

# REVUE BENINOISE DES SCIENCES JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES

R.B.S.J.A. N° 47

Année 2023

Sommaire

## DOCTRINE :

- **Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE**  
Les garanties du procès équitable à l'épreuve des modes alternatifs de règlement de conflits (Page 5)
- **Abdoulaye GOUNOU SALIFOU**  
La loi N°2021-14 du 20 décembre 2021 portant code de l'administration territoriale et le principe de la libre administration des Collectivités locales au Bénin (Page 39)
- **Enagnon Gildas NONNOU**  
L'impérativité du devoir de fidélité entre époux en droit positif béninois (Page 85)
- **SOUNON TAMOU Abdou Soumaïla**  
Réflexion sur l'exclusion des immeubles par destination des sûretés OHADA (Page 131)
- **Relwendé Louis Martial ZONGO**  
La force majeure dans le droit constitutionnel des Etats d'Afrique noire francophone (Page 167)
- **Zeinaba Kane**  
Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration en Afrique francophone. Les cas du Bénin, du Cameroun et du Sénégal (Page 203)

## LEGISLATION :

Loi n° 2022-32 du 20 décembre 2022 portant code de la nationalité béninoise (Page 239)

## JURISPRUDENCE :

Décision DCC 22-274 du 28 juillet 2022 (Page )

Revue Semestrielle publiée par l'Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature (E.N.A.M.) et les Facultés de Droit et de Sciences Politiques des Universités Publiques du Bénin

ISSN : 1840-5169

---

**Revue Semestrielle publiée par l'Ecole Nationale  
d'Administration et de Magistrature (E.N.A.M.) et  
les Facultés de Droit et de Sciences Politiques des Universités Publiques du Bénin**

## **COMITE SCIENTIFIQUE**

### **PRESIDENT D'HONNEUR**

Maurice AHANHANZO-GLELE, Professeur de Droit Public à la retraite

### **MEMBRES**

- Théodore HOLO : Agrégé de Droit Public, Professeur Titulaire à l'Université d'Abomey-Calavi (BENIN), Président de la Cour Constitutionnelle du Bénin
- Fidèle MENGUE ME ENGOUANG : Agrégé de Droit Public, Professeur Titulaire à l'Université de Libreville, Ministre de la Santé (GABON)
- Abdoullah CISSE : Agrégé de Droit Privé, Avocat (SENEGAL)
- Ahadzi KOFFI : Agrégé de Droit Public, Professeur Titulaire, Président de l'Université de Lomé (TOGO)
- Akouété SANTOS : Agrégé de Droit Privé, Université de Lomé (TOGO), Ancien Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Lomé
- Dorothé SOSSA : Agrégé de Droit Privé, Professeur Titulaire à l'Université d'Abomey-Calavi (BENIN), Secrétaire Permanent de l'OHADA
- Noël GBAGUIDI : Agrégé de Droit Privé, Professeur Titulaire, Titulaire de la Chaire Unesco des Droits de la Personne et de la Démocratie de l'Université d'Abomey-Calavi (BENIN)
- Jean Baptiste MONSI : Magistrat, Ancien Procureur Général près la Cour Suprême du BENIN
- Robert DOSSOU : Ancien Doyen de la Faculté de Droit, Ancien Président de la Cour Constitutionnelle du Bénin

### **COMITE DE REDACTION**

- Directeur de Publication : Théodore HOLO : Agrégé de Droit Public, Professeur Titulaire
- Secrétaire Scientifique : Victor TOPANOU, Maître de Conférences au CAMES, Université d'Abomey-Calavi (BENIN)
- Secrétaire Adjoint : Roger DOSSOU-YOVO, Docteur en Droit, Directeur Général de l'Institut International des Assurances (Yaoundé)
- Membre : Barnabé GBAGO, Agrégé en histoire du Droit, Doyen de la Faculté de Droit, Université d'Abomey-Calavi

**REVUE BENINOISE DES SCIENCES  
JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES**



# **DOCTRINE**



**L'IMPERATIVITE DU DEVOIR DE FIDELITE ENTRE  
EPOUX EN DROIT POSITIF BENINOIS**

Par

**Enagnon Gildas NONNOU**

Docteur en droit privé  
Maitre-Assistant (Université d'Abomey-Calavi)



**Résumé.** La fragilité certaine et progressive de la sanction de l'adultère par l'action conjuguée de la loi et de la jurisprudence entame l'intangibilité du devoir de fidélité en droit de la famille et questionne sur le sort de son impérativité dans les rapports entre époux. Initié par le législateur dans le Code des personnes et de la famille avec notamment le déclasserement de l'adultère en cause facultative de divorce, ce mouvement s'est poursuivi avec la décriminalisation de l'adultère. Cette inclination du législateur fait implicitement de l'adultère une affaire entre époux, débouchant sur une grande personnalisation des rapports conjugaux et des effets relatifs à en tirer quant au divorce. C'est pourquoi, en se fondant sur cette réalité et le recul de l'ordre public familial qui coïncide avec l'expansion de la volonté individuelle, qu'il est utile de discerner de *lege feranda* la réception prudente de la contractualisation du devoir de fidélité entre époux.

Version anglaise : The certain and progressive fragility of the sanction of adultery by the combined action of the law and jurisprudence undermines the inviolability of the duty of fidelity in family law and questions the fate of its imperativity in relations between spouses. Initiated by the legislator in the Personal and Family Code, including the downgrading of adultery to an optional cause of divorce, this movement continued with the decriminalization of adultery. This inclination of the legislator implicitly makes adultery a matter between spouses, leading to a great personalization of conjugal relations and the relative effects to be derived from it with regard to divorce. Therefore, on the basis of this reality and the decline in family public order which coincides with the expansion of individual will, it is useful to discern *de lege feranda* the cautious reception of the contractualization of the duty of fidelity between spouses.



## Sommaire

<b>I- Une fragilité certaine de l'impérativité du devoir de fidélité.....</b>	<b>101</b>
<b>A- <i>L'allègement de la sanction de l'adultère</i> .....</b>	<b>102</b>
1-La perte du caractère péremptoire de l'adultère .....	102
2-La dépénalisation de l'adultère .....	105
<b>B- <i>Le recul de la prééminence de la filiation légitime</i> ..</b>	<b>109</b>
1-La présomption de paternité concurrencée .....	110
2-La filiation adultérine « blanchie » .....	112
<b>II- Une réception nuancée de la contractualisation du devoir de fidélité .....</b>	<b>115</b>
<b>A- <i>La justification de la contractualisation du devoir de fidélité</i> .....</b>	<b>116</b>
1-L'influence des droits fondamentaux .....	117
2-La prise en compte du droit au bonheur des époux .....	120
<b>B- <i>L'admission à géométrie variable de la contractualisation du devoir de fidélité</i> .....</b>	<b>123</b>
1-L'admission restreinte de la dispense conventionnelle de fidélité en fin de vie commune .....	123
2-L'admission peu évidente de la contractualisation de la fidélité en début de mariage .....	126
Conclusion. ....	128



## Introduction

1. Si l'ordre et la justice constituent quelques-unes des finalités traditionnelles du droit<sup>1</sup>, le droit de la famille se singularise par la quête supplémentaire de l'épanouissement et du bonheur des membres de la famille<sup>2</sup>. Dans un tel contexte, l'articulation des libertés individuelles, notamment dans le couple avec l'existence d'un « *intérêt social essentiel supérieur aux intérêts privés* »<sup>3</sup> est à la fois délicate et discutée<sup>4</sup>. La question de l'impérativité du devoir de fidélité entre époux témoigne de la tension entre les prétentions du sujet du droit et les exigences du contrôle social porté par le droit objectif<sup>5</sup>. Elle

---

<sup>1</sup> D. Sossa, J. Djogbéno, E. Montcho-Agbassa, *Introduction à l'étude du droit, Perspectives africaines*, Les éditions du Credij, 2020, p. 110 ; Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, p. 151

<sup>2</sup> E. Du Pontavice, « Droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges P. Voirin*, LGDJ, 1967, p. 678 ; A. N. Gbaguidi, « La spécificité du droit de la famille », in- *Dix (10) ans d'application du Code des personnes et de la famille du Bénin : bilan et perspectives*, Actes du Colloque, BIDH, spécial 2015, p. 32 ; M. Gobert, « Le mariage après les réformes récentes du droit de la famille », JCP 1967. I. 2122; F. Fanou, « Les rapports entre époux dans les droits de la famille des Etats d'Afrique noire francophone à l'épreuve du droit au bonheur : cas du Bénin, du Sénégal et du Togo » in *Palabres actuelles*, n° 9, 2020, p. 447 et s.

<sup>3</sup> M.-T. Meulders-Klein, « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », *Ecrits en l'honneur de Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 332, J. Vassaux, *Liberté individuelle et devoirs personnels des époux*, Thèse Lille 2, 1989.

<sup>4</sup> Dans les Etats francophones d'Afrique, une doctrine significative, se fondant sur la liberté et l'égalité comme normes de référence contemporaine en droit de la famille est favorable à l'ouverture et à la flexibilité du droit de la famille. Sans prétendre à l'exhaustivité, voir notamment, I. Yankhoba Ndiaye, « Plaidoyer pour une réforme du code de la famille (Kéba Mbaye et le droit de la famille) » in *Mélanges en l'honneur du juge Kéba Mbaye*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, p. 607 et s ; A. Cissé, « Regards sur le projet de code de statut personnel islamique », contribution au débat sur l'avenir de la famille sénégalaise, Dakar, mai 2003 ; N. A. Gbaguidi, « L'égalité dans les rapports personnels entre époux dans le nouveau code de la famille du Bénin », in *Recht in Afrika*, 2003, pp. 167-188 ; C. Agossou, *Liberté et égalité en droit de la famille dans les Etats francophones de l'Afrique de l'Ouest*, Th., UAC/UCL, 2012, 658 p. D'autres auteurs, en se fondant sur les structures sociologiques propres aux peuples africains s'opposent à cette tendance. Voir G. A. Kouassigan, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, éd. Pédone, 1974 ; plus récemment A. A. Diouf, « Repenser le droit civil en Afrique noire francophone », RIDC 2-2022, p. 369 et s. En droit français, voir A. Bénabent, « La liberté individuelle et le mariage », RTD.civ, 1973, n° 3, p.442 et s. ; J. Carbonnier, « La question du divorce. Mémoire à consulter », *Recueil Dalloz*, 1975, chron. 115. Dossier, « Les détournements en droit des personnes et de la famille », *Dr et patr.* 2011, p. 209; A. Sériaux, « Le juriste face au droit de la famille », *Droit de la famille*, Juin 2001, p. 4 J. Hauser, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit. Mélanges en l'honneur de F. Terré*, PUF, 1999, p.441. Contre cette tendance, v° M. Douchy-Oudot, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », *Mélanges Jean Hauser*, Lexisnexis, Dalloz, Paris, 2012, p. 81 et s.

<sup>5</sup> Voir M. Adamou, « Nouvel éclairage sur l'adultère au regard de l'évolution du droit positif béninois », in *Actes du Colloque International sur Dix (10) ans d'application du Code des Personnes et de la Famille du Bénin : Bilan et perspectives*, op. cit., p. 179 et s.

révèle l'inclination d'une partie de la doctrine du droit de la famille<sup>6</sup>, tournée en ce troisième millénaire<sup>7</sup> vers la satisfaction d'un droit au bonheur individuel<sup>8</sup> y compris<sup>9</sup> notamment dans les rapports personnels entre époux. Elle se traduirait par une volonté diffuse d'extension ou de contractualisation par les époux des prescriptions d'ordre public de l'institution matrimoniale telles que le devoir de fidélité. Cette étude se propose de s'intéresser à cette tension, précisément au sort de l'impérativité du devoir de fidélité<sup>10</sup>

**2.** Sous son apparente simplicité, l'impérativité peut se révéler difficile à cerner. Dans le langage courant, *le Larousse* désigne le terme « impérativité » comme le caractère de ce qui est impératif. Est impératif, renseigne la même source, ce qui a le caractère de commandement, qui exprime un ordre absolu<sup>11</sup>. L'impérativité traduit alors selon un auteur, « *une certaine intransigeance, le caractère de ce qu'il est indispensable de respecter* »<sup>12</sup>. Par nature et par vocation, la règle de droit en tant que règle de conduite sociale présente un caractère impératif obligeant les sujets de droit à son respect<sup>13</sup>. Il devient alors courant d'assimiler l'impérativité à un « *devoir être du droit* »<sup>14</sup>. La délimitation de ce qui relève de l'impératif permet d'identifier le périmètre de l'illicite à un ordre juridique donné<sup>15</sup>. Qualité prêtée à un texte dont les dispositions l'emportent systématiquement

<sup>6</sup> A cette partie de la doctrine, s'oppose, celle qui renouvelle les idées chères au doyen Carbonnier selon lesquelles, la famille doit servir de rampe à l'épanouissement de l'individu. Il faut alors des « rochers » comme l'ordre public pour limiter les tentatives centrifuges des citoyens dans la société. Voir F. Terré, « Rapport introductif », in Th. Revet (coord. par), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, « Thèmes et commentaires » Dalloz, 1996, p. 4 ; v. aussi M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, Bibl. de droit privé, tome 411, LGDJ, 2004.

<sup>7</sup> Fr. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD Civ. 1995 p.249

<sup>8</sup> E. du Pontcave, « Droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges P. Voirin*, LGDJ, 1967, p. 687.

<sup>9</sup> M. Lamarche et J.-J. Lemouland, Rép. civ. Dalloz, v° Mariage (effets), n° 70 ; A. Michel, « Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines », in Réformes du droit de la famille, Archives de philosophie du droit, t. 20, Sirey, 1975, p. 127 et s.

<sup>10</sup> M-C. Villa-Nys, « Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », Droit et patr., 2000, p. 88.

<sup>11</sup> V ° *Le Larousse illustré*, 2019, éd. Larousse, Paris, 2019, p. 89.

<sup>12</sup> K. M. Agbenoto, « L'impérativité du droit Ohada » in *Mélanges en l'honneur de J. Mestre*, LGDJ, 2019, p. 1.

<sup>13</sup> M. Fabre-Magnan et F. Brunet, *Introduction générale au droit*, PUF, 2017, p. 58 et s. ; F. Ost, *A quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, 2016.

<sup>14</sup> B. Fauvarque-Cosson, « Règles impératives et instruments de droit souple », in *Mélanges P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 195.

<sup>15</sup> R. Capitant, *Introduction à l'étude de l'illicite : l'impératif juridique*, Dalloz, 1928, p. 1 et s.

sur une volonté contraire, l'impérativité s'oppose dans le vocabulaire juridique à la « supplétivité »<sup>16</sup>. L'impérativité traduirait en droit, trois exigences complémentaires<sup>17</sup>. Elle sert d'abord à désigner le caractère obligatoire d'une norme qui interdit, par opposition à celles qui ont pour objet de permettre. Elle exprime, ensuite, le caractère contraignant d'une norme, entendue comme la disposition de son auteur à exercer une pression sur son destinataire plutôt de se contenter de lui adresser un conseil. Elle incarne, enfin, la « *prédominance hiérarchique d'une norme supérieure sur une norme inférieure* »<sup>18</sup>. Dans les droits positifs africains de tradition juridique française, l'article 6 du Code civil de 1804 constitue la référence traditionnelle pour distinguer les règles d'ordre public et les règles impératives. Bien que la doctrine relève l'existence d'une différence entre les deux types de règles, celle-ci paraît parfois assez artificielle<sup>19</sup> et l'on convient de retenir l'impérativité comme la conséquence de l'ordre public dont il traduit l'effet ou en constitue l'une des forces créatrices<sup>20</sup>.

**3.** Selon Jean Carbonnier, le mariage engendre expressément sur le plan personnel un certain nombre de devoirs réciproques entre les époux au premier rang desquels figure le devoir de fidélité<sup>21</sup>. En droit béninois, le Code des personnes et de la famille prévoit au titre des obligations du mariage, expressément, à l'article 154 que « *les époux se doivent mutuellement fidélité* ». La même disposition se retrouve dans des termes quasi identiques, par exemple, à l'article 212 du Code civil français comme dans le Code des personnes et de la famille de plusieurs États d'Afrique noire francophone<sup>22</sup>.

Le législateur béninois ne définit pas la teneur du devoir de fidélité et semble renvoyer la détermination de son contenu à la jurisprudence

<sup>16</sup> Sur cette distinction, v° C Pérès- Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 23.

<sup>17</sup> K. M. Agbenoto, « L'impérativité du droit Ohada », *op. cit.*, p. 2.

<sup>18</sup> C. Pérès-Dourdou, *La règle supplétive*, LGDJ, 2004, p. 2 et s. D. Boden, *L'ordre public, limite et condition de la tolérance. Recherche sur le pluralisme juridique*, th. Paris I, 2002, p. 96 et s.

<sup>19</sup> F. Barrière, « Ordre public et impérativité. Observations en droit pénal des sociétés anonymes », *Rev. des sociétés*, 2007, p. 713.

<sup>20</sup> G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, p. 72, n°25 et s.

<sup>21</sup> J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Quadrige, PUF, p. 1219

<sup>22</sup> Art. 292 de la Zatu an VII 13 du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un code des personnes et de la famille au Burkina Faso ; art. 98 de la Loi portant modification de l'ordonnance n° 80-16 du 31 janvier portant code des personnes et de la famille du CPF du Togo, art. 45 de la Loi n° 2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage en de Côte d'Ivoire.

et à l'état des mœurs. Le devoir de fidélité ne se définirait donc « *ni positivement ni négativement* »<sup>23</sup>. L'infidélité est en effet une notion morale et hors le cas de l'adultère consommé, son acception peut varier selon les époques, voire selon les milieux<sup>24</sup>. La fidélité entre époux repose sur la confiance au sein du couple<sup>25</sup>. Pour le professeur Isaac Yankhoba Ndiaye, la fidélité conjugale « *exige de chaque époux qu'il réserve l'exclusivité de ses relations intimes à l'autre* »<sup>26</sup>. Aujourd'hui, l'infidélité ne se résume plus au fait d'entretenir des relations sexuelles avec une personne autre que son conjoint<sup>27</sup>. Elle peut être intellectuelle<sup>28</sup>. Le doyen Carbonnier évoque, à ce propos « le petit adultère »<sup>29</sup>. L'appréhension et le traitement juridique de l'infidélité ne sont pas identiques selon l'application d'un droit civil hérité du Code civil et d'un droit traditionnel inspiré des coutumes africaines<sup>30</sup>. Dans le droit traditionnel au Bénin, l'adultère était consacré et la sanction de l'adultère variait selon les ethnies. Dans la coutume fon, par exemple, l'adultère n'est suivi de divorce obligatoire que si la femme quitte publiquement son mari pour aller vivre avec son amant ou quand le mari qui commet l'adultère néglige ses devoirs conjugaux envers sa femme. Si chez les Gouns, l'adultère de la femme entraîne automatiquement le divorce. Chez les Nagots, par contre, « le mari se contente généralement d'une purification obtenue par le paiement d'une amende prononcée par le chef du village (de 50 à 250 francs) ». Chez les Peulhs, il n'y a divorce qu'après récidive. Un premier adultère ne donne lieu qu'à une peine contre la femme par l'iman<sup>31</sup>.

**4.** L'art. 154 du Code des personnes et de la famille du Bénin lu par l'officier de l'état civil aux futurs époux, dispose que ceux-ci « *se doivent mutuellement fidélité* ». Le mariage n'a que l'entrée de libre

<sup>23</sup> E. Bazin, « La fidélité dans les couples », Lextenso, Gaz. Pal. 2 » fév. 2012, p. 10

<sup>24</sup> A. Bénabent, *Droit civil. La famille*, Litec, 11<sup>ème</sup> éd. p. 106

<sup>25</sup> I. Y. Ndiaye, « Le divorce », in *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, Tome Sixième, Droit des personnes et de la famille, Les nouvelles éditions africaines, Abidjan, Dakar Lomé, 1982, p. 280.

<sup>26</sup> I. Y. Ndiaye, « Plaidoyer pour une réforme du code de la famille... », op. cit. p. 615.

<sup>27</sup> V. Nagy, « La catégorie juridique d'adultère depuis la réforme française du 11 juillet 1975- La redéfinition contemporaine du mariage comme une union égalitaire et privé », [http://www.efg.inrs.ca/pdf/No05\\_05Nagy.pdf](http://www.efg.inrs.ca/pdf/No05_05Nagy.pdf) p. 45

<sup>28</sup> D. Chauvet, « La fidélité dans le mariage, un devoir en voie de disparition ! », *AJ Famille*, 2016, p. 148.

<sup>29</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Quadrige PUF, 2004, p. 1225.

<sup>30</sup> Voir I. Anani, *Droit du divorce et liberté individuelle en Afrique de l'Ouest francophone : cas du Bénin, du Burkina-Faso, de la Côte d'Ivoire et du Togo*, op. cit, p. 43.

<sup>31</sup> Voir I. Anani, *Droit du divorce et liberté individuelle en Afrique de l'Ouest francophone : cas du Bénin, du Burkina-Faso, de la Côte d'Ivoire et du Togo*, op. cit, p. 43.

pour reprendre la boutade de Montaigne<sup>32</sup>. Les époux savent qu'ils se devront fidélité, secours et assistance. Jean Carbonnier a pu ainsi écrire qu'il y a dans le mariage une promesse<sup>33</sup>. Les époux s'engagent à vivre ensemble ce qui suggère une communauté de toit et de lit. Mais ils ne le disent même pas expressément, chacun répond oui à la question qui lui est posée par l'officier d'état civil, le mari de vouloir prendre X pour femme, et la femme Y pour mari. Quand on dit alors que les époux contractent mariage, il faut entendre qu'ils consentent ou acceptent de se placer sous le statut. Et ce statut, dont le devoir de fidélité n'est pas détachable, est d'ordre public, soumettant ainsi la volonté des époux aux prescriptions de la loi. Au regard de ce qui précède, la fidélité est une prescription légale, de nature impérative à laquelle la volonté même commune des époux ne saurait faire échec. Dans le Code civil jadis appliqué dans les États africains par suite de la continuité législative, la fidélité reposait sur la communauté d'affection et constitue un unique modèle de conjugalité proposé au couple, le mariage : hors du mariage, point de droit qui puisse être invoqué ni de famille qui puisse être constituée *de jure* (l'enfant né hors mariage est naturel, car il est fruit de l'état de nature et ne s'inscrit pas dans l'ordre civil).

5. Sous cette vue, on relève qu'au plan philosophique, la fidélité structure l'union matrimoniale autant qu'il la caractérise<sup>34</sup>. Le refus d'abaisser ses effets à la volonté des parties se justifierait donc par des considérations religieuses, historiques et sociologiques issues de l'Occident. « *Cette heureuse alliance pourrait changer un jour la haine de vos familles en pur amour* » écrit Shakespeare dans *Roméo et Juliette*, son œuvre culte. Diamétralement opposé à l'union libre, perçue comme de « *l'amusement* »<sup>35</sup>, le mariage serait canoniquement une alliance, « *le symbole de l'union mystique entre Dieu et l'humanité, entre le Christ et l'Église* »<sup>36</sup>. Sous cette vue, la fidélité se présente comme un idéal social ou collectif quand on y

---

<sup>32</sup> Montaigne, *Essais*, éd. de la Pleiade, 1995.

<sup>33</sup> J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, Quadrige, Manuels, Vol. 1, 1<sup>ère</sup> édition, 2004, p. 1219.

<sup>34</sup> Lire sur la question, les conceptions de Saint-Augustin et de Saint Thomas, voir A. Mattheeuws, « Homme et femme dans le sacrement du mariage. Dépasser l'opposition entre pastoral et doctrinal », in *Nouvelle revue théologique*, 2021/3, p. 364-375.

<sup>35</sup> J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Etudes offertes à G. Ripert, Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, L.G.D.J., 1950, p. 340.

<sup>36</sup> R. M. Tchidimbo, « Le sacrement du mariage », in *Mariage civil et mariage canonique*, éd. Téqui, 1985, p. 26.

adhère surtout pour satisfaire aux exigences de la société ou aux prescriptions de la religion : on la cultive donc autant par conviction que par obéissance aux règles en vigueur, parfois même au prix d'un musèlement de la volonté des personnes. C'est l'une des raisons d'être de l'institution du mariage telle qu'elle a été conçue durant les siècles passés et s'impose encore en bien des lieux. Mais cette perception du mariage et de la fidélité comme « premier nommé des devoirs » qui en découle semble connaître une mutation pour plusieurs raisons. Elles tiennent, d'abord, en l'émergence de la volonté individuelle comme une source contemporaine du droit de la famille<sup>37</sup>. Elles se fondent, ensuite, sur les flots déferlants des droits fondamentaux qui irriguent l'environnement planétaire<sup>38</sup> ; de sorte que le législateur ne peut ignorer les valeurs de liberté et d'égalité que charrient la Constitution et les instruments juridiques internationaux et régionaux<sup>39</sup>. Enfin, la question de l'imperativité ou de l'avenir du devoir de fidélité procède de l'évolution de la notion de bonnes mœurs<sup>40</sup>.

**6.** Si en tant qu'acte de volonté individuelle triomphante<sup>41</sup>, le modèle contractuel avait déjà investi plusieurs champs du droit, dont la famille, les rapports personnels entre époux restent dans l'ensemble, imperméables à leur infléchissement par la volonté des parties dans le couple<sup>42</sup>. Pourtant, du constat lucide fait par le doyen Jean Carbonnier, « par l'excès de la subjectivité, de l'intersubjectivité, l'institution du mariage a perdu sa fonction de môle de résistance dans le tourbillon des passions »<sup>43</sup>. Par une telle formule, cet auteur a mis en lumière la métamorphose du droit du mariage devant la diversité des situations conjugales donnant du sens aux aspirations

<sup>37</sup> Fr. Debove et alii, *Droit de la famille*, Vuibert, 2012, p. 33 ; J. Commaille, « L'économie socio-politique des liens conjugaux », *Dialogue*, n° 174, 2006, p. 97.

<sup>38</sup> I. Y. Ndiaye, « Plaidoyer pour une réforme du code de la famille », *op. cit.*, p. 611.

<sup>39</sup> O. Lékébé, « Les réformes du droit de la famille dans les Etats d'Afrique noire francophone », A.A. Volume 1, avril 2017, p. 332.

<sup>40</sup> Même si la notion de sanction de la règle juridique n'est pas réductrice à la contrainte extérieure, le doyen Jean Carbonnier considère la règle de droit comme une règle à « l'observation de laquelle, la société peut nous contraindre par une pression plus ou moins intense », v° J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, coll. Thémis, Droit privé, PUF, 25<sup>e</sup> éd., 1997, p. 21. Voir sur l'évolution des mœurs, J.L. Renchon, « Réflexions sur l'évolution du droit de la famille et de l'activité du juriste de la famille », *RIEJ*, 1989, Vol. 22, p. 55 et s.

<sup>41</sup> T. R. Jonasco, « La volonté dans la formation des contrats », L. Josserand, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, t. 2, Sirey, 1934, p. 333 et s.

<sup>42</sup> Voir N. A. Gbaguidi, « L'égalité dans les rapports personnels entre époux dans le nouveau code des personnes et de la famille du Bénin », art. précité, p. 171

<sup>43</sup> J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve république*, Flammarion, 1996, p. 126

individuelles dans le couple. Cette tendance caractériserait ainsi, de manière marquée, « l'intrusion »<sup>44</sup>, ou la « conquête »<sup>45</sup> contractuelle dans un domaine dans lequel la volonté prenait la forme d'une puissance imposée<sup>46</sup>, et « *traditionnellement regardée comme échappant au libre jeu des volontés privées pour être soumise à des règles impératives, et/ou pour relever de décisions unilatérales de la puissance publique ne supposant pas l'accord des personnes intéressées* »<sup>47</sup>.

Au regard de ce qui précède, il est utile de se demander si la fidélité demeure toujours le noyau dur de l'institution matrimoniale. En d'autres termes, le devoir de fidélité va-t-il demeurer un devoir impératif, imperméable à l'infléchissement de ses effets par la volonté des époux ?

En droit béninois, depuis l'avènement du Code des personnes et de la famille<sup>48</sup>, l'infidélité n'est plus une cause péremptoire de divorce, mieux, sur fond de fondamentalisation des droits humains et de l'extension du principe d'égalité<sup>49</sup>, le législateur, sur inspiration du juge constitutionnel<sup>50</sup> a procédé à la disqualification pénale de l'adultère devenu une faute civile. Parallèlement, l'on peut relever que la présomption de paternité centrée sur le respect de la fidélité comme support de légitimité de la filiation est relativisée par l'avènement des mesures scientifiques permettant d'identifier avec certitude la paternité sans égard au respect du devoir de fidélité. Cette tendance du législateur a fait envisager à certains auteurs la « désacralisation du mariage »<sup>51</sup> ou la « désinstitutionnalisation du devoir de fidélité »<sup>52</sup> » qui

<sup>44</sup> P. Ancel, « Contractualisation », in L. Cadiet (Dir.), *Dictionnaire de la justice* (ci-après « Dictionnaire ») PUF, Paris, 2004, p.231

<sup>45</sup> L. Cadiet, *op. cit.* p.111, n° 4.

<sup>46</sup> J. Djogbénou, « La contractualisation de l'instance civile en droit béninois », *Annales africaines*, n° spéc., 2019, p. 83 s.

<sup>47</sup> L. Cadiet, *Leçons béninoises de théorie générale du procès*, R.B.S.J.A., numéro spécial, année 2014, p.111, n° 4 et s

<sup>48</sup> Il s'agit de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004. Elle est modifiée et complétée par la loi n° 2021-13 du 20 décembre 2021.

<sup>49</sup> Sur ce point, voir en droit béninois, notamment les travaux de C. Agossou, *Liberté et égalité en droit de la famille dans les Etats francophones de l'Afrique de l'Ouest*, Th., UAC/ UCL, 2012, 658 p ; S. Honvou, *Le principe d'égalité en droit béninois de la famille*. Droit. Université Paris-Est, Université d'Abomey-Calavi (Bénin), 2016 ; Th. Atangana-Malongue., « Le principe de l'égalité en droit camerounais de la famille », in *R.I.D.C.*, n° 3, juillet-septembre 2006, pp. 831-858.

<sup>50</sup> Voir DCC 09-081 du 30 juillet 2009 de la Cour constitutionnelle du Bénin a déclaré les articles 336 à 339 du Code pénal contraires à la Constitution.

<sup>51</sup> M. Adamou, « Nouvel éclairage sur l'adultère au regard de l'évolution du droit positif béninois », *op. cit.* p. 196

<sup>52</sup> A. Mignon-Colombet, « Que reste-t-il du devoir de fidélité entre époux ? », *LPA* 31 janv. 2005, p. 7

donnerait du crédit à la voie de sa contractualisation. Mais la réflexion n'a pas saisi les fondements et les modalités possibles d'une telle voie. Parallèlement, l'on relève dans certains droits positifs africains le poids de la tradition dans le droit moderne, qui rend difficile l'application de la sanction attachée au respect du devoir de fidélité et qui légitime parfois les époux à s'affranchir de ce devoir établissant une sorte de pacte tacite d'infidélité bien souvent au profit de l'époux<sup>53</sup>. En droit sénégalais par exemple, « *l'époux dans le régime polygamique a reçu de la loi, l'autorisation de ne point se satisfaire d'une seule épouse (...) et, la définition du contenu de l'obligation de fidélité est évanescence* »<sup>54</sup> Sans nier l'existence du devoir de fidélité dans une telle union, l'iniquité de l'admission de la polygynie crée au profit du mari, dans une certaine limite, une faculté potentielle de se délier du devoir de fidélité au préjudice de son épouse .

7. En droit français, par exemple, le législateur a pris la mesure de cette évolution sur le terrain du divorce puisqu'il a atténué la sanction de la violation des devoirs du mariage et en particulier du devoir de fidélité, réservant la sanction du divorce aux cas « de violation grave ou renouvelée »<sup>55</sup> des obligations du mariage<sup>56</sup>. La jurisprudence, elle aussi, relève de plus en plus les circonstances de l'infidélité, refusant en particulier de prononcer le divorce pour faute en raison du « mode de vie » des époux, quand celui-ci comporte de « *grands espaces d'intimité hors du couple* »<sup>57</sup>. Aussi, si les conventions inspirées par le désir de favoriser des relations adultères ont été longtemps jugées nulles pour une cause immorale<sup>58</sup>, cette solution a été abandonnée<sup>59</sup>. On ne saurait s'attarder outre mesure sur l'évolution

<sup>53</sup> S. Melone, « Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain – A propos du phénomène polygamique au Cameroun et de ses prolongements juridiques », Penant, 1971, p. 429 et s. ; CS, 20 juillet 1977, Penant 1978, p. 395 et s. note S. Guinchard.

<sup>54</sup> I. Y. Ndiaye, « Plaidoyer pour une réforme du code de la famille », *op. cit.*, p. 616.

<sup>55</sup> L. n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce ; v. en ce sens le compte rendu n° 27 de la Commission des lois constitutionnelles, présidence de P. Clément, à propos du projet de loi, adopté par le Sénat, relatif au divorce (n° 1338), p. 2, <http://www.assemblee-nationale.fr>.

<sup>56</sup> Art. 242 du code civil tel que modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 5 () JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005.

<sup>57</sup> CA Bordeaux, 19 novembre 1996, D. 1997, p. 523, note T. Garé ; Dr. Famille, 1997, comm. 60, obs. H. Lécuyer ; RTD civ., 1997, p. 401, n o 11, obs. J. Hauser.

<sup>58</sup> Pour un contrat de travail... de travail de 15 ans entre deux amants adultères : cass. soc., 4 oct. 1979, Bull. civ. IV, n°680. Pour un prêt favorisant une escapade amoureuse de la femme : cass. req. 17 avril 1923.

<sup>59</sup> Ainsi le contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée ( en l'espèce en cours d'une instance de divorce) n'est pas nul : cass. civ., 4 nov. 2011, n°10-20114, D. 2012, 52, note Libchaber.

du droit français de la famille car celle-ci est assez contestée par la doctrine de droit africain comme mesure d'interprétation de l'évolution du droit en cette matière<sup>60</sup>. Tout de même, l'extension du périmètre des droits subjectifs en droit béninois de la famille incline à étudier l'incidence de cette évolution dans les rapports personnels dont les actions peuvent viser le contournement du respect du devoir de fidélité<sup>61</sup> vécu par certains comme un étai et un « *corpus normatif très contraignant* »<sup>62</sup> qui contrarieraient leur épanouissement personnel et la satisfaction de leur droit au bonheur dans le mariage.

**8.** En théorie, on peut voir en arrière-plan de la réflexion le reflux de la tension entre la nature institutionnelle et contractuelle du mariage<sup>63</sup> au regard de la mutation des valeurs<sup>64</sup> qui saisit les finalités du droit de la famille et du mariage<sup>65</sup> avec pour conséquence l'extension des plages d'expression de la liberté individuelle des époux. Face au renouvellement de la norme maritale, la procréation n'est plus le corollaire indissociable du mariage<sup>66</sup> et le secours de la science permet de dissiper les doutes éventuels sur la filiation que garantit le devoir de fidélité.

Au plan pratique, l'enjeu de la réflexion se situe dans la perspective d'aménagement restreint d'expression de la liberté des époux dans les rapports personnels notamment dans leur rapport au devoir de fidélité.

---

<sup>60</sup> A. Cissé, « Pour une approche plurale du droit africain », De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de P.-G. Pougoué, éd. CrédiJ, 2014, pp. 1-23 ; J. Djogbénu, « Pour une transfiguration du droit en contexte africain : essai d'une approche épistémologique nouvelle sur les logiques et la rationalité du droit », in *Autour de la famille et de la terre, perspectives africaines du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Ahonagnon Noël Gbaguidi, t. 2, La terre*, éd. du CrédiJ, 2023, p. 91 et s.

<sup>61</sup> J. Houssier, « Trompez-vous les uns les autres » ou l'Évangile selon Gleeden, Jugement rendu par Tribunal de grande instance de Paris, *AJ Famille*, 2017 p.252.

<sup>62</sup> D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », Recueil Dalloz, 2005, p. 1508.

<sup>63</sup> Les termes que l'on tient pour contraires ne s'opposeraient pas vraiment. Cf. H. Fulchiron, « De l'institution au droit de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI<sup>e</sup> siècle », *Le monde du droit, Mélanges Jean Foyer*, Economica, 2007, p. 395. A. Sériaux, « La conception du mariage selon le Code civil », in *Mariage civil et mariage canonique*, op. cit., p. 79.

<sup>64</sup> J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis, 2<sup>ème</sup> éd., p. 3.

<sup>65</sup> Portalis soutenait dans le célèbre discours préliminaire sur le projet du code civil que le mariage est la société de deux êtres « qui s'unissent pour perpétuer leur espèce ; pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée ». Aujourd'hui, la procréation devient une liberté à la fois négative – ne pas avoir d'enfants, grâce à la contraception et à l'avortement – et positive – le droit et la science se conjuguant à travers l'adoption et la procréation médicalement assistée pour pallier les rigueurs et les obstacles de la nature.

<sup>66</sup> D. Roman, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *op.cit.*, p. 1508.

**9.** L'objectif poursuivi par la présente recherche est de démontrer la possibilité d'une réception prudente par le Droit objectif de la contractualisation du devoir de fidélité au regard de l'amenuisement de ses fonctions traditionnelles dans l'institution matrimoniale<sup>67</sup> et de la quête du bonheur dont le droit de la famille n'est plus détachable dans sa finalité<sup>68</sup>. Sans maintenir le droit à l'état statique, les évolutions projetées doivent s'arrimer le mieux possible aux réalités sociales<sup>69</sup>. Cet impératif renouvelle la justesse de la querelle doctrinale entre Thibaut et Savigny<sup>70</sup>. C'est ce qui peut justifier l'expression contenue de cette liberté du devoir de fidélité entre époux à la période de relâchement du lien matrimonial, exception faite de la période de conjugalité normale.

**10.** En droit béninois, l'on peut noter à l'analyse de la question posée une certaine dilution du devoir de fidélité marquée par la mise en place d'une politique juridique plus sensible à la volonté des personnes qui relativise dans les faits le devoir de dans sa position centrale dans l'ordre public familial. Alors, si l'obligation de fidélité apparaît comme une valeur intrinsèque au mariage, on constate cependant que le bouclier de l'ordre public la défend aujourd'hui avec moins de vigueur<sup>71</sup>, rançon probable de la laïcisation de l'institution. L'allègement des sanctions, la portée de son utilité comme fondement de la filiation légitime durant l'union matrimoniale aux enfants de la femme mariée.,

---

<sup>67</sup> Lire, D. Chauvet, « La fidélité dans le mariage, un devoir en voie de disparition ! », *AJ Famille*, 2016 p.150 ; M.-C. Villa-Nys, « Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », *Dr. et patr.* 2000, no 85, p. 88 – V. Balestriero, « Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce », *LPA* 8 nov. 1995, p. 18 – C. Chabault, « De la relativité de l'adultère dans le divorce pour faute », *Dr. fam.* 1998. *Chron.* 11 – C. Philippe, « Quel avenir pour la fidélité ? », *Dr. fam.* 2003. *Chron.* 16.

<sup>68</sup> F. Fanou, « Les rapports entre époux dans les droits de la famille des Etats d'Afrique noire francophone à l'épreuve du droit au bonheur : cas du Bénin, du Sénégal et du Togo », *op. cit.*, p. 452.

<sup>69</sup> Selon J.-L. Bergel, Le Droit ne saurait ignorer les réalités et constamment évolutives. Voir « A la recherche des concepts émergents en droit », *Recueil Dalloz*, 2012, 439-440. Voir aussi, les discussions du Professeur P.G Pougoué sur l'articulation des réformes de droit dans l'espace africain, in *La famille et la terre, essai de contribution à la systématisation du droit privé au Cameroun*, Thèse de doctorat d'Etat, Droit, Bordeaux, 1977. V. également, B. Djudjè- Chatué (dir.), *Les réformes de droit privé en Afrique*, Préf. de P.-G Pougoué, PUA, 2016, 514.

<sup>70</sup> La législation devrait-elle se mettre à la disposition des changements économiques et politiques et le droit les servir, ou le droit devait-il, au contraire, dans les limites restreintes de ses possibilités contribuer au maintien du système ancien et au ralentissement historique ? Voir Z. Kristufek, « La querelle entre Savigny et Thibault et son influence sur la pensée juridique européenne », *Revue historique de droit français et étranger*, n° 44, 1966, p.59-75.

<sup>71</sup> F. L. Dossou, « L'ordre public dans le droit de la famille en République du Bénin », *Th*, UAC, 2019, spéc. 219, p. 170

la quasi-symétrie des droits reconnus à l'enfant adultérin au même titre que l'enfant légitime — qui met moins à l'index l'enfant issu de l'adultère — ;<sup>72</sup> sont de nature à flexibiliser l'impérativité du devoir de fidélité et à favoriser la discussion du maintien de son indisponibilité pour les époux. Au regard de ce qui précède, un auteur avait proposé la consécration d'un mariage « *aux effets conventionnellement limités* »<sup>73</sup>, où la fidélité échapperait à l'ordre public sauf dans l'hypothèse où l'intérêt des enfants serait en jeu. Sans aller à cette extrémité, l'on peut, en maintenant le devoir de fidélité comme le principe dans le mariage, réfléchir sur sa contractualisation de façon restreinte, par les époux dans les hypothèses de relâchement notoire du lien matrimonial ou de façon exceptionnelle par convention pour satisfaire le droit au bonheur de certains époux. C'est pourquoi il convient de démontrer, d'une part, une fragilité certaine de l'impérativité du devoir de fidélité entre époux **(I)** qui corrèle d'autre part, une réception prudente par l'ordre juridique de la contractualisation de ce devoir **(II)**.

### **I- Une fragilité certaine de l'impérativité du devoir de fidélité**

**11.** Le devoir de fidélité en raison de ce qu'il participe à l'« essence » du mariage<sup>74</sup> est, à bon droit, logé par la loi dans la forteresse institutionnelle afin de le tenir à l'abri des volontés individuelles. Subséquemment, la violation de cette obligation par l'un des époux était érigée en infraction pénale et des conséquences assez graves étaient attachées au plan civil à cette violation, le complice étant sanctionné et l'enfant qui en était issu, écarté de la succession<sup>75</sup>. Cette série de mesures constituait le sabre qui assurait l'impérativité et la crainte de la violation du devoir de fidélité. Or, l'évolution des rapports entre époux s'intègre dans l'évolution plus générale du droit de la famille. En schématisant à l'extrême, il serait concevable de constater que l'on est passé progressivement d'un droit contraignant et inégalitaire à un droit plus flexible ayant pour ambition « *d'apporter aux familles d'aujourd'hui plus d'égalité, plus de liberté*. Cette évolution

---

<sup>72</sup>Certains auteurs africains ont défendu l'asymétrie des droits pour les enfants adultérins pour protéger les intérêts légitimes de la famille.

<sup>73</sup> M.-T. Calais-Auloy, « Pour un mariage à effets conventionnellement limités », RTD civ. 1988. 255

<sup>74</sup> V. not. M. Grimaldi, obs. sous Cass. civ. 1 re , 3 février 1999, D. 1999, somm. comm., p. 308.

<sup>75</sup> L'adultère demeure sanctionné au plan civil par le divorce, la séparation de corps et éventuellement l'octroi de dommages et intérêts.

caractéristique du droit contemporain de la famille enclin à la liberté atteint immanquablement le devoir de fidélité. Elle se traduit, d'une part, par l'allègement de la sanction de l'adultère (A) et, d'autre part, par l'estompement ou le recul de la prééminence de la filiation légitime que fonde la présomption légale de paternité (B).

### **A- L'allègement de la sanction de l'adultère**

Pour le doyen Gérard Cornu, le mariage est un contrat dans sa fondation<sup>76</sup>, mais « le contrat est adhésion à l'institution »<sup>77</sup>. Cette réalité fait du mariage le mode de conjugalité le plus stable et le plus rigide<sup>78</sup>. Alors, quand on dit que les époux contractent mariage, il faut entendre qu'ils épousent le statut. Pour maintenir ce statut imperméable à la volonté des époux, des conséquences d'une particulière gravité doivent être attachées à sa transgression. Pourtant, deux coups assenés, l'un par le code des personnes et de la famille, l'autre, par le code pénal, viennent amenuiser la sanction de l'adultère. Il s'agit de la disparition du caractère péremptoire de l'adultère (1) et de sa dépénalisation (2).

#### **1. La disparition du caractère péremptoire de l'adultère**

**12.** La fidélité est une qualité recherchée dans le mariage. Elle se manifeste par la constance dans sentiments, dans les affections et dans les relations. L'infidélité, la violation du devoir de fidélité, constitue l'adultère. En droit béninois, le Code des personnes et de la famille appréhende la fidélité comme un devoir à la charge des conjoints. Le recours au terme « devoir » en lieu et place de l'obligation, plus créateur d'un droit de créance, n'est pas anodin. Il traduit l'établissement de point de contact entre la règle morale et la règle de droit sous sa dimension impérative et rationnelle<sup>79</sup>. Bien que le mariage soit une institution au sens juridique du terme, les règles qui

---

<sup>76</sup> Cf. art. 158 al 1er du CPF : « Le mariage crée la famille légitime. Les époux contractent ensemble, par leur mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever, et éduquer leurs enfants ». L'aspect contractuel du mariage est mis en évidence par cette disposition qui montre que le mariage est un contrat par lequel une personne accepte de faire établir les liens de filiations et de famille à son égard. Et par là même, elle consacre l'engagement d'assumer les charges de l'enfant à venir.

<sup>77</sup> G. Cornu, « Consentement au mariage et consentement au divorce en trompe-l'œil », in *Liber amicorum, Marie Thérèse Meulders-klein, Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 106.

<sup>78</sup> M. Binillouche, *Leçons de droit de la famille*, Ellipses, 2012, p. 18.

<sup>79</sup> H. Battifol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 50.

le gouvernement sont puissamment investies par la morale qui n'est pas forcément écrite et qu'il ne faut pas confondre avec les bonnes mœurs<sup>80</sup>. Corrélativement, la société manifeste un attachement au respect des règles qui en découlent et des devoirs qui incombent aux époux. Dans le contexte africain, la violation du devoir est donc sanctionnée non seulement par la réprobation générale, mais aussi par des divinités<sup>81</sup> et bien évidemment par le droit.

Depuis la promulgation du Code des personnes et de la famille en 2004, l'adultère n'est plus une cause péremptoire, ce qu'il était dans les articles 229 et 230 du Code civil applicable. L'article 234 du CPF englobe désormais uniformément toutes les hypothèses de la faute conjugale. Cette innovation paraît être plus qu'une élégance de style, elle a été voulue : c'est, non pas l'adultère, cause de divorce qu'on a voulu supprimer, mais le caractère jusqu'alors péremptoire de cette cause. La référence expresse à l'adultère et son caractère péremptoire étaient avant l'avènement du CPF, en étroite relation, ce qui explique qu'en faisant disparaître son caractère péremptoire dans le procès en divorce, le législateur ait en fait banalisé la portée de l'adultère. Mais cela ne veut pas dire que le droit positif béninois ait opéré par là un réel bouleversement et qu'il accrédièterait le laxisme et la facilité. Cette évolution était sans doute mue par une perspective réaliste et n'avait pas pour but de ruiner le mariage par la consécration abusive d'un droit à l'adultère et l'absence de toute sanction à l'obligation de fidélité. Le divorce pour faute, justifié par exemple par l'adultère de l'un des époux, est une atténuation faite au principe de l'indissolubilité du mariage au nom d'un certain réalisme, qui conduit à prendre en considération l'existence de situations de fait intolérables, et non pas

---

<sup>80</sup> J. Carbonnier, *op.cit.*, p. 97

<sup>81</sup> La chute de l'époux infidèle provoque le mépris des hommes et la sanction des dieux. Une illustration de ce que l'infidélité peut appeler la répression d'une force transcendante est rapportée par le Quotidien béninois la *Fraternité* dans sa livraison du 19 novembre 2008. La sanction évoquée dans les faits rapportés par le journal, même si elle ne relève pas du for et est extérieur à l'individu, elle n'émane pas du droit. Le quotidien (*Fraternité*, n° 2223 du 19 novembre 2008, p.4) rapporte, avec à l'appui les images de deux personnes manifestement sans vie que à Allada (50 km au nord de Cotonou au Bénin), « un pasteur et sa femme abattus par la foudre ». On trouve le motif dans le texte : ramené à la vie par les initiés, l'homme qui gît aux cotés de la femme aurait déclaré que « c'est parce qu'il a saccagé les fétiches des autres sans que personne ne le voyait que le dieu de la foudre l'a rappelé ». Et la femme ? « Elