¹⁴⁴.
1048. Certains droits de la personne peuvent être simplement énoncés en tant que tels, tandis que d'autres obligent l'Etat à des mesures spécifiques de protection. Ces mesures peuvent être législatives ou judiciaires.
1049. La violation d'un droit peut donc être également l'absence des mesures de protection destinées à lui donner effet. En l'absence de législation protectrice, il s'agit de la part du législateur, d'un manquement à son devoir de concrétisation du droit. Ce manquement pourra être constaté par une action en responsabilité pour inaction du législateur. S'il s'agit à l'évidence d'une action quasi-impossible à mener devant un juge, elle permet de mettre l'accent sur la responsabilité de l'Etat c'est-à-dire sur la possibilité d'obliger l'Etat à prendre des mesures de protection ou à respecter ses obligations. La mise en œuvre de cette responsabilité de l'Etat ne peut venir que d'organes supérieurs ou équivalents à l'autorité de l'Etat.
1050. L'effectivité des droits civils est donc aussi tributaire de la volonté politique et de l'action de l'Etat. C'est pourquoi pour sa réalisation, la protection constitutionnelle et la protection par les institutions internationales peuvent s'avérer utiles.
1051. L'impact constitutionnel sur les droits civils s'explique également par leur rapport avec les droits fondamentaux. Les droits civils gravitent désormais autour des droits fondamentaux et ces derniers qui ont aussi une dimension internationale, favorisent une « relecture prospective de tout notre droit »¹¹⁴⁵. En raison de la référence à la constitution et aux textes internationaux dans la reconnaissance des droits civils, il convient de rechercher la

¹¹⁴⁴ Edith DELEURY, Les droits de la personnalité, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Colloque International, op.cit. p.201

¹¹⁴⁵ P.-Y. GAUTIER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », D., 2003, chron. p. 2842

pertinence des systèmes mis en place pour passer de la simple déclamation à la mise en œuvre effective.

1052. Les instances extraordinaires ou supérieures de protection des droits civils et familiaux ont un caractère exceptionnel car il faut bien souvent plus qu'un simple constat de violation pour les invoquer. Le présent titre portera d'une part, sur les conditions et les effets du recours constitutionnel en matière de droits civils (Chapitre I), et d'autre part, sur la protection internationale des droits civils et familiaux (Chapitre II).

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Chapitre 1 : Le recours constitutionnel en matière de droits civils

1053. Le droit (ensemble de règles) a pour fonction (entre autres) de traduire en normes juridiques, les aspirations de la société et c'est également au premier chef, la fonction de la constitution¹¹⁴⁶. Cette dernière peut en effet être présentée comme le réceptacle des valeurs fondamentales de la société. Les droits civils des personnes qui sont fondés sur ces valeurs, peuvent donc logiquement être rapprochés des constitutions. PORTALIS définissait d'ailleurs le code civil comme « un corps de règles destinées à diriger et à fixer les relations de sociabilité, de famille et d'intérêt qu'ont entre eux les hommes qui appartiennent à la même société »¹¹⁴⁷. Cette appartenance est aussi le propre de la constitution qui récapitule l'ensemble des idées autour desquelles se fonde la société. L'idée d'appartenance à une même société explique d'ailleurs cette règle particulière du droit civil qui permet aux étrangers vivant sur un territoire de se voir appliquer leur propre loi pour ce qui concerne leur statut personnel.
1054. Si donc les valeurs essentielles véhiculées par les lois civiles sont également consacrées dans les constitutions, celles-ci leur servent de garantie. Elles servent de gardien aux idées de liberté, d'égalité et de laïcité qui sont également à l'origine des innovations des droits des personnes en général et des droits de la famille en particulier. Les lois civiles et les constitutions se rejoignent dans l'affirmation du respect de la dignité et du corps de la personne humaine. Il serait donc intéressant d'analyser la protection que les deuxièmes apportent aux premières, surtout si l'on sait que les restrictions à ces principes doivent répondre à des impératifs d'intérêt général ou d'ordre public.
1055. Il paraît important de se demander si la protection constitutionnelle des droits civils est effective ou simplement programmatoire. L'effectivité dépend essentiellement de l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois, des actes de l'exécutif et des décisions judiciaires¹¹⁴⁸ car ce contrôle permet la conformité des règles de droit civil aux principes et valeurs constitutionnels. « Le droit constitutionnel est "le droit des droits". C'est lui qui les légitime et en définit les principes »¹¹⁴⁹.
1056. Dans ce chapitre, les fondements du contrôle constitutionnel (Section I) sur les lois en général et sur les lois civiles en particulier, seront abordées pour déboucher sur les différentes

¹¹⁴⁶ Jacques BOUINEAU et Jérôme ROUX, *200 ans de code civil*, ADPF, Paris, septembre 2004, p.161

¹¹⁴⁷ PORTALIS, Discours préliminaire, cité par Jacques BOUINEAU et Jérôme ROUX, *200 ans de code civil*, op.cit. p.162

¹¹⁴⁸ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale », op.cit., p.177

¹¹⁴⁹ Gérard CONAC, *Le juge et la Construction de l'Etat de droit en Afrique francophone*, R.F.D.A., 1996. p.107

formes de ce contrôle et leurs incidences sur la protection des droits civils des personnes et de la famille (Section II).

Section I : Les fondements du contrôle constitutionnel

1057. L'essence de la démocratie réside dans la relation entre l'Etat et le peuple¹¹⁵⁰, et dans la possibilité de contrôle que le peuple peut exercer sur l'Etat. Dans les rapports de droit entre pouvoir et population, l'on s'attelle au critère essentiel du respect du processus d'élaboration et du contenu de la règle de droit qui doit être l'émanation de la volonté du peuple, volonté de la majorité à défaut de volonté unanime.
1058. Les processus en vue du respect des règles de droit participent indirectement à la mise en œuvre des droits des personnes puisque ceux-ci ne sont reconnus qu'à travers les règles de droit¹¹⁵¹. Le respect du processus d'élaboration des règles de droit est assuré par le contrôle de constitutionnalité des lois. Ce contrôle peut donc être considéré comme un moyen de protection des droits civils des personnes.
1059. La plupart des principes qui fondent le contrôle constitutionnel des lois, ont été tirés de la Constitution française de 1946 et adaptés en fonction des régimes politiques des différents pays. Ces principes peuvent être regroupés en deux catégories, ceux qui fondent le contrôle constitutionnel de la règle de droit au sens général du terme (Paragraphe 1) et ceux qui fondent le contrôle de la conformité des lois aux droits et libertés accordés aux personnes (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les fondements du contrôle constitutionnel au regard de la règle de droit

1060. Dans les différentes tentatives de définition de l'effectivité¹¹⁵², était évoquée la possible confusion de l'effectivité de la règle de droit avec la réalisation des principes de justice sociale et de liberté. La réalisation de ces principes constitue également un objectif de la démocratie. Elle est confiée dans les systèmes démocratiques aux organes constitutionnels qui par leur action sur les règles de droit, assurent d'une part le respect de celles-ci et d'autre part le respect d'une certaine hiérarchie entre les différentes règles. C'est en cela que leur réussite est considérée comme un critère essentiel de l'Etat de droit.

¹¹⁵⁰ E. CHOLE et J. IBRAHIM (dir.), *Processus de démocratisation en Afrique. Problèmes et Perspectives*. op.cit. Introduction, p.V

¹¹⁵¹ Voir Ière Partie, Chapitre I, section II. Le rôle de la règle de droit

¹¹⁵² Voir Introduction Générale

1061. L'Etat de droit (A) est en effet, celui dans lequel est assuré le respect de la règle de droit. Il constitue avec le principe de la hiérarchie des normes (B), les fondements du contrôle des organes constitutionnels sur la règle de droit.

A – L'Etat de droit

1062. La règle de droit doit être le rempart des libertés contre le pouvoir et la garantie des droits des personnes. Dans cette perspective, les conditions de réalisation de cet objectif se résument dans la notion d'Etat de droit¹¹⁵³.

1063. C'est l'Etat de droit qui pose les conditions juridiques d'existence de la règle de droit et par conséquent de l'existence au plan formel des droits. L'Etat de droit, c'est en quelque sorte, le recours à la règle de droit pour garantir les droits et libertés des personnes.

1064. L'étude de la notion se fera à travers sa définition (1) et la condition essentielle de sa réalisation qui est le principe de la légalité (2).

1) La définition de l'Etat de droit

1065. L'Etat de droit se définit comme un « Etat dans lequel une constitution et une législation élaborées, assorties d'une séparation rigoureuse des pouvoirs, exécutif, législatif et judiciaire, assurent un fonctionnement légaliste des institutions et mettent le citoyen à l'abri de toute forme d'arbitraire émanant du pouvoir exécutif »¹¹⁵⁴. Il s'oppose à « l'Etat de police dans lequel les lois, si elles existent, ne sont pas appliquées et où le détenteur du pouvoir exécutif décide de tout »¹¹⁵⁵.

1066. La caractéristique principale de l'Etat de droit, c'est donc la séparation entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Chaque organe doit jouer un rôle spécifique. L'exécutif gouverne et assure l'exécution des lois. Le législatif légifère c'est-à-dire vote les lois et le pouvoir judiciaire est chargé de juger et de faire appliquer les lois aux litiges.

1067. Cette séparation des pouvoirs vise essentiellement à garantir les libertés individuelles contre un pouvoir totalitaire. « Dans l'État de droit, le pouvoir est doublement limité : encadré par des procédures qui visent à faire respecter la hiérarchie des normes ; borné par l'obligation de respecter les droits de l'homme convertis en droits subjectifs »¹¹⁵⁶.

¹¹⁵³ Danièle LOCHAK, *Les droits de l'homme : ambivalences et tensions*. Revue internationale de psychosociologie, op.cit. p.10

¹¹⁵⁴ Mokhtar LAKEHAL (Dir.), *Dictionnaire de culture générale* éd. Vuibert Paris 2003, p.329. Vr. Etat

¹¹⁵⁵ Mokhtar LAKEHAL (Dir.), *Dictionnaire de culture générale* éd. Vuibert Paris 2003, p.329. Vr. Etat

¹¹⁵⁶ Danièle LOCHAK, *Les droits de l'homme : ambivalences et tensions*. Revue internationale de psychosociologie, op.cit. p.10

1068. La protection de la liberté nécessite un frein contre les abus émanant du pouvoir ou des individus et une application correcte des lois en vue de résoudre les litiges. L'Etat de droit postule la primauté du droit et la nécessité absolue de promouvoir et de protéger les droits de l'homme. Dans un Etat de droit, l'on doit en effet assurer le respect des droits des individus aussi bien leur reconnaissance que leur application.

2) La réalisation de l'Etat de droit par le principe de la légalité¹¹⁵⁷

1069. Le respect de l'Etat de droit est assuré grâce au principe de la légalité. Si au plan politique, l'Etat de droit évoque la séparation des pouvoirs, et la garantie des droits et des libertés des personnes, au plan normatif, il évoque le respect de la loi au sens large, par toutes les composantes de l'Etat, administration comme administrés.

1070. Le principe de la légalité constitue l'une des exigences de l'Etat de droit et suppose d'une part le respect du contenu de la règle de droit (a) et d'autre part, le respect du processus d'élaboration de la règle de droit (b).

a – La légalité, respect du contenu de la règle de droit

1071. Le principe de la légalité est un principe fondamental de la démocratie qui impose aussi bien pour l'administration que pour les particuliers, le respect de la règle de droit. Il impose une soumission à la loi au sens large c'est-à-dire l'ensemble des règles édictées par l'autorité publique et dont l'inobservation entraîne une sanction.

1072. Le principe est susceptible de deux acceptions. D'abord, il désigne ce qui est établi par la loi (notamment les délits et les peines, les restrictions à la liberté). Il désigne ensuite ce qui est conforme à la loi. Ce deuxième sens renvoie à l'exigence de conformité au droit. La légalité ne vise pas seulement l'ensemble des lois mais aussi les engagements internationaux qui s'imposent aux Etats, les principes généraux de droit.

¹¹⁵⁷ Le principe de légalité s'entend de deux (2) sens

- ce qui doit être établi par la loi (ex : détermination des crimes et délits et des peines qui leur sont applicables)
- caractère de ce qui est conforme à la loi (ce principe est une exigence de conformité au droit de tout acte administratif).

« La légalité ne désigne pas seulement l'ensemble des lois mais aussi les engagements internationaux qui s'imposent aux lois et les principes généraux du droit... »

« De ce qu'il s'agit d'obtenir le respect du droit et pas seulement de la loi au sens strict, des auteurs tirent argument pour remplacer l'expression principe de légalité par principe de juridicité, principe qui englobe alors le principe de constitutionnalité ». Définition empruntée à Michel de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd. op.cit. Vr Légalité, p.128.

La légalité doit être entendue ici comme conformité à la loi, plus largement au droit écrit, parfois même au droit positif dans son ensemble. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd. op.cit. Vr Légalité, p.596

1073. Le principe de la légalité ne se rattache pas seulement aux actes administratifs. Il concerne en réalité, la conformité à la loi de tout acte émanant aussi bien d'un individu que d'une personne investie d'une autorité publique. La légalité est donc conformité aux lois en vigueur, au droit positif¹¹⁵⁸.
1074. Le principe de la légalité confère à la loi une force obligatoire. Celle-ci permet théoriquement de pouvoir faire appliquer la loi notamment par la contrainte.
1075. Mais en réalité, l'utilisation de la contrainte en vue du respect de la légalité dépend de la nature même des lois. S'il s'agit de lois supplétives, les particuliers peuvent en écarter l'application.
1076. Les lois dispositives sont celles qui, à défaut de l'exercice par les particuliers de la liberté de choix qui leur est offerte, s'imposent à leur volonté. Ainsi, les futurs époux qui ne concluent pas de contrat de mariage devant notaire avant de se marier (liberté offerte) se verront soumis à un régime matrimonial légal (loi dispositive). Tel sera également le cas de personnes qui n'ont pas rédigé de testament ou dont le testament est nul.
1077. Enfin, les lois impératives s'imposent en toute circonstance et leur application ne peut être écartée. Tel est le cas des normes réglementant certaines institutions comme le mariage. Ces règles manifestent la supériorité de l'intérêt général sur l'intérêt particulier mais elles peuvent faire objet de dispenses ou de dérogations. (Exemple de dispense d'âge accordé par le Président du tribunal en vue d'un mariage).
1078. La légalité s'entend non seulement du respect du contenu de la règle de droit mais également du respect de ses conditions d'élaboration.

b – La légalité, respect du processus d'élaboration de la règle de droit

1079. L'attribution des compétences des différents pouvoirs se fait conformément aux exigences de l'Etat de droit. Ainsi, le vote des lois relatives aux droits civils et à l'état des personnes relève de la compétence du législateur. Cette compétence est définie par la constitution. Les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales, la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions qui relèvent tous des droits civils des personnes sont déterminées par le Parlement¹¹⁵⁹. L'initiative des lois appartient concurremment au Président de la République et aux députés¹¹⁶⁰. Au

¹¹⁵⁸ Le droit positif ou bloc de légalité désigne l'ensemble des textes législatifs ou réglementaires en vigueur dans un pays à un moment donné.

¹¹⁵⁹ V. Art. 67 de la Const. sénégalaise. Art. 98 de la Const. béninoise

¹¹⁶⁰ V. Art. 57 de la Const. bén.

Sénégal, elle appartient au Président de la République, au Premier Ministre, et aux députés¹¹⁶¹.

1080. Une fois la loi votée, elle doit être soumise à deux procédures pour acquérir sa force obligatoire. Il s'agit de la promulgation et de la publication. La promulgation est une opération juridique par laquelle le Chef de l'Etat constate qu'une loi a été définitivement votée et ordonne que cette loi soit exécutée. Quant à la publication, elle a pour objet de porter le texte voté à la connaissance du public.
1081. C'est la Constitution qui détermine le processus d'élaboration des lois, la compétence des différents pouvoirs et ce sont les organes constitutionnels qui veillent au respect de ce processus.
1082. L'Etat étant le maître du droit tant dans sa production que dans sa sanction, la notion d'Etat de droit vise la soumission de l'Etat à la règle de droit qu'il a lui-même édictée, donc à son respect. Cette idée de soumission de l'Etat à la règle de droit engendre beaucoup de difficultés d'interprétation et d'application.
1083. Souvent dans son application, cette soumission de l'Etat s'arrête à la loi et ne remonte pas à la constitution. Elle ne va pas non plus, plus loin que le contrôle de légalité de l'administration exercé par un juge spécifique, le juge administratif.
1084. Or, il s'agit d'obtenir le respect de la règle de droit en général et pas seulement de la loi au sens strict. Certains auteurs tirent argument de cette idée pour remplacer le principe de légalité par celui de juridicité¹¹⁶². De ce fait, le principe de la légalité engloberait celui de constitutionnalité et tendrait à se confondre avec celui de la hiérarchie des normes. C'est ce qui amène parfois à considérer la légalité et le respect de la hiérarchie des normes comme les exigences de l'Etat de droit.
1085. En réalité, légalité et respect de la hiérarchie des normes ne peuvent se confondre. Ce sont plutôt le souci d'une efficacité de la légalité, ainsi que les insuffisances de l'Etat purement légal qui conduisent à l'institution d'une hiérarchie entre les normes et d'un contrôle de constitutionnalité de la loi. C'est pourquoi à la suite de l'analyse de la notion d'Etat de droit, il faudra aborder les implications du principe de la hiérarchie des normes.

¹¹⁶¹ Art. 80 de la Const. sén.

¹¹⁶² Michel de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd. Armand Colin, Paris, 1999, p.128. Vr
Légalité

B – Le respect de la hiérarchie des normes

1086. En raison de la diversité des règles de droit, l'Etat de droit impose le respect d'une certaine hiérarchie entre ces différentes règles.
1087. Les textes qui forment la trame d'un domaine du droit, par exemple le domaine civil objet de la présente étude, posent une série de problèmes qui relèvent du droit constitutionnel. Il s'agit de savoir si tous les textes doivent être placés sur un même pied d'égalité ou si une hiérarchie doit être instituée entre eux.
1088. L'Etat de droit implique le consentement d'un Etat à soumettre son action à des normes ou règles juridiques reconnues par la constitution. La hiérarchie des normes révèle la complexité des normes juridiques et la nécessité d'un ordre entre elles. Les normes constitutionnelles sont considérées comme étant supérieures aux autres normes juridiques positives. C'est cette distinction des normes qui conduit à une hiérarchie entre elles. Les développements à venir permettront d'approfondir le sens du principe (1) avant d'aborder les conditions de sa réalisation à travers la constitutionnalité et le contrôle de constitutionnalité (2).

1) Le sens du principe

1089. Le principe de la hiérarchie des normes découle du fait que l'Etat est un ordre juridique hiérarchisé, c'est-à-dire que chaque norme trouve le fondement de sa validité dans sa conformité à une norme supérieure, jusqu'à remonter à une norme fondamentale qui ne peut être que supposée puisqu'elle est extérieure à l'ordre juridique¹¹⁶³.
1090. La hiérarchie des normes suppose donc que tout texte respecte les autres textes au-dessus de lui dans la hiérarchie juridique. Selon ce principe, la valeur d'un acte est fonction de la place de son auteur dans l'organisation des pouvoirs publics¹¹⁶⁴. La hiérarchie des normes se manifeste donc à la fois aux plans interne et international.
1091. Au plan interne, la pyramide du droit est formée de haut en bas, de la constitution, des actes de valeur législative (des lois organiques, des lois ordinaires), des actes administratifs (des décrets et arrêtés).
1092. Au plan international, le principe de la hiérarchie des normes suppose le respect du processus de l'introduction d'un engagement international dans l'ordre juridique interne. Il peut s'agir des conventions ou traités internationaux, de la coutume internationale, des

¹¹⁶³ François TERRE, *Introduction générale au droit*, op.cit. p.167

¹¹⁶⁴ Michel de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, op.cit. p.111. Vr Hiérarchie des normes.

principes généraux du droit reconnus par les Nations. Les traités ratifiés ont valeur de loi et priment les lois internes.

1093. Sans définir expressément une hiérarchie entre les normes internationales et les normes constitutionnelles, le principe de la hiérarchie des normes pose une exigence de compatibilité entre la constitution et les engagements internationaux. Il appartient cependant aux organes constitutionnels de faire constater une éventuelle contrariété¹¹⁶⁵. Mais une fois l'engagement international ratifié, et entré en vigueur, il n'y a plus de contrôle de constitutionnalité possible, ce qui veut dire qu'aucune norme de droit interne, y compris de droit constitutionnel, ne peut lui être opposée¹¹⁶⁶. Ainsi les normes de valeur internationale peuvent être considérées comme supérieures aux normes de valeur constitutionnelle, lesquelles priment sur les autres normes juridiques.

1094. Le principe de la hiérarchie des normes se rapproche de celui de l'Etat de droit qu'il complète, en ce que pour être valide, un acte doit avoir été pris par l'autorité compétente en respectant les règles de forme et de fond posées par les textes hiérarchiquement supérieurs. Encore faut-il qu'il y ait une juridiction qui puisse être saisie, et que cette juridiction se reconnaisse compétente pour faire constater l'inconstitutionnalité ou l'illégalité¹¹⁶⁷.

2) La réalisation du principe, la constitutionnalité et le contrôle de constitutionnalité

1095. La réalisation du principe de la hiérarchie des normes consiste au plan interne à la conformité de tout texte de loi à la constitution. C'est en effet la constitution qui détermine la forme de l'Etat et qui garantit les droits des individus. La constitutionnalité s'entend du respect des principes constitutionnels, des droits fondamentaux et des libertés définis par la constitution. Son effectivité est assurée par le contrôle de constitutionnalité des lois.

1096. Tout pouvoir étant susceptible de commettre des abus, l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois est la condition nécessaire, du point de vue hiérarchique, de l'existence de tout système visant à assurer une protection effective des droits. Elle vise à prévenir les atteintes que le législateur peut porter aux droits des personnes.

1097. Il s'agit de procédures ayant pour objet de garantir la suprématie de la constitution en annulant ou en paralysant l'application de tout acte qui lui serait contraire¹¹⁶⁸. Le contrôle peut théoriquement s'appliquer à toutes les catégories d'actes mais l'usage habituel les réserve aux traités et aux lois. Un tel contrôle revient à dire que la constitution est reconnue

¹¹⁶⁵ Michel de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, op.cit. p.111. Vr Hiérarchie des normes.

¹¹⁶⁶ Idem, p.112

¹¹⁶⁷ Idem, p.112.

¹¹⁶⁸ Michel de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, op.cit. p.56. Vr Contrôle de constitutionnalité

comme la norme supérieure et que par conséquent, ses prescriptions doivent être respectées et leurs violations sanctionnées.

1098. Le contrôle de constitutionnalité est un moyen juridique qui permet d'assurer le respect de la hiérarchie des normes. L'un de ses buts est de « permettre à la loi votée, qui n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, d'être sans retard amendée à cette fin »¹¹⁶⁹. Le but du contrôle de constitutionnalité est l'éviction des dispositions non conformes à la constitution. Ainsi, « il n'est de loi que conforme à la Constitution »¹¹⁷⁰. Le contrôle de constitutionnalité des lois permet de s'assurer de la conformité de celles-ci aux principes de valeur constitutionnelle, que ces principes se trouvent dans le corps de la constitution, dans le préambule ou dans les conventions et déclarations faisant corps avec la constitution. Certains principes à valeur constitutionnelle sont considérés comme purement philosophiques tandis que d'autres sont susceptibles de trouver une application pratique.

1099. Le développement du contrôle constitutionnel fait dire que le droit constitutionnel a pénétré toutes les diverses branches du droit¹¹⁷¹. Le contrôle constitutionnel a aussi pour but de renforcer la protection des droits fondamentaux et des libertés des personnes¹¹⁷². L'Etat de droit suppose outre l'institutionnalisation d'un contrôle de légalité, la « soumission (effective) du législateur souverain à la règle qui fonde son pouvoir en le contraignant par là au respect des libertés publiques »¹¹⁷³.

1100. « Le contrôle de la constitutionnalité des lois met en cause souvent, sinon le plus souvent, la conformité ou la non-conformité d'un texte de valeur législative aux normes de valeur constitutionnelle définissant les droits individuels ou sociaux et les libertés publiques »¹¹⁷⁴.

¹¹⁶⁹ L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 8^e éd., 1995, cité par F. Terré, *Introduction générale au droit*, op.cit. p.169-170

¹¹⁷⁰ P. ARDANT, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9^{ème} éd., 1997, p.122, cité par F. Terré, *Introduction générale au droit*, op.cit., p.169-170

¹¹⁷¹ L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », *Mélanges Drago*, 1996, p.25 s., cité par F. Terré, *Introduction générale au droit*, op.cit. p.171

¹¹⁷² Albert BOURGLI, *L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité*, op.cit. p.737

¹¹⁷³ Jean RIVERO, « Fin d'un absolutisme » in *Pouvoirs* n° 13 - Le conseil constitutionnel (pp. 5-15) p. 6

¹¹⁷⁴ Georges VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'Homme » in *Pouvoirs* n° 13 (pages 209-219) p. 209

Paragraphe 2 : Les fondements du contrôle constitutionnel au regard des droits des personnes et de la famille

1101. Les questions de constitutionnalité concernent aussi les droits et libertés des personnes. Les organes constitutionnels sont créés spécifiquement pour connaître du contentieux de la constitutionnalité des lois. Dans la pratique, ce sont surtout les lois portant sur les droits des individus qui sont soumises à ce contrôle. Le contrôle constitutionnel se justifie alors par la nécessité de garantir les droits des personnes (A) et aussi par la nécessité d'une protection constitutionnelle de la famille (B).

A – La nécessité de garantir les droits des personnes

1102. « La sécurité des droits civils et religieux est un trait essentiel d'un gouvernement libre »¹¹⁷⁵. Depuis les années 90, la constitution est apparue en Afrique comme « le dernier rempart contre les dérives (présidentialistes) de naguère et devant assurer le respect des libertés fondamentales »¹¹⁷⁶.

1103. L'application des lois de façon générale, dépasse le seul cadre des droits civils. Elle constitue la base de l'ordre juridique étatique au sommet duquel se trouve en droit interne, la constitution. Toutes les questions liées à l'application d'un droit ont leur fondement dans la constitution. Les effets d'une loi sont déterminés par sa promulgation dont la procédure est définie par la constitution.

1104. L'un des fondements du contrôle de constitutionnalité des droits des personnes pourrait être l'incapacité dans laquelle se trouve parfois le système judiciaire. Il est en effet toujours plus difficile pour un juge de faire respecter les droits à prestation que des droits impliquant une abstention, faute de recours en carence en la matière¹¹⁷⁷. Ainsi la constitutionnalisation de ces droits-créances permet la censure des mesures législatives qui s'en écartent, de même que la limitation des autres droits¹¹⁷⁸. La constitutionnalisation intègre les droits et les libertés dans l'ordonnement juridique. La constitutionnalisation est une garantie fondamentale des droits et libertés. Elle permet de les mettre à l'abri, en leur conférant la plus haute autorité juridique possible¹¹⁷⁹. C'est le souci de garantir l'effectivité des droits des personnes qui conduit à les programmer dans la norme ayant la plus haute valeur juridique.

¹¹⁷⁵ Philippe d'IRIBARNE, *Trois figures de la liberté*, op.cit. p.960

¹¹⁷⁶ Albert BOURGLI, *L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité*, op.cit. p.721

¹¹⁷⁷ Jean-Claude MASCLET (Dir.), *Libertés publiques et droits fondamentaux*, éd. Sup'Foucher 2009, p.17

¹¹⁷⁸ Idem. p. 17

¹¹⁷⁹ Philippe ARDANT, « Les constitutions et les libertés », in *Pouvoirs* n° 84 – 1998 (pages 61-74), p.67

1105. Le parlement était perçu comme le garant des libertés contre le pouvoir jusqu'à ce que la montée en puissance du juge constitutionnel ne marque le passage d'une promotion des libertés par la loi à une protection des libertés contre la loi¹¹⁸⁰. Le fondement principal de la constitutionnalisation des droits, c'est de les protéger contre la loi.
1106. La protection des libertés par les organes constitutionnels se fait de deux manières. Une protection des libertés par la loi qui oblige les constituants à déterminer les compétences de la loi et à y insérer les garanties fondamentales nécessaires à l'exercice des libertés. Une protection des libertés et des droits contre la loi qui conduit les organes constitutionnels à faire incliner les lois devant les principes fondamentaux et les garanties constitutionnelles.
1107. Les organes constitutionnels déterminent les principes constitutionnels et obligent le législateur sous leur contrôle, à concilier ces principes avec l'exercice des libertés antagonistes ou l'intérêt général, ou encore avec des exigences qui ne sont pas expressément fondées sur un texte constitutionnel¹¹⁸¹. Ainsi, des droits peuvent être limités dans des conditions déterminées par la loi, cette dernière arrêtant les modalités pratiques d'exercice des libertés proclamées dans la constitution ou restreignant l'exercice des libertés constitutionnelles sur le fondement d'un principe ou d'un objectif de même niveau¹¹⁸². L'exercice des droits peut aussi être limité par de nouveaux droits et libertés, ce qui fait dire que « le volontarisme l'emporte sur le naturalisme, puisque les droits naturels, relativisés, peuvent être limités dans les conditions déterminées par la loi »¹¹⁸³.
1108. L'un des attributs de la loi étant de définir les conditions d'exercice des droits et libertés, le rôle du contrôle de constitutionnalité est de vérifier la conformité de ces lois à la constitution.
1109. Les organes constitutionnels veillent également à ce que le rôle de l'autorité judiciaire (également protectrice des droits et libertés) ne soit ni exagéré ni méconnu¹¹⁸⁴. C'est ainsi qu'en matière de droits des personnes, le conseil constitutionnel français a inclus dans la liberté individuelle, non seulement la sûreté, mais aussi le secret de la vie privée¹¹⁸⁵ ou la liberté du mariage¹¹⁸⁶.
1110. Aujourd'hui, elle semble recourir pour la protection de ce droit et de cette liberté spécifiques, au concept de liberté personnelle qu'elle fonde sur les articles 2 et 4 de la

¹¹⁸⁰ J.-C. MASCLET (Dir.), *Libertés publiques et droits fondamentaux*, op.cit., p.61

¹¹⁸¹ Idem. p..62

¹¹⁸² Idem. p.62

¹¹⁸³ Idem. p.62

¹¹⁸⁴ Idem. p.72

¹¹⁸⁵ 403 DC du 29 juillet 1998

¹¹⁸⁶ 325 DC du 13 août 1993

DDHC¹¹⁸⁷ et la distingue de la liberté individuelle qui elle, reste liée aux mesures de détention conformément à l'article 66¹¹⁸⁸ de la Constitution française. Par cette technique, le champ des libertés constitutionnelles s'élargit sans que leur protection relève nécessairement de l'autorité judiciaire¹¹⁸⁹. Ainsi, la liberté du mariage et le respect de la vie privée, de même que l'inviolabilité de domicile se rattachent désormais en France à la liberté personnelle.

1111. Les droits et libertés individuels, même liés à l'élément essentiel de l'intimité et de la constitution sociale de la personne qu'est la famille, ne sont pas absolus et doivent être conciliés par le législateur, et sous le contrôle du juge constitutionnel, avec d'autres principes et objectifs à valeur constitutionnelle¹¹⁹⁰.

B – La nécessité d'une protection constitutionnelle de la famille et la fondamentalisation des droits civils

1112. Dans la plupart des Etats, la famille reste le fondement de la société et le mariage celui de la famille¹¹⁹¹. Si la famille est d'abord perçue à travers le mariage qui en est l'élément principal fondateur, comme un accord de volonté entre individus, elle est également une institution de la société et est à ce titre, placée sous la protection et le contrôle de l'Etat et de la Constitution. Le mariage est le moyen d'intervention de l'autorité étatique dans la sphère privée.

1113. La protection constitutionnelle de la famille va de la reconnaissance de la famille et du mariage comme fondements constitutifs de la société, à la protection des droits économiques et sociaux de la famille, à la protection de la mère et de l'enfant, au droit au respect de la vie privée et familiale, à l'obligation d'assurer l'entretien et l'éducation des enfants¹¹⁹².

1114. La famille est considérée comme ayant une fonction structurante et reconnue comme cellule de base de la société. Elle est de ce fait, mise sous la protection de l'Etat et de la société. Parfois, mariage et famille sont mis sur le même pied au titre des institutions, le but du constituant étant alors de privilégier la famille légitime. Le droit constitutionnel apparaît alors comme un moyen de fortifier une institution en perte de fondation.

¹¹⁸⁷ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen

¹¹⁸⁸ Art. 66 de la Constitution française « nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

¹¹⁸⁹ J.-C. MASLET (Dir.), *Libertés publiques et droits fondamentaux*, op.cit., p.75

¹¹⁹⁰ Eric MILLARD, « Le droit constitutionnel de la famille » manuscrit publié dans "Code civil et constitution, M. Verpeaux (Ed.) (2005) p.65-81", p.69

¹¹⁹¹ J.-P. AGRESTI, « Jalon pour une histoire de liberté du mariage (XVI-XX) La liberté du mariage, une liberté rationalisée. », in *La liberté fondamentale du mariage*, acte du colloque du 6 juin 2008 de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2009, p 31.

¹¹⁹² Germain BOUVERAT, « La famille dans les Constitutions des Etats », Université de Fribourg, p.1

1115. En matière familiale, la loi apparaît parfois pour légaliser des comportements déjà passés dans les faits¹¹⁹³. En dépit du caractère privé de la vie familiale, il s'exerce sur elle, un contrôle public. Ce contrôle de la vie privée avait une finalité collectiviste, puisqu'il s'agissait de préserver l'équilibre socio-économique ou démographique de la communauté¹¹⁹⁴. Aujourd'hui, il a une finalité plus individualiste et tend à protéger les droits individuels des personnes composant la famille. Ainsi, les conditions, les restrictions et les empêchements au mariage tiennent à des considérations sociologiques et politiques et par conséquent, il appartient au législateur le soin d'en fixer les limites¹¹⁹⁵.
1116. L'Etat intervient par la mise en œuvre de politique de famille et aussi en légiférant à son sujet. L'Etat produit également la famille à travers les définitions juridiques qu'il en donne. Ce contrôle étatique sur la famille se fait par le biais du droit. Le contrôle de constitutionnalité de cette institution et du droit qui la régit se justifie alors pleinement. L'utilité du contrôle constitutionnel est alors de veiller à ce que les mesures législatives ne privent pas de garanties légales, les exigences de caractère constitutionnel et de renforcer la protection que l'Etat doit aux individus et à la famille.
1117. Le fondement du contrôle constitutionnel des droits civils se trouve également dans ce qu'il convient d'appeler leur fondamentalisation¹¹⁹⁶. Les normes civiles puisent de plus en plus leur origine dans un droit fondamental. En effet, les droits fondamentaux se lient avec les droits civils car ces derniers se rapportent aussi aux individus et aux liens qu'ils entretiennent avec les autres personnes physiques. L'idéologie des droits de l'homme constitue aujourd'hui le moteur principal du droit de la famille.
1118. Il s'opère alors une véritable fondamentalisation des droits civils c'est-à-dire que les droits fondamentaux s'intègrent en tant que normes supérieures dans les sources des droits civils¹¹⁹⁷. Les premiers exercent sur la substance des deuxièmes, une incidence avérée. Ce procédé terminologique révèle l'immixtion d'un domaine dans un autre pour finalement aboutir à l'entremêlement des deux¹¹⁹⁸. La fondamentalisation revient donc à attribuer aux normes civiles, le caractère et la force des normes fondamentales.
1119. Une règle ou un principe de droit civil découle aujourd'hui systématiquement d'une liberté fondamentale et les droits fondamentaux représentent ainsi le centre de gravité des

¹¹⁹³ M. SEGALEN, *Sociologie de la famille*, op.cit. p.137

¹¹⁹⁴ Idem, p. 261

¹¹⁹⁵ Cons const. frç, Déc. N° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Considérant n° 5

¹¹⁹⁶ Kitéri GARCIA, *Le droit civil européen*, op.cit., p.36

¹¹⁹⁷ Idem. p. 381

¹¹⁹⁸ Idem, p. 381

droits civils qui se développent grâce à eux. De même, les droits civils permettent aux droits fondamentaux de trouver des applications concrètes entre particuliers et leur offre ainsi une forme d'effectivité. Les droits fondamentaux dépassent ainsi leur cadre traditionnel qui se limitait aux relations entre les individus et les Etats¹¹⁹⁹.

1120. Le statut de droit fondamental¹²⁰⁰, s'acquiert pour un droit ou une liberté, par sa protection constitutionnelle¹²⁰¹. La protection constitutionnelle des droits civils des personnes et de la famille se justifie donc à un double point de vue, en tant que droit fondamental d'où ils tirent leur essence et en tant que droit inscrit ou reconnu dans une loi.

1121. La liberté personnelle qui fonde aujourd'hui la liberté de mariage (dans la logique du conseil constitutionnel français), se construit autour de deux axes, la protection de l'individu contre l'intrusion du groupe et l'expression des choix privés dans la sphère sociale. « Protéger la liberté personnelle revient donc à trouver un point d'équilibre entre les sacrifices d'ordre personnel qui peuvent être demandés aux individus dans l'intérêt général et le maintien de l'unité de la personne, c'est-à-dire, le droit de cette personne de ne pas compromettre son identité personnelle au point de la nier »¹²⁰².

1122. La protection juridique du droit au mariage (droit civil) est par exemple, étroitement liée sinon subordonnée à la capacité potentielle de fonder une famille (droit fondamental). C'est pourquoi au-delà de la reconnaissance internationale, les encadrements visant à restreindre le droit au mariage sont laissés à la discrétion des Etats. Leur respect relève généralement de la compétence des lois et ils entrent ainsi dans le champ de la protection constitutionnelle.

1123. L'obligation de respecter les droits primordiaux conduit le droit constitutionnel pourtant traditionnellement éloigné des considérations civiles, à élargir son champ d'application. Cet élargissement se fait néanmoins selon le contexte social et les choix

¹¹⁹⁹ Kitéri GARCIA, *Le droit civil européen*, op.cit., p.381

¹²⁰⁰ La liste des droits et libertés reconnues aux personnes au regard des textes fondamentaux des Etats n'est pas exhaustive. Ils peuvent être regroupés en quatre (4) différentes catégories.

Les droits fondamentaux institutionnels sont des garanties accordées aux citoyens dans le cadre de l'organisation et du fonctionnement des pouvoirs publics.

Les droits collectifs sont des droits et libertés classiques au profit d'un groupe d'individus ainsi que des droits économiques et sociaux.

Les droits fondamentaux de la personne sont des droits et libertés classiques attachés à l'individu.

Enfin, les droits fondamentaux transversaux ne reçoivent pas application directe mais doivent être pris en compte lors de leur mise en œuvre par le législateur ou l'exécutif. Ils sont représentés par des principes tels que l'égalité ou la proportionnalité. Ils sont le trait de liaison entre les droits fondamentaux.

¹²⁰¹ Xavier PHILIPPE, *Le contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux dans les pays européens*, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Colloque International, op.cit. pp.405 - 420

¹²⁰² A. PENA-SOLER, « A la recherche de la liberté personnelle désespérément... », in *Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, p.1704

politiques des différents Etats, même si certains droits fondamentaux ont une propension naturelle à pénétrer la matière civile, comme le droit au respect de la vie privée ou le droit au respect de la vie familiale.

1124. Les formes du contrôle constitutionnel varient selon les Etats et par conséquent, leurs effets sur la protection des droits civils ne se ressentent pas de la même manière. C'est pourquoi la suite de ce chapitre sera consacrée aux formes du contrôle constitutionnel au Bénin et au Sénégal ainsi qu'à leurs incidences sur la protection des droits civils des personnes et de la famille.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Section II : Les formes du contrôle constitutionnel et leurs incidences sur la protection des droits civils

1125. La création des organes de contrôle constitutionnel traduit le souci que les dispositions constitutionnelles soient "juridictionnellement" sanctionnées. « La plupart des constitutions africaines accordent aujourd'hui une place autonome aux juridictions constitutionnelles qui ... fonctionnent en dehors de l'appareil juridictionnel ordinaire »¹²⁰³. Le contrôle est assuré par un organe consultatif ou par une juridiction.
1126. Chaque pays détermine ses propres méthodes par lesquelles il désire réaliser ce contrôle. C'est à travers ce processus que le droit de la famille, traditionnellement porté par des normes civiles, est devenu objet de normes constitutionnelles, écrites comme jurisprudentielles. Dans le premier paragraphe, seront évoquées les formes du contrôle constitutionnel, puis dans le deuxième paragraphe, leurs incidences sur la protection des droits civils et de la famille.

Paragraphe 1 : Les formes du contrôle constitutionnel

1127. Les modalités du contrôle constitutionnel varient suivant les pays. Par exemple en France, ce contrôle est obligatoire pour les lois organiques et parlementaires, facultatives pour les lois ordinaires¹²⁰⁴. Au Sénégal, également le contrôle de constitutionnalité est obligatoire pour les règlements intérieurs des assemblées¹²⁰⁵. Il est facultatif pour les lois ordinaires¹²⁰⁶. Au Bénin, la Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur la constitutionnalité des lois organiques et des lois en général avant leur promulgation¹²⁰⁷.
1128. Le contrôle s'exerce généralement sur les lois avant leur promulgation. Mais il peut aussi se faire postérieurement à la promulgation. Dans l'un ou l'autre des cas, le contrôle est assuré par une cour ou un organe souvent indépendant des autorités étatiques, selon des modalités diverses et avec des attributions et une autorité plus ou moins étendue. Les modalités de contrôle (A) obéissent à une théorie du droit constitutionnel mais des spécificités s'observent dans les différents pays (B).

¹²⁰³ Albert BOURGI, *L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité*, op.cit. p.736

¹²⁰⁴ Article 61 Const. fr.

¹²⁰⁵ Art 62 Const. sén.

¹²⁰⁶ Art. 74 const. sén.

¹²⁰⁷ Art. 117 const. bén.

A – Les modalités de contrôle

1129. Il existe plusieurs modalités de contrôle constitutionnel. Le contrôle constitutionnel se fait généralement par voie d'action et par voie d'exception. Dans le premier cas, c'est la loi elle-même qui est attaquée et soumise au contrôle. Dans le second cas, la question de constitutionnalité est soulevée comme moyen de défense dans le cadre d'un procès. L'on peut ainsi invoquer devant le juge constitutionnel par voie d'exception, la violation d'une liberté ou d'un droit fondamental. Le contrôle constitutionnel peut également revêtir d'autres formes.
1130. L'on parlera de contrôle diffus ou décentralisé si la question de constitutionnalité peut être soulevée devant le juge ordinaire et de contrôle concentré ou centralisé si elle ne peut être soulevée que devant une juridiction spécialement instituée à cet effet.
1131. Le contrôle est qualifié d'a priori si la question de constitutionnalité soulevée est portée devant le juge avant que la loi n'entre en vigueur. Il est a posteriori si la question est soulevée après l'entrée en vigueur de la loi. Dans le cas du contrôle a priori de constitutionnalité des lois, l'effectivité est très forte car la violation des droits fondamentaux, repérée dans la loi, est aussitôt sanctionnée avant même qu'elle ait produit son effet pervers. Dans le cas du contrôle a posteriori où le juge constitutionnel n'intervient qu'une fois la loi entrée en vigueur, ce dernier peut être amené par le biais du recours constitutionnel à sanctionner une violation qu'il n'avait pas pu déceler auparavant.
1132. Le contrôle de constitutionnalité est abstrait si la question est soulevée en dehors de tout litige devant le juge. Il sera en revanche qualifié de concret si la question de constitutionnalité est posée dans le cadre d'un litige. Dans le cas du contrôle concret, la saisine est faite directement par les individus qui doivent pouvoir être à l'origine d'un contrôle de constitutionnalité des lois susceptibles de porter atteinte à leurs droits. « Le contrôle concret a l'immense avantage de permettre au droit d'épouser l'évolution de la société dans la mesure où l'appréciation de constitutionnalité se fait au moment où la loi s'applique, non à celui, parfois ancien où elle a été conçue, et d'offrir aux personnes un moyen de défense permanent de leurs droits fondamentaux »¹²⁰⁸.
1133. Les contrôles concrets et abstraits déterminent la procédure de contrôle par voie d'action ou par voie d'exception¹²⁰⁹, car dans le contrôle par voie d'exception aussi, le juge constitutionnel exerce un contrôle juridictionnel ordinaire. Il ne s'agit plus de l'examen de la loi, mais de son interprétation par le juge constitutionnel à destination du juge ordinaire.

¹²⁰⁸ Dominique ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, 2^e édition. Editions Montchrétien 1996, p. 85

¹²⁰⁹ Michel de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, op.cit. Vr. Contrôle de constitutionnalité, p.56

1134. Le choix de chacune de ces différentes options dépend de la finalité du contrôle définie par le constituant. Elles jouent un rôle déterminant car le contrôle de constitutionnalité des lois est un critère essentiel d'appréciation des régimes démocratiques¹²¹⁰.

B – Les spécificités du contrôle constitutionnel au Bénin et au Sénégal

1135. Si l'on se réfère à la période de rédaction du code sénégalais de la famille, il faut rappeler que c'étaient les chambres constitutionnelles des Cours suprêmes dans les Etats francophones d'Afrique noire qui assuraient le contrôle de la constitutionnalité des lois¹²¹¹. Mais le souci de renforcement des acquis démocratiques a conduit la plupart des pays à confier cette tâche à un organe spécifique. Ces organes constitutionnels sont « des juridictions créées pour connaître spécifiquement et exclusivement du contentieux constitutionnel, situées hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendantes de celui-ci comme des pouvoirs publics »¹²¹².

1136. Le degré des compétences confiées à ces organes devient ainsi un baromètre des avancées démocratiques. Les attributions des organes constitutionnels du Bénin et du Sénégal, surtout en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, seront étudiées dans les lignes qui suivent.

1) Le cas du Bénin

1137. Le système juridique béninois s'est doté d'une Cour constitutionnelle. Installée le 07 juin 1993, la cour est gardienne de la Constitution et du respect des lois de la République. Elle est juge de la constitutionnalité des lois, garante des droits fondamentaux et des libertés publiques de la personne humaine. La Constitution du Bénin donne compétence exclusive à la Cour constitutionnelle pour statuer sur la violation des droits de la personne humaine¹²¹³. La Cour assure la suprématie de la Constitution sur tous les actes émanant des pouvoirs publics.

1138. La Cour Constitutionnelle statue obligatoirement sur la constitutionnalité des lois organiques et des lois en général avant leur promulgation, ainsi que sur la conformité à la Constitution des règlements intérieurs des institutions. Elle statue aussi sur la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques en général ainsi que sur la

¹²¹⁰ Abdoulaye DIARRA, « La protection constitutionnelle des droits et libertés en Afrique noire francophone depuis 1990, Les cas du Mali et du Bénin ». p. 23

¹²¹¹ Idem, p.19

¹²¹² Michel de VILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, op.cit. Vr. Cour constitutionnelle, Définition de L. FAVOREU, p.61.

¹²¹³ Art 117 al 4, art 120 et 121 al.2 Const. bén.

violation des droits de la personne humaine¹²¹⁴. La Cour constitutionnelle du Bénin peut intervenir directement dans la procédure législative en déclarant exécutoire une loi votée dans les conditions prévues à l'article 57 lorsqu'elle est conforme à la Constitution¹²¹⁵.

1139. La Cour Constitutionnelle se prononce sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation à la demande du Président de la République ou de tout membre de l'Assemblée Nationale. 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 publiques¹²¹⁶.

1140. Tout citoyen peut également 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 juridiction¹²¹⁷. Le contrôle par voie d'exception permet à la Cour d'examiner une loi votée au moment où on l'applique à un particulier. Ce dernier soulève au cours d'un procès le concernant, la question de la constitutionnalité de la loi en cause.

1141. L'exception d'inconstitutionnalité est invoquée devant une juridiction. Celle-ci doit immédiatement et au plus tard dans les huit (8) jours saisir la Cour constitutionnelle et surseoir à statuer jusqu'à ce qu'intervienne la décision de la Cour constitutionnelle dans un délai de trente (30) jours¹²¹⁸. L'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée à tout moment de la procédure devant la juridiction concernée¹²¹⁹.

1142. La saisine de la Cour constitutionnelle se fait donc soit par voie d'action à l'initiative d'autorités politiques ou à l'initiative de simples citoyens, soit par voie d'exception sous la forme d'exception d'inconstitutionnalité.

1143. Les conditions de saisine sont très larges. Ainsi en matière de consécration de la saisine individuelle, « le Bénin fait assurément figure de précurseur »¹²²⁰.

1144. Avant la promulgation, la saisine peut être faite par le Président de la République, ou par tout membre de l'Assemblée nationale. Après la promulgation, la saisine peut se faire par tout citoyen soit directement soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité.

¹²¹⁴ Art. 117 al. 1, 2, 3. Const. bén.

¹²¹⁵ Art. 57 al 6 Const. bén. : « ...Si après ce dernier vote, le Président de la République refuse de promulguer la loi, la Cour constitutionnelle, saisie par le Président de l'Assemblée Nationale, déclare la loi exécutoire si elle est conforme à la Constitution ».

La même procédure de mise à exécution est suivie lorsque à l'expiration du délai de promulgation de quinze jours prévu à l'alinéa 2 du présent article, il n'y a ni promulgation, ni demande de seconde lecture ».

¹²¹⁶ Art. 121 Const. bén.

¹²¹⁷ Art. 122 Const. bén.

¹²¹⁸ Art. 24 et 25 Loi organique sur la Cour constitutionnelle

¹²¹⁹ Art. 41 Règlement Intérieur de la Cour constitutionnelle

¹²²⁰ Albert BOURGI, *L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité*, op.cit. p.739

1145. La Constitution a prévu que le contrôle de la loi intervienne avant sa promulgation pour empêcher qu'une loi qui lui est contraire ne soit mise en application. Ainsi, en ce qui concerne les lois organiques et les lois en général avant leur promulgation, ce contrôle ne peut être effectué que si la Cour est valablement saisie. Pour ce qui concerne les lois et les textes censés porter atteinte aux droits fondamentaux et aux libertés publiques, la cour se prononce d'office. La Cour Constitutionnelle doit statuer dans un délai de quinze (15) jours si elle est saisie sur la constitutionnalité d'un texte. Ce délai peut être ramené à huit (8) jours en cas d'urgence à la demande du gouvernement¹²²¹.
1146. En général, le contrôle de constitutionnalité implique trois sortes de décisions¹²²². La loi contrôlée peut être déclarée, en toutes ses dispositions, conforme à la Constitution. Dans ce cas, le Président de la République doit la promulguer en respectant le délai indiqué¹²²³. S'il ne le fait pas, le Président de l'Assemblée Nationale a l'obligation de saisir la Cour Constitutionnelle afin que celle-ci déclare la loi exécutoire¹²²⁴.
1147. Certains articles de la loi peuvent être déclarés contraires à la Constitution alors que d'autres le sont sous réserve de certaines observations. Lorsque certains articles seulement ou même certains mots d'un article sont jugés contraires à la Constitution, la Cour peut prononcer la "séparabilité" qui autorise la promulgation de la loi amputée seulement des dispositions jugées contraires à la Constitution. Elle peut également prononcer l'inséparabilité des articles jugés contraires à la Constitution. Dans ce dernier cas, le texte de loi ne pourra être appliqué sans ces articles et l'Assemblée Nationale a l'obligation constitutionnelle, en vertu du principe de l'autorité de chose jugée de les mettre en conformité à la Constitution.
1148. Toute la loi peut être déclarée contraire à la Constitution. Ce cas n'intervient que si la procédure législative n'a pas été respectée ou lorsque la loi est intervenue dans un domaine réglementaire en application de l'article 100 de la Constitution¹²²⁵.
1149. La saisine de la Cour suspend le délai de promulgation¹²²⁶. Si la Cour déclare que la loi n'est pas contraire à la Constitution, sa décision met fin à la suspension du délai de

¹²²¹ Art. 120 Const. bén.

¹²²² Me Robert S. M. DOSSOU, « La Cour Constitutionnelle du Bénin : L'Influence de sa Jurisprudence sur le Constitutionnalisme et les Droits de l'Homme », Conférence Mondiale sur la Justice Constitutionnelle, Cap Town en Afrique du Sud, 23-24 janvier 2009, p. 4 s.

¹²²³ Art. 57 al 2 et 3 Const. bén. : « ... Il (Le président de la République) assure la promulgation des lois dans les quinze jours qui suivent la transmission qui lui en est faite par le Président de l'Assemblée Nationale. Ce délai est réduit à cinq jours en cas d'urgence déclarée par l'Assemblée Nationale ».

¹²²⁴ Art. 57 al 6 Const. bén.

¹²²⁵ Art. 100 al. 1 Const. bén. : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ».

¹²²⁶ Art. 120 const. bén.

promulgation¹²²⁷. Si la Cour déclare que la loi dont elle est saisie contient une disposition contraire à la Constitution et inséparable de l'ensemble de la loi, celle-ci ne peut être promulguée¹²²⁸. Si la Cour déclare une disposition contraire à la Constitution, mais séparable de l'ensemble de la loi, le Président de la République peut promulguer la loi à l'exception de cette disposition ou demander à l'Assemblée Nationale, une seconde lecture¹²²⁹. Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application¹²³⁰. De même lorsque la Cour saisie par un citoyen, déclare qu'une loi, un texte réglementaire ou un acte administratif est contraire à la Constitution, ces lois, textes ou actes sont nuls et non avenus¹²³¹.

1150. La Cour Constitutionnelle du Bénin a de larges prérogatives en matière de contrôle de constitutionnalité et de protection des droits humains. Le Sénégal en revanche semble avoir opté pour un Conseil Constitutionnel aux compétences plus restreintes en la matière.

2) Le cas du Sénégal

1151. Le Sénégal dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois a institué un Conseil constitutionnel. Ce Conseil n'agit pas d'office et n'exerce ses attributions que s'il est saisi à cet effet. Le Conseil Constitutionnel sénégalais connaît de la constitutionnalité des règlements des assemblées, des lois et des engagements internationaux ainsi que des exceptions d'inconstitutionnalité soulevées devant la Cour Suprême¹²³².

1152. Les personnes pouvant agir en demande d'inconstitutionnalité d'une loi sont précisément déterminées. Il s'agit du Président de la République, d'un nombre de députés au moins égal au dixième des membres de l'Assemblée Nationale¹²³³. Les députés doivent saisir le Conseil constitutionnel dans les six jours francs qui suivent l'adoption définitive de la loi. Quant au Président de la République, il doit également saisir le Conseil dans les six jours qui suivent la transmission à lui faite de la loi définitivement adoptée. Le Président doit promulguer la loi définitivement adoptée dans les huit (8) jours qui suivent l'expiration de ces délais. Le délai de promulgation peut être réduit de moitié en cas d'urgence déclarée par l'Assemblée Nationale¹²³⁴. Le délai de promulgation est suspendu jusqu'à la décision du

¹²²⁷ Art. 29 Loi organique sur la Cour constitutionnelle

¹²²⁸ Art. 30 Loi organique sur la Cour Constitutionnelle

¹²²⁹ Art. 31 Loi organique sur la Cour constitutionnelle

¹²³⁰ Art. 124 al. 1 Const.bén

¹²³¹ Art. 31 al. 2 Loi organique sur la Cour Constitutionnelle

¹²³² Art 92 Const. sén

¹²³³ Art. 74 Const. sén.

¹²³⁴ Art. 72 al. 2 Const. sén.

Conseil constitutionnel déclarant la loi conforme à la constitution¹²³⁵. La procédure de contrôle de constitutionnalité avant la promulgation n'est donc pas ouverte à tous et doit intervenir dans un délai précis.

1153. En ce qui l'exception d'inconstitutionnalité, elle ne peut être soulevée que devant la Cour suprême. Elle permet à tout citoyen de contester la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée ou d'un engagement international déjà ratifié ou approuvé, à propos de l'application qui lui en est faite dans un procès devant la Cour suprême. Dans ce cas, la haute juridiction saisit obligatoirement le Conseil constitutionnel de l'exception d'inconstitutionnalité ainsi soulevée et sursoit à statuer jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel se soit prononcé¹²³⁶.

1154. L'exception d'inconstitutionnalité doit porter sur l'appréciation de la conformité des dispositions d'une loi ou des stipulations d'un accord international à la Constitution. Cette procédure est également très restrictive en ce qu'elle ne peut intervenir que si le litige est porté devant la Cour suprême.

1155. Il paraît assez difficile qu'un litige portant sur l'application des droits de la personne ou des droits de famille atteigne ce niveau de juridiction en raison du caractère privé et intime des rapports de famille. Il est également noté que dans la pratique, la saisine de la cour par voie d'exception, certes prévue par la Constitution sénégalaise n'a presque pas connu d'application¹²³⁷.

1156. Si les conditions de saisine sont largement différentes de celles de la Cour constitutionnelle du Bénin, en ce qui concerne les effets des décisions, il y a des similitudes. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par exemple, la publication de la décision du Conseil constitutionnel constatant qu'une disposition n'est pas contraire à la Constitution met fin à la suspension du délai de promulgation de la loi¹²³⁸. Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution inséparable de l'ensemble de cette loi, celle-ci ne peut être promulguée¹²³⁹. Si le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de cette

¹²³⁵ Art. 75 al. 1 Const. sén.

¹²³⁶ Art. 20 Loi organique sur le Conseil constitutionnel

¹²³⁷ Albert BOURGI, *L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité*, op.cit. p.742

¹²³⁸ Art. 16 Loi organique sur le Conseil constitutionnel

¹²³⁹ Art. 17 Loi organique sur le Conseil constitutionnel

loi, la loi peut être promulguée à l'exception de cette disposition, à moins qu'une nouvelle lecture n'en soit demandée¹²⁴⁰.

1157. En ce qui concerne la procédure d'exception d'inconstitutionnalité, la Cour suprême saisit obligatoirement le Conseil constitutionnel de l'exception ainsi soulevée et sursoit à statuer jusqu'à ce que le Conseil se soit prononcé. Ce dernier dispose d'un délai de trois (3) mois à compter de la date de sa saisine. Si le Conseil estime que la disposition dont il a été saisi n'est pas conforme à la Constitution, il ne peut plus en être fait application¹²⁴¹. L'organisation de ces différentes procédures a une influence sur la protection constitutionnelle des droits civils des personnes et de la famille.

Paragraphe 2 : Les incidences du contrôle constitutionnel sur les droits des personnes et de la famille

1158. L'effectivité dépend en réalité du mode d'intervention de l'organe constitutionnel. Ces organes recourent à la technique d'interprétation pour vérifier la constitutionnalité des lois. Ils sont ainsi amenés à préciser ou compléter certains principes et droits et leur donner une valeur constitutionnelle¹²⁴².

1159. Le droit de la famille fournit un cadre interprétatif pour les organes d'application du droit notamment les juges constitutionnels, parce que ce droit est une construction didactique (qui explicite les relations de famille) et idéologique (qui prescrit des modèles de relations)¹²⁴³. Le rôle des organes constitutionnels dans le domaine familial revient souvent à interpréter les principes de liberté et de non discrimination (A) mais l'aménagement des procédures de contrôle de constitutionnalité peut également apparaître comme un obstacle à la protection effective des droits civils des personnes (B).

A – L'interprétation des principes d'égalité et de non-discrimination

1160. Souvent imposés dans le cadre international des droits de l'homme, trois (3) principes sont généralement repris au niveau constitutionnel et législatif. Il s'agit de la liberté de consentement, l'égalité devant la loi (qui implique la sécurité juridique) et la non-

¹²⁴⁰ Art. 18 Loi organique sur le Conseil constitutionnel

¹²⁴¹ Art. 20 Loi organique sur le Conseil constitutionnel

¹²⁴² Me Robert S. M. DOSSOU, « La Cour Constitutionnelle du Bénin : L'Influence de sa Jurisprudence sur le Constitutionnalisme et les Droits de l'Homme », op.cit. p.11

¹²⁴³ Eric MILLARD, « Le droit constitutionnel de la famille » manuscrit publié dans "Code civil et constitution, M. Verpeaux (Ed.) (2005) p.65-81", p.67

discrimination. C'est souvent autour de ces principes qu'interviennent les organes constitutionnels pour interpréter les lois en matière de famille.

1161. Le droit constitutionnel n'a pas pour vocation de traduire les choix du moment des individus en matière familiale, mais bien plutôt d'assurer le cadre (et la possibilité) de ces choix. Dans le contexte actuel marqué par le développement des droits des personnes, les constitutions mettent l'accent sur l'égalité et la non-discrimination¹²⁴⁴. Ces principes semblent s'appliquer à tous les droits garantis et sont en liaison avec eux.

1162. L'interprétation varie suivant les juridictions et met en exergue l'orientation politique et morale de la société. Par exemple le conseil constitutionnel français a estimé que le principe de la liberté de mariage n'interdit aucunement au législateur d'en définir les modalités ou conditions, dès lors qu'elles ne se heurtent pas à d'autres exigences constitutionnelles, telles le droit de mener une vie familiale normale¹²⁴⁵. De même, il a retenu que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle 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'établit¹²⁴⁶. La discrimination suppose en effet préalablement qu'il y ait une situation identique ou similaire.

1163. La liberté de mariage était perçue comme un démembrement de la liberté individuelle. Elle se rattache aujourd'hui à la liberté personnelle. Alors que la liberté individuelle¹²⁴⁷ est en droit français, rattachée à la sûreté, la liberté personnelle¹²⁴⁸ représente l'idée d'une protection de la personne dans sa spécificité, sa singularité et son individualité.

1164. Pour assurer une protection à la famille, le droit de se marier est distingué du droit de fonder une famille même si les deux sont interdépendants. Le droit de se marier existe afin de protéger le droit naturel, plus fondamental encore de fonder une famille¹²⁴⁹. C'est pour cette raison qu'il n'est souvent garanti qu'à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile c'est-à-dire uniquement aux couples susceptibles de fonder une famille.

¹²⁴⁴ Une discrimination est illicite lorsqu'elle manque de « justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » et s'il n'y a pas un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et ce but ». in J.-C. MASCLET (Dir.), *Libertés publiques et droits fondamentaux*, op.cit., p.37.

¹²⁴⁵ Cons const. frç, Déc. N° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Considérant n° 7

¹²⁴⁶ Cons const. frç, Déc. N° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, Considérant n°9

¹²⁴⁷ Elle se fonde sur l'article 66 de la Constitution française

¹²⁴⁸ Elle se fonde elle sur les articles 2 et 4 de la DDHC

¹²⁴⁹ Michaela ŠOJDROVÁ, « La protection de la famille », Document N° 11813 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 28 janvier 2009, p.1

1165. Même si un tel développement ne s'observe pas encore dans la jurisprudence des organes constitutionnels africains, la question de la liberté de mariage y est abordée sous un autre aspect, celui de l'égalité entre homme et femme.
1166. A l'occasion du vote de la loi portant code des personnes et de la famille, la Cour constitutionnelle du Bénin s'est prononcée sur la constitutionnalité de cette loi. Dans sa décision¹²⁵⁰, la Cour a eu l'opportunité de se prononcer sur l'interprétation à donner aux principes de non-discrimination, d'égalité et même de laïcité. Sur la laïcité, la requérante reprochait à la loi d'avoir violé la Constitution par omission en supprimant la disposition qui reconnaissait un effet légal aux mariages religieux sous certaines conditions. La Cour a répondu qu'elle avait compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi et non sur celle d'un projet de loi et qu'en conséquence le moyen tiré de « la violation par omission »¹²⁵¹ d'une disposition contenue dans un projet de loi était inopérant.
1167. La Cour a également estimé que si le Bénin est un Etat laïc¹²⁵², l'exercice du culte et l'expression des croyances doivent s'effectuer dans le respect de cette laïcité¹²⁵³, et qu'en tout état de cause, la disposition selon laquelle « seul le mariage célébré par un officier de l'état-civil a des effets légaux » n'est pas contraire à la Constitution.
1168. Sur le principe de l'égalité, le code reconnaissait en son article 143, les deux formes de mariage monogamique et polygamique mais les époux devraient faire une option préalablement à la célébration du mariage. La requérante soutenait que cet article était discriminatoire et violait le principe d'égalité entre l'homme et la femme. La Cour a considéré qu'au regard des dispositions de l'article 26 alinéas 1 et 2 de la Constitution¹²⁵⁴, il y a un traitement inégal entre l'homme et la femme en ce que l'option prévue à l'alinéa 2 de l'article 143¹²⁵⁵ permet à l'homme d'être polygame alors que la femme ne peut être que monogame, et qu'au demeurant la loi sous examen édicte que « les coutumes cessent d'avoir force de loi en toutes matières régies par le présent code »¹²⁵⁶ à l'exception des mesures transitoires

¹²⁵⁰ DCC 02-144 du 23 décembre 2002

¹²⁵¹ DCC 02-144 du 23 décembre 2002

¹²⁵² Art. 2 al. 1 Const. bén : « La République du Bénin est une et indivisible, laïque et démocratique ».

¹²⁵³ Art. 23 al. 1 Const. bén : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion, de culte, d'opinion et d'expression dans le respect de l'ordre public établi par la loi et les règlements. L'exercice du culte et l'expression des croyances s'effectuent dans le respect de la laïcité de l'Etat ».

¹²⁵⁴ Art. 26 al. 1 : « L'Etat 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 ».

Art. 126 al. 2 : « L'homme et la femme sont égaux en droit. L'Etat protège la famille et particulièrement la mère et l'enfant. Il veille sur les handicapés et les personnes âgées ».

¹²⁵⁵ Art. 143 projet de loi sur le CBPF : « Les deux formes de mariage monogamique et polygamique sont reconnues. Toutefois, les futurs époux doivent faire une option préalablement à la célébration du mariage ».

¹²⁵⁶ Actuel art. 1030 CBPF

prévues...La Cour constitutionnelle en a déduit que l'article 143¹²⁵⁷ tel que libellé était contraire à la Constitution.

1169. Sur l'interprétation des principes d'égalité et de non-discrimination en droit de la famille, les avis sont partagés et les interprétations sont plus l'expression d'un choix politique et social que d'une conformité à une règle de droit.

1170. La Cour constitutionnelle a fait observer sur l'ensemble de la loi, que certaines dispositions étaient conformes à la Constitution sous réserve d'observations, que d'autres y étaient contraires et qu'enfin les autres y étaient conformes.

1171. Au titre des dispositions conformes sous réserve d'observations, l'on peut citer l'article 399 alinéa 2¹²⁵⁸ qui comportait la mention « ...suivant les dispositions du code des obligations civiles et commerciales ». Un tel code n'existant pas dans notre législation, la Cour a suggéré de remplacer cette formulation par celle-ci « suivant les textes en vigueur ».

1172. La Cour a déclaré non conformes à la Constitution, notamment à l'article 26, les dispositions qui faisaient référence au mariage polygamique. Dans le même ordre d'idées, la disposition qui obligeait la femme mariée à porter le nom de son mari, a été déclarée contraire à la Constitution en ce qu'elle ne permet pas à la femme de conserver son nom de jeune fille à l'instar du mari. La Cour précise que le mariage ne doit pas faire perdre son identité à la femme mariée et que celle-ci doit pouvoir garder son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari¹²⁵⁹. La Cour a enfin déclaré que les articles conformes à la Constitution sous réserve d'observations comme ceux qui n'y étaient pas conformes étaient inséparables de l'ensemble du texte de la loi, ce qui signifie que la loi ne pouvait être promulguée¹²⁶⁰. Celle-ci retourna donc à l'Assemblée Nationale pour être mise en conformité avec la Constitution. Cette procédure achevée, la loi fut à nouveau soumise au contrôle de constitutionnalité de la haute juridiction. Constatant que toutes les dispositions avaient été mises en conformité, la Cour jugea la loi conforme à la Constitution en toutes ses dispositions¹²⁶¹.

1173. Toujours au nom du principe de l'égalité, la Cour constitutionnelle du Bénin a été appelée à se prononcer sur les dispositions du code pénal qui réprimaient l'adultère et l'abandon de domicile conjugal¹²⁶². Celles-ci créaient une disparité de traitement entre l'homme et la femme tant en ce qui concerne les éléments constitutifs du délit, la poursuite de

¹²⁵⁷ Actuel art. 143 CBPF : « Seul le mariage monogamique est reconnu ».

¹²⁵⁸ Actuel art. 398 al. 2 CBPF

¹²⁵⁹ Décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002

¹²⁶⁰ Art. 30 Loi organique sur la Cour constitutionnelle

¹²⁶¹ Décision DCC 04-083 du 20 août 2004

¹²⁶² Art. 336 à 339 du Code Pénal en vigueur en République du Bénin

l'infraction et la peine encourue. Ces articles accordaient des conditions plus favorables à l'homme qu'à la femme. Le mari n'était reconnu coupable d'adultère que s'il entretenait une concubine au domicile conjugal. La femme coupable d'adultère risquait une peine d'emprisonnement alors que le mari coupable n'était condamné qu'à une amende. Par ailleurs, ces articles évoquaient les mariages polygamiques et les mariages célébrés selon les coutumes. La Cour constitutionnelle rendit sa décision¹²⁶³ en se fondant sur le fait que toute différence de traitement entre l'adultère de l'homme et de la femme est contraire aux articles 26 de la Constitution, aux articles 1 et 2 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des peuples et qu'en conséquence, les articles 336 et 339 du Code Pénal étaient contraires à la Constitution.

1174. Le fait d'autoriser les requêtes individuelles ouvre de façon toute spécifique la voie à la matière civile car elle permet aux particuliers de se plaindre non seulement des violations directes commises par les Etats, mais aussi des violations commises par d'autres particuliers. De même, l'extension des compétences des cours constitutionnelles aux actes réglementaires constitue l'un des moyens favorisant une meilleure protection des droits et libertés¹²⁶⁴.

1175. Toutefois, en matière de droit de la famille, les décisions des organes constitutionnels sont assez timides. Le contrôle constitutionnel est plus riche de décisions en matière administrative, électorale, pénale que civile car c'est par l'administration que les grands principes de liberté et d'égalité sont le plus fréquemment mis en péril. La limitation ou l'impossibilité des recours individuels dans le domaine familial est en cause mais il est possible aussi de rechercher la faiblesse de la protection des droits civils dans l'organisation des procédures de contrôle constitutionnel.

B – L'aménagement du contrôle constitutionnel, obstacle à la protection effective des droits civils

1176. Le principal reproche que l'on peut faire au Conseil constitutionnel sénégalais est l'impossibilité pour les particuliers d'être associés à la procédure de contrôle de constitutionnalité par voie d'action. Si le pouvoir exécutif dispose d'une majorité confortable au Parlement, des lois peuvent purement et simplement échapper à la censure du Conseil avant leur entrée en vigueur. Ce n'est pas parce qu'une loi est votée qu'elle est forcément conforme à la constitution. Son application peut postérieurement donner lieu à une violation

¹²⁶³ Décision DCC 09-081 du 30 juillet 2009

¹²⁶⁴ Abdoulaye DIARRA, « La protection constitutionnelle des droits et libertés en Afrique noire francophone depuis 1990, Les cas du Mali et du Bénin », op.cit. p.26

ou à une contradiction avec d'autres textes antérieurs. Il est difficilement acceptable, lorsqu'aucun recours n'a été formé ou bien que le délai a expiré, qu'une loi manifestement inconstitutionnelle continue à être appliquée. Même en cas de contrôle de constitutionnalité effectué, la garantie des droits ne doit pas cesser après l'examen de la loi par le juge constitutionnel.

1177. Le contrôle par voie d'exception peut alors apparaître comme la seule alternative possible mais en fait, il s'agit aussi d'une procédure trop restrictive à l'égard des particuliers. Il faut attendre que le litige soit porté devant la Cour suprême pour espérer voir la disposition en cause censurée. Il sera alors difficile voire impossible de remettre en cause une norme juridique qui n'a déjà pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité (par exemple si la loi a été votée à l'unanimité dans un système où seules les autorités politiques peuvent exercer le recours).

1178. L'impossibilité ou la difficulté pour le citoyen d'accéder à la juridiction constitutionnelle est, une lacune ressentie surtout « en matière de protection des droits de l'homme où celui-ci est la principale victime des violations »¹²⁶⁵.

1179. La justice constitutionnelle sénégalaise est caractérisée par son décalage avec la dynamique démocratique¹²⁶⁶. Le Conseil constitutionnel apparaît comme une institution fermée puisqu'il ne peut être saisi que par un nombre restreint de personnalités (le Président de la République ou un groupe de députés constituant au moins un dixième des membres de l'assemblée). Ces dernières n'ont, très souvent, aucun intérêt à saisir le conseil constitutionnel puisqu'elles sont à l'origine du vote des lois dont il faut examiner la constitutionnalité¹²⁶⁷. Il faut noter que la Constitution sénégalaise limite le pouvoir parlementaire d'initiative législative si bien que les lois et projets de réforme sont adoptés tels que proposés par l'exécutif sans une modification significative¹²⁶⁸. De plus, le Conseil constitutionnel ne se saisit pas d'office et n'exerce ses attributions que s'il est saisi à cet effet.

1180. Près d'un quart des affaires qui parviennent au Conseil constitutionnel en dépit de ces restrictions sur sa saisine aboutissent à des décisions d'incompétence ou de forclusion¹²⁶⁹. Ce taux fort élevé des décisions d'incompétence est principalement dû à l'interprétation trop littérale par le Conseil constitutionnel des textes qui organisent sa compétence ainsi qu'à

¹²⁶⁵ René DEGNI-SEGUI, *Les droits de l'homme en Afrique Noire francophone (Théories et réalités)* – Abidjan, 1998. p. 73

¹²⁶⁶ *Sénégal, Le secteur de la justice et l'État de droit*, étude réalisée par AfriMAP et OSIWA, novembre 2008, p.6

¹²⁶⁷ Idem. p.6

¹²⁶⁸ Idem, p.9, voir également Art. 82 Const. sén.

¹²⁶⁹ Ibidem, p.7

l'approche très restrictive de son rôle. Sa jurisprudence montre que le Conseil s'est très souvent enfermé dans le sens littéral des textes de compétence et qu'il a développé une propension à assimiler compétence d'attribution et compétence exclusive. Le nombre élevé des décisions d'incompétence est également justifié par l'ignorance par les acteurs sociaux ou politiques des textes qui organisent les attributions et le fonctionnement du Conseil¹²⁷⁰.

1181. De plus, la particularité du Sénégal en matière de droit de la famille¹²⁷¹, ajoutée à cette restriction des procédures de saisine rend quasi-impossible tout contrôle de conformité du code de la famille, de même que toute décision visant à l'interprétation des dispositions de ce code par rapport à la Constitution. Cette particularité provient du fait que le code de la famille a été adopté dans un contexte où les principes de liberté personnelle et d'égalité n'avaient pas encore connu un développement important dans les systèmes africains. De même, l'importance du contrôle de constitutionnalité des lois comme critère de démocratie n'était pas vraiment appliquée. Par ailleurs, le Sénégal ayant adopté une nouvelle Constitution en 2001, il aurait été intéressant d'avoir un système de contrôle de constitutionnalité plus ouvert qui permette de contrôler la constitutionnalité des lois antérieures à la promulgation de la nouvelle Constitution. Dans le système constitutionnel tel qu'il se présente actuellement, il y aura certainement peu de chance que des dispositions législatives portant sur les droits personnels ou des droits familiaux soient portées à la censure du Conseil constitutionnel.

1182. De façon générale, il est à remarquer que les organes constitutionnels se penchent avec une certaine timidité sur les questions relatives notamment aux droits des personnes et de la famille. Par exemple les dispositions constitutionnelles consacrant l'égalité de tous devant la loi de même que celles selon lesquelles les hommes et les femmes sont égaux en droit¹²⁷² n'ont jamais servi de fondement à aucune décision du Conseil constitutionnel sénégalais en matière de droit de la famille.

1183. L'efficacité de la justice constitutionnelle réside également au niveau de l'exécution des décisions. Il faut veiller à ce que les autorités administratives et juridictionnelles se conforment aux prescriptions constitutionnelles¹²⁷³. La Cour constitutionnelle béninoise bien que disposant de larges prérogatives en matière de violations des droits humains, n'a pas le droit de prononcer des sanctions. Il appartient à chaque requérant, muni de la décision de la Cour de se présenter devant un autre juge pour que ce dernier, auquel la décision de la Cour

¹²⁷⁰ *Sénégal, Le secteur de la justice et l'État de droit*, op.cit. p. 7

¹²⁷¹ La particularité du droit sénégalais de la famille est aussi liée à l'influence des règles du droit musulman

¹²⁷² Art. 1 et 7 Const. sén

¹²⁷³ Abdoulaye DIARRA, « La protection constitutionnelle des droits et libertés en Afrique noire francophone depuis 1990, Les cas du Mali et du Bénin », op.cit. p.29

s'impose, prenne les mesures pénales, civiles ou administratives conséquentes. Mais, généralement, plusieurs requérants arrêtent la procédure au niveau de la décision de la Cour constitutionnelle. Ce qui est dommage dans une logique de sanction effective des violations des droits de l'homme¹²⁷⁴.

1184. Les différents modes de saisine et l'extension du bloc de constitutionnalité présentent des risques dont le plus important est l'instauration d'un gouvernement des juges. Le risque encouru «se trouve dans la liberté que le juge constitutionnel s'octroie, non d'appliquer la Constitution, ou de l'interpréter même de façon constructive, mais, sous quelque nom que ce soit, de la compléter sinon de la corriger par des règles qui sont sa propre création»¹²⁷⁵. Le second risque réside dans le fait que les décisions des organes constitutionnels ne sont susceptibles d'aucun recours et s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles¹²⁷⁶. Même si cette disposition se justifie par le caractère d'instance suprême des organes constitutionnels, le risque existe que ces organes rendent des décisions contestables au regard du droit.

1185. La Cour constitutionnelle du Bénin a ainsi pu rendre en matière de droit de la famille, une décision sujette à discussion. Saisie d'une requête lui demandant de déclarer inconstitutionnelle la circulaire A.P. 128 du 19 mars 1931, aux motifs que ladite circulaire comportait dans la quasi-totalité de ses chapitres, des dispositions contraires à la Constitution en ce qu'elles violaient notamment la liberté, l'intégrité de la personne, l'égalité de tous devant la loi et l'égalité de l'homme et de la femme, les juges ont considéré que ladite circulaire était une compilation des coutumes du Bénin, que les règles qui y sont énoncées n'étaient pas des articles de code¹²⁷⁷.

1186. Ils en ont déduit que la circulaire n'avait pas force obligatoire et qu'elle ne relevait pas en conséquence de la catégorie des actes émanant du pouvoir exécutif et susceptibles d'être soumis au contrôle de constitutionnalité et que dès lors, il n'y avait pas lieu à statuer.

1187. Ce faisant, les juges ont, semble-t-il ignoré le fait que les dispositions du coutumier servaient de fondement aux décisions des juges ordinaires dans le cas de litiges familiaux pour les personnes soumises au statut de droit traditionnel. Ils n'ont pas tenu compte du fait que depuis la colonisation, la justice indigène appliquait les coutumes locales. En effet, si la circulaire en cause se voulait un état des lieux des dispositions coutumières, c'était en vue de

¹²⁷⁴ Gilles BADET, « Justice pénale traditionnelle et droits de l'homme : Quelques réflexions autour d'une décision de la Cour constitutionnelle du Bénin », Publication OSIWA/AfriMAP, octobre 2005, p.6

¹²⁷⁵ Georges VEDEL cité par Yann ANGUILA, in « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », Pouvoirs n° 13, p.9

¹²⁷⁶ Art. 124 Const. bén.

¹²⁷⁷ Décision DCC 96-063 du 26 septembre 1996

leur meilleure utilisation par les tribunaux et plus tard en vue de leur codification. « ... ceux-ci (les juges) s'y reporteront sans cesse pour prendre des sentences... »¹²⁷⁸. Ces recueils devaient servir à donner aux juges, une base suffisamment ferme compte tenu du caractère oral et diversifié des traditions coutumières. En réalité, la circulaire 128 A.P. était une lettre du Gouverneur-général de l'AOF¹²⁷⁹ à l'ensemble des Lieutenant-gouverneurs des colonies du groupe. Il leur était demandé de faire des recherches sur les coutumes des peuples de leur localité par rapport à un certain nombre de questions. Ces questions concernaient la famille, le mariage, la filiation, la tutelle, la propriété, la succession, les contrats, la prescription et la responsabilité civile¹²⁸⁰. Les matières sur lesquelles portaient ces questions prouvaient suffisamment qu'elles concernaient l'état des personnes et relevaient du domaine de la loi. Ce sont les réponses à ces questions qui avaient été consignées dans le Coutumier du Dahomey. Ces recueils aux dires du Gouverneur, seraient à l'usage des juges pour leur formation et leurs sentences. Ils avaient pour but de « ...rechercher la teneur exacte et de dresser une sorte d'inventaire méthodique des dispositions coutumières orales qui, jusqu'à ce jour, ont constitué la seule source des jugements rendus par nos tribunaux indigènes »¹²⁸¹.

1188. Les conseillers de la Cour constitutionnelle ont rendu leur décision sur la base d'une erreur de fait tendant à confondre la Circulaire (lettre du Gouverneur) et le Coutumier du Dahomey (Document rédigé en réponse à cette circulaire). Ils ont aussi occulté le fait que des dispositions du Coutumier continuaient à servir de fondement aux jugements rendus par les tribunaux. De plus, en fondant leur décision sur le fait que le Coutumier ne relevait pas de la catégorie des actes émanant du pouvoir exécutif, ils ont ignoré le fait qu'ils pouvaient se prononcer plus généralement sur les violations des droits de la personne humaine¹²⁸². Ils auraient par exemple pu relever le fait qu'en recourant au Coutumier, les juges ordinaires violaient ainsi la Constitution en son article 126¹²⁸³.

1189. A la décharge des conseillers de la Cour constitutionnelle, l'on peut faire observer qu'à l'époque de ce recours, le nouveau code de la famille n'avait pas encore été voté et que reconnaître dans ces conditions, l'inconstitutionnalité du Coutumier du Dahomey aurait créé un vide juridique dans un contexte de dualité marqué par l'existence du code civil français et

¹²⁷⁸ Firmin MEDENOUVO, *Coutumier du Dahomey*, Ed. Présence Béninoise, Paris 2004, Lettre du Gouverneur, p.22

¹²⁷⁹ A.O.F. : Afrique Occidentale Française

¹²⁸⁰ Firmin MEDENOUVO, *Coutumier du Dahomey*, op.cit. Lettre du Gouverneur, p.13, Questionnaire, p.25

¹²⁸¹ Idem. Lettre du Gouverneur, p. 23

¹²⁸² Art. 121 Const. bén.

¹²⁸³ Art. 126 Const. bén. « ...Les juges ne sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions qu'à l'autorité de la loi... ».

des dispositions coutumières applicables aux personnes de statut indigène. C'est peut-être cette crainte qui a conduit les conseillers à développer un argumentaire leur évitant de statuer sur la requête.

1190. A preuve, la loi finalement votée portant code des personnes et de la famille ne manquera pas de préciser dans ses dispositions finales que les coutumes cessent d'avoir force de loi en toutes matières régies par le présent code¹²⁸⁴, un peu comme pour corriger l'erreur des conseillers de la Cour constitutionnelle et trancher définitivement la question du sort du Coutumier du Dahomey.

1191. Sur le contrôle de constitutionnalité de la loi portant code des personnes et de la famille du Bénin¹²⁸⁵, il est à remarquer que dans les cas où la requérante évoquait une contrariété au principe d'égalité ou une non-conformité à la Constitution, sans toutefois produire une argumentation, les conseillers de la Cour ont, aux termes de brefs « considérant » réaffirmé que lesdites dispositions n'avaient rien de contraire à la Constitution comme s'ils étaient juges de la pertinence des arguments développés par la requérante alors que dans le cas d'espèce, il leur revenait surtout de vérifier la conformité à la Constitution d'une loi qui venait d'être votée. Il est alors permis de s'interroger sur la position qu'auraient adoptée les juges sur la constitutionnalité de la polygamie en l'absence de ce recours introduit par un député en marge du contrôle de constitutionnalité demandé par le Président de la République.

1192. S'il est permis de saluer le travail de la Cour constitutionnelle du Bénin sur le contrôle de constitutionnalité du code des personnes et de la famille, l'on peut aussi redouter qu'en plaçant la famille sous le contrôle de l'Etat à travers une haute instance judiciaire, l'on en vienne à un pouvoir ou une justice ignorant les réalités familiales et sociales d'où la nécessité que cette justice soit de proximité. Celle-ci devrait être réalisée sur le plan constitutionnel en donnant la possibilité aux justiciables de saisir l'organe constitutionnel pour les questions relatives à l'application de leurs droits civils.

1193. Le juge constitutionnel doit, par ailleurs, à travers ses décisions, afficher son indépendance par rapport aux majorités et minorités politiques. La constance de la jurisprudence constitutionnelle doit prévaloir sur une évolution imprudente liée à des changements de circonstance¹²⁸⁶. Cette constance doit permettre d'éviter surtout en matière de droits des personnes, des décisions variant au gré des comportements des individus ou des

¹²⁸⁴ Art. 1030 CBPF

¹²⁸⁵ Décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002 précitée

¹²⁸⁶ Abdoulaye DIARRA, « La protection constitutionnelle des droits et libertés en Afrique noire francophone depuis 1990, Les cas du Mali et du Bénin », op.cit. p.29

opinions des politiques. La principale préoccupation afférente à l'organisation des procédures de contrôle de constitutionnalité en général, c'est de savoir, lorsqu'il arrive que des décisions rendues par les organes de contrôle constitutionnel soient contestables, s'il existe d'autres solutions ou voies de recours dont disposent encore les justiciables. La question des droits civils des personnes quitte alors le domaine national pour se porter vers des organes internationaux.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Chapitre II : La protection internationale des droits civils et familiaux

1195. L'application des règles de droit civil est complétée et parfois concurrencée par les règles de droit international. Le droit international tantôt universel, tantôt régional impose un cadre précis et souple de protection des droits des individus au sein de la famille. Cette souplesse du cadre normatif des droits des individus au sein de la famille s'explique par la diversité des conceptions de la famille dans les cultures et systèmes socio-politiques reconnus par l'ONU et les organisations régionales. Ces systèmes ont néanmoins en commun l'adoption d'un modèle de famille basé sur le mariage et le patriarcat.
1196. Il n'existe pas de textes internationaux spécifiques à la famille. Les instruments prônant les droits de l'homme consacrent accessoirement des dispositions à la famille et à la protection de ses membres les plus faibles. Dans les textes régionaux en revanche, les références à la famille sont plus visibles. Il est donc possible si le respect des textes internationaux est garanti, de parvenir à l'effectivité des droits des personnes, en général et des droits qui leur sont reconnus au sein de la famille en particulier.
1197. La recherche d'effectivité des droits civils au plan international passe par l'efficacité des systèmes mis en place pour assurer la réalisation des objectifs fixés dans les conventions internationales, la pertinence de la procédure adoptée au plan interne par les Etats pour l'application des textes internationaux et enfin la possibilité offerte aux individus d'évoquer devant une justice internationale, le bénéfice des droits reconnus dans ces textes. L'analyse de ces différents procédés conduira à aborder les mécanismes internationaux de respect des conventions relatives aux droits civils (Section I) et le respect des conventions internationales au sein des Etats (Section II).

Section I : Les mécanismes internationaux de respect des conventions relatives aux droits civils

1198. L'élaboration et la ratification de textes internationaux sont très vite apparues comme insuffisantes à assurer l'effectivité des droits qu'ils énoncent. Les institutions internationales émanant des Nations-Unies ont mis en place des Protocoles qui créent des Comités chargés de veiller à une meilleure application de ces textes. Ces Protocoles visent à mieux assurer la mise en œuvre des conventions ratifiées.
1199. Ils précisent les moyens pour réaliser les objectifs des textes internationaux (Paragraphe 1) et les procédures à mettre en œuvre en cas de violations des obligations des Etats ou des droits énoncés (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La réalisation des objectifs fixés par les textes internationaux

1200. Les textes internationaux fixent des objectifs, mais n'imposent pas de recourir à un procédé technique particulier¹²⁸⁷ pour les réaliser. Les objectifs recherchés par les institutions internationales en matière de droits des personnes visent à assurer le respect universel et effectif des droits et des libertés qu'elles consacrent. Dans ce domaine, le procédé couramment utilisé pour la réalisation de ces objectifs passe par l'énumération des obligations à la charge des Etats (A) ainsi que la création de structures chargées de veiller à la mise en place des recommandations des conventions (B).

A – Les obligations des Etats

1201. Les conventions internationales portant sur les droits des personnes ne se limitent pas seulement à la proclamation de ces droits. Elles énoncent également des obligations pour les Etats signataires. « ... L'obligation de respecter les droits qui requiert de l'Etat de s'abstenir d'intervenir dans la jouissance des droits, L'obligation de protection qui impose à l'Etat de prévenir et de sanctionner toute violation de ces droits par les tiers, L'obligation de réalisation qui implique que l'Etat adopte les mesures appropriées, notamment les mesures législatives, budgétaires et judiciaires nécessaires à la réalisation complète de ces droits... »¹²⁸⁸.

1202. Sur les questions familiales, les conventions signées par les Etats reconnaissent le droit à une famille ou une vie familiale et tiennent l'Etat comme responsable de la protection de cette famille. Elles imposent aux Etats, l'obligation de protéger les familles et les membres qui les composent. Il existe une obligation positive pour les Etats de régler les relations familiales d'une manière qui tienne en équilibre l'intérêt général (en l'occurrence une politique familiale conforme à l'intérêt social) et les intérêts de l'individu¹²⁸⁹.

1203. La reconnaissance des droits ne concerne pas seulement la protection des individus contre les ingérences de l'Etat, mais implique de la part de celui-ci, l'obligation positive de les protéger contre les atteintes ou abus de droit perpétrés à leur égard par des tiers. Cette protection se fait soit par la voie législative, soit en leur fournissant la possibilité d'un recours devant une juridiction nationale ou le cas échéant, en intervenant d'office¹²⁹⁰.

¹²⁸⁷ André MOREL, Protection des droits fondamentaux et systèmes juridiques, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Colloque International, op.cit. p. 317

¹²⁸⁸ LAGOUTTE (S.) (dir.), BENGALY (A.), YOURA (B.), FALL (P. T.) et ALEXIS (M.), Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes en Afrique de l'Ouest francophone, op.cit. p. 14

¹²⁸⁹ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale, op.cit., p.190. Voir arrêt Johnson et arrêt Ress 1986

¹²⁹⁰ Idem, p.192. Voir art 13 CESDHLF

1204. Des obligations positives imposées aux Etats sont donc inhérentes à un respect effectif de la vie privée et familiale¹²⁹¹. C'est d'abord à travers les droits et libertés d'autrui que se trouve non seulement le droit mais aussi le devoir pour l'Etat de protéger contre les excès d'un individualisme exacerbé, les droits réciproques des membres de la communauté la plus intime qui soit, la famille¹²⁹². La DUDH¹²⁹³ prohibe ainsi les immixtions arbitraires dans la vie privée et familiale et la protection de la loi contre ces immixtions. En reconnaissant à la famille, le droit à la protection de l'Etat, la Déclaration crée à la charge de ce dernier, un devoir de protection de la famille¹²⁹⁴.

1205. Toutes les autres conventions relatives aux droits des personnes bien que n'étant pas spécifiques à la famille, recommandent aux Etats de respecter et de garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans ces conventions¹²⁹⁵. Elles mettent aussi l'accent sur la protection de la famille¹²⁹⁶. Les Etats doivent prendre des mesures législatives ou toute autre mesure pour donner effet aux droits, mettre à disposition des personnes dont les droits sont violés, un recours individuel et assurer les mêmes droits à tous¹²⁹⁷. Certaines conventions imposent des mesures plus spécifiques d'ordre international afin d'assurer la réalisation des droits, notamment la conclusion de conventions, l'adoption de recommandations, la fourniture d'une assistance technique et l'organisation, en liaison avec les gouvernements intéressés, de réunions régionales et de réunions techniques aux fins de consultations et d'études¹²⁹⁸. Les Etats sont également invités à prendre des mesures pour garantir contre l'interprétation erronée des conventions, interprétations pouvant conduire à une limitation ou à une restriction des droits reconnus¹²⁹⁹.

1206. Les conventions portant sur des objectifs plus spécifiques imposent aussi aux Etats, des obligations en rapport avec ces objectifs. Ainsi, la Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes recommande aux Etats de prendre des mesures condamnant les discriminations sous toutes leurs formes et d'adopter des politiques pour les

¹²⁹¹ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale, p.193

¹²⁹² Idem. p.192

¹²⁹³ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Art. 12

¹²⁹⁴ Art. 16 DUDH

¹²⁹⁵ Voir art 2 PIRDCP,

¹²⁹⁶ Art. 23 PIRDCP, art. 10 al.1 PIRDESC

¹²⁹⁷ Art. 2 et 3 PIRDCP, art. 2 PIRDESC

¹²⁹⁸ Art. 23 PIRDESC

¹²⁹⁹ Art. 5 PIRDESC

éliminer. Ils doivent assurer particulièrement aux femmes, les mêmes droits en matière de mariage, les mêmes droits et responsabilités pour les questions relatives aux enfants¹³⁰⁰.

1207. La Convention relative aux droits des enfants recommande aux Etats de prendre toutes les mesures appropriées pour assurer aux enfants, une protection effective contre toute forme de discrimination ou de sanction motivée par la situation de leurs parents, de leurs représentants légaux ou des membres de leur famille¹³⁰¹. Les Etats doivent tenir compte de l'intérêt supérieur des enfants comme une considération primordiale dans toute décision les concernant¹³⁰². Les États parties à cette convention s'engagent aussi à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être et doivent prendre à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées¹³⁰³. Les Etats doivent une aide et une protection spéciales aux enfants temporairement ou définitivement privés de leur milieu familial ou qui ne peuvent, dans leur propre intérêt, être laissés en ce milieu¹³⁰⁴.

1208. Au plan régional, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) reste le principal instrument juridique de consécration des droits civils des personnes en Afrique. La famille elle-même en tant qu'entité, ou institution n'a dans la Charte africaine qu'une attention d'ordre général¹³⁰⁵, invitant l'Etat à la protéger et à l'assister. Quant aux éléments qui la composent (la mère, donc la femme, et l'enfant), ils ont obtenu une attention particulière à travers d'autres textes spécifiques pris aux termes de l'article 66 de la Charte¹³⁰⁶. La Charte évoque d'ailleurs le devoir pour l'Etat de protéger les droits des femmes et des enfants, même ceux stipulés dans les autres conventions et déclarations internationales¹³⁰⁷.

1209. Parmi les textes adoptés en complément à la Charte africaine, figure le Protocole relatif aux droits de la femme en Afrique. Il invite les Etats à prendre les mesures appropriées et effectives pour entre autres, adopter et renforcer les lois interdisant toutes formes de violence à l'égard des femmes¹³⁰⁸. Les Etats doivent prendre des mesures législatives pour éliminer les pratiques néfastes qui affectent négativement les droits des femmes¹³⁰⁹. Des

¹³⁰⁰ Art. 16 CEFDEF

¹³⁰¹ Art. 2 CRDE

¹³⁰² Art. 3 CRDE

¹³⁰³ Art. 3 CRDE

¹³⁰⁴ Art. 20 CRDE

¹³⁰⁵ Art. 18 CADHP

¹³⁰⁶ Aux termes de l'article 66 de la CADHP « Des protocoles ou accords particuliers pourront, en cas de besoin, compléter les dispositions de la présente Charte ».

¹³⁰⁷ Art. 18 CADHP

¹³⁰⁸ Art. 4 Protocole à la CADHP relatif aux droits de la femme

¹³⁰⁹ Art. 5 Protocole à la CADHP relatif aux droits de la femme

mesures législatives appropriées doivent être également prises par les Etats, pour garantir à l'homme et à la femme, les mêmes droits en matière de mariage, d'obligations familiales, de divorce ou de séparation de corps, et encourager la monogamie comme forme privilégiée de mariage¹³¹⁰. Les Etats doivent également identifier les causes et les conséquences des violences faites aux femmes et prendre des mesures pour les prévenir et les éliminer¹³¹¹. La particularité du Protocole est l'obligation faite aux Etats d'éliminer les discriminations faites aux femmes et la spécification des moyens pour y parvenir.

1210. La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant énonce les obligations des Etats en son article 1. Il s'agit surtout de prendre toutes les mesures nécessaires (législatives ou autres), conformément aux procédures constitutionnelles et à la Charte, pour donner effet aux dispositions de la Charte. Il s'agit aussi de décourager toute coutume, tradition, pratique culturelle ou religieuse incompatible avec les droits, devoirs et obligations énoncés dans la Charte.

1211. L'on retiendra que d'une façon générale, les différentes conventions imposent aux Etats parties, une obligation de mise en œuvre des droits reconnus. Il leur est demandé de prendre toutes les mesures appropriées en vue de donner effet aux dispositions des conventions.

1212. Il faut aussi souligner l'obligation pour les Etats parties à certaines conventions de présenter des rapports périodiques sur les mesures prises pour donner effet aux droits reconnus dans les conventions et aux recommandations faites aux Etats¹³¹². Mais certains pays ne respectent pas cette obligation ou ont du retard dans la présentation des rapports¹³¹³. Il faut malheureusement remarquer que les recommandations à l'égard des Etats manquent de caractère contraignant.

1213. Les rapports, lorsqu'ils sont présentés, doivent être examinés par des experts indépendants soucieux du respect effectif des droits d'où l'institution des Comités Spéciaux.

¹³¹⁰ Art. 6 et 7 Protocole à la CADHP relatif aux droits de la femme

¹³¹¹ Art. 4 Protocole à la CADHP relatif aux droits de la femme

¹³¹² Art. 40 PIRDCP : Les Etats parties au Pacte doivent présenter un rapport sur les mesures qu'ils ont prises pour donner effet aux droits, dans le délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur du Pacte puis par la suite chaque fois que le Comité en fera la demande.

Art. 16 et 17 PIRDESC : Les Etats parties présentent leurs rapports dans le délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur du Pacte puis selon un programme qu'établira le Conseil Economique et Social.

Art. 18 CEFDEF : Présentation de rapports dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la Convention dans l'Etat intéressé puis tous les quatre ans, ainsi qu'à la demande du Comité.

Art. 44 CRDE : Présentation de rapports par l'Etat dans les deux ans à compter de la date de l'entrée en vigueur de la Convention puis par la suite, tous les cinq ans.

Art. 62 CADHP : Présentation de rapports tous les deux ans par chaque Etat à la Commission

Art. 43 CADBEE : Présentation de rapports dans les deux ans qui suivent l'entrée en vigueur de la Charte pour l'Etat partie concerné, ensuite, tous les trois ans.

¹³¹³ Sénégal, Le secteur de la justice et l'Etat de droit. Etude réalisée par AfriMAP et OSIWA, Nov. 2008. p.3

L'effet de ces rapports n'est pas négligeable. Ils contraignent indirectement les Etats signataires à s'expliquer sur l'état de leur législation et la pratique de leurs autorités. La création des Comités participe ainsi à la mise en œuvre des objectifs fixés par les conventions.

B – La création de comités chargés de la mise en application des textes

1214. La nécessité de créer des comités ou des commissions a été inspirée par les textes des Nations-Unies. La Charte des Nations-Unies impose aux Etats, l'obligation de promouvoir le respect universel et effectif des droits et libertés de l'homme. En vue d'assurer le respect effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, les Nations-Unies se sont dotés d'un organe, le Conseil Economique et Social dont l'une des attributions est de faire des recommandations dans ce domaine¹³¹⁴.

1215. Plus récemment, la commission des droits de l'homme a été remplacée par le Conseil des droits de l'homme. C'est la résolution 60/251 du 15 mars 2006 qui a créé ce Conseil. Comme la précédente commission, le Conseil a une double procédure. Une procédure quasi-juridictionnelle qui lui permet d'examiner les violations des droits de l'homme, notamment lorsqu'elles sont flagrantes et systématiques et de faire des recommandations¹³¹⁵. Une procédure politique qui lui permet de procéder à un examen périodique universel, sur la foi d'informations objectives et fiables, du respect par chaque État de ses obligations et engagements en matière de droits de l'homme de façon à garantir l'universalité de son action et l'égalité de traitement de tous les États¹³¹⁶. C'est ainsi par exemple qu'au cours de son rapport de 2008, le Conseil a fait des recommandations au Bénin¹³¹⁷. Le Bénin a accepté trente-trois (33) des trente-quatre (34) recommandations qui lui ont été faites. La dernière était relative à la dépenalisation des relations homosexuelles. Sur ce point, le représentant de la section des droits de l'homme du Bénin a expliqué qu'en l'état actuel du droit béninois, il était difficile de l'envisager parce que le phénomène restait marginal et qu'aucune juridiction n'avait entamé de poursuites pour de tels faits.

1216. A la suite de la Charte des Nations-Unies et des Conseils de l'ONU qui contribuent au respect des droits des personnes (Conseil Economique et Social d'une part, et Conseil des Droits de l'Homme d'autre part), les principaux textes consacrant les droits des personnes ont institué des organes chargés de veiller au respect et à l'application des droits qu'ils énoncent. Les modalités et les rôles de ces organes ont été complétés par des protocoles facultatifs. Le

¹³¹⁴ Art. 62 -2 Charte des Nation-Unies

¹³¹⁵ Point 3 Résolution 60/251 AG des Nations-Unies

¹³¹⁶ Point 5-e Résolution 60/251 AG des Nations-Unies

¹³¹⁷ Conseil des droits de l'homme, Examen périodique universel, 12 juin 2008

Pacte international relatif aux droits civils a institué un Comité des Droits de l'Homme¹³¹⁸. Ce Comité a entre autres pour missions, d'étudier les rapports que les Etats doivent produire, à sa demande, sur les mesures arrêtées pour donner effet aux droits reconnus dans le Pacte. Le Comité étudie les rapports des Etats et leur présente ses observations. Il peut également transmettre ces rapports et ses observations au Conseil Economique et Social¹³¹⁹.

1217. Dans le cadre du Pacte relatif aux droits économiques (PIRDESC), les Etats doivent présenter des rapports au Secrétaire Général de L'ONU qui en transmet copie au Conseil Economique et Social pour examen¹³²⁰. Le Conseil Economique peut à son tour renvoyer à la Commission des Droits de l'homme, les rapports qu'il a reçus des Etats et qui concernent les droits de l'homme¹³²¹.

1218. La Convention sur l'élimination des discriminations à l'égard des femmes a aussi institué un Comité chargé d'examiner les progrès réalisés dans l'application de ladite convention et d'étudier les rapports produits par les Etats¹³²². « Le comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes est critique vis-à-vis de la multiplicité des systèmes de droit de la famille. Selon le Comité, dans de tels systèmes, les lois ou les coutumes (ou autres normes informelles), régissant le statut personnel, varient selon l'identité de l'individu, en fonction par exemple de son appartenance ethnique ou sa religion...Le Comité demande aux Etats d'adopter sous forme écrite, un code de la famille ou des lois relatives au statut personnel qui garantissent l'égalité des époux ou des concubins, indépendamment de leur appartenance religieuse ou ethnique ou du groupe dont ils font partie »¹³²³. Il en est de même de la Convention relative aux droits de l'enfant qui a également institué un Comité pour examiner les progrès accomplis par les Etats dans l'exécution des obligations contractées dans le cadre de cette convention¹³²⁴.

1219. Au plan régional, la Charte africaine s'est dotée d'une Commission des droits de l'homme et des peuples¹³²⁵ chargée de promouvoir les droits de l'homme et d'assurer leur protection en Afrique. Elle peut à cet effet, faire des études sur les problèmes des droits de l'homme en Afrique, donner des avis et recommandations aux gouvernements, formuler des

¹³¹⁸ Art. 28 PIRDCP

¹³¹⁹ Art. 40 PIRDCP

¹³²⁰ Art. 16 PIRDESC

¹³²¹ Art. 19 PIRDESC

¹³²² Art. 17 et 18 CEFDEF

¹³²³ LAGOUTTE (S.) (dir.), BENGALY (A.), YOURA (B.), FALL (P. T.) et ALEXIS (M.), Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes en Afrique de l'Ouest francophone, op.cit. p. 15. Vr aussi Doudou NDOYE (Dir), *Droit africain de la famille*. Etudes doctrinales. Mélanges africains, op.cit. p. 85

¹³²⁴ Art. 43 et 44 CRDE

¹³²⁵ Art. 30 CADHP

principes et règles qui permettent de résoudre les problèmes juridiques relatifs aux droits de l'homme et qui pourront également servir de base à l'adoption de textes législatifs¹³²⁶. Elle a compétence pour interpréter les dispositions de la Charte à la demande d'un Etat. Il existe également un Comité africain chargé de promouvoir et de protéger les droits et le bien-être des enfants¹³²⁷.

1220. L'institution de ces différents Comités et Commissions ne suffit pas à assurer le respect des droits. Il faut aussi se référer aux dispositions internationales en cas de violations des droits ou de non respect des obligations par les Etats.

Paragraphe 2 : Les procédures internationales mises en place en cas de violation

1221. Il n'existe pas en droit international, un régime autonome identique des procédés par lesquels on sanctionne les manquements aux règles ordinaires du droit. L'instrument international peut demeurer silencieux sur les moyens en vue d'assurer le respect des droits qu'il énonce ou au contraire, instituer des mécanismes spécifiques en cas d'atteintes aux droits qu'il consacre. L'effectivité de la protection varie donc en fonction du système qui préside à la mise en place de l'instrument.

1222. Dans le cas des textes relatifs aux droits des personnes, compétence est donnée aux différents organes pour être saisis en cas de violations des droits (A) mais l'organisation de ces procédures n'assure pas l'efficacité des mesures de sanctions (B).

A – Les pouvoirs reconnus aux différents comités en cas de violations des droits

1223. En dehors des recommandations et de l'analyse des rapports, l'autre mission confiée aux différents Comités est de prendre des mesures en cas de violations des droits. Pour la plupart des conventions, ces mesures ont été détaillées dans des protocoles facultatifs. Ces derniers prévoient un mécanisme international destiné aux Etats ou aux particuliers, victimes ou supposés tels de violations de l'un quelconque des droits énoncés.

1224. Le protocole facultatif¹³²⁸ se rapportant au Pacte International relatif aux droits civils et politiques donne la possibilité à un individu de se plaindre auprès du Comité de la violation par un Etat signataire du protocole des droits garantis à l'individu par le Pacte. Le Comité reçoit et examine les communications émanant des particuliers¹³²⁹. Le Comité des droits de

¹³²⁶ Art. 45 CADHP

¹³²⁷ Art. 32 CADBEE

¹³²⁸ Il existe en réalité deux protocoles relatifs au Pacte sur les droits civils. L'un se rapportant aux victimes de violations et l'autre relatif à la peine de mort.

¹³²⁹ Art. 1 Protocole facultatif se rapportant au PIRDCP

l'homme porte toute communication qui lui est présentée à l'attention de l'Etat prétendu auteur de la violation¹³³⁰. Dans un délai de six (6) mois, l'Etat soumet par écrit au Comité des explications ou déclarations éclaircissant la question et les mesures pour remédier à la situation¹³³¹. Le Comité examine les communications en tenant compte des informations du particulier et de l'Etat en cause¹³³². A la fin de son examen, le Comité fait part de ses constatations à l'Etat partie intéressé et au particulier¹³³³.

1225. Le Pacte relatif aux droits civils a aussi institué une procédure interétatique de réclamation. Tout Etat contractant a la possibilité de déposer une requête auprès du Comité des Droits de l'Homme, au motif du non respect par un autre Etat contractant de ses obligations¹³³⁴. Ces communications pour être examinées, doivent émaner d'Etats ayant fait une déclaration préalable reconnaissant la compétence du Comité à cette fin et concerner des Etats ayant fait la même déclaration. L'Etat accusateur envoie d'abord une communication écrite à l'autre Etat qu'il accuse de ne pas respecter les dispositions du Pacte. Ce dernier a trois (3) mois pour répondre. Si à la fin de ce délai, la question n'est pas réglée à la satisfaction des deux Etats, l'un et l'autre pourront saisir le Comité¹³³⁵. Ce dernier met alors ces bons offices à la disposition des deux Etats afin de parvenir à une solution amiable¹³³⁶. Le Comité présente dans un délai de douze (12) mois à partir de la notification, un rapport indiquant si une solution a été trouvée. A défaut, ce rapport se borne à rappeler les observations des deux Etats parties¹³³⁷. Si une solution n'est pas trouvée à la satisfaction des Etats parties intéressés, le Comité peut, avec leur assentiment préalable, désigner une commission de conciliation ad hoc qui met ses bons offices à la disposition des Etats parties intéressés, afin de parvenir à une solution amiable¹³³⁸. A défaut de règlement amiable, la Commission présente un rapport indiquant les possibilités de règlement. Les Etats parties intéressés font savoir au Président du Comité, dans un délai de trois mois après la réception du rapport, s'ils acceptent ou non les termes du rapport de la Commission¹³³⁹.

1226. Le Comité sur les droits économiques a calqué son fonctionnement sur celui du Comité des droits de l'homme. Il peut recevoir des communications émanant de particuliers

¹³³⁰ Art. 4 al. 1 Protocole facultatif/PIRDCP

¹³³¹ Art. 4 al. 2 Protocole facultatif/PIRDCP

¹³³² Art. 5 Protocole facultatif/PIRDCP

¹³³³ Art. 5 al. 4 Protocole facultatif/PIRDCP

¹³³⁴ Art. 41 - a PIRDCP

¹³³⁵ Art. 41 - b PIRDCP

¹³³⁶ Art. 41 - e PIRDCP

¹³³⁷ Art. 41 - h PIRDCP

¹³³⁸ Art. 42 PIRDCP

¹³³⁹ Art. 42 - 7.d PIRDCP

ou de groupes de particuliers ou au nom de particuliers relevant de la juridiction d'un Etat partie¹³⁴⁰. Avant de prendre une décision sur le fond, le Comité peut inviter l'Etat en cause à prendre des mesures urgentes provisoires¹³⁴¹. Le Comité tente d'abord un règlement amiable avant l'examen de la communication¹³⁴². Lorsqu'il examine la communication, le Comité détermine le caractère approprié des mesures prises par l'Etat¹³⁴³. Le comité transmet ses constatations accompagnées de ses recommandations aux parties intéressées¹³⁴⁴. L'Etat doit dans un délai de six (6) mois, soumettre au Comité, une réponse écrite contenant des informations sur toute action menée à la lumière des constatations et recommandations du Comité¹³⁴⁵.

1227. Le Comité sur les droits économiques peut également examiner une communication émanant d'un Etat prétendant qu'un autre Etat ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du Pacte¹³⁴⁶. L'Etat peut avant de saisir le Comité, attirer l'attention de l'autre Etat par simple communication écrite¹³⁴⁷. Si la question n'est pas réglée à la satisfaction des deux États parties dans un délai de six (6) mois à compter de la date de réception de la communication originale par l'État destinataire, l'un et l'autre auront le droit de la soumettre au Comité¹³⁴⁸. Ce dernier met ses bons offices à la disposition des Etats pour parvenir à un règlement à l'amiable de la question¹³⁴⁹. Au cours de l'examen de la communication, le Comité peut demander aux Etats de lui fournir une information pertinente. Si le Comité parvient à une solution, il établit un rapport. Si une solution n'a pas été trouvée, le Comité présente également un rapport auquel il ajoute les observations des Etats intéressés¹³⁵⁰.

1228. Le Comité aux droits économiques peut procéder à une enquête si des informations crédibles lui parviennent faisant état d'une atteinte grave ou systématique à l'un des droits énoncés¹³⁵¹. Mais l'Etat partie au Protocole doit faire une déclaration reconnaissant la compétence du Comité pour cette procédure d'enquête. Le Comité peut alors ouvrir une enquête et inviter l'Etat à coopérer. Il faut l'accord et la coopération de l'Etat à toutes étapes de la procédure. Le Comité procède à son enquête dans la confidentialité et présente ses

¹³⁴⁰ Art. 2 Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁴¹ Art. 5 Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁴² Art. 7 Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁴³ Art. 8 - 4 Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁴⁴ Art. 9 Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁴⁵ Art. 9 - 2 Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁴⁶ Art. 10 Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁴⁷ Art. 10- 1a. Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁴⁸ Art. 10-1b. Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁴⁹ Art. 10-1d. Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁵⁰ Art. 10-1ii. Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁵¹ Art. 11 Protocole facultatif/PIRDESC

résultats suivi d'observations et de recommandations à l'Etat concerné¹³⁵². L'Etat en retour présente ses observations dans un délai de six (6) mois¹³⁵³. Le Comité peut aussi inviter l'Etat à indiquer dans le rapport qu'il est censé présenter (conformément à l'article 16 du Pacte), les mesures prises à la suite de l'enquête¹³⁵⁴. L'Etat doit veiller à ce que les personnes qui présentent des communications au Comité ne fassent pas l'objet de mauvais traitements ou d'intimidations¹³⁵⁵.

1229. Un Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination des discriminations a été élaboré et précise les attributions du Comité pour l'élimination de la discrimination. Celui-ci peut recevoir des communications émanant de particuliers, victimes de violations de leurs droits par les Etats¹³⁵⁶. L'Etat concerné doit être partie au Protocole pour que la communication soit recevable¹³⁵⁷. Avant toute décision au fond, le Comité invite l'Etat à prendre des mesures conservatoires pour éviter qu'un dommage irréparable ne soit causé aux victimes¹³⁵⁸. A condition que les intéressés consentent à ce que leur identité soit révélée, le Comité porte confidentiellement à l'attention de l'Etat partie concerné, toute communication qui lui est adressée¹³⁵⁹. L'Etat en cause présente par écrit au Comité, dans un délai de six (6) mois, des explications ou déclarations apportant des précisions sur l'affaire qui fait l'objet de la communication, et indique les mesures correctives qu'il a prises¹³⁶⁰. Le Comité tient compte de toutes ces indications. Après examen de la communication, le Comité transmet ses constatations et recommandations aux parties concernées¹³⁶¹. L'Etat a six (6) mois pour répondre et dire les actions menées à la lumière des constatations et recommandations du Comité¹³⁶².

1230. Si le Comité est informé, par des renseignements crédibles, qu'un Etat partie porte gravement ou systématiquement atteinte aux droits énoncés dans la Convention, il invite l'Etat à lui fournir des informations à ce sujet¹³⁶³. Le Comité peut effectuer une enquête sur la base des informations fournies par l'Etat. Le Comité peut, pour les besoins de son enquête,

¹³⁵² Art. 11- 4 et 5. Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁵³ Art. 11-6. Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁵⁴ Art. 12 Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁵⁵ Art. 13 Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁵⁶ Art. 2 Protocole facultatif/CEFDEF

¹³⁵⁷ Art. 3 Protocole facultatif/CEFDEF

¹³⁵⁸ Art. 5 Protocole facultatif/CEFDEF

¹³⁵⁹ Art. 6-1 Protocole facultatif/CEFDEF

¹³⁶⁰ Art. 6-2 Protocole facultatif/CEFDEF

¹³⁶¹ Art. 7-3 Protocole facultatif/CEFDEF

¹³⁶² Art. 7- 4 Protocole facultatif/CEFDEF

¹³⁶³ Art. 8- 1 Protocole facultatif/CEFDEF

organiser des visites sur le territoire avec le consentement de l'Etat¹³⁶⁴. Le Comité présente les résultats de son enquête à l'Etat avec des observations et recommandations¹³⁶⁵. Après avoir été informé, l'Etat présente en retour, ses observations dans un délai de six (6) mois.

1231. Un Etat au moment où il signe le protocole peut déclarer qu'il ne reconnaît pas la compétence du Comité pour les enquêtes sur les violations graves et systématiques¹³⁶⁶. Des mesures doivent être prises pour éviter que les auteurs de communications fassent l'objet de mauvais traitements ou d'intimidations¹³⁶⁷.

1232. Sans avoir recours à un protocole facultatif, la Convention sur les droits de l'enfant a organisé la compétence du Comité pour assurer l'exécution des obligations des Etats. Mais il ne prévoit aucune mesure en cas de non respect des obligations. Le Comité peut seulement faire des suggestions et recommandations aux Etats sur la base des informations reçues et émanant des rapports qu'ils ont produits¹³⁶⁸.

1233. Dans le cadre africain, un Etat peut attirer par écrit l'attention d'un autre Etat suspecté d'avoir violé les dispositions de la Charte¹³⁶⁹. La Commission africaine dans sa mission de promouvoir et de protéger les droits de l'homme¹³⁷⁰, peut directement recevoir la communication adressée à l'Etat en cause¹³⁷¹. Celui-ci a un délai de trois (3) mois pour donner des explications sur la question et indiquer notamment les lois et moyens de recours possibles. Si dans ce délai, la question n'est pas réglée à la satisfaction des deux Etats, par voie de négociation ou par autre procédé pacifique, l'un et l'autre auront le droit de la soumettre à la Commission¹³⁷². Après avoir recueilli toutes les informations qu'elle estime nécessaires et essayé un règlement amiable, la Commission établit dans un délai raisonnable à partir de la notification, un rapport relatant les faits et les conclusions auxquelles elle a abouti. Ce rapport est adressé aux Etats concernés ainsi qu'à la Conférence des Chefs d'Etat¹³⁷³. La Commission peut joindre à ce rapport, des recommandations¹³⁷⁴.

¹³⁶⁴ Art. 8-2 Protocole facultatif/CEFDEF

¹³⁶⁵ Art. 8-3 Protocole facultatif/CEFDEF

¹³⁶⁶ Art. 10 Protocole facultatif/CEFDEF

¹³⁶⁷ Art. 11 Protocole facultatif/CEFDEF

¹³⁶⁸ Art. 45- d. CRDE

¹³⁶⁹ Art. 47 CADHP

¹³⁷⁰ Art. 45 al. 1 et 2 CADHP

¹³⁷¹ Art. 49 CADHP

¹³⁷² Art. 48 CADHP

¹³⁷³ Art. 52 CADHP

¹³⁷⁴ Art. 53 CADHP

1234. La Commission peut recevoir des communications émanant de personnes autres que les Etats (comme les ONG et les individus). Mais pour que la Commission soit saisie, il faut l'accord de la majorité absolue de ses membres¹³⁷⁵.
1235. Lorsqu'elle est informée par une communication de l'existence d'un ensemble de violations graves et massives, la Commission attire l'attention de la Conférence des Chefs d'Etat sur ces situations. Cette dernière peut alors demander à la Commission une étude approfondie et un compte-rendu dans un rapport circonstancié¹³⁷⁶.
1236. Le Protocole à la Charte africaine relatif aux droits des femmes a reconnu à titre provisoire, la compétence de la Commission pour les litiges découlant de l'interprétation et de la mise en œuvre du Protocole, en attendant la mise en place de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples¹³⁷⁷.
1237. Le Comité Africain sur les droits et le bien-être de l'enfant est aussi habilité à recevoir des communications émanant d'individu, d'ONG, d'un Etat membre ou de l'ONU¹³⁷⁸. Ce Comité peut recourir à toute mesure appropriée pour enquêter, sur toute question relevant de la Charte, ou demander aux Etats des informations sur l'application de la Charte¹³⁷⁹.
1238. Ces différents comités organisés par les Conventions prévoient des procédures spécifiques de recours et d'enquête en cas de violations des droits. Il est toutefois permis de douter de l'efficacité des moyens mis en place pour garantir la protection des droits et le respect des obligations des Etats, car dans la plupart des cas, l'accord des Etats est indispensable pour que ces recours et enquêtes soient menés à bonne fin.

B – Le manque d'efficacité des procédures

1239. Au plan mondial, il est souvent reproché à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de ne proposer aucun mécanisme permettant de passer de l'énoncé abstrait des droits à leur mise en application concrète. C'est pourquoi l'ONU voulant aller plus loin que la Déclaration, a créé les organes et institutions destinés à faire observer les droits de l'homme. Les pactes et protocoles ont été élaborés pour renforcer les objectifs de l'ONU. Leurs procédures de saisine et de réclamation devraient donc permettre un meilleur respect des énoncés.

¹³⁷⁵ Art. 55 CADHP

¹³⁷⁶ Art. 58 CADHP

¹³⁷⁷ Art. 32 Protocole/CADHP relatif aux droits de la femme.

¹³⁷⁸ Art. 44 CADBEE

¹³⁷⁹ Art. 45 CADBEE

1240. Mais l'on remarque qu'elles sont entravées par le caractère non juridictionnel de ces organes, l'absence de mesures contraignantes dans leurs décisions et la prépondérance du rôle des Etats dans toutes les différentes étapes de ces procédures. Ce dernier aspect se justifie par la trop grande attention accordée au respect de la souveraineté des Etats.

1241. Les violations des droits peuvent provenir des particuliers ou des Etats. Dans le premier cas, les sanctions sont empruntées au système juridique interne. En ce qui concerne les Etats, l'étude de la compétence des différents organes internationaux, montre qu'il est rarement prévu des sanctions à leur égard en cas de non respect de leurs obligations. Seules les violations des droits des personnes retiennent l'attention des organes internationaux. Et parfois, il faut qu'il s'agisse de violations graves et systématiques. Tous les comités disposent d'un pouvoir d'information propre mais il est rare qu'ils puissent faire plus que demander des renseignements complémentaires à des Etats très attentifs au respect de leur souveraineté¹³⁸⁰. Or, dans les systèmes attentifs à la souveraineté des Etats, les personnes humaines occupent une place marginale¹³⁸¹.

1242. Le système international des droits de l'homme exacerbe la souveraineté des Etats face au droit international, si bien que les procédures à envisager contre les Etats en cas de non respect de leurs obligations ou de violations des droits des personnes sont conditionnées par l'acceptation de l'Etat à l'ouverture de ces procédures. Par exemple, dans le cadre du Pacte sur les droits civils (PIRDCP), outre la condition d'adhésion ou de ratification à laquelle est subordonnée la saisine du Comité des Droits de l'Homme, les Etats doivent effectuer une déclaration reconnaissant la compétence du Comité à recevoir des communications les concernant. L'Etat à l'origine de la procédure doit avoir lui aussi fait la même déclaration reconnaissant la compétence du Comité¹³⁸². Une déclaration similaire des Etats est nécessaire pour permettre au Comité des droits économiques (PIRDESC) de procéder à des enquêtes lorsqu'elle reçoit des informations sur des cas de violations graves et systématiques à l'un des droits énoncés¹³⁸³. De plus, l'accord et la coopération de l'Etat en cause sont nécessaires à toutes les étapes de la procédure d'enquête¹³⁸⁴.

1243. Il faut noter que dans les faits, les Etats se plaignent rarement de violations commises par d'autres Etats, ne voulant pas compromettre le cours normal de leurs relations

¹³⁸⁰ Joe VERHOEVEN, Les garanties internationales des droits fondamentaux, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Colloque International, op.cit. p. 440

¹³⁸¹ Idem, p. 437

¹³⁸² Art. 41 PIRDCP

¹³⁸³ Art. 11 Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁸⁴ Art. 11-3&4 Protocole facultatif/PIRDESC

diplomatiques en soulevant des questions qui ne leur procurent pas de bénéfices substantiels¹³⁸⁵. Eu égard à la rareté des plaintes déposées par les Etats devant ces instances internationales, l'on peut conjecturer que ces procédures seront assez rarement utilisées et n'auront pas beaucoup d'impact.

1244. Dans les cas de recours ouverts aux particuliers, la saisine n'est pas systématique. La recevabilité de ces communications est conditionnée par l'épuisement des voies de recours internes¹³⁸⁶, sauf parfois si ces procédures de recours excèdent des délais raisonnables¹³⁸⁷. Certains textes exigent des conditions supplémentaires. Le Comité sur les droits économiques déclare irrecevable toute requête qui n'aura pas été faite dans les douze (12) mois suivant l'épuisement des voies de recours internes ou encore toute requête portant sur une question déjà analysée dans le cadre d'une autre procédure internationale¹³⁸⁸.

1245. D'autres mesures concourent à renforcer l'importance du rôle de l'Etat dans les procédures prévues en cas de violations des droits ou des engagements souscrits. Les différents comités privilégient d'abord les règlements amiables avant tout examen des requêtes¹³⁸⁹. Certains Comités prévoient d'informer confidentiellement l'Etat concerné de toute communication portée contre lui et de lui révéler l'identité des auteurs, même si l'accord des victimes est parfois exigé¹³⁹⁰.

1246. Il faut aussi remarquer que les différents comités ont un caractère plus politique que juridictionnel. Il s'agit d'organes non juridictionnels et par conséquent, les mesures prises à l'issue de l'analyse des communications n'ont aucun caractère contraignant. Elles se limitent souvent à des constatations et à des recommandations adressées aux Etats et aux particuliers¹³⁹¹.

1247. Ces divers facteurs font que bien qu'ils aient été ratifiés par le nombre requis de pays et souvent assortis des mécanismes détaillés nécessaires à leur mise en application, les différents accords et protocoles sont malheureusement restés lettre morte¹³⁹².

1248. Dans le cas de la Commission africaine des droits de l'homme, bien qu'admettant la possibilité de recours individuels devant elle, l'on remarque dans la mise en œuvre des différentes procédures, une totale inféodation de la Commission des droits de l'homme à la

¹³⁸⁵ Walter LAQUEUR et Barry RUBIN, Anthologie des droits de l'homme, op.cit. p.63

¹³⁸⁶ Art. 2 Protocole facultatif/ PIRDCP

¹³⁸⁷ Art. 3 Protocole facultatif/PIRDESC, art. 4 Protocole facultatif CEFDEF,

¹³⁸⁸ Art. 3- 2a&c Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁸⁹ Art. 10-d Protocole facultatif/PIRDESC

¹³⁹⁰ Art. 6 Protocole facultatif/ CEFDEF

¹³⁹¹ Art. 5 Protocole facultatif/ PIRDCP, art. 11-5 Protocole facultatif/ PIRDESC, art. 7-3 Protocole facultatif/ CEFDEF

¹³⁹² Walter LAQUEUR et Barry RUBIN, Anthologie des droits de l'homme, op.cit. p.245

Conférence des Chefs d'Etat. La charte africaine elle-même apparaît comme « la négation même de l'homme », submergée qu'elle est, par les droits collectifs¹³⁹³.

1249. Parmi les faiblesses de la Commission africaine des droits de l'homme, il faut souligner la politisation des commissaires et la subordination du déclenchement du mécanisme de protection à la volonté de la Conférence des Chefs d'Etats qui décide de l'opportunité d'instruction et de la publication des rapports de la Commission¹³⁹⁴. Les Etats restent donc maîtres à la fois de l'opportunité des examens des requêtes et aussi des suites à donner aux différentes recommandations.

1250. Il est nécessaire de renforcer la mission de promotion des droits de la Commission africaine (sa vulgarisation étant déjà une bonne garantie) et sa mission de protection des droits. Cette protection peut être préventive et consister par exemple en la publication d'avis lorsque la commission est au courant d'un projet de texte de loi portant sur les droits des personnes dans un pays de l'union. Elle doit être également en mesure de publier des rapports en toute indépendance sur l'état des droits dans les pays. La commission doit devenir un véritable organe juridictionnel prenant des sanctions et disposant des moyens de les faire exécuter¹³⁹⁵.

1251. Il devrait en être ainsi pour les différents comités chargés de la mise en œuvre des conventions ratifiées par les Etats. Sans cela, les procédures de réclamations définies par les textes internationaux seraient inefficaces à lutter contre les cas de violations des droits. Il faudrait également inciter tous les Etats à ratifier les différents Pactes internationaux et les Protocoles facultatifs car ces derniers ne peuvent s'appliquer qu'à l'égard des Etats signataires. Enfin, il serait important pour les Etats d'assurer par des politiques internes la mise en œuvre des conventions qu'ils ratifient.

¹³⁹³ Y. MADIOT, *Droits de l'homme*, 1991, 2^{ème} éd. p.51 et s., p.91. L'auteur démontre l'antinomie entre l'esprit de la Charte et la prise en compte des intérêts fondamentaux de la personne humaine.

¹³⁹⁴ Paul-Gérard POUGOUE, La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples entre son passé et son avenir, in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Colloque International, op.cit. pp. 529 - 532

¹³⁹⁵ Paul-Gérard POUGOUE, La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples entre son passé et son avenir. op.cit. p.532

Section II : Le respect des conventions internationales au sein des Etats

1252. Dans les différentes procédures judiciaires, « il est tout à fait exceptionnel que des particuliers soient autorisés à saisir une autorité internationale de la violation de leurs droits fondamentaux »¹³⁹⁶. Ce devrait pourtant être le contraire car il n'y a pas d'illusion à se faire sur l'efficacité d'un contrôle du respect des droits qui reposerait exclusivement sur l'initiative des Etats.

1253. Si les conventions imposent des obligations aux Etats, il paraît utile de se demander comment les Etats mettent en œuvre les conventions et les obligations qu'elles contiennent et aussi quelles sont les voies de recours dont disposent les particuliers vis-à-vis des Etats pour faire respecter leurs droits. L'applicabilité des conventions internationales (Paragraphe 1) et le recours des individus aux juridictions internationales (Paragraphe 2) seront les principaux aspects de la mise en œuvre des conventions internationales au plan national.

Paragraphe 1 : L'applicabilité des conventions internationales

1254. L'application des règles internationales dépend pour beaucoup de la bonne volonté des Etats et des rapports de force en présence face à une difficulté. Pour limiter la toute puissance de la souveraineté étatique face au droit international, il faut envisager l'application directe des conventions en y insérant des dispositions permettant cette application dans les systèmes juridiques internes. Ces dispositions rendraient les conventions relatives aux droits des personnes « self-executing » (A). Par ailleurs, il est également possible d'étendre le bloc de constitutionnalité aux conventions internationales sur les droits des personnes pour assurer la conformité des lois internes à ces conventions (B).

A – L'applicabilité directe ou la théorie du « self-executing »

1255. Les conditions d'applicabilité directe des conventions sont prévues par les constitutions. Elles répondent au choix d'un système. Mais la position des Etats africains ne permet pas toujours de déterminer leur option pour l'un ou l'autre des systèmes. Face aux différentes options possibles et à l'ambiguïté de la position des Etats (1), le recours à la théorie du « self-executing » pour les conventions relatives aux droits des personnes pourrait être envisagée (2).

¹³⁹⁶ Joe VERHOEVEN, Les garanties internationales des droits fondamentaux, op. cit. p.447

1) Les options d'applicabilité et l'ambiguïté de la position des Etats.

1256. L'application d'un traité au niveau interne dépend de la nature de l'ordonnement juridique de cet Etat. C'est donc l'Etat qui détermine les conditions d'intégration d'un traité international au niveau interne. Deux options sont possibles, l'option dualiste ou l'option moniste. Selon la première, il existe une distinction entre le droit international et le droit interne. Les traités pour être applicables, doivent être incorporés à la législation nationale sous forme de texte de loi. Dans l'option moniste, la ratification et la publication d'un traité par l'Etat emporte intégration de ses dispositions dans la législation nationale. Le traité devient donc applicable et en cas de contradiction avec une loi interne, celle-ci doit être modifiée afin d'être en conformité avec le droit international. La tradition moniste suppose d'appliquer directement les conventions dès leur ratification et publication sans avoir à exiger qu'elles soient reçues dans l'ordre juridique interne par une loi spéciale. Dans la théorie moniste, les traités sont directement exécutoires une fois ratifiés alors que dans la théorie dualiste, les Etats exigent le vote d'une loi reprenant matériellement les règles énoncées dans les traités.

1257. Les Etats africains d'inspiration juridique romano-germanique sont de tradition moniste. Mais cette option n'est pourtant pas absolue. Par exemple, la constitution béninoise limite l'effet direct des traités en prévoyant l'intervention d'une loi pour ratifier certaines catégories de conventions¹³⁹⁷. Parmi les conventions en cause, figurent dans la constitution sénégalaise, celles qui sont relatives à l'état des personnes¹³⁹⁸.

1258. En dépit de l'option du Bénin et du Sénégal pour l'option moniste¹³⁹⁹, les tribunaux aussi opposent généralement une résistance à l'application directe des conventions, adoptant ainsi de façon implicite la position de pays de tradition dualiste. Cette attitude des juges traduit en réalité la réticence des Etats à se soumettre aux obligations imposées dans les conventions. Elle traduit également le souci des Etats d'éviter la contrainte qui pourrait résulter pour eux, de l'invocation des conventions internationales par les individus et par conséquent de l'application qui en sera faite. C'est pourquoi l'une des solutions face à cette attitude serait d'insérer les conditions pour une application directe des conventions au sein même de ces conventions.

¹³⁹⁷ Art. 145 Const. bén.

¹³⁹⁸ Art. 96 const. sén.

¹³⁹⁹ Art. 98 Const. sén. Art. 147 Const. bén. La constitution béninoise prévoit en son article 145, les cas où la ratification ne peut être faite qu'en vertu d'une loi.

2) Le recours à la théorie du « self executing » pour l'applicabilité des traités relatifs aux droits des personnes

1259. De façon théorique, un traité est considéré comme ayant un effet direct ou étant auto exécutoire, lorsqu'il crée des règles au niveau international d'où découlent des obligations précises pour les Etats¹⁴⁰⁰. Mais cette définition est assez difficile à mettre en œuvre. Les différentes conventions portant sur les droits des personnes, évoquées plus haut, créent bien des obligations à la charge des Etats, mais ne sont pas pour autant appliquées directement par les Etats. Cet état de fait a conduit à rechercher des critères plus précis. Deux critères ont pu ainsi être invoqués pour essayer de déterminer un traité directement applicable et un autre qui ne le serait pas. Il s'agit du critère rédactionnel et celui de l'autosuffisance¹⁴⁰¹. Le critère rédactionnel découle de la rédaction du traité. Si celui-ci est bien rédigé, il est suffisamment clair pour être appliqué directement par lui-même. Ainsi lorsqu'aucun article n'appelle aucune intervention étatique pour s'appliquer, le traité est directement applicable. Exemple dans un traité où il est écrit que « les parties contractantes reconnaissent à toute personne... »
1260. Par contre, les conventions qui mentionnent des obligations à la charge des Etats sans préciser les moyens d'y parvenir, (exemple d'un traité où il est écrit que « les Etats s'engagent à... » ou encore « Les Etats garantissent... ») ne sont pas directement applicables. Les signataires s'engagent à établir une norme qui servira à introduire le texte de la convention.
1261. Le second critère à savoir celui de l'autosuffisance, est utilisé lorsque les propositions sont trop vagues pour se suffire à elles-mêmes. Par exemple quand il est question d'un objectif à atteindre par les Etats. Ces derniers doivent souvent légiférer pour réaliser ces objectifs. Selon M. GBAGO, les deux critères peuvent se combiner et impliquer qu'une partie d'un traité bénéficie de l'effet direct alors que les autres n'en bénéficient pas. C'est l'exemple de la 3^{ème} partie du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ces critères non plus ne sont pas plus convaincants. Il serait difficilement envisageable de voir au sein d'une même convention, une partie directement applicable alors que les autres parties ne le seraient pas.
1262. Pour tenter d'aplanir les difficultés, la notion d'application directe des conventions devrait connaître une évolution. L'on parle aujourd'hui de convention « self executing » pour les conventions ne créant pas seulement des obligations pour les Etats ou ne nécessitant pas l'intervention de règles internationales pour en préciser le sens et la portée, mais instituant au profit des particuliers, des droits qu'ils peuvent invoquer directement devant leurs

¹⁴⁰⁰ Barnabé G. GBAGO, *Le Bénin et les droits de l'homme*, op.cit. p.115

¹⁴⁰¹ *Idem*, p. 116

juridictions¹⁴⁰². Il serait intéressant que les conventions portant sur les droits des personnes prévoient en leur sein, des dispositions qui précisent que les individus peuvent les invoquer directement devant les juridictions de leurs pays, dès lors que ceux-ci les ont ratifiées. Une autre possibilité de garantir l'application des conventions portant sur les droits des personnes est de les intégrer au bloc de constitutionnalité.

B – L'applicabilité interne aux Etats par l'élargissement du contrôle de constitutionnalité

1263. L'applicabilité suppose la possibilité d'invoquer directement les droits contenus dans les traités ratifiés. Un second aspect de l'applicabilité est de faire respecter le principe de la supériorité des conventions internationales sur les lois internes et par conséquent d'assurer la conformité de ces dernières aux traités.

1264. La mise en œuvre de ces principes est limitée par la différence de catégories qui existent dans les ordres juridiques africains entre les conventions ratifiées. En effet, certaines conventions sont citées et intégrées dans les constitutions et acquièrent de ce fait, une force juridique identique à celle des constitutions, tandis que les autres conventions sont simplement ratifiées. Cette différenciation fait naître deux catégories de conventions et crée une incertitude quant au statut des conventions comme source du droit. La Constitution sénégalaise fait ainsi référence dans son préambule à quatre (4) conventions¹⁴⁰³. Elle précise également que le préambule fait partie intégrante de la constitution. Ces quatre (4) conventions font partie du bloc de constitutionnalité et peuvent fonder un recours devant le Conseil constitutionnel¹⁴⁰⁴. Pour les autres conventions, une fois ratifiée et publiée, elles ont une valeur supérieure à celle des lois mais ce statut ne leur confère pas la même valeur constitutionnelle que les quatre (4) autres conventions. Dans la Constitution béninoise, il n'existe pas de disposition permettant de faire entrer les conventions invoquées dans le bloc de constitutionnalité, mais seulement une référence à la Charte africaine des droits de l'homme, laquelle est considérée comme faisant partie intégrante de la Constitution¹⁴⁰⁵. La Cour constitutionnelle s'est justement référée à la Charte africaine pour décider que les

¹⁴⁰² J.-C. MASCLÉ (Dir.), *Libertés publiques et droits fondamentaux*, op.cit., p. 50

¹⁴⁰³ Il s'agit de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, de la Convention sur l'Élimination de toutes les Formes de Discrimination à l'égard des femmes, de la Convention Relative aux Droits de l'Enfant et de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

¹⁴⁰⁴ Voir Ière Partie, Titre II, Chapitre 2

¹⁴⁰⁵ Art. 7 Const. bén.

articles du code pénal béninois qui réprimaient l'adultère étaient contraires à la Constitution¹⁴⁰⁶.

1265. Lorsque les traités sont inclus dans la constitution, il peut s'opérer un contrôle de constitutionnalité des lois à ces traités, dans les mêmes conditions que le contrôle de constitutionnalité classique. Pour les autres conventions, il paraît plus difficile d'exercer un tel contrôle. Les traités reconnaissant des droits aux personnes sont de ce fait exclus du contrôle constitutionnel et rien ne permet de garantir la conformité des lois votées aux traités ratifiés ou de mettre en conformité les lois antérieures avec les traités ratifiés. Dans le cas du Sénégal, il a été proposé que le Conseil Constitutionnel puisse réviser son interprétation de la signification de l'inclusion d'un traité dans le préambule de la Constitution¹⁴⁰⁷. Une telle révision pourrait se faire en affirmant que les conventions citées dans le préambule le sont à titre indicatif et non exhaustif. Cette interprétation se justifierait par le recours à l'adverbe « notamment » utilisée pour affirmer l'adhésion du Sénégal aux conventions énumérées¹⁴⁰⁸. Ainsi, tous les autres instruments relatifs aux droits de l'homme adoptés par le Sénégal, seraient concernés par l'adhésion au même titre que les conventions énumérées à titre indicatif. Dans la Constitution béninoise, l'on pourrait penser également à une révision de l'article 7 pour insérer expressément dans le bloc de constitutionnalité au même titre que la Charte africaine, toutes les autres conventions et déclarations ratifiées qui consacrent des droits aux personnes. Les personnes pourraient ainsi faire respecter les droits contenus dans les conventions et plus facilement invoquer ces conventions lorsque les lois nationales ne s'y conforment pas. Elles pourraient même évoquer ces conventions dans le cadre de procès à travers l'exception d'inconstitutionnalité.

Paragraphe 2 : Les recours des individus devant les juridictions internationales

1266. Après la mise en œuvre d'organes chargés de veiller au respect des engagements internationaux des Etats, et les procédures internes des Etats pour assurer l'effectivité des engagements souscrits, la troisième mesure et la plus importante pour la protection des droits reconnus au plan international est la possibilité de recours à une instance judiciaire internationale reconnue aux individus. La création de cours supranationales est un pas essentiel pour un système cohérent et efficace de protection des droits des personnes.

¹⁴⁰⁶ Décision DCC 09-081 du 30 juillet 2009, Cour constitutionnelle du Bénin. La Cour a rendu sa décision en invoquant outre la Constitution, les articles 2 et 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Voir analyse de la décision dans le chapitre précédent.

¹⁴⁰⁷ Sénégal, Le secteur de la justice et l'État de droit. op.cit. p.5

¹⁴⁰⁸ Idem

1267. Mais deux remarques méritent d'être faites. Sur les formes de la saisine, la possibilité offerte aux personnes de défendre leurs droits au plan international est assez récente. Seuls les Etats étaient considérés comme sujets et acteurs du droit international et les litiges fondés sur ce droit s'arbitraient entre eux. Sur l'objet des saisines, les instances juridictionnelles internationales ne visent souvent que les violations graves et systématiques des droits de l'homme. Or en matière civile, l'accent doit être mis sur le respect des obligations des Etats et la possibilité de recours pour les personnes physiques.

1268. Sous ce rapport, l'état actuel des juridictions internationales (A) laisse entrevoir les limites et les perspectives pour une meilleure protection supranationale des droits civils et familiaux en Afrique (B).

A – L'état actuel des juridictions internationales en matière civile

1269. Le développement des instances judiciaires internationales se caractérise par l'inexistence d'une cour internationale en matière civile (1). Dès lors, les questions civiles et familiales sont prises en compte par les cours régionales chargées de la protection des droits de l'homme (2).

1) L'inexistence d'une cour internationale en matière civile

1270. La Cour Internationale de Justice (CIJ) est l'organe judiciaire principal des Nations-Unies¹⁴⁰⁹. Tous les Etats membres de l'ONU sont ipso facto parties aux statuts de la CIJ¹⁴¹⁰. La Cour a compétence pour connaître de tous les différends juridiques ayant pour objet l'interprétation d'un traité, tout point de droit international, la violation d'un engagement international, la réparation due pour la violation d'un engagement international¹⁴¹¹. La CIJ a donc compétence pour interpréter les traités portant sur les droits des personnes. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination prévoit par exemple que tout différend entre deux ou plusieurs Etats parties concernant son interprétation ou son application qui n'est pas réglé par voie de négociation ou d'arbitrage est soumis à la CIJ¹⁴¹².

1271. Mais malheureusement, seuls les Etats peuvent se présenter devant la Cour¹⁴¹³. La Cour a dans ses compétences l'interprétation et l'application des traités internationaux. Or, elle ne reconnaît pas la possibilité de saisine pour les individus. La conséquence est que dans

¹⁴⁰⁹ Art. 92 Charte des Nations-Unies et art. 1 Statuts CIJ

¹⁴¹⁰ Art. 93 Charte des Nations-Unies

¹⁴¹¹ Art. 36-2 Statuts CIJ

¹⁴¹² Art. 29 CEFDEF

¹⁴¹³ Art. 34 Statuts CIJ

le domaine de l'application des droits individuels et notamment des droits civils, les personnes sont privées de la possibilité d'un recours devant l'organe d'où émane la reconnaissance de leurs droits. Un Etat n'a aucun intérêt à en attaquer un autre qui ne respecte pas les droits civils des individus ou qui ne les met pas en œuvre au risque de se voir accuser d'immixtion. De plus, il est rare qu'un Etat se soucie des droits civils reconnus aux ressortissants d'un autre Etat, car il s'agit souvent d'un domaine régi par le droit national. Ce sont les systèmes régionaux qui essaient de remédier aux insuffisances des systèmes 'onusiens' en créant des cours des droits de l'homme. Elles peuvent rendre des décisions contraignantes pour les Etats. Les systèmes régionaux africains sont dans le domaine des droits civils et des personnes, encore loin de leurs homologues américains et européens. Leurs conditions de saisine et leurs modes de fonctionnement laissent peu de place aux recours portant sur des droits civils et familiaux.

2) La protection civile et familiale par les cours régionales des droits de l'homme

1272. Dans l'état actuel du droit régional et sous-régional africain, c'est la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (a) et la Cour de justice de la CEDEAO (b) au plan ouest-africain qui peuvent connaître des cas de violations des droits de l'homme et donc des droits civils.

a – La Cour Africaine des Droits de l'homme et des peuples

1273. Aucune intervention juridictionnelle n'était prévue à l'origine par la Charte africaine. La Charte avait fait l'option du règlement politique des différends. Il s'agissait d'une réelle faiblesse du mécanisme, même si certains auteurs y voyaient le signe de la préférence de la tradition africaine pour le consensus et la médiation¹⁴¹⁴. En réalité, c'était plutôt un manque d'engagement car les formules déjà peu courageuses de la charte africaine sont restées rhétoriques¹⁴¹⁵.

1274. Face aux insuffisances de la Commission africaine des droits de l'homme, l'institution d'une cour chargée du respect des droits garantis et dont les décisions seraient contraignantes pour les Etats, devenait une nécessité. C'est ainsi qu'un Protocole à la Charte africaine créant une cour a été rédigé en 1994 et adopté en 1998. Il est entré en vigueur le 25 janvier 2004. Dans l'acte constitutif de l'Union Africaine, il était également prévu un organe judiciaire

¹⁴¹⁴ Tel est le point de vue de G.-R. MBAYA, La Charte africaine en tant que mécanisme de protection des droits de l'homme, in R. BERNHARDT et J. A. JOLOWICZ (éd.), *International Enforcement of Human Rights*, 1985, p.95

¹⁴¹⁵ Joe VERHOEVEN, Les garanties internationales des droits fondamentaux, op.cit. p.443

chargé entre autres de l'interprétation et de l'application des traités de l'Union. Son protocole adopté en 2003, est entré en vigueur en 2009. Il devrait donc théoriquement y avoir deux cours africaines. Mais avant la mise en place de la Cour africaine des droits de l'homme, les chefs d'Etat ont décidé de la fusionner avec la Cour de justice de l'Union Africaine pour donner une Cour africaine de justice et des droits de l'homme avec une section consacrée aux affaires générales et une autre aux droits de l'homme. Conscients que le processus de fusion prendrait du temps¹⁴¹⁶, il a été décidé de rendre opérationnel la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en juillet 2005. La Cour fut installée en juillet 2006 avec l'élection des juges et le choix du siège fixé à Arusha en Tanzanie.

1275. La Cour africaine devra donc exister jusqu'à l'entrée en vigueur du protocole sur la cour unique. Son rôle essentiel est de compléter les fonctions de protection des droits de l'homme confiées à la Commission africaine¹⁴¹⁷.

1276. La Cour donne son avis sur toute question juridique concernant la Charte africaine ou tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme. Elle est saisie à cet effet par un Etat membre de l'UA, un organisme de l'UA ou encore une organisation reconnue par l'UA¹⁴¹⁸. La Cour peut être saisie de toute affaire concernant soit l'interprétation, soit l'application des dispositions de la Charte et de tout autre instrument relatif aux droits de l'homme ratifié par l'Etat en cause. La Cour juge les violations des droits de l'homme contenus dans la Charte africaine ou dans les autres instruments de protection ratifiés par l'Etat en cause. La Cour peut donc s'appuyer sur d'autres instruments juridiques pour compléter la Charte africaine.

1277. Les violations dont la Cour a connaissance, doivent avoir été commises par des Etats africains qui ont ratifié le Protocole, et être intervenues à partir de la date d'entrée en vigueur du Protocole à l'égard de l'Etat mis en cause. La Cour, après avoir examiné la recevabilité d'une requête, peut décider de ne pas connaître de l'affaire et la renvoyer devant la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁴¹⁹. Lorsque la Cour est saisie d'une affaire, si elle estime la requête recevable et s'estime compétente, la Cour la juge ou peut tenter de la régler à l'amiable. La Cour est également compétente pour interpréter ses propres arrêts en vue de faciliter leur exécution. Elle peut également réviser ses arrêts. Les violations doivent avoir été directement perpétrées par des agents de l'Etat mais une requête

¹⁴¹⁶ Le Protocole de la Cour unique a été adopté en juillet 2008.

¹⁴¹⁷ Art. 2 du Protocole/création Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

¹⁴¹⁸ Art. 4 du Protocole/création Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

¹⁴¹⁹ Art. 6-3 du Protocole/création Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

peut dénoncer l'absence de protection de l'Etat envers les violations commises par des groupes, des individus ou des entreprises.

1278. La Cour africaine n'est pas le seul organe judiciaire supra étatique susceptible de veiller au respect des droits et de condamner un Etat. Il existe également des cours de justice dans les communautés économiques régionales notamment la CEDEAO.

b – La Cour de justice de la CEDEAO

1279. La Cour de justice de la CEDEAO a une compétence quant au respect des droits de l'homme. Elle a été créée en vertu des dispositions des articles 6 et 15 du traité révisé de la CEDEAO. Le Protocole A/P1/7/91 du 6 juillet 1991 amendé par le Protocole A/SP1/01/05 du 19 janvier 2005 précise l'organisation, le fonctionnement et la procédure à suivre devant la Cour. Créée théoriquement depuis 1991, la Cour n'a réellement été mise en œuvre qu'en 2001 avec la prestation de serment des premiers juges.

1280. La Cour s'est largement inspirée des règlements de la CIJ et de la CJCE¹⁴²⁰. Ses arrêts ont force obligatoire sur les Etats membres, sur les institutions de la communauté et sur les personnes physiques et morales. Elle veille au respect du droit et des principes d'équité dans l'interprétation et l'application des dispositions du traité, elle donne des avis juridiques et peut connaître des cas de violations des droits de l'homme dans tout Etat membre. En matière de protection des droits de l'homme, la Cour applique les instruments internationaux relatifs ratifiés par l'Etat en cause.

1281. L'existence de cours internationales est une opportunité dans la mesure où elle peut pallier les défaillances des juridictions nationales en matière de protection des droits de l'homme. La coexistence de plusieurs cours au sein d'un même espace régional peut entraîner une différence dans la protection, résultant de la différence d'interprétation des différents instruments et amener les individus à choisir une cour plutôt que l'autre. L'institution de ces cours ne permet pas encore une réelle protection des droits civils et familiaux. Leurs règles de saisine et de compétence limitent la possibilité pour les personnes d'invoquer des questions civiles et familiales. Néanmoins, des avancées notables sont à souligner au niveau de la Cour de justice de la CEDEAO.

¹⁴²⁰ Cour de Justice des Communautés Européennes

B – Les limites et les perspectives à la protection supranationale des droits civils en Afrique

1282. L'évocation quasi-succincte des droits civils et familiaux par les textes internationaux des droits de l'homme se répercute au niveau de l'invocation de ces droits devant les juridictions internationales en Afrique. Leur protection se fait de manière parcellaire par rapport aux autres droits reconnus (1). Les perspectives pour une meilleure protection des droits civils et familiaux passeront par l'amélioration du fonctionnement des cours supranationales africaines (2).

1) La protection parcellaire des droits civils et familiaux

1283. La protection parcellaire des droits civils et familiaux se justifie par la limitation de l'accès des individus aux juridictions internationales (a) et par la prépondérance des recours fondés sur les violations graves et systématiques des droits de l'homme au détriment des questions civiles et familiales (b).

a – La limitation de l'accès des individus aux juridictions internationales

1284. L'accès des individus aux juridictions internationales est nécessaire pour la protection de leurs droits civils et familiaux qu'ils sont les seuls à pouvoir revendiquer. Eux seuls peuvent également juger de la pertinence des mesures prises par les Etats pour protéger leurs droits. L'organisation de la Cour africaine limite malheureusement la possibilité des recours individuels. Le Protocole prévoit la saisine directe par les individus et les ONG ayant le statut d'observateur auprès de la Commission de l'UA¹⁴²¹. Mais l'Etat en cause doit avoir expressément accepté cette possibilité de saisine en procédant non seulement à la ratification du Protocole, mais en faisant également une déclaration acceptant la compétence de la Cour pour recevoir ce type de requête¹⁴²². La saisine individuelle est ainsi soumise à la volonté préalable de l'Etat accusé de violations. Il faudra donc pour assurer la réalité et l'efficacité des recours individuels, encourager les Etats africains à ratifier le Protocole et à faire la déclaration. Le Sénégal a ratifié le Protocole de la Cour africaine mais n'a pas fait la déclaration permettant la saisine individuelle. Quant au Bénin, il n'a ni ratifié le Protocole ni fait la déclaration au titre de l'article 34-6. Dans la pratique, les citoyens de ces deux (2) pays ne peuvent pas encore directement saisir la Cour pour la violation de leurs droits par les

¹⁴²¹ Art. 5-3 du Protocole

¹⁴²² Art. 34-6 du Protocole

Etats¹⁴²³. Les individus peuvent néanmoins saisir la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples en espérant que cette dernière saisisse la Cour.

1285. Mais il ne s'agit que d'une possibilité théorique car pour que la Commission puisse saisir la Cour, il faut que des cas de violations graves et massives soient portés à sa connaissance ou qu'un Etat ait refusé d'exécuter une décision de la Commission prise dans une communication. Il est peu probable d'en arriver à ce mode de saisine de la Cour parce que la Commission privilégie souvent les règlements amiables. Si elle peut condamner des violations des droits, la commission peine encore à imposer la protection des droits alors qu'une telle protection conviendrait davantage aux droits civils individuels et familiaux.

1286. Les possibilités de saisine individuelle de la Cour africaine des droits de l'homme sont aussi limitées par l'existence d'autres conditions de recevabilité comme l'épuisement des voies de recours internes à moins que la procédure de ces recours se prolonge d'une façon anormale¹⁴²⁴. Ces conditions font qu'à l'heure actuelle, la Cour de justice de la CEDEAO offre plus de chance aux personnes physiques que la Cour africaine, de voir leurs droits civils et familiaux défendus à l'échelle internationale.

1287. La saisine de la Cour de justice de la CEDEAO était limitée à l'interprétation du traité et elle n'admettait que les recours des Etats membres et des institutions de la Communauté. Les Etats pouvaient toutefois saisir la Cour au nom de leurs ressortissants¹⁴²⁵. Le traité révisé et le protocole n'avaient donc pas prévu un accès direct à la Cour pour les ressortissants des Etats membres. Cette limitation de compétence de la Cour et le refus de sa saisine par les citoyens constituaient une entrave fondamentale aux droits des personnes physiques.

1288. Or le traité révisé de la CEDEAO garantit les droits fondamentaux des personnes physiques. Son article 56 fait référence à la Charte africaine des droits de l'homme¹⁴²⁶. C'est ainsi que des réformes visant l'élargissement des compétences de la Cour en vue de permettre sa saisine directe par les citoyens ont commencé à être envisagées. Elles se sont concrétisées avec le Protocole additionnel de la Cour en 2005¹⁴²⁷. Grâce à ce texte, la Cour de justice de la CEDEAO a compétence pour connaître des cas de violations des droits de l'homme dans tout

¹⁴²³ Etat de ratification du Protocole de la Cour africaine au 1^{er} janvier 2010. A cette date seuls le Burkina Faso et le Mali ont fait la déclaration permettant les requêtes individuelles.

¹⁴²⁴ Voir art. 6 Protocole Cour Africaine renvoyant à art. 56 CADHP

¹⁴²⁵ Art. 9-3 Protocole de la Cour de Justice de la CEDEAO

¹⁴²⁶ Art. 56 Traité révisé CEDEAO : « Les Etats membres signataires du Protocole de Non-agression, du Protocole d'assistance mutuelle en matière de défense, de la Déclaration de principes politiques de la Communauté et de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples conviennent de coopérer en vue d'assurer la réalisation des objectifs desdits Accords ».

¹⁴²⁷ Protocole additionnel A/SP.1/01/05 portant amendement du Protocole A/P /17 /91 relatif à la cour de justice de la communauté 19 janvier 2005.

Etat membre¹⁴²⁸. La possibilité de saisine de la Cour a été étendue aux personnes physiques victimes de violations des droits de l'homme. Toutefois au titre des conditions de recevabilité, notons que la demande ne doit pas être anonyme et l'affaire ne doit pas avoir été déjà portée devant une autre Cour internationale¹⁴²⁹. Grâce à ces innovations, la Cour de justice de la CEDEAO a eu l'occasion de se prononcer sur plusieurs requêtes individuelles même si pour l'heure, ce sont surtout des questions de libertés publiques et de droits politiques qui sont le plus souvent invoquées.

b – La prépondérance des actions fondées sur les violations graves et systématiques des droits de l'homme au détriment des questions civiles et familiales

1289. Les cours internationales se penchent souvent sur les violations graves résultant de guerre ou d'insécurité pour les personnes, comme les cas de tortures, de détentions arbitraires ou de pratiques inhumaines. Les droits civils quant à eux, exigent de la part des Etats qu'ils ne s'interfèrent pas dans la jouissance de ces droits, ou ne les restreignent pas de façon illégale. Ils supposent aussi que l'Etat prenne des mesures pour les protéger et les rendre effectifs. Ils peuvent rarement conduire à des violations graves et systématiques. Ce sont les restrictions non autorisées par la loi ou l'absence de mesures adéquates pour assurer leur effectivité qui constituent la violation de ces droits par les Etats. Ces droits étant surtout des libertés et des possibilités d'agir reconnues aux personnes, seuls les recours individuels peuvent donner aux cours internationales l'occasion de se pencher sur leurs violations. Or, les limitations de ces recours notamment devant la Cour africaine empêchent pour l'heure, celle-ci de constituer une jurisprudence sur la protection des droits civils et familiaux.

1290. La mise en œuvre de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est assez récente pour permettre d'analyser la nature des affaires dont elle a connaissance¹⁴³⁰. L'examen des décisions rendues par la Commission africaine des droits de l'homme permet d'entrevoir l'éventail de la protection. Si la Charte africaine reconnaît toutes les catégories de droits notamment des droits civils et politiques, économiques, sociaux et culturels, et aussi des droits des peuples, les décisions rendues par la Commission africaine portent souvent sur la violation des droits politiques et des libertés publiques. La Commission a tout de même réussi à faire le lien entre droits politiques et civils. Elle a considéré que la détention au secret et

¹⁴²⁸ Art. 3- 4 Protocole additionnel/ Cour de justice de la CEDEAO

¹⁴²⁹ Art. 4 Protocole additionnel/ Cour de justice de la CEDEAO

¹⁴³⁰ La Cour a rendu sa première décision le 15 décembre 2009

sans jugement de personnes est une violation de l'article 18 de la Charte concernant la protection de la vie familiale aussi bien des détenus que de leurs familles¹⁴³¹.

1291. Dans le cas de la Cour de justice de la CEDEAO, les recours individuels portent souvent sur des interprétations des dispositions du traité de la CEDEAO. L'on note aussi des requêtes portant sur la violation de droits politiques ou de libertés publiques. Il s'agit souvent dans ces derniers cas, de détentions arbitraires¹⁴³² ou de droit à un procès équitable¹⁴³³. La Cour a eu l'occasion de rendre une décision à l'encontre du Niger après un recours par une jeune fille qui avait été vendue comme esclave. L'auteur de la plainte s'estimait victime d'esclavage, de discrimination et d'abus sexuels de la part de son "maître". La Cour a condamné le Niger du fait de la passivité et de la tolérance de ses autorités administratives pour la pratique de l'esclavage et l'a condamné à payer dix (10.000.000) millions de francs à la requérante¹⁴³⁴. La Cour n'a pas retenu les faits de discrimination et d'abus sexuels aux motifs que la pratique qui les justifiait était légale et que d'autre part, elle n'était pas le fait du Niger mais de leur auteur. Mais la Cour aurait pu expressément reprocher au Niger d'autoriser dans son ordre juridique et ses coutumes, des pratiques visiblement contraires à la Charte africaine et donc l'inviter à revoir sa législation.

1292. La souplesse des conditions de saisine individuelle de la Cour de la CEDEAO et la possibilité pour cette Cour¹⁴³⁵ d'invoquer les principes de droit tels que définis à l'article 38 du Statut de la CIJ¹⁴³⁶ donnent l'espoir que la Cour pourra dans sa jurisprudence ultérieure sanctionner des cas de violations de droits civils personnels ou familiaux, en particulier de non respect par les Etats de leurs obligations internationales en cette matière.

2) Les perspectives pour une meilleure protection supranationale des droits civils et familiaux en Afrique

1293. Dans les pays africains, « ... chaque tentative de réformer le droit de la famille devient un énorme enjeu politique et un facteur de déstabilisation pour le pouvoir en place »¹⁴³⁷. Il

¹⁴³¹ Communication 275/03 – Article 18 c/ Erythrée

¹⁴³² Affaire N° ECW/CCJ/APP/03/08

¹⁴³³ Affaire N° ECW/CCJ/APP/07/08. Dans ces deux affaires, les recours étaient dirigés respectivement contre le Bénin et contre le Sénégal.

¹⁴³⁴ Arrêt N° ECW/CCJ/JUD/06/08

¹⁴³⁵ Compétence reconnue à l'article 19-1 du Protocole de la Cour de justice de la CEDEAO

¹⁴³⁶ L'article 38 de la CIJ permet à la Cour d'appliquer les conventions internationales expressément reconnues par les Etats en litige, la coutume internationale et les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées...

¹⁴³⁷ LAGOUTTE (S.) (dir.), BENGALY (A.), YOURA (B.), FALL (P. T.) et ALEXIS (M.), Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes en Afrique de l'Ouest francophone, op.cit. p. 10

existe par conséquent dans ces pays, « peu de points d'entrée des droits humains dans la sphère de la famille, que ce soit en droit ou en pratique »¹⁴³⁸. Il sera nécessaire de mettre dans les différents pays, « le droit civil de la famille en conformité avec les standards internationaux et régionaux de protection des droits humains »¹⁴³⁹. Pour espérer voir les différentes juridictions africaines jouer un rôle significatif en matière de protection des droits civils et familiaux, les Etats africains et les organisations inter-étatiques devraient s'inspirer du modèle européen. Le Conseil de l'Europe est en effet allé plus loin dans la protection des droits civils. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, élaborée à Rome en 1950 fut suivie par la création à Strasbourg d'une Commission et d'une Cour des Droits de l'homme, organes auprès desquels les particuliers peuvent déposer une requête s'ils estiment que leurs droits, tels qu'ils sont définis par la Convention européenne, ont été violés. Au fil des années, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a développé une technique d'interprétation et une possibilité de recours individuel qui assurent la protection effective des droits civils des personnes et même de leurs droits familiaux alors que le domaine de la législation civile et familiale a toujours été un domaine privilégié de la souveraineté nationale. « L'idée selon laquelle le droit de la famille relèverait de la compétence exclusive des Etats Nations est...magistralement démentie par l'analyse de la jurisprudence des juridictions européennes »¹⁴⁴⁰.

1294. La jurisprudence de la CEDH témoigne du souci de « faire protéger la vie familiale et son effectivité par les Etats membres, tout en leur laissant le choix des moyens à mettre en œuvre pour ce faire »¹⁴⁴¹. Le véritable problème est celui de l'éventuelle mise en place d'un organe de contrôle du respect des principes auxquels souscriraient les sociétés en cause. Par exemple, en ce qui concerne le transsexualisme et la reconnaissance des droits de l'enfant adultérin, c'est la CEDH qui a fixé la norme suite au refus de la Cour de Cassation qui affirmait jusque-là l'indisponibilité de l'état civil quant au statut sexuel¹⁴⁴².

1295. Le fonctionnement de la Cour européenne permet aussi de se rendre compte que la simple énumération ne suffit pas toujours à garantir les droits. Toujours en quête d'effectivité,

¹⁴³⁸ LAGOUTTE (S.) (dir.), BENGALY (A.), YOURA (B.), FALL (P. T.) et ALEXIS (M.), Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes en Afrique de l'Ouest francophone, op.cit. p.10

¹⁴³⁹ Idem, p.86

¹⁴⁴⁰ Adeline GOUTTENOIRE, La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Informations sociales*, 2008/5, N° 149, p.40

¹⁴⁴¹ Idem. p.40

¹⁴⁴² Jean-Paul JEAN et Jean-Pierre ROYER, Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale...op. cit. p.134-135 n° 9

la cour européenne utilise une méthode d'interprétation « dynamique et extensive »¹⁴⁴³ dans laquelle quatre techniques se dégagent :

1296. -la technique de l'interprétation par ricochet permet de consacrer des droits qui n'apparaissent pas dans la convention.
1297. -la technique des concepts autonomes : ce sont des concepts qui ont des sens différents dans les Etats parties à la Convention. C'est le cas de la notion de procès équitable.
1298. -la technique de l'utilisation maximum des garanties procédurales¹⁴⁴⁴
1299. -la technique de la reconnaissance d'obligations positives à la charge des Etats. Elle sert à consacrer des droits non encore reconnus dans les ordres internes. Par cette technique, la Cour permet aux Etats d'évoluer vers un véritable Etat de droit en les obligeant par exemple à créer un statut de l'enfant né hors mariage ou à organiser une assistance judiciaire.
1300. Enfin en ce qui concerne l'exécution des arrêts rendus par la cour, la décision juridictionnelle de la Cour est obligatoire, de portée soit déclaratoire soit exécutoire. Elle est déclaratoire lorsque les arrêts ne prétendent pas modifier les ordres juridiques nationaux. Ils n'annulent ni une loi ni ne redressent une violation d'un droit. Ils énoncent seulement une obligation du droit positif conventionnel à respecter par l'Etat. Lorsque la décision juridictionnelle est de portée exécutoire, l'Etat a le choix des moyens pour redresser la situation (supprimer l'acte juridique condamnable ou réparer par compensation financière).
1301. Ces progrès réalisés dans la protection des droits des personnes au sein de l'espace européen font dire que les institutions de Strasbourg ne sont accessibles qu'aux citoyens de pays où les droits de l'homme (civils et politiques), sont en général bien respectés¹⁴⁴⁵.
1302. L'intervention des individus devant les juridictions internationales est relativement récente en Afrique. En reconnaissant aux personnes physiques le droit de saisir une juridiction supranationale, les conventions internationales leur accordent une double protection, une protection effective de leurs droits et une protection par l'obligation faite aux Etats de mettre en œuvre leurs engagements issus des conventions qu'ils ont signées.
1303. Aucune mesure n'est prévue pour assurer l'exécution des décisions rendues par la Cour africaine. Les Etats s'engagent simplement à se conformer aux arrêts rendus par la Cour et à en assurer l'exécution¹⁴⁴⁶. Il n'y a donc aucune contrainte pour les Etats d'assurer

¹⁴⁴³ Barnabé G. GBAGO, *Le Bénin et les droits de l'homme*, op.cit. p.118

¹⁴⁴⁴ Art. 6 de la CESDHLF- Droit à un procès équitable : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle... »

¹⁴⁴⁵ Walter LAQUEUR et Barry RUBIN, *Anthologie des droits de l'homme*, op.cit. p.33

¹⁴⁴⁶ Art. 30 Protocole/Cour africaine

l'exécution de ces décisions. Les décisions de la Cour de justice de la CEDEAO qui comportent à la charge des personnes ou des Etats, une obligation pécuniaire, constituent un titre exécutoire soumis aux règles d'exécution forcée de l'Etat membre concerné¹⁴⁴⁷.

1304. En matière internationale, l'effectivité d'une norme étant largement tributaire de l'attitude des Etats¹⁴⁴⁸, il est souhaitable de garantir aux individus qui s'estiment lésés, l'accès à un tribunal international, afin que leurs requêtes puissent être examinées de manière juridique et pas forcément politique. Il faut aussi pouvoir engager la responsabilité de l'Etat qui se doit de fournir aux sujets de droit, un service public performant dans tous les domaines de la société, en particulier dans le domaine de la justice.

1305. Le défi actuel pour les Etats africains est de les inciter à ratifier le Protocole de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et à faire la déclaration au titre de l'article 34-6 pour la reconnaissance des recours individuels. A défaut, il faudra peut-être envisager d'alléger les conditions de saisine individuelle car la Cour doit être un ultime recours de protection en cas de défaillance des systèmes nationaux.

¹⁴⁴⁷ Art. 6 Protocole additionnel/ Cour de justice de la CEDEAO

¹⁴⁴⁸ Barnabé G. GBAGO, *Le Bénin et les droits de l'homme*, op.cit. p.117

Conclusion du Titre II

1307. La jouissance des droits dépend non seulement du cadre d'exercice et des sanctions prévus par les différents textes, mais aussi des institutions investies de pouvoir nécessaire pour assurer leur garantie.
1308. Certains droits sont simplement énumérés tandis que d'autres obligent l'Etat à des mesures spécifiques de protection. La violation d'un droit peut être due à l'absence de ces mesures destinées à lui donner effet. Il faut pouvoir mettre en œuvre, la responsabilité du législateur et à défaut, celle de l'Etat. L'effectivité des droits est donc aussi tributaire de la volonté politique. Les organes qui assurent la protection des droits doivent avoir une autorité supérieure ou du moins équivalente à celle de l'Etat. Il s'agit donc de la protection par la constitution et par les organes internationaux.
1309. La protection des droits et libertés par les juridictions constitutionnelles se fait de deux manières, une protection par la loi qui oblige les constituants à déterminer les compétences de la loi et à y insérer les garanties fondamentales nécessaires à l'exercice des libertés, une protection contre la loi qui conduit les organes constitutionnels à faire incliner les lois devant les principes fondamentaux et les garanties constitutionnelles. Les organes constitutionnels veillent également à ce que le rôle de l'autorité judiciaire ne soit ni exagéré, ni méconnu
1310. Le rôle des organes constitutionnels en matière de famille revient souvent à interpréter les principes de liberté et d'égalité et de non-discrimination. Si le Conseil constitutionnel français a eu à se prononcer sur la liberté de mariage et le principe d'égalité, dans la jurisprudence des organes constitutionnels africains, la question de la liberté de mariage est souvent abordée sous l'aspect de l'égalité entre homme et femme. Sur l'interprétation des principes d'égalité et de non-discrimination en droit de la famille, les avis sont partagés et les interprétations sont plus l'expression d'un choix politique et social que d'une conformité à une règle de droit.
1311. Le fait d'autoriser les requêtes individuelles ouvre de façon toute spécifique la voie à la matière civile car elle permet aux particuliers de se plaindre non seulement des violations directes commises par les Etats, mais aussi des violations commises par d'autres particuliers.
1312. Si au Bénin, l'adoption récente d'un code des personnes et de la famille a été l'occasion pour le juge constitutionnel d'opérer un contrôle de constitutionnalité en matière civile, de façon générale, les juridictions constitutionnelles africaines se penchent avec une certaine timidité sur les questions relatives aux droits des personnes et de la famille. Elles n'ont pas aussi le pouvoir de prononcer des sanctions. Dans ces conditions, le recours aux

organes internationaux de protection devient une ‘porte de secours’ pour la protection efficace des droits civils des personnes.

1313. Les systèmes internationaux de protection doivent assurer par des mécanismes appropriés le respect des conventions internationales. Ces dernières énumèrent des droits, imposent des obligations aux Etats et parfois créent des procédures à faire appliquer en cas de non respect de ces obligations ou de violation des droits énumérés. Malheureusement, l'on constate que la plupart des textes fixent des objectifs mais n'imposent pas de procédés particuliers pour les réaliser.

1314. Dans les cas où des organes sont créés pour faire respecter les droits et renforcer les objectifs, leurs actions sont entravées par leur caractère non juridictionnel, l'absence de mesures de contrainte vis-à-vis des Etats, et la prépondérance du rôle des Etats dans les différentes étapes de la procédure pour saisir ces organes. Alors que les violations par des particuliers sont sanctionnées par les systèmes juridiques internes, les violations par les Etats sont souvent peu ou pas du tout sanctionnées. Seules les violations graves et systématiques attirent l'attention des organisations internationales. Même dans les cas de recours ouverts aux particuliers, la saisine n'est pas systématique. Elle est parfois subordonnée à l'épuisement des voies de recours internes. La Cour africaine par exemple, subordonne le déclenchement du mécanisme de protection à la volonté de la Conférence des Chefs d'Etat.

1315. Les organes chargés de veiller à l'application des textes internationaux doivent devenir de véritables organes juridictionnels prenant des sanctions envers les Etats et disposant de moyens de les faire exécuter.

1316. Un autre aspect de la protection des droits, c'est la mise en œuvre au plan interne, des conventions internationales ratifiées. Pour mieux assurer celle-ci, il faut rendre les conventions internationales portant sur les droits civils « self executing » c'est-à-dire directement applicables par les Etats. Il serait intéressant que les conventions portant sur les droits civils prévoient en leur sein, des dispositions qui permettraient aux individus de les invoquer directement devant les juridictions de leurs Etats, dès lors que ceux-ci les ont ratifiées.

1317. Une autre solution à l'effectivité des droits garantis dans les conventions internationales serait que ces conventions, surtout lorsqu'elles reconnaissent des droits civils ou familiaux, fassent partie intégrante de la Constitution et puissent à ce titre être invoquées dans le bloc de constitutionnalité. Tel est le cas de la CADHP¹⁴⁴⁹ dans la Constitution

¹⁴⁴⁹Charte Africaine des Droits de l'homme et des Peuples

bénoise, qui a ainsi permis de déclarer contraires à la constitution, les articles du code pénal béninois qui réprimait différemment l'adultère de la femme et celui du mari.

1318. L'existence des juridictions internationales est une opportunité dans la mesure où elle peut pallier les défaillances des juridictions nationales en matière de protection des droits des personnes. Mais il faut encore que les juridictions africaines et les organes inter-étatiques puissent s'inspirer du modèle européen. Ce dernier est en effet allé très loin dans la protection des droits civils en admettant les plaintes de particuliers contre les Etats. La Cour européenne a développé une technique d'interprétation et une possibilité de recours individuel qui assurent la protection effective des droits civils des individus et même de leurs droits familiaux. Il est en effet très important d'engager la responsabilité de l'Etat lorsque les individus s'estiment lésés dans leurs droits.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

CONCLUSION GENERALE

1320. Il existe des mécanismes instrumentaux et des mécanismes institutionnels de protection des droits. L'adoption d'un texte destiné à régir les comportements ou à attribuer des prérogatives dépend de plusieurs facteurs. L'influence des différents facteurs sur la règle de droit peut être limitée par la détermination des objectifs à fixer pour inciter le législateur à voter les textes ou à appliquer les réformes.

1321. La mise en œuvre des mesures de protection peut se heurter à divers obstacles tant matériels, sociaux ou économiques. Les « droits humains » de façon générale, pâtissent de l'absence de garanties, en raison de la dispersion des sources (nationales, régionales, mondiales) et de l'insuffisance des recours possibles¹⁴⁵⁰. Cette absence ou cette faiblesse des recours en justice limite par exemple la protection prétorienne des droits de la personnalité. Mais l'on ne peut se réfugier derrière des obstacles de fait pour conclure à l'inefficacité ou à l'inutilité du droit. Il est important que le droit se ménage lui-même les moyens de sa mise en œuvre. La compétence et les pouvoirs reconnus à ceux qui sont chargés de faire respecter les droits sont donc déterminants. Mais le manque de volonté politique entraîne souvent l'absence de mesures d'accompagnement, par exemple les lois et décrets censés conduire à la mise en application de ces textes.

1322. L'effectivité des droits civils est largement tributaire des réalités politiques tant dans leur adoption que dans leur mise en œuvre. C'est la révolution française de 1789 qui conduira à des réformes dont l'adoption du code civil est considérée comme la plus importante. Au Sénégal, le pluralisme caractéristique du droit sénégalais de la famille est un « phénomène éminemment politique »¹⁴⁵¹. Au Bénin, l'instabilité politique caractéristique du lendemain des indépendances a empêché de réfléchir sérieusement à un code des personnes. Ce n'est qu'avec l'ère démocratique des années 90 qu'a connu le pays, et la ratification des traités internationaux sur les droits des personnes qu'est apparue la nécessité de réforme du droit civil et d'adoption d'un nouveau code des personnes.

1323. Les droits individuels des personnes constituent avec les droits familiaux, la trame des droits civils. Ils ne font pas l'objet d'une définition figée, statique et peuvent être modifiés ou complétés selon le contexte ou le milieu social. Par exemple en Europe, le droit au respect de la vie privée comprend la protection de l'intégrité physique et morale des personnes, de leur

¹⁴⁵⁰ J.-M. CROUZATIER « Droits de l'homme » ou « Droit humain » : Une différence sémantique, in Revue ASPECTS, op.cit. p.14

¹⁴⁵¹ A. S. SIDIBE, *Le pluralisme juridique...*, op.cit. p.37

dignité, de leur santé et même de leur vie sociale¹⁴⁵². Quant au droit à la vie familiale, il a été étendu au droit d'être informé de ses origines, au droit de procréer et même au droit à un environnement sain, les pollutions et nuisances pouvant avoir un impact sur la vie familiale¹⁴⁵³. La politique d'immigration a fait naître le droit au regroupement familial pour le demandeur d'asile ou de visa.

1324. La question des droits civils dépasse le seul domaine des règles civiles et inclut des questions pénales, et surtout politiques, constitutionnelles et même internationales. Même la démocratie s'invite aujourd'hui comme fondement principal et source des droits civils car les textes qui élargissent ou limitent les droits civils des personnes sont le fruit du vote de la majorité parlementaire dans les différents pays, à défaut de vote unanime ou consensuel. Les exigences démocratiques ne se remarquent pas seulement en matière électorale ou de bonne gouvernance. Elles se remarquent aussi dans la forme de la règle de droit et exercent ainsi une influence indirecte sur la nature des droits consacrés. Il est donc impossible compte tenu de ces contextes, de faire une liste exhaustive des droits civils. Toutefois, ils tournent autour de l'inviolabilité de la personne, des principes de liberté, d'égalité et de non-discrimination et du droit de s'adresser à un tribunal en cas de conflit. Ils présentent de nombreuses similitudes avec les droits fondamentaux d'où leur vocation à une protection constitutionnelle et internationale. C'est grâce à ces protections que la famille se révèle de plus en plus comme un cadre d'exercice des libertés et se protège contre les atteintes portées par l'Etat à la vie privée et familiale.

1325. Mais d'ordinaire, ce sont les lois civiles qui régissent les conditions d'exercice des droits liés à la famille. Ces lois internes restreignent dans une certaine mesure l'exercice des droits individuels dans la famille. Plusieurs questions comme le concubinage, les droits des homosexuels et leur aspiration à l'égalité, les techniques scientifiques en rapport avec le don de la vie ne sont pas encore prises en compte dans nos codes des personnes et de la famille. Il serait intéressant de savoir si les réformes doivent venir du souci de prévisibilité qui est un objectif de la règle de droit ou du souci du droit de régir tous les comportements des individus, face à une montée des pratiques humaines.

1326. Le droit se fait plus flexible et laisse davantage de place aux choix individuels¹⁴⁵⁴. L'on observe un « désengagement du droit qui laisserait place aux choix individuels, aux

¹⁴⁵² J-C MASCLET (Dir.), *Libertés publiques et droits fondamentaux*, op.cit., p.34

¹⁴⁵³ Idem, p.34

¹⁴⁵⁴ M. SEGALÉN, *Sociologie de la famille*, op.cit. p.262

mœurs, à l'éthique »¹⁴⁵⁵. Il ne faudrait toutefois pas conclure à un désengagement de l'Etat ou le souhaiter. Au contraire, il appartient à l'Etat de s'interroger sur son rôle envers la famille, de définir en vertu de quels principes, pour quelles finalités et avec quels moyens il doit agir sur la famille. Par exemple, l'intervention de l'Etat peut seulement viser à contrôler les familles déviantes ou au contraire se soucier du bien-être de tous¹⁴⁵⁶. L'opinion tend à considérer toute réglementation de la famille comme une intrusion dans la vie privée. La tendance actuelle est que l'institution a cessé de régler les choix familiaux¹⁴⁵⁷. Le droit doit-il alors se désengager et se soumettre au privé ? Cela reviendrait à faire des individus, les acteurs de la réglementation juridique, qui obligeraient les pouvoirs publics à suivre leur volonté et non plus l'Etat qui imposerait des règles aux individus.

1327. Si « le droit ne dit pas la famille, ni la famille le droit »¹⁴⁵⁸, une certitude s'impose néanmoins, c'est que les deux institutions sont en rapport étroit. Même si certains défendent l'idée d'une « déjuridisation »¹⁴⁵⁹ du mariage et de la famille, d'une neutralité du droit dans ce domaine au nom du principe de la tolérance, la loi ne doit pas avoir pour fonction d'avaliser des choix personnels mais servir l'intérêt général.

1328. A ceux qui souhaitent que l'Etat se retire pour laisser plus de responsabilités privées dans la famille comme à ceux qui souhaitent une plus forte implication de l'Etat dans la sphère privée au détriment des responsabilités personnelles, il faut simplement répondre que les rôles respectifs de la famille et de l'Etat sont complémentaires et non interchangeables¹⁴⁶⁰.

1329. Le paradoxe entre les droits individuels et les droits de la famille, c'est que c'est au nom des droits et libertés des individus que la notion de famille est contestée aujourd'hui et est perçue comme une menace pour la liberté individuelle¹⁴⁶¹. Ceci s'explique par diverses raisons. D'abord la famille (fondée sur le mariage) demeure suspecte et remplie de préjugés religieux et moraux. Ensuite parce que les femmes ont payé un lourd tribut à la famille. Enfin parce que les liens conjugaux ou familiaux, comme du reste toute forme de vie en commun, postulent certains renoncements et certains devoirs qui pèsent peu lorsqu'ils sont

¹⁴⁵⁵ Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « Les perspectives d'évolution de la famille et du droit, Du politique et du social dans l'avenir de la famille », Haut Conseil de la Famille et de la Population, 6-7 avril 1990.

¹⁴⁵⁶ M. SEGALIN, *Sociologie de la famille*, op.cit. p.262

¹⁴⁵⁷ Idem, p.272

¹⁴⁵⁸ Idem, p.282

¹⁴⁵⁹ Mary-Ann GLENDON, « La transformation des rapports entre l'Etat et la famille dans l'évolution du droit aux Etats-Unis », in *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Bruylant, Bruxelles, 1978, p.11 et s.

¹⁴⁶⁰ Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, *Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale*, op.cit., p.184

¹⁴⁶¹ Idem, p.193

volontairement assumés, mais deviennent trop lourds lorsque le lien amoureux ou affectif cesse de leur servir de soutien ou de motivation¹⁴⁶².

1330. Les droits individuels seraient des droits absolus qui l'emporteraient sur l'intérêt général et sur ceux de la petite communauté qu'est la famille¹⁴⁶³. Il y aurait antinomie entre famille et individu et le devoir de l'Etat serait de protéger le premier contre le deuxième¹⁴⁶⁴. Cette conception même si elle tend à se répandre est irréaliste parce qu'elle nierait l'existence de ce groupe (homme, femme, enfants) fait de sang et d'affection. Elle est ensuite inviable¹⁴⁶⁵ parce que la liberté individuelle définie comme disposition inconditionnelle de soi-même au gré de ses désirs et de ses intérêts personnels ne peut que déboucher sur l'incommunicabilité dans un fracas de revendications et de conflits incessants.

1331. Il ne faut pas non plus que la famille soit un lieu d'étouffement et d'oppression. La question est donc de savoir comment trouver l'équilibre pondéré entre les droits et libertés individuels d'abord entre eux, et ensuite entre eux et l'intérêt général, et notamment l'intérêt des familles¹⁴⁶⁶. Ce conflit entre droits individuels et droits familiaux, les ordres juridiques africains devront y faire face, compte tenu des évolutions sociales. L'étude des droits dans la famille révèle deux tendances où il est difficile de prédire laquelle prime sur l'autre¹⁴⁶⁷. Entre les règles renforçant les libertés individuelles et celles accentuant la protection de la famille, la véritable question est de savoir si le droit doit suivre ou précéder l'évolution des comportements familiaux.

1332. Pour le moment, l'état des droits civils en Afrique pourrait se résumer en ces termes. D'un côté, au plan juridique, un modèle inspiré du droit français avec une touche d'originalité africaine, acceptée d'un côté au nom de la référence aux valeurs islamiques, rejetée de l'autre au nom de l'aspiration à la modernité, avec en face, un foisonnement de textes internationaux souvent ratifiés au nom de la démocratie et de l'universalité des droits de l'homme. De l'autre côté, au plan social, des comportements humains qui s'éloignent souvent des prescriptions légales.

1333. Les droits oscillent entre souveraineté nationale, influence internationale et comportements humains. Deux réalités s'opposent donc sur le droit de la famille en Afrique de l'ouest, le droit supranational des droits de l'homme qui doit diriger la politique législative,

¹⁴⁶² Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale, op.cit. p. 194

¹⁴⁶³ Idem, p. 194

¹⁴⁶⁴ Idem, p.194

¹⁴⁶⁵ Ibidem. p.195

¹⁴⁶⁶ Ibid. p.195

¹⁴⁶⁷ Ibid. p.174

et la vie familiale des individus éloignée des règles de droit civil, en pratique présidée en revanche par les coutumes, les traditions et les normes religieuses¹⁴⁶⁸.

1334. Il faut alors trouver les règles qui rendent compte de la réalité juridique (puisque c'est avant tout celle-là qui nous intéresse) ou réalisent la synthèse entre ces différents facteurs. C'est à cette équation qu'est soumise aujourd'hui la thématique de l'effectivité des droits civils dans les systèmes africains.

1335. Notre souci n'est pas de nous interroger sur la légitimité des choix faits par les différents législateurs en matière de famille mais sur la légalité de ces mesures au regard de l'ensemble du dispositif juridique et sur le respect et l'application effective de ces mesures par les personnes et les tribunaux.

1336. L'analyse purement juridique des questions relatives au droit de la famille risque d'enfermer le juriste dans une tour d'ivoire car souvent il existe un décalage entre les règles et le monde qui l'entoure¹⁴⁶⁹, d'où la nécessité de faire des règles de droit, un ensemble de règles qui régissent vraiment et s'appliquent effectivement à la conduite des hommes. Le droit doit donc pouvoir être réellement appliqué. L'enjeu en définitive est de trouver les moyens pour y parvenir.

1337. Le principal défi du droit aujourd'hui c'est d'arriver à trouver un fondement à la règle de droit déterminant les droits des personnes et de la famille, pour éviter du moins dans des délais courts, des décisions variant au gré des comportements des individus ou des opinions des politiques, et aussi éviter d'arriver à une conception extensive et subjective de la famille et du mariage.

¹⁴⁶⁸Dr. Stéphanie LAGOUTTE, « Quelle méthode pour la recherche appliquée à la famille » in Actes du forum universitaire régional : Famille et droits de l'homme en Afrique de l'ouest francophone, op.cit. p.71

¹⁴⁶⁹Idem, p.71

BIBLIOGRAPHIE

I – Ouvrages généraux

1. ANDRIEUX (J.-P.),
- Introduction historique au droit, éd. Vuibert Dyna'sup droit, 2006,
426 p.
2. AUBERT (J.-L.),
- Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 6^{ème} éd. Paris, Armand Colin,
1995, 329 p.
3. BEIGNIER (B.) et BINET (J.-R.),
- Droit des personnes et de la famille, 14^{ème} éd. LGDJ, 2014, 552 p.
4. BENABENT (A.)
- Droit civil, La famille, 7 éd. LITEC, 1995
- Droit de la famille, Collection Domat Droit Privé, LGDJ Lextenso Editions. 3^{ème} éd. 2014,
542 p.
5. BOULANGER (F.)
- Droit civil de la famille, Tome I : Aspects comparatifs et internationaux, 3^{ème} éd. Collection
Droit civil Economica, 1997, 391 p.
6. BRUSORIO-AILLAUD (M.),
- Droit des personnes et de la famille, 5^{ème} éd. LARCIER, 360 p.
7. CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.),
- Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. I, 11^{ème} édition, Dalloz, 2000, 670 p.
8. CARBASSE (J.-M.),
- Histoire du droit, 1^{ère} éd. PUF Que sais-je ? Paris 2008, 128 p.
9. CARBONNIER (J.),
- Droit civil 1/Introduction, Les personnes, 8^{ème} éd. P.U.F 1969, 312 p.
- Droit civil 2/La famille, L'enfant, Le couple, Thémis droit privé, 20^{ème} éd. Refondue, P.U.F
1999, 711 p.
- Droit civil, 2-La famille, Les incapacités, 12^{ème} éd. PUF. 1983, 720 p.
- Sociologie juridique, 2^{ème} éd. Quadriga / PUF 2008, 416 p.
- Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple-Vol I, Quadriga
PUF, Octobre 2004, 1496 p.

- 10. CHARVIN (R.) et SUEUR (J. J.),**
-Droits de l'homme et libertés de la personne, 4^{ème} éd. LITEC 2002, 446 p.
- 11. COLOMBET (C.)**
-La famille, 5^{ème} éd. Mise à jour Collection Droit fondamental, PUF, 1997, 398 p.
- 12. CORNU (G.),**
-Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, Domat droit privé, 10^{ème} éd. Montchrestien, 2001, 717 p.
- 13. COURBE (P.),**
-Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités, 8^{ème} éd. Mémentos-Dalloz 2012, 290 p.
-Droit de la famille, 3^{ème} éd. Armand Colin 2003, 458 p.
- 14. DEBOVE (F.), SALOMON (R.), JANVILLE (T.),**
-Droit de la famille, 2^{ème} éd. Vuibert Dyna'sup droit 2006, 375 p.
- 15. DELESTRAINT (P. D.),**
-Droit civil, Les personnes et les droits de la personnalité, la famille, les incapacités, 11^{ème} éd. Mémentos Dalloz, Paris 1985, 203 p.
- 16. DOUCHY-LOUDOT (M.),**
- Droit civil, 1^{ère} année, Introduction, Personnes, Famille, Dalloz-Sirey 2011, 6^{ème} éd. 458 p.
- 17. FENOUILLET (D.),**
- Droit de la famille, Cours Dalloz, 3^{ème} éd. 2013, 595 p.
- 18. GARCIA (K.),**
-Le droit civil européen, Nouvelle matière, Nouveau concept, éd. Larcier Bruxelles 2008, 674 p.
- 19. GAUDEMET (J.),**
-Le droit privé romain, éd. Armand Colin, 1974, 416 p.
- 20. GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), avec la collaboration de FABRE-MAGNAN (M.),**
-Traité de droit civil – Introduction générale, 4^{ème} éd. LGDJ, Paris, 1994, 891 p.
- 21. GOUBEAUX (G.) et VOIRIN (P.),**
-Droit civil, T. I, Personnes, Famille, Personnes protégées, Biens, Obligations, Sûretés, 32^{ème} éd. LGDJ, 2009, 790 p.
- Droit civil, T. 2, Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités, 27^{ème} éd. LGDJ, 2012, 436 p.
- 22. HAUSER (J.) et HUET-WEILLER (D.), sous la direction de GHESTIN (J.)**
-Traité de droit civil – La famille. Fondation et Vie de la famille, 2^{ème} éd. LGDJ, 1998, 943 p.

- 23. HESS-FALLON (B.) et SIMON (A.-M.),**
-Droit civil, 5^{ème} édition, Sirey, 1999, 363 p.
-Droit de la famille, Dalloz, Paris, 2006, 223 p.
- 24. KELSEN (H.),**
-Théorie pure du droit, LGDJ, 1999, 367 p.
- 25. LECA (A.),**
-La genèse du droit, Essai d'Introduction historique au Droit, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998, 415 p.
- 26. LEFEBVRE-TEILLARD (A.),**
-Introduction historique au droit des personnes et de la famille, 1^{ère} éd. PUF, Paris 1996, 475 p.
- 27. MAINGUY (D.),**
-Droit Civil, Les personnes, la famille, Volume I, Les personnes physiques, 1^{ère} année de droit (L1) 2009–2010, Université de Montpellier I, 236 p.
- 28. MALAURIE (P.) et AYNES (L.),**
-Droit civil : famille, T. 3, Cujas Paris, 1998, 609 p.
-...avec FULCHERON (H.), Droit civil- La famille, 4^{ème} éd. Defrénois. Lextenso éditions. Février 2011, 748 p.
- 29. MARTENS (P.),**
-Théories du droit et pensée juridique contemporaine, Editions Larcier, 2003, 337 p.
- 30. MASCLET (J.-C.) et TURPIN (D.),**
-Libertés publiques et Droits fondamentaux, Editions Sup'Foucher , Vanves 2009, 367 p.
- 31. MAZEAUD (H. L. J.), CHABAS (F.)**
- Leçons de droit civil, Tome I, vol 1^{er}, Introduction à l'étude du droit, par CHABAS (F.), 12^{ème} éd. Montchrestien, 2000, 650 p.
-Leçons de droit civil, Tome I, vol 2, Les personnes, La personnalité, Les incapacités, par LAROCHE-GISSEROT (F.), 8^{ème} éd. Montchrestien, 1997, 466 p.
- Leçons de droit civil, Tome I, vol 3, La famille, par LEVENEUR (L.), 7^{ème} éd. Montchrestien, 1995, 866 p.
- 32. MILLARD (E.),**
-Théorie générale du droit, Dalloz 2006, 136 p.
- 33. MILLIOT (L.) et BLANC (F.-P.),**
- Introduction à l'étude du droit musulman, 2^{ème} éd. Dalloz 2001, 669 p.

- 34. RENAULT-BRAHINSKY (C.),**
-Droit des personnes et de la famille, 13^{ème} éd, Gualino Editeur, 2014, 248 p.
- 35. RODIERE (R.),**
-Documents de droit civil, éd. Sirey 1956, 264 p.
- 36. ROUBIER (P.),**
-Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963, 451 p.
- 37. ROCHFELD (J.)**
-Les grandes notions du droit privé, Thémis, PUF, 2^{ème} éd. 2013, 564 p.
- 38. TERRE (F.),**
-Introduction générale au droit, 4^{ème} édition Dalloz, 1998, 634 p.
- 39. TERRE (F.) et FENOUILLET (D.),**
- Droit civil. Les personnes, La famille, Les incapacités, 7^{ème} éd. Dalloz, Paris 2005, Précis.
Droit Privé, 1382 p.
- 40. TEYSSIE (B.),**
- Droit civil, Les personnes, 13^{ème} éd. Lexis Nexis, 2011, 513 p.
- 41. VILLEY (M.),**
-Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit, éd. Dalloz 2001, 338 p.
- 42. VON SAVIGNY (F. C.),**
-Traité de droit romain, T. I. Trad. Fr. Ch. GUENOUX, Paris, Firmin Didot Frères, 1840, 425 p.
- 43. WACHSMANN (P.),**
-Les droits de l'homme, 4^{ème} éd. Dalloz 2002, 180 p.

II – Ouvrages spécialisés

1. AHOUANDJINOU-DJOSSINOU (H.)

-Droit béninois de la famille. Cours de droit civil, Manuel et Applications, 1^{ère} éd. 2011, La croix du Bénin, 247 p.

2. ANNAN-YAO (E.), (Dir.),

-Démocratie et développement en Afrique de l'Ouest : mythe et réalité, éd. CODESRIA, 2005, 202 p.

3. ARNOUX (I.),

-Les droits de l'être humain sur son corps, Presses Universitaires de Bordeaux 2003, 575 p.

4. AUNE (A.-C.)

-Le phénomène de la multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, 470 p.

5. BART (J.),

-Histoire du droit privé, De la chute de l'Empire romain au XIX^{ème} siècle, 2^{ème} éd., Montchrestien Paris 2009, 478 p.

6. BOUINEAU (J.) et ROUX (J.)

- 200 ans de code civil, Ed. adpf. 2004, 210 p.

7. BOURQIA (R.), EL AYADI (M.), EL HARRAS (M.) et RACHIK (H.),

-Les jeunes et les valeurs religieuses, éd. EDDIF-CODESRIA, Casablanca, Maroc 2000, 260 p.

8. BRUGUIERE (J-M.) et GLEIZE (B.)

-Droits de la personnalité, Ed. Ellipses 2005, 352 p.

9. CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.), REVET (T.), (Dir.),

-Libertés et droits fondamentaux, 13^{ème} éd. Revue et augmentée, Dalloz 2007, 885p.

10. CARBONNIER (J.),

- Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10^{ème} éd. L.G.D.J, 2007, 493 p.

11. CHAMPEIL-DESPLATS (V.) et LOCHAK (D.), (Dir.),

- A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme. Ed. Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, 266 p.

12. CHOLE (E.) et IBRAHIM (J.), (Dir.),

-Processus de démocratisation en Afrique, Problèmes et perspectives, éd. Karthala-Codesria, 1995, 150 p.

- 13. COOPER (F.),**
-Décolonisation et travail en Afrique, L'Afrique britannique et française 1935-1960, éd. Karthala – Sephis, 2004, 578 p.
- 14. COUTURIER-LEONI (C.) et LEONI (J.),**
-Guide des parents séparés, Vos droits et ceux de vos enfants, éd. Syros 1995, 226 p.
- 15. DABIN (J.),**
-Le droit subjectif, Paris, Dalloz, 1952, 326 p.
- 16. DARBON (D.) et DU BOIS DE GAUDUSSON (J.) (Dir.),**
-La création du droit en Afrique, éd. KARTHALA 1997, 493 p.
- 17. DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.),**
-L'égalité des sexes, éd. Dalloz 1998, 101 p.
- 18. DIOUF (M.),**
-Eclairage sur le(s) féminisme(s), origines-discours-critiques. P.U.D. 2009, 225 p.
- 19. DIOP (E. H. O.)**
-La justice constitutionnelle au Sénégal. Essai sur l'évolution, les enjeux et les réformes d'un contre-pouvoir juridictionnel, éd. CREDILA / OVIPA 2013, 333 p.
- 20. FALL (I. M.)**
-Evolution constitutionnelle du Sénégal, De la veille de l'Indépendance aux élections de 2007, CREDILA, KARTHALA-CREPOS 2009, 191 p.
- 21. FOFANA (M. L.),**
-L'universalité des droits de l'homme et sa portée en Afrique, Collection Droit Uniforme, Ed. Juridiques Africaines, 1997, 129p.
- 22. GARNOT (B.), (Dir.),**
-Normes juridiques et pratiques judiciaires, Du Moyen Âge à l'époque contemporaine, Editions Universitaires de Dijon, collection Sociétés, Dijon, 2007, 451 p.
- 23. GBAGO (G. B.),**
-Le Bénin et les droits de l'homme, éd. L'Harmattan 2001, 266 p.
- 24. GUINCHARD (S.)**
-Droit patrimonial de la famille au Sénégal (Régimes matrimoniaux-Libéralités-Successions) Bibliothèque Africaine et Malgache, LGDJ, NEA, 1980, 668 p.
- 25. HOUNTONDI (P. J.), (Dir.),**
-La rationalité, une ou plurielle ? Ed. CODESRIA, 2007, 467 p.

- 26.** IMAN (A. M.), MAMA (A.) et SOW (F.) (Dir.),
-Sexe, Genre et Société, Engendrer les sciences sociales en Afrique, éd. Karthala et Codesria, 2004, 461 p.
- 27.** JOSSERAND (L.),
-De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus de droit, 2^{ème} éd. Dalloz, Paris. 1939, 454 p.
- 28.** KOUASSIGAN (G. A.),
-Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone, éd. A. Pedone Paris 1974, 311 p.
- 29.** LAQUEUR (W.) et RUBIN (B.), (Textes réunis par),
-Anthologie des droits de l'homme, éd. Nouveaux horizons 1998, 594 p.
- 30.** LEONARD (T.),
-Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile, éd. Larcier 2005, 894 p.
- 31.** MAMDANI (M.),
-Citoyen et sujet, L'Afrique contemporaine et l'héritage du colonialisme tardif, Ed. Karthala-Sephis, Paris 2004, 418 p.
- 32.** MBAYE (K.)
-Propos d'un juge, Nouvelles Editions Africaines du Sénégal, Dakar 2006, 253 p.
- 33.** MBOW (P.), (Dir.),
-Hommes et femmes entre sphères publique et privée, éd. CODESRIA, 2005, 178 p.
- 34.** MEDENOUVO (F.),
-Coutumier du Dahomey, Ed. Présence Béninoise, Paris 2004, 90 p.
- 35.** MORANGE (J.),
-Droits de l'homme et libertés publiques, 5^{ème} éd. revue et augmentée, PUF 2000, 443 p.
- 36.** MORVAN (P.),
-Le principe de droit privé, Editions Panthéon-Assas, Paris 1999, 788 p.
- 37.** NDIAYE (Y.),
-Le divorce et la séparation de corps, Les Nouvelles Editions Africaines, 1979, 272 p.
- 38.** NDOYE (D.) (Dir)
-Droit africain de la famille. Etudes doctrinales. Mélanges africains. EDJA. 1^{ère} éd. Novembre 2011, 232 p.
-Justice et droit en Afrique, Etudes doctrinales, Mélanges Africains, EDJA. 335 p.

- 39. PIERRAT (E.),**
- Le sexe et la loi, éd. La Musardine, 2008, 232 p.
- 40. REBOURG (M.)**
-La prise en charge de l'enfant par son beau-parent, Ed. Defrénois 2013, 371 p.
- 41. RIGAUX (F.),**
-La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris 1990, 849 p.
- 42. RIPERT (G.),**
-Le déclin du droit, Etudes sur la législation contemporaine, éd. LGDJ, Paris 1949, 225 p.
-Les forces créatrices du droit, LGDJ, Paris, 1955, 431 p.
- 43. ROBERT (J.) et OBERDORFF (H.),**
-Libertés fondamentales et droits de l'homme, textes français et internationaux, 2^{ème} éd. Montchrestien E.J.A., 1995, 504 p.
- 44. ROMANO (S.),**
-L'ordre juridique, Traduction française de la 2^{ème} édition de *l'Ordinamento giuridico*, par FRANÇOIS (L.) et GOTHOT (P.), éd. Dalloz 2002, 163 p.
- 45. ROVENTA-FRUMUSANI (D.),**
-Concepts fondamentaux pour les études de genre, Editions des archives contemporaines, AUF, 2009, 105 p.
- 46. SALEILLES (R.),**
-De la personnalité juridique – Histoire et théorie, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1910, 678 p.
- 47. SEGALEN (M.),**
- Sociologie de la famille, 5^{ème} éd. Armand Colin, Paris 2000, 293 p.
- 48. STERCKX (D.),**
- Le mariage en droit civil, éd. LARCIER 2004, 224 p.
- 49. SOW SIDIBE (A.),**
-Le pluralisme juridique en Afrique (L'exemple du droit successoral sénégalais), éd. LGDJ Paris, 1991, 383 p.
-Droit civil, Droit sénégalais, Introduction à l'étude du droit-Etat des personnes-Famille. CREDILA 2014, 271 p.
- 50. UCHENDU (E.) (édité par),**
-La masculinité en Afrique contemporaine, CODESRIA 2008, 266 p.

51. VINCENT (J.) (Dir.),

-Guide Juridique, éd. Dalloz, Nomenclature 1998, T. II pp.118-1 à 233-10 et T. III (Mise à jour 2000) pp.234-1 à 341-3

52. VON IHERING (R.),

-L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement, 3ème éd. T. IV, traduction française de O. de Meulenaere, Bologna, Forni Editore Bologna, 1969, 441 p.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

III – Articles, Actes de séminaires et Monographies

1. ADANDE (A. B. A.), (Dir.),

-Intégration régionale, démocratie et panafricanisme : paradigmes anciens, nouveaux défis, éd. CODESRIA, 2007, 160 p.

2. AINA (T. A.)

-Mondialisation et politique sociale en Afrique, Questions et pistes de recherche, éd. CODESRIA, 1997, 104 p.

3. AfriMAP et OSIWA (Etude réalisée par),

-Sénégal, Le secteur de la justice et l'État de droit, novembre 2008, 20 p.

-Bénin, Le secteur de la justice et l'Etat de droit, par DJOGBENOU (J.), 2010, 132 p.

4. AHJUCAF (Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du Français)

- L'indépendance de la justice, Actes du deuxième congrès, Dakar, 7 et 8 novembre 2007, 229 p.

5. ALLIOT (M.),

-La coutume dans les droits originellement africains, in Bulletin de liaison du LAJP, n° 7-8, 1985, pp. 79-100

6. AMNESTY INTERNATIONAL et CODESRIA,

-Surveiller et enquêter en matière de violence sexuelle, 2001, 61 p.

7. ARROUS (M. B.),

-Coalition, dispersion, Un moment démocratique en Afrique de l'Ouest « francophone » 1988-1996, éd. CODESRIA 2003, 153 p.

8. ATLAS (C.) et LINOTTE (D.),

-Le mythe de l'adaptation du droit au fait, in Recueil Dalloz-Sirey, 1977, chronique XXXIV, pp. 251-258

9. AUPELF-UREF,

-L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, Colloque International, 29 et 30 sept., 1^{er} oct. 1993, Port-Louis, document imprimé en 1994, 687 p.

10. AUVERGNON (P.) (Dir.),

-L'effectivité du droit du travail : A quelles conditions ? Actes du séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale, Imprimerie de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2006, 371 p.- et 2^{ème} éd. 2008, 390 p.

11. BADET (G.),

-Justice pénale traditionnelle et droits de l'homme : Quelques réflexions autour d'une décision de la Cour constitutionnelle du Bénin, Publication OSIWA/AfriMAP, octobre 2005, 7 p.

12. BAFI' 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 L'Afrique de l'Ouest et la tradition universelle des droits de l'homme, sous la direction de Denis MAUGENEST et Théodore HOLO, Colloque D'Abidjan (13, 14 et 15 mars 2006), Editions du CERAP, pp. 247- 256.

13. BARANES (W.) et FRISON-ROCHE (A.-M.),

-Le souci de l'effectivité du droit, in Recueil Dalloz Sirey, 1996, 35^{ème} Cahier, Chronique, pp.301-303

14. BLEVIS (L.),

-La citoyenneté française au miroir de la colonisation : étude des demandes de naturalisation des « sujets français » en Algérie coloniale. Dossier, Genèses 53, déc. 2003, pp. 25-47.

15. BOKO NADJO (G.),

-L'application comparée des instruments relatifs aux droits des femmes en Afrique subsaharienne : le cas du Bénin, du Burkina-Faso et du Sénégal, 20 p.

16. BOURGI (A.),

-L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité, Revue Française de Droit Constitutionnel 2002/4, n°52, p. 721-748

17. CAMARA (F. K.)

- Le code de la famille du Sénégal ou de l'utilisation de la religion comme alibi à la légalisation de l'inégalité de genre, Nouvelles Annales Africaines, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, N° 2/08, pp. 11-50.

18. CISSE (A.)

- Les infortunes du principe constitutionnel d'égalité dans les rapports privés, R.A.S.D.P. 1996, n°3 et 4, pp. 103-124.

19. CONAC (G.),

-Le juge de l'Etat en Afrique francophone, in Afrique Contemporaine, N°156 (Spécial)/4^{ème} semestre 1990, pp. 13-20.

20. CROUZATIER (J.-M.),

- « Droits de l'homme » ou « Droit humain » : Une différence sémantique, in Revue ASPECTS (Revue d'études francophones sur l'Etat de droit et la démocratie) Hors-série - 2008, p.11 et s.

21. D'IRIBARNE (P.),

-Trois figures de la liberté, Annales. Histoire, Sciences Sociales 2003/5, 58^e année, Editions de l'EHESS, pp. 953-978.

22. DABIN (J.),

-Droits subjectifs et prérogatives juridiques – Examen des thèses de M. Paul Roubier, Mémoires de l'Académie royale de Belgique, LIV, fasc. 3, Bruxelles, 1960, p.35 et s.

23. DOERING (E. J.),

-Comment la force se perpétue elle-même. Réflexions actuelles à la lumière de Simone Weil, in Diogène 2003/3, N° 203, P.U.F. p. 121-138.

24. DOSSOU (R. S. M.),

-La Cour Constitutionnelle du Bénin : L'Influence de sa Jurisprudence sur le Constitutionnalisme et les Droits de l'Homme, Conférence Mondiale sur la Justice Constitutionnelle, Cap Town, Afrique du Sud, 23-24 janvier 2009, 13 p.

25. DU BOIS DE GAUDUSSON (J.),

-Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone, in Afrique Contemporaine, N°156 (Spécial)/4^{ème} semestre 1990, pp. 6-12

26. DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.),

-Droit au juge, accès à la justice européenne, in Pouvoirs 2001/1, n° 96, éd. Le Seuil, pp. 123-141.

27. FALL (P. T.)

-La rupture du mariage coutumier en droit sénégalais : l'imbroglio juridique, in Nouvelles Annales Africaines, Revue de la faculté des sciences Juridiques et Politiques, CREDILA, UCAD, n° 2/2011, pp.217-234

- La difficile cohabitation entre le droit à la vie privée et le droit à l'information au Sénégal, in Nouvelles Annales Africaines, Revue de la faculté des sciences Juridiques et Politiques, CREDILA, UCAD, n° 2013, pp.151-177

- Les droits de l'homme dans la famille, Communication, Cotonou, 09 décembre 2014, 11p.

28. FALL (P. T.) et NDOUR (N.)

-Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest, Etude sur le Sénégal, Publié par L'Institut des Droits de l'Homme et de la Paix et l'Institut Danois des Droits de l'Homme, Dakar, mai 2013, 60 p.

29. FARGE (M.),

-Les réalisations de l'Union européenne concernant l'enfant. Le règlement Bruxelles II bis, in Informations sociales (Caisse nationale des Allocations familiales) 2006/1, N° 129, pp. 70-83.

30. FNUAP : Fonds des Nations Unies pour la Population (étude réalisée par),

-Inventaire et analyse des textes de lois discriminants et de ceux en faveur de la promotion de la femme au Bénin, Novembre 2001, 41 p.

31. GBAGUIDI (A. N.),

-De l'option de monogamie à l'option de polygamie : la nouvelle voie béninoise, in Revue béninoise des sciences juridiques et administratives, N° Spécial octobre 1995, pp 23-35

-Egalité des époux, égalité des enfants et le projet de code de la famille et des personnes du Bénin, in Revue béninoise des sciences juridiques et administratives, N° Spécial, octobre 1995, pp 3-23.

32. GOUTTENOIRE (A.),

-La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in Informations sociales, (Caisse nationale des Allocations familiales), 2008/5, N° 149, pp. 40-51.

33. HOUIN (R.),

-Le droit de la famille dans l'avant-projet de Code civil français et le droit comparé, in Revue internationale de droit comparé. Vol. 9 N°2. Avril-juin. pp. 373-378.

34. JEAMMAUD (A.),

-Les règles juridiques et l'action, in Recueil Dalloz Sirey, 1993, 29^{ème} cahier. Chronique, pp. 207-212.

35. JEAN (J.-P.) et ROYER (J.-P.),

-Le droit civil, de la volonté politique à la demande sociale. Essai d'évaluation sur deux siècles, Pouvoirs 2003/4, n° 107, pp. 127-142.

36. KALOGEROPOULOS (D.) (Textes réunis par les soins de),

-Regards sur la complexité sociale et l'ordre légal à la fin du XXe siècle, éd. Bruylant Bruxelles, 1997, pp. 1- 46.

37. KAMTO (M.),

-Une justice entre tradition et modernité, in *Afrique Contemporaine*, N°156 (Spécial)/4^{ème} semestre 1990, pp. 57-64.

38. KAUDJHIS-OFFOUMOU (F.),

-L'avenir de la famille à travers des instruments juridiques internationaux et régionaux relatifs aux droits humains, in *L'Afrique de l'Ouest et la tradition universelle des droits de l'homme*, sous la direction de Denis MAUGENEST et Théodore HOLO, Colloque D'Abidjan (13, 14 et 15 mars 2006), Editions du CERAP, pp. 233- 245

39. KONE (I.),

-Le statut du magistrat en Côte d'ivoire, in *Afrique Contemporaine*, N°156 (Spécial)/4^{ème} semestre 1990, p. 121

40. LAGOUTTE (S.), ALEXIS (M.), ROSE (G.),

-Famille et droits de l'homme en Afrique de l'ouest francophone, Actes du forum universitaire régional, Université de Ouagadougou, 25-28 février 2008, 154 p.

41. LAGOUTTE (S.) (dir.), BENGALY (A.), YOURA (B.), FALL (P. T.) et ALEXIS (M.)

- Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes en Afrique de l'Ouest francophone, Institut Danois des droits de l'homme, Bamako, Dakar, Niamey et Copenhague, 2014, 90 p.

42. LARCHE (J.), (Président),

-Droit de la famille, Ne pas se tromper de réforme (Rapport d'audition publique de la Commission des lois au Sénat, N°481, Collection Les rapports du Sénat, Paris, 1998, 151p.

43. LASCOUMES (P.) et SERVERIN (E.),

-Théories et pratiques de l'effectivité du droit, in *Droit et Société* 2-1986, pp.127-150

44. LE ROY (E.),

-Le justiciable africain et la redécouverte d'une voie négociée de règlement des conflits, in *Afrique Contemporaine*, N°156 (Spécial)/4^{ème} semestre 1990, pp. 111-120

45. LEROY (Y.)

-La notion d'effectivité du droit, in « *Droit et société* », 2011/3 n°79, Ed. Juridiques associés/ pp.715-732

46. LEVADE (A.),

-Discrimination positive et principe d'égalité en droit français, in *Pouvoirs* 2004/4, n° 111, éd. Le Seuil, pp. 55-71

- 47. LOCHAK (D.),**
-Les droits de l'homme : ambivalences et tensions, Revue internationale de psychosociologie, Éditions ESKA, 2004/2, Volume X, pp. 9-24.
- 48. LUSHABA (L. S.),**
-Le développement synonyme de modernité, la modernité synonyme de développement, éd. CODESRIA 2009, 88 p.
- 49. MAMA (A.),**
-Etudes par les femmes et études sur les femmes en Afrique durant les années 1990, éd. CODESRIA, 1997, 131 p.
- 50. MANGIN (G.),**
-Les institutions judiciaires de l'AOF, in AOF, réalité et héritages: sociétés ouest-africaines et ordre colonial, 1895-1960, Vol. 1, BECKER Charles, M'BAYE Saliou, THIOUB Ibrahima, (Dir.), pp. 139-152
-Quelques points de repère dans l'histoire de la justice en Afrique francophone, in Afrique Contemporaine, N°156 (Spécial)/4^{ème} semestre 1990, pp. 21-25
- 51. MAROUF (N.), (Dir.),**
-Les identités régionales et la dialectique sud-sud en question, éd. CODESRIA, 2007, 185 p.
- 52. MATSHEDISHO (K. R.), ABE (C.), BARYA (M. K.), VAN HEERDEN (E.), PALMARY (I.),**
-Les sciences sociales et l'avenir de l'Afrique, éd. CODESRIA, 2005, 161 p.
- 53. MEULDERS-KLEIN (M.-T.),**
-Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale, in *Droit et Société*, 23/24-1993, Etudes, pp. 163-197
- 54. MEYER (P.),**
-Burkina Faso : une nouvelle forme de justice à l'essai, in Afrique Contemporaine, N°156 (Spécial)/4^{ème} semestre 1990, p. 51-56
- 55. NDIAYE (I. Y.),**
- L'art de mal légiférer (propos irrévérencieux sur certains textes de lois), R.A.S.D.P., n°2, pp. 53-62
- L'envers du droit traditionnel dans le code de la famille, R.A.S.D.P., n°2, pp. 40-52
- 56. NDOKO (N.-C.),**
-Les manquements au droit de la famille en Afrique Noire, in Revue internationale de droit comparé. Vol. 43 N°1. Janvier-mars 1991. pp. 87-104

57. ONG DHPD (Droits de l'Homme, Paix et Développement) et FCIL (Fonds Canadien d'Initiatives Locales)

- La personne, la famille et le droit en République du Bénin, Contribution à l'étude du Code des Personnes et de la Famille, Editions JURIS OUANILO, février 2007, 268 p.

58. PIE (F.),

-La justice à la recherche de son effectivité : le cas de la justice pénale, in Afrique Contemporaine, N°156 (Spécial)/4^{ème} semestre 1990, pp. 65-71

59. PONTIE (G.) et PILON (M.),

-Un exemple de justice au quotidien : les conflits matrimoniaux au Nord-Togo, in Afrique Contemporaine, N°156 (Spécial)/4^{ème} semestre 1990, pp. 93-105

60. RODET (M.),

-Genre, coutumes et droit colonial au Soudan français (1918-1939), in L'évolution des stratégies matrimoniales, n°187-188, 2007/3-4, Cahiers d'études africaines, Editions de l'E.H.E.S.S, pp.583-602

61. ROUBIER (P.),

-Les prérogatives juridiques, in Archives de philosophie du droit, n°5, Paris, Sirey, 1960, p.65 et s.

62. ROVENTA-FRUMUSANI (D.),

-Le conflit des égalités, in Revue ASPECTS (Revue d'études francophones sur l'Etat de droit et la démocratie), Editions des Archives Contemporaines et AUF, 2009-n°3. pp.1-133.

63. SAADA (E.),

-Citoyens et sujets de l'empire français. Les usages du droit en situation coloniale. Dossier. Genèses 53, déc. 2003, pp.4-24

64. SALL (A.),

-Les débuts des cours de justice de la cedeao et de l'uemoa : propos sur la faiblesse du droit jurisprudentiel de l'intégration en Afrique de l'ouest, in Nouvelles Annales Africaines, Revue de la faculté des sciences Juridiques et Politiques, CREDILA, UCAD, n° 1/2010, pp.5-72

65. SALUDEN (M.),

-Le phénomène de la jurisprudence : Jean Carbonnier et le phénomène de la psychosociologie des juges, Université Paris XII, Enquête sociologique, 6 p.

66. SAVATIER (R.),

-Destin du Code civil français. 1804-1954, in Revue internationale de droit comparé. Vol. 6 N°4.Octobre-décembre. pp. 637-664.

67. SAWADOGO (F. M.),

-L'accès à la justice en Afrique francophone : Problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso, in *Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération*, N°2 Mai-Septembre 1995, éd. Ediena Paris 1995, pp.167-212

-Le nouveau droit burkinabè de la famille : Principes essentiels et perspectives d'application, in *Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération* N°1, Janvier-Mars 1990, éd. Ediena Paris 1989, pp. 373-406

68. SINDJOUN (L.),

-La formation du patrimoine constitutionnel commun des sociétés politiques, *Eléments pour une théorie de la civilisation politique internationale*, éd. CODESRIA 1997, 63 p.

69. SPIRE (A.),

-Semblables et pourtant différents. La citoyenneté paradoxale des « Français musulmans d'Algérie » en métropole, *Dossier, Genèses* 53, décembre 2003, pp. 48 - 68

70. SY (D.),

- Normativité et Juridicité, *Brèves réflexions sur la normativité juridique*, in *Nouvelles Annales Africaines, Revue de la faculté des sciences Juridiques et Politiques, CREDILA, UCAD*, 2009, pp. 11- 47

71. TIBERGHIE (F.),

-La place de l'homme dans la société internationale, in *Revue internationale et stratégique* 2001/1, 41, Dalloz, pp.63-91.

72. TZITZIS (S.),

-La dignité dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme à la lumière de l'égalité et de la liberté », in *Revue ASPECTS (Revue d'études francophones sur l'Etat de droit et la démocratie) Hors-série - 2008*, p.17.

73. UKWELI,

-Manuel relatif à la surveillance et à la documentation des violations des droits humains en Afrique, publié par Amnesty international et Codesria, 2001, 83 p.

74. VANDERLINDEN (J.),

-Justice et droits : Quels droits appliquer ? Le juge et la coutume en Afrique aujourd'hui, in *Afrique Contemporaine*, N°156 (Spécial)/4^{ème} semestre 1990, pp. 231-239.

-Rendre la production du droit aux « peuples », *Politique Africaine*, N°62, pp.83-94

-Villes africaines et pluralisme juridique, paru dans '*Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* ', n°42 (1998), pp. 245-274.

75. WILDAF/FEDDAF-BENIN,

-Plaidoyer pour une effectivité des droits de la femme au Bénin, (Document pour le renforcement des capacités des acteurs judiciaires et extrajudiciaires en matière de droits des femmes), Juillet 2002, 48 p.

76. YEDEDJI GNANVO (E.),

-Un exemple de droit écartelé entre tradition et modernité : le nom de la femme mariée au Bénin, in Revue béninoise des sciences juridiques et administratives, N° 15, Année 2005, pp. 33-59.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

IV – Thèses et Mémoires

1. AGOSSOU (C.),

-Liberté et égalité en droit de la famille dans les Etats francophones d'Afrique de l'Ouest : Approche comparative entre le Bénin, le Burkina Faso, le Sénégal et le Togo. Thèse Université d'Abomey-Calavi (Bénin) et Université Catholique de Louvain (Belgique), 2012.

2. BA (A.),

-Le code de la famille a-t-il émancipé la femme sénégalaise ? Mémoire UCAD, N° 58, 1983

3. BADJI (M.),

-Droits naturels, Droits de l'homme et Esclavage. *L'exemple du Sénégal. Analyse historique du XVIIème siècle à l'Indépendance*, Thèse Grenoble II, 1998.

4. BARRY (S.),

-L'article 114 du code de la famille et des applications juridictionnelles, Mémoire UCAD, N° 54, 1991

5. BENET (A.),

-Analyse critique du « droit » au respect de la vie privée – Contribution à l'étude des libertés civiles, Thèse de doctorat, Paris II, 1985.

6. DAVID (R. G.),

-Le droit international privé sénégalais des successions, Thèse Dakar, 1999.

7. FOURN (C.),

-La coutume dans le droit de la famille au Bénin, Mémoire de D.S.N. Paris, 1998

8. GADIO (A.),

-Questions de divorce : genèse et esprit de la loi de 1972, Mémoire UCAD, N°40, 1991

9. SALAMI (A. I.),

-La protection de l'Etat de droit par les Cours constitutionnelles africaines, Analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais. Thèse, Université François Rabelais de Tours, 2005.

10. YAOVI (E. V.)

-Le principe d'égalité dans le code des personnes et de la famille du Bénin, Mémoire DEA, Université d'Abomey-Calavi, 2006

11. ZINZINDOHOUE (S. N.),

-L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage au Bénin, Mémoire, Université d'Abomey-Calavi, 2005.

V – Textes de lois et Notes de jurisprudence

1. - Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples (1981)
2. - Charte Africaine des droits et du bien-être de l'enfant (1990)
3. - Charte des Nations Unies (1945)
4. - Code civil français, 100^{ème} éd. Dalloz 2001
5. - Code des Personnes et de la Famille en République du Bénin, Revue Droit & Lois, Numéro spécial. Loi n°
 6. Code Pénal sénégalais, Loi n° 65-60 du 21 juillet 1965
 7. - Code Sénégalais de la Famille, Loi n° 72-41 du 01 juin 1972
 8. - Constitution de la République du Bénin, 11 décembre 1990
 9. - Constitution de la République du Sénégal, 22 janvier 2001
 10. - Constitution de la République française, 4 octobre 1958
 11. - Convention américaine relative aux droits de l'homme (1969)
 12. - Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989)
 13. - Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950)
 14. - Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979)
 15. - Déclaration Universelle des droits de l'homme (1948)
 16. - Pacte international des Nations-Unies relatif aux droits civils et politiques (1966)
 17. - Pacte international des Nations-Unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966)
 18. - Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (2001)
 19. - Recueil des arrêts de la Cour Suprême de la République du Bénin, (Publication annuelle), 1994-2000, Direction de la Documentation et des Etudes
 20. BOUVENET (J.G.) et HUTIN (P.), Recueil annoté des textes de droit pénal (code pénal-lois-décrets-arrêtés généraux) applicables en Afrique Occidentale Française, Editions de l'Union Française, réédité par Droit et Lois, 120 p.
 21. - FAVOREU (L.) Recueil de jurisprudence constitutionnelle, 1994-1999, Décisions DC – L – I – D du Conseil constitutionnel, LITEC 2000. RJC

22. - NATIONS-UNIES, Recueil d'instruments internationaux, Droits de l'homme, Volume I (Première partie) Instruments universels, New York et Genève, 1994, ST/HR/1/Rev.5 (Vol.I/Part 1), 428p.

23. - VOLODIN (V.), (préparé par), Droits de l'homme, Les principaux instruments internationaux, État au 31 mai 2009, UNESCO 2009, 48 p.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

VI – Dictionnaires

1. ARNAUD (A.-J.), (Dir.),

-Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2^{ème} éd. LGDJ, Paris, 1993, 758 p.

2. CABRILLAC (R.), (Dir.),

-Dictionnaire du vocabulaire juridique 2012, LexisNexis, Paris, 2011, 501 p.

3. CORNU (G.),

-Vocabulaire juridique, Assoc. Henri CAPITANT, 7^{ème} éd. Revue et augmentée. PUF, 2006, 1095 p.

4. FRESNEL (F.),

- Dictionnaire du droit de la famille, Institut Synthélabo, 1997, 196 p.

5. GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.),

- Lexique des termes juridiques, 12^{ème} édition, Dalloz, 1999, 561 p.

6. LAKEHAL (M.) (dirigé et coordonné par),

- Dictionnaire de culture générale, éd. Vuibert 2003, 493 p.

7. MELONE (S.) (Dir.),

-Encyclopédie juridique de l'Afrique, (Les Nouvelles Editions Africaines) Tome sixième, Droit des personnes et de la famille, 1982, 477 p.

8. DE VILLIERS (M.),

- Dictionnaire de droit constitutionnel, 2^{ème} éd. Armand Colin, Paris, 1999, 252 p.

VII - Webographie

1. BOUVERAT (G.), La famille dans les Constitutions des Etats, Site web: <http://www.unifr.ch/home/welcomeF.php>, consulté le 31/01/2012

2. CARBONNIER (J.), Sociologie Juridique. Sociologie du droit de la famille, (Association Corporative des Etudiants en Droit, 12 Place du Panthéon – Paris V), Site web : <http://cujasweb.univ-paris1.fr/cujasdl/data/pdf/expo-carbonnier/carbonniers/carbonnier2.pdf>., consulté le 02/03/2010

3. COMMAILLE (J.), Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection, Site web : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/comail1.htm>, consulté le 24/03/2010.

4. Conseil constitutionnel : «Mariage homosexuel»: ni oui, ni non, Site web: <http://anfe.eu/index.php/96-categories/famille/mariage-pacs-et-union-libre/96-conseil-constitutionnel-mariage-homosexuel-ni-oui-ni-non>, consulté le 31/01/2012.

5. CORTEN (O.), Eléments de définition pour une sociologie politique du droit, in Revue Droit et Société N°39-1998. Site web : <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds039/ds039-07.htm>, consulté le 02/03/2010.

6. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs (et au-delà ...), Site web : <http://www.revue-pouvoirs.fr/Droit-des-personnes-et-de-la.html>, consulté le 02/03/2010.

7. DIARRA (A.) La protection constitutionnelle des droits et libertés en Afrique noire francophone depuis 1990. Les cas du Mali et du Bénin. Site web : <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/2doc8diarra.pdf>, consulté le 31/01/2012.

8. Encyclopédie Universelle. Site web :

<http://www.universalis.fr/encyclopedie/anomie>, consulté le 27/07/2012.

9. MICHELLET (C.), La QPC, un an après : une réforme positive, à approfondir, Site web :

<http://www.tnova.fr/biographie/charlotte-michellet>, consulté le 31/01/2012

10. MILLARD (E.), Le droit constitutionnel de la famille, Manuscrit publié dans "Code civil et constitution, M. VERPEAUX (Ed.), 2005, p. 65-81".

Site web:

http://hal.inria.fr/docs/00/12/60/07/PDF/Le_droit_constitutionnel_de_la_famille_2004_.pdf, consulté le 31/01/2012

11. ROCHER (G.) et VANDYCKE (R.), Présentation. Des sources de la sociologie du droit à quelques questionnements actuels, Université de Montréal, 1986, Site web:

http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/index.html , consulté le 18/02/2010.

12. RODRIGUEZ (C.), Constitutionnalité de l'interdiction du mariage homosexuel, Site web: <http://cecilerodriguezavocat.com/?p=356>, consulté le 31/01/2012.

13. ŠOJDROVÁ (M.), La protection de la famille, Document N° 11813 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 28 janvier 2009, Site web:

<http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc09/FDOC11813.pdf>, consulté le 31/01/2012

CODESRIA - BIBLIOTHÈQUE

Index

A

Action en justice---- 33, 57, 59, 60, 71, 114,
172, 173, 174, 175, 176, 178, 179, 182,
193, 206, 241, 351
Actions d'état ----- 206, 352
Ambiguïté---- 22, 50, 51, 52, 58, 64, 66, 67,
85, 97, 167, 199, 294, 295, 347, 348, 354
Appréciation souveraine ---- 232, 234, 235,
236, 239, 242, 353
Autorité parentale 106, 129, 133, 134, 136,
140, 189, 203, 211, 213, 214, 215, 219,
352

B

Bloc de constitutionnalité --- 141, 142, 143,
144, 164, 274, 294, 297, 298, 311, 350

C

Capacité 13, 24, 27, 28, 32, 45, 46, 79, 103,
124, 154, 177, 178, 206, 222, 249, 258,
351
Charte Africaine -4, 80, 144, 156, 157, 159,
204, 271, 297, 304, 311, 337, 350
Charte des Nations-Unies --- 144, 149, 283,
299
Citoyen -- 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 38, 47,
54, 88, 89, 90, 91, 92, 96, 144, 145, 247,
263, 265, 266, 272
Citoyenneté-- 31, 32, 33, 34, 86, 88, 90, 91,
96, 328, 334, 347
Code civil -9, 15, 16, 26, 27, 28, 29, 30, 31,
32, 33, 34, 48, 57, 65, 77, 87, 88, 89, 92,
94, 99, 102, 103, 104, 105, 106, 108,
111, 120, 121, 124, 129, 142, 168, 179,
180, 181, 185, 186, 187, 194, 197, 229,
245, 275, 313, 322
Code pénal ---- 28, 120, 190, 191, 192, 215,
217, 270, 298, 312, 337

Codification----- 27, 28, 29, 104, 107, 110,
113, 114, 116, 228, 275, 347
Conjoint ---- 106, 140, 154, 156, 161, 189,
190, 191, 192, 204, 211, 212, 216, 217,
219, 222, 231, 233, 234, 237, 240
Conseil constitutionnel-- 82, 141, 142, 144,
177, 253, 265, 266, 267, 271, 272, 273,
297, 310, 337, 340
Conseil de famille'' ----- 124
Constitution----- 17, 26, 47, 77, 78, 93, 113,
114, 122, 141, 142, 143, 144, 145, 146,
147, 164, 216, 243, 246, 250, 253, 256,
262, 263, 264, 266, 267, 268, 269, 270,
271, 272, 273, 274, 275, 276, 297, 298,
311, 337
Constitutionnalisation ---- 6, 243, 253, 254,
255
Contrôle de constitutionnalité ---- 114, 165,
245, 246, 250, 251, 252, 253, 255, 257,
258, 260, 261, 262, 264, 265, 266, 267,
270, 271, 272, 273, 274, 276, 277, 297,
298, 310, 353, 354
Convention----- 75, 76, 149, 152, 153, 154,
155, 156, 163, 204, 281, 284, 296, 308
Convention européenne --- 75, 76, 165, 204,
307
Conventions internationales-- 3, 36, 48, 50,
66, 69, 74, 76, 80, 82, 121, 144, 148,
163, 164, 166, 170, 176, 177, 233, 278,
279, 294, 295, 297, 306, 308, 311, 348,
354
Cour africaine ----- 161, 290, 300, 301, 302,
303, 304, 305, 308, 309, 311
Cour constitutionnelle - 216, 260, 262, 263,
265, 266, 269, 270, 273, 274, 275, 276,
297, 298, 328
Cour d'appel----- 89, 91, 120, 230
Cour de justice ---- 300, 301, 302, 304, 305,
306, 309, 354

Cour européenne -- 3, 75, 76, 307, 312, 330
Coutumes -2, 20, 34, 67, 86, 87, 88, 89, 91,
92, 93, 103, 104, 107, 109, 110, 111,
112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119,
120, 121, 124, 125, 126, 127, 129, 130,
131, 153, 155, 168, 177, 191, 211, 224,
227, 229, 230, 233, 242, 269, 271, 274,
276, 284, 306, 317, 333, 349, 356

D

Déclaration des Droits de l'Homme 25, 26,
32, 38, 78, 141, 144, 177, 256
Déclaration Universelle des Droits--38, 43,
47, 65, 144, 149, 204, 280, 290, 297,
334, 350
Dignité de la personne humaine --- 55, 142,
143, 153
Discrimination - 16, 42, 44, 50, 73, 74, 122,
123, 144, 150, 152, 153, 155, 157, 159,
160, 166, 201, 226, 227, 228, 242, 267,
268, 269, 270, 281, 284, 288, 299, 306,
310, 314, 337, 352, 353
Divorce 3, 27, 49, 106, 111, 133, 134, 161,
198, 205, 211, 212, 213, 216, 217, 221,
222, 223, 225, 226, 227, 228, 232, 236,
237, 282, 324, 336, 352
Doctrines - 24, 25, 39, 61, 86, 89, 90, 92, 93,
97, 110, 117, 119, 132, 177, 243
Dot----- 117, 125, 127, 128, 130, 219, 224
Droit à la sexualité----- 50, 201
Droit à la vie-- 31, 58, 59, 74, 75, 134, 138,
146, 150, 151, 158, 189, 203, 204, 223,
241, 314, 329
Droit à une protection --150, 151, 152, 155,
157, 158, 159
Droit au domicile----- 134, 168
Droit au mariage-----13, 49, 134, 258
Droit au nom 133, 134, 135, 136, 138, 151,
155, 168, 183

Droit au respect de la vie privée 13, 75, 77,
157, 174, 183, 187, 202, 203, 204, 256,
259, 313, 352
Droit de correction ----- 106, 138
Droit de garde ----- 137
Droit de la famille 13, 14, 15, 16, 131, 150,
200, 206, 220, 221, 226, 241, 273, 307,
310
Droit musulman--- 107, 115, 116, 117, 118,
122, 123, 198, 273, 320, 349
Droit naturel ----- 24, 25, 48, 64, 65, 268
Droit objectif 10, 13, 17, 52, 53, 55, 56, 57,
63, 67, 69, 70, 71, 72, 79, 171, 172, 174,
181, 182, 194, 195, 200, 201, 203, 348,
351
Droit occidental--- 1, 20, 21, 22, 35, 82, 83,
132, 347, 348
Droit positif--5, 48, 64, 65, 76, 81, 94, 141,
233, 234, 248, 249, 253, 308
Droits civils--- 2, 3, 4, 6, 10, 12, 13, 14, 15,
17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 27, 28, 29, 31,
32, 33, 34, 35, 36, 50, 51, 52, 53, 57, 58,
62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 74, 75,
76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88,
89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 102,
103, 110, 123, 124, 130, 131, 132, 133,
135, 145, 147, 148, 150, 156, 163, 167,
168, 169, 170, 171, 172, 182, 197, 198,
199, 224, 226, 240, 243, 244, 245, 246,
249, 254, 256, 257, 258, 259, 260, 267,
271, 276, 277, 278, 281, 284, 285, 286,
291, 296, 299, 300, 302, 303, 304, 305,
306, 307, 311, 312, 313, 314, 316, 317,
337, 347, 348, 349, 350, 351, 353, 354,
355, 356
Droits de l'homme --- 3, 16, 17, 21, 23, 25,
27, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46,
47, 48, 49, 50, 53, 54, 64, 65, 67, 68, 73,
74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 88, 97,
107, 113, 121, 126, 142, 143, 144, 145,
149, 153, 161, 162, 163, 164, 165, 168,

- 187, 200, 204, 224, 247, 248, 257, 267,
274, 278, 281, 283, 284, 286, 289, 290,
291, 292, 293, 296, 297, 298, 299, 300,
301, 302, 303, 304, 305, 307, 308, 309,
316, 317, 321, 323, 324, 325, 328, 329,
330, 331, 332, 337, 347, 354
- Droits de la personnalité 14, 58, 60, 61, 63,
81, 102, 172, 174, 179, 181, 182, 183,
184, 185, 186, 187, 188, 189, 193, 194,
195, 196, 197, 199, 200, 201, 202, 205,
206, 241, 243, 313, 319, 351
- Droits des femmes -3, 39, 41, 42, 126, 131,
139, 148, 153, 159, 160, 227, 228, 232,
279, 281, 284, 290, 306, 307, 328, 331,
335
- Droits des personnes-- 1, 15, 16, 18, 20, 34,
37, 43, 64, 69, 71, 81, 100, 118, 123,
130, 131, 132, 133, 142, 143, 146, 147,
149, 151, 164, 172, 177, 179, 180, 181,
182, 192, 194, 198, 206, 216, 243, 245,
246, 247, 252, 254, 255, 267, 268, 273,
276, 279, 280, 283, 285, 291, 293, 294,
296, 297, 298, 299, 304, 308, 310, 312,
313, 317, 353, 354, 356
- Droits familiaux ----17, 150, 168, 172, 182,
193, 198, 199, 200, 201, 206, 241, 273,
307, 312, 313, 316, 351, 352
- Droits fondamentaux 43, 47, 48, 49, 53, 54,
55, 64, 133, 140, 142, 143, 145, 149,
150, 157, 163, 166, 175, 176, 177, 179,
184, 189, 200, 203, 243, 252, 253, 254,
255, 256, 257, 258, 259, 261, 262, 263,
264, 268, 279, 291, 294, 297, 300, 304,
314, 322
- Droits individuels --12, 37, 52, 65, 76, 124,
130, 140, 156, 168, 176, 253, 257, 300,
313, 314, 315, 316
- Droits politiques ----- 33
- Droits subjectifs --- 10, 12, 14, 52, 53, 54,
55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 67,
69, 70, 71, 72, 77, 78, 132, 170, 171,
172, 174, 175, 177, 181, 185, 186, 187,
188, 194, 195, 196, 203, 247, 322, 324,
348
- Droits traditionnels----83, 88, 90, 103, 104,
107, 113, 119, 124, 126, 131, 135, 205,
227, 242, 350
- Dualisme ---2, 44, 109, 110, 114, 115, 118,
220, 226, 227, 240, 242, 349
- E**
- Effectivité des droits----2, 3, 4, 5, 6, 10, 16,
17, 18, 20, 21, 36, 50, 69, 74, 78, 79, 84,
99, 101, 108, 115, 125, 130, 145, 148,
171, 175, 177, 221, 223, 225, 242, 254,
278, 311, 317, 322, 335, 347, 348, 349,
355, 356
- Efficacité 6, 7, 8, 12, 63, 71, 174, 250, 273,
278, 285, 290, 294, 303
- Egalité----15, 16, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29,
30, 31, 33, 34, 35, 36, 38, 41, 43, 44, 45,
46, 47, 48, 55, 56, 57, 61, 65, 81, 91, 92,
95, 96, 98, 103, 106, 121, 122, 123, 131,
135, 137, 138, 139, 146, 147, 149, 150,
151, 152, 153, 154, 157, 158, 159, 161,
166, 167, 176, 183, 202, 227, 228, 242,
245, 251, 258, 267, 268, 269, 270, 271,
273, 274, 276, 283, 284, 310, 314, 323,
328, 330, 331, 334, 336, 347, 350, 353
- Enfant -- 33, 56, 67, 75, 106, 133, 134, 135,
137, 138, 140, 146, 151, 154, 155, 157,
158, 159, 174, 190, 191, 207, 208, 209,
210, 213, 214, 222, 229, 233, 234, 235,
238, 256, 269, 281, 282, 284, 289, 290,
307, 308, 318, 325, 330, 337
- Ester en justice ----- 24, 33, 63, 176
- Etat -- 10, 11, 12, 17, 20, 27, 28, 29, 30, 31,
32, 35, 38, 42, 43, 46, 48, 50, 52, 54, 64,
70, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 94, 95, 97,
98, 100, 116, 118, 122, 127, 130, 131,
138, 143, 145, 146, 147, 148, 150, 151,
155, 157, 158, 159, 163, 168, 170, 171,

175, 189, 202, 203, 221, 240, 243, 245,
246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253,
256, 257, 269, 276, 279, 280, 281, 282,
285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292,
293, 295, 300, 301, 302, 303, 304, 305,
308, 309, 310, 311, 312, 314, 315, 316,
325, 327, 328, 329, 332, 333, 334, 336,
347, 353, 356

Etat civil- 26, 28, 29, 87, 91, 111, 116, 127,
128, 130, 139, 192, 199, 218, 229, 307,
347

Exception d'inconstitutionnalité- 263, 266,
267, 298

Exigibilité----- 72

F

Famille 1, 2, 4, 6, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18,
21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 33,
34, 36, 41, 43, 44, 47, 48, 53, 56, 58, 74,
75, 81, 83, 86, 87, 91, 92, 99, 101, 103,
105, 106, 107, 111, 113, 114, 115, 116,
121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128,
129, 130, 131, 133, 134, 135, 137, 138,
139, 140, 146, 147, 149, 150, 151, 152,
153, 154, 155, 157, 158, 159, 161, 163,
174, 175, 179, 189, 192, 193, 200, 201,
202, 203, 204, 205, 206, 210, 211, 213,
214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221,
222, 223, 224, 225, 226, 227, 229, 230,
231, 232, 233, 234, 236, 238, 241, 242,
245, 246, 254, 256, 257, 258, 259, 260,
262, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273,
274, 275, 276, 278, 279, 280, 281, 284,
306, 310, 313, 314, 315, 316, 317, 318,
319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 328,
329, 330, 331, 332, 333, 334, 336, 339,
340, 341, 347, 349, 351, 352, 353, 355

Filiation 13, 27, 30, 58, 106, 126, 133, 135,
139, 150, 152, 198, 201, 202, 207, 208,
209, 210, 222, 275, 352

Fondamentalisation ----- 14, 256, 257, 353

I

Indigène ----- 34, 90, 97, 120, 274, 276

Insécurité judiciaire----- 232

Intérêt légitime----- 57, 58, 81, 186

Inviolabilité----- 55, 56, 72, 228, 256, 314

J

Juge----2, 74, 75, 76, 79, 82, 110, 111, 123,
134, 136, 137, 139, 143, 165, 166, 172,
176, 177, 181, 186, 194, 201, 202, 203,
204, 212, 213, 223, 224, 225, 228, 229,
230, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 238,
242, 243, 245, 250, 254, 255, 256, 261,
262, 272, 273, 274, 276, 301, 310, 324,
328, 329, 334, 352

Juridictions internationales 3, 17, 294, 298,
299, 303, 308, 312, 354

Jurisprudence 49, 56, 70, 76, 78, 79, 89, 90,
91, 92, 93, 95, 97, 98, 110, 120, 132,
165, 177, 180, 183, 184, 185, 186, 187,
188, 195, 199, 200, 222, 226, 233, 234,
235, 243, 269, 273, 276, 305, 306, 307,
310, 318, 325, 330, 333, 337

L

Laïcité---- 26, 119, 121, 122, 123, 245, 269

Législateur 2, 12, 21, 30, 35, 57, 65, 79, 83,
84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95,
98, 99, 104, 105, 106, 107, 108, 109,
110, 112, 115, 116, 118, 119, 120, 123,
128, 130, 138, 139, 143, 167, 168, 177,
203, 204, 211, 212, 218, 227, 243, 249,
252, 253, 255, 256, 257, 258, 268, 310,
313, 349

Législation ----- 1, 81, 90, 96, 97, 105, 111,
116, 120, 166, 195, 198, 220, 231, 240,
242, 243, 247, 270, 283, 295, 306, 307,
325

Liberté --- 4, 13, 14, 16, 18, 23, 24, 25, 26,
27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 38, 43,
47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57,

58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 67, 69, 70, 71,
74, 76, 78, 81, 85, 87, 91, 92, 95, 119,
120, 121, 129, 133, 135, 139, 142, 143,
147, 149, 150, 151, 152, 156, 157, 166,
167, 176, 179, 180, 194, 195, 196, 197,
199, 201, 203, 204, 211, 212, 227, 232,
239, 241, 245, 246, 248, 249, 254, 255,
256, 257, 258, 261, 267, 268, 269, 271,
273, 274, 310, 314, 315, 316, 329, 334,
347, 348, 351, 352

Libertés des personnes -143, 151, 155, 182,
247, 248, 253, 254, 351

Libertés individuelles -----122

Loi --- 1, 4, 7, 9, 10, 11, 13, 15, 32, 38, 45,
46, 47, 48, 54, 55, 56, 58, 61, 62, 65, 67,
70, 74, 76, 77, 78, 79, 86, 87, 88, 89, 90,
91, 92, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101, 102,
106, 107, 110, 111, 112, 113, 114, 117,
119, 120, 123, 124, 125, 126, 128, 130,
132, 134, 141, 142, 145, 147, 150, 151,
152, 157, 158, 161, 162, 163, 164, 165,
166, 176, 178, 179, 180, 181, 188, 190,
191, 202, 204, 215, 218, 222, 227, 228,
230, 240, 243, 245, 248, 249, 250, 252,
253, 254, 255, 256, 257, 258, 261, 263,
264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271,
272, 273, 274, 275, 276, 280, 293, 295,
305, 308, 310, 315, 324, 325, 336, 349

M

Mariage----3, 13, 15, 16, 26, 27, 28, 30, 33,
45, 49, 51, 58, 59, 62, 67, 75, 78, 87, 91,
103, 106, 108, 109, 113, 115, 116, 118,
121, 122, 125, 126, 127, 128, 130, 133,
134, 135, 136, 137, 139, 140, 142, 146,
147, 150, 151, 154, 155, 156, 158, 160,
161, 189, 190, 191, 201, 202, 204, 207,
208, 211, 212, 213, 215, 216, 217, 218,
219, 221, 224, 225, 227, 228, 237, 249,
255, 256, 257, 258, 268, 269, 270, 275,

278, 281, 282, 308, 310, 315, 317, 325,
329, 336, 340, 341, 349, 350, 352

Mariage coutumier -----116, 125, 126

Mariage musulman----- 116

Masculinité -----42, 45, 128, 129, 325

Matérialisation des droits ---- 84, 131, 132,
135, 168, 350

Maternité -- 45, 50, 133, 150, 208, 209, 352

Monogamie - 128, 136, 161, 215, 219, 224,
282, 328, 330

N

Normes ----1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 17, 20,
43, 47, 58, 61, 68, 77, 80, 99, 100, 101,
102, 109, 120, 123, 124, 143, 153, 166,
172, 240, 245, 247, 249, 250, 251, 252,
253, 257, 260, 284, 317, 347, 353

Normes juridiques--- 7, 8, 11, 99, 172, 245,
251, 252

O

Obligation---- 4, 46, 61, 72, 134, 135, 137,
145, 146, 151, 157, 159, 160, 161, 177,
180, 181, 183, 185, 186, 187, 188, 194,
195, 208, 213, 214, 218, 227, 241, 247,
256, 258, 264, 279, 282, 283, 308, 309

Obligations---- 3, 10, 13, 20, 74, 75, 76, 79,
89, 92, 131, 133, 134, 135, 139, 146,
147, 148, 150, 152, 158, 166, 168, 170,
176, 179, 181, 188, 201, 203, 204, 206,
215, 217, 231, 237, 239, 240, 243, 270,
278, 279, 280, 282, 283, 284, 285, 286,
287, 289, 290, 291, 294, 295, 296, 299,
306, 308, 311, 350, 352, 354

Opposabilité -----71, 72, 324

Ordre juridique---2, 5, 6, 10, 11, 17, 23, 24,
36, 45, 47, 64, 65, 70, 76, 83, 84, 99,
100, 107, 114, 122, 131, 132, 133, 141,
148, 167, 168, 172, 175, 194, 227, 238,
251, 254, 295, 306, 325, 350

Ordre public ----48, 55, 90, 111, 119, 120,
121, 130, 174, 176, 178, 203, 204, 206,
212, 218, 233, 245, 269, 349

P

Pacte international -75, 150, 284, 296, 337,
350

Paternité ----133, 207, 208, 209, 222, 229,
242, 352

Politique d'assimilation 86, 87, 88, 90, 348

Polygamie----- 3, 34, 44, 45, 117, 119, 120,
128, 136, 163, 215, 216, 219, 224, 229,
276, 330

Prérogatives -10, 12, 13, 14, 20, 52, 53, 54,
55, 56, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 65, 66, 69,
70, 72, 74, 78, 79, 102, 124, 136, 138,
172, 175, 177, 265, 273, 313, 329, 333,
348, 355

Protection juridique- 6, 106, 115, 171, 195,
241, 258

Protection supranationale----299, 303, 306,
354

Protocole ----148, 159, 160, 161, 285, 289,
301, 304

Puissance paternelle 27, 41, 103, 106, 129,
134, 136, 137, 140, 213, 214, 215, 217,
352

R

Rapport à autrui ----- 63, 71, 72, 348

Rapports familiaux 124, 133, 150, 154, 221

Ratification --148, 163, 164, 168, 278, 291,
295, 303, 304, 313

Recommandations 149, 279, 280, 282, 283,
284, 285, 287, 288, 289, 292, 293

Reconnaissance des droits--- 20, 21, 24, 64,
67, 74, 83, 92, 95, 130, 145, 147, 148,
167, 243, 279, 307, 348, 349, 350, 355

Règle de droit --- 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 16,
20, 21, 35, 36, 47, 50, 53, 56, 61, 63, 67,
69, 70, 71, 81, 83, 85, 100, 101, 102,

104, 110, 112, 113, 122, 124, 132, 167,
170, 175, 176, 226, 240, 242, 246, 247,
248, 249, 250, 270, 310, 313, 314, 317,
349, 353, 356

Règles coutumières ----8, 34, 85, 88, 103,
107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114,
115, 116, 117, 118, 119, 121, 124, 127,
131, 168, 226, 227, 228, 349

Règles de droit --- 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10,
12, 14, 20, 58, 66, 84, 85, 100, 101, 111,
112, 113, 115, 117, 118, 119, 122, 131,
132, 164, 168, 172, 223, 226, 228, 232,
238, 240, 242, 245, 246, 251, 278, 317,
349, 355

Responsabilité civile-----71, 175, 179, 180,
182, 184, 185, 187, 188, 194, 195, 275,
324, 351

S

Sanctions civiles-----57, 215, 217, 352

Sanctions pénales-172, 175, 179, 189, 215,
241, 351, 352

Sécurité judiciaire ----- 239

Spécialité législative 86, 93, 94, 95, 96, 97,
349

Statut personnel-----34, 89, 91, 92, 96, 115,
120, 245, 284

Statuts civils -----67, 86, 88, 119, 348

T

Théorie des droits de l'homme -- 35, 40, 41

U

Universalité--36, 37, 38, 39, 40, 41, 44, 47,
50, 55, 64, 73, 224, 283, 316, 323, 328,
347

V

Valeurs traditionnelles 4, 6, 16, 36, 84, 85,
120, 127, 130, 157, 168, 348

Vie familiale-----13, 20, 76, 201, 202, 203,
223, 257, 259, 268, 279, 306, 307, 314,
317, 352

Violation des droits -----170, 172, 179, 181,
184, 186, 188, 189, 194, 214, 215, 217,
261, 262, 263, 305, 311, 351, 352

Violations des droits --- 131, 273, 275, 283,
285, 290, 291, 292, 293, 300, 301, 302,
304, 334, 354

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Table des matières

INTRODUCTION GENERALE	1
Première Partie : L'effectivité par la reconnaissance préalable des droits civils.....	19
Titre I : La réception des principes de droit occidental, facteur favorable ou frein à l'effectivité des droits civils en Afrique	21
Chapitre I : La référence au droit français et au droit international comme modèle.	23
Section I : Les principes fondateurs des droits civils	23
Paragraphe 1 : La liberté et l'égalité nécessaires à l'amélioration de la condition de la personne humaine	24
A – Les facteurs favorables à l'amélioration de la condition humaine.....	24
B – La proclamation juridique des principes de liberté et d'égalité.....	26
Paragraphe 2 : Les restrictions à l'application des principes de liberté et d'égalité.....	27
A – Les limites lors de la codification des droits civils	28
1) L'état civil, manifestation de la volonté de contrôle de l'Etat sur les individus.....	28
2) L'institution d'un cadre familial propice au contrôle du patrimoine.....	30
B – Les limites relatives à la politique de l'Etat	31
1) Le recours à la notion de citoyenneté et la restriction des droits civils des étrangers.....	31
2) La restriction des droits civils des populations dans les colonies.....	34
Section II : L'influence politique de la théorie des droits de l'homme	36
Paragraphe 1 : L'universalité de la théorie des droits de l'homme.....	36
A – Les fondements de l'universalité de la théorie des droits de l'homme	37
1) L'ordre de la nature et le concept « humain »	37
2) L'internationalisation de la théorie des droits de l'homme.....	38
B – Les critiques de la théorie des droits de l'homme	39
1) La remise en cause de l'universalité	40
2) L'inefficacité de la théorie suppléée par les mouvements féministes.....	41
Paragraphe 2 : L'impact de la théorie des droits de l'homme en droit de la famille	43
A – La recherche d'un nouveau sens à l'égalité.....	43
1) La recherche d'une base sociale égalitaire.....	44
2) La recherche d'une égalité juridique.....	45
B – La reconnaissance des nouveaux droits fondés sur la liberté individuelle.....	47
1) L'autonomie du droit de la famille face à la soumission aux normes internationales	47

2) L'émergence de nouveaux droits	48
Chapitre II : L'ambiguïté des droits civils, facteur d'influence sur leur effectivité.....	51
Section I : L'ambiguïté des droits civils, obstacle à leur effectivité	51
Paragraphe 1 : l'ambiguïté des droits civils.....	52
A – L'ambiguïté dans la définition des droits civils	52
1) Le recours à d'autres prérogatives pour définir les droits civils	52
a – La définition des droits civils à partir des droits subjectifs	52
b - Le recours aux notions de liberté et d'intérêt pour définir les droits civils	53
2) Des notions dont les définitions s'opposent ou se confondent.....	58
a – L'opposition entre les notions	58
b – La confusion entre les notions.....	62
B – L'ambiguïté au niveau de la reconnaissance des droits civils	64
1) La reconnaissance universelle fondée sur le caractère naturel des droits civils.....	64
Paragraphe 2 : Les conséquences de l'ambiguïté.....	66
A – L'absence d'un contenu précis des droits civils.....	66
B – Le sentiment d'ineffectivité des droits civils	67
Section II : La recherche de l'effectivité dans la définition des droits civils	69
Paragraphe 1 : La recherche de critères traduisant une effectivité.....	69
A – Les critères pertinents se dégageant des définitions des droits civils	69
1) Le droit objectif, source et limite des droits civils.....	69
2) Le rapport à autrui, essence des droits civils	71
B – La notion de contenu minimum essentiel des droits	73
Paragraphe 2 : L'apport des Etats et des conventions internationales dans la définition et l'effectivité des droits civils	74
1) La reconnaissance par les conventions internationales	74
2) La reconnaissance en droit interne.....	77
B – L'émergence de la notion d'effectivité des droits.....	78
Conclusion du Titre I	81
Titre II : La recherche de l'adéquation entre droit occidental et réalités socio-politiques africaines.....	83
Chapitre 1 : L'insertion des principes de droit civil en Afrique et la prise en compte des valeurs traditionnelles	85
Section I : L'insertion des principes de droit civil en Afrique.....	85
Paragraphe 1 : L'ambiguïté de la politique coloniale	85
A – La politique d'assimilation.....	86

1) La mise en œuvre de la politique d'assimilation	86
2) Les conséquences de la politique d'assimilation	88
a – La diversité des statuts civils.....	88
b – Le refus du bénéfice du droit français aux peuples africains	90
1) L'application du principe de la spécialité législative	93
a – L'extension par les autorités métropolitaines.....	94
b – La promulgation et la publication par les autorités coloniales	94
2) Vers la remise en cause du principe de la spécialité législative	95
a – La remise en cause par une plus large reconnaissance des droits civils.....	95
b – la remise en cause dans l'application du droit en général	96
Paragraphe 2 : L'attitude du législateur africain face au droit français	98
A – La procédure de réception du droit français par les nouveaux Etats africains.....	98
B – Les conséquences du choix du législateur africain en matière civile	99
1) Les éléments du droit français favorables à l'effectivité des droits.....	99
a – Le rôle de la règle de droit dans la logique du système français.....	100
b – La similitude entre le droit français et les droits africains	102
2) La responsabilité du législateur africain dans l'ineffectivité des droits.....	104
a – L'absence d'objectifs fixés au droit civil français par le législateur africain	104
b – L'absence d'une politique évolutionniste en matière civile	105
Section II : La prise en compte des coutumes africaines par le droit	109
Paragraphe 1 : Le choix du dualisme	109
A – Le processus de mise en œuvre du dualisme.....	110
1) La conception théorique de la coutume au regard de la loi	110
a – La définition de la coutume selon le droit moderne.....	110
b – Les caractères des règles coutumières.....	112
2) La place des règles coutumières dans les systèmes africains post - coloniaux : Entre intégration et rejet progressif	113
1) L'option en faveur du droit musulman	116
2) L'assimilation des règles religieuses à un droit coutumier	117
Paragraphe 2 : Les limites du dualisme.....	118
A – La difficile cohabitation entre les règles de droit civil et les règles coutumières	119
1) Droits coutumiers et ordre public	119
B – L'existence de 'situations de fait' face au droit	123
1) La persistance de la conception traditionnelle de la famille.....	124

2) La règlementation des valeurs coutumières.....	127
a – La reconnaissance juridique des valeurs coutumières.....	127
a ₁) Le mariage coutumier et ses institutions connexes	127
a ₂) Les privilèges masculins et le patriarcat.....	128
b – Le caractère mitigé de la règlementation des pratiques coutumières	129
Chapitre II : La matérialisation des droits civils dans les systèmes de droit africain	132
Section I : La proclamation des droits dans l'ordre juridique interne.....	133
Paragraphe 1 : Les droits reconnus dans les lois civiles	133
A – L'énumération des droits	133
1) Les droits faisant l'objet d'une proclamation solennelle	133
2) Les droits tirés des obligations des personnes.....	134
B – Les caractères des droits	135
1) Des droits traditionnels faits d'obligations et de conditions.....	135
2) Des droits évolutifs dans un souci d'égalité	138
Paragraphe 2 : Les références constitutionnelles.....	141
A – Les droits reconnus dans les préambules	141
1) Le rattachement du préambule au bloc de constitutionnalité.....	141
2) Le contenu des préambules	143
B – Les droits reconnus dans le corps des constitutions.....	145
Section II : Le recours à l'ordre juridique international dans la reconnaissance des droits civils	148
Paragraphe 1 : Le contenu des textes internationaux ratifiés	149
A – Les textes à caractère universel.....	149
1) La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH).....	149
2) Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIRDCP).....	150
5) La Convention relative aux droits des Enfants (CRDE)	154
6) La Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum de mariage et l'enregistrement des mariages.....	155
B – Les textes régionaux.....	156
1) La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP)	156
2) La Charte Africaine des Droits et du Bien-Être de l'Enfant (CADBEE)	157
3) Le Protocole à la CADHP, relatif aux droits de la femme en Afrique.....	159
Paragraphe 2 : La valeur juridique des conventions ratifiées.....	162
A – La valeur théorique des conventions	162
B – La valeur pratique des conventions.....	163

Conclusion du Titre II.....	167
Deuxième partie : L'effectivité par la mise en œuvre des droits civils.....	169
Titre I : La protection de droit commun des droits civils	172
Chapitre I : La protection des droits de la personnalité liée à la famille	174
Section I : La protection des droits de la personnalité basée sur des règles générales	174
Paragraphe 1 : La revendication des droits par le titulaire	175
A – L'action en justice érigée en droit	175
B – Les conditions de mise en œuvre de l'action en justice	178
1) L'intérêt à agir.....	178
2) La qualité à agir	178
3) La capacité à agir	178
Paragraphe 2 : La sanction de la violation des droits	179
A – La mise en œuvre de la responsabilité civile de l'auteur de la violation.....	179
1) Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile.....	179
a – Le fait dommageable	180
b – Le dommage.....	181
c – Le lien de causalité.....	182
2) La particularité de la réparation des droits et libertés des personnes	182
a – La nature des droits de la personnalité	182
a ₁) Le caractère controversé des droits de la personnalité	183
a ₂) Le préjudice moral consécutif à la violation des droits de la personnalité	184
b – La nature de la violation des droits de la personnalité.....	184
b ₁) La violation du droit, faute ou dommage	185
b ₂) Vers une autonomisation de la réparation par rapport aux principes de la responsabilité civile.....	187
B – Les sanctions pénales à la violation des droits de la personnalité.....	189
Section II : L'insuffisance des mesures de protection propres aux droits de la personnalité.....	193
Paragraphe 1 : Les limites d'une protection à caractère trop général	193
A – Les risques de conflits entre les différents droits de l'auteur de la violation et ceux de la victime	194
1) L'imprécision du devoir de prendre en compte l'intérêt d'autrui	194
2) L'invocation par l'auteur de la violation de son propre droit ou de sa propre liberté.....	196
B – Le défaut d'une réglementation des droits civils en harmonie avec l'évolution des sciences	197

Paragraphe 2 : L'existence du droit objectif de la famille comme limite aux droits de la personnalité.....	200
A – L'imbrication entre les droits de la personnalité et les droits familiaux	201
B – Les exemples de la suprématie des droits familiaux sur les droits de la personnalité.....	201
1) La nécessité de l'intervention du juge dans la vie familiale face au droit au respect de la vie privée	202
2) Les obligations du mariage et la liberté de procréer	204
Chapitre II : La protection des droits familiaux.....	206
Section I : La protection en fonction de l'état et du statut des personnes.....	206
Paragraphe 1 : Les actions d'état	206
A – Les actions déclaratives d'état	207
1) Les actions en réclamation d'état.....	207
a – L'action en recherche de paternité	207
b – L'action en réclamation de la filiation maternelle ou action en recherche de maternité.....	208
2) Les actions en contestation d'état	209
a – L'action en désaveu de paternité	209
b – L'action en contestation de la filiation maternelle	210
B – Les actions constitutives d'état.....	211
1) L'action en divorce	211
2) L'action en séparation de corps.....	213
3) L'action en déchéance de l'autorité parentale ou de la puissance paternelle	213
Paragraphe 2 : Les sanctions à la violation des droits familiaux.....	215
A – Les sanctions pénales à la violation des droits familiaux	215
1) La répression de la bigamie	215
2) La répression de l'adultère.....	216
3) La répression de l'abandon de famille.....	217
B – Les sanctions civiles à la violation des droits familiaux	217
1) Le paiement de dommages et intérêts pour rupture fautive du lien matrimonial	217
2) L'opposition au mariage	218
3) Les nullités du mariage	218
Section II : Les limites à l'exercice des actions relatives au droit de la famille.....	220
Paragraphe 1 : Les limites dues au particularisme du droit de la famille	220
A – L'incompatibilité présumée entre le droit et la famille.....	220
B – les manifestations de la particularité des questions familiales dans l'exercice des actions judiciaires	222

1) L'aménagement de la preuve en droit de la famille.....	222
2) La faiblesse des recours en justice	224
Paragraphe 2 : Les difficultés liées à l'organisation des procédures en droit de la famille.....	226
1) Le risque de discrimination entre les justiciables	227
2) La difficulté à déterminer la règle applicable	228
B – Les difficultés liées aux méthodes des juges.....	232
1) Les limites de l'appréciation souveraine	232
2) Le risque d'insécurité judiciaire.....	239
Conclusion du Titre I.....	241
Titre II : La protection spécifique des droits civils	243
Chapitre 1 : Le recours constitutionnel en matière de droits civils	245
Section I : Les fondements du contrôle constitutionnel.....	246
Paragraphe 1 : Les fondements du contrôle constitutionnel au regard de la règle de droit.....	246
A – L'Etat de droit.....	247
1) La définition de l'Etat de droit.....	247
2) La réalisation de l'Etat de droit par le principe de la légalité	248
a – La légalité, respect du contenu de la règle de droit	248
b – La légalité, respect du processus d'élaboration de la règle de droit	249
B – Le respect de la hiérarchie des normes.....	251
1) Le sens du principe	251
2) La réalisation du principe, la constitutionnalité et le contrôle de constitutionnalité.....	252
Paragraphe 2 : Les fondements du contrôle constitutionnel au regard des droits des personnes et de la famille.....	254
A – La nécessité de garantir les droits des personnes	254
B – La nécessité d'une protection constitutionnelle de la famille et la fondamentalisation des droits civils.....	256
Section II : Les formes du contrôle constitutionnel et leurs incidences sur la protection des droits civils.....	260
Paragraphe 1 : Les formes du contrôle constitutionnel	260
A – Les modalités de contrôle.....	261
B – Les spécificités du contrôle constitutionnel au Bénin et au Sénégal	262
1) Le cas du Bénin.....	262
2) Le cas du Sénégal	265
Paragraphe 2 : Les incidences du contrôle constitutionnel sur les droits des personnes et de la famille	267

A – L’interprétation des principes d’égalité et de non-discrimination	267
B – L’aménagement du contrôle constitutionnel, obstacle à la protection effective des droits civils	271
Chapitre II : La protection internationale des droits civils et familiaux	278
Section I : Les mécanismes internationaux de respect des conventions relatives aux droits civils	278
Paragraphe 1 : La réalisation des objectifs fixés par les textes internationaux	279
A – Les obligations des Etats	279
B – La création de comités chargés de la mise en application des textes	283
Paragraphe 2 : Les procédures internationales mises en place en cas de violation.....	285
A – Les pouvoirs reconnus aux différents comités en cas de violations des droits.....	285
Section II : Le respect des conventions internationales au sein des Etats.....	294
Paragraphe 1 : L’applicabilité des conventions internationales.....	294
A – L’applicabilité directe ou la théorie du « self-executing ».....	294
1) Les options d’applicabilité et l’ambiguïté de la position des Etats.....	295
2) Le recours à la théorie du « self executing » pour l’applicabilité des traités relatifs aux droits des personnes	296
B – L’applicabilité interne aux Etats par l’élargissement du contrôle de constitutionnalité	297
Paragraphe 2 : Les recours des individus devant les juridictions internationales	298
A – L’état actuel des juridictions internationales en matière civile.....	299
1) L’inexistence d’une cour internationale en matière civile	299
2) La protection civile et familiale par les cours régionales des droits de l’homme	300
a – La Cour Africaine des Droits de l’homme et des peuples	300
b – La Cour de justice de la CEDEAO	302
B – Les limites et les perspectives à la protection supranationale des droits civils en Afrique...303	
1) La protection parcellaire des droits civils et familiaux	303
a – La limitation de l’accès des individus aux juridictions internationales.....	303
b – La prépondérance des actions fondées sur les violations graves et systématiques des droits de l’homme au détriment des questions civiles et familiales	305
2) Les perspectives pour une meilleure protection supranationale des droits civils et familiaux en Afrique.....	306
Conclusion du Titre II.....	310
CONCLUSION GENERALE.....	313
BIBLIOGRAPHIE.....	318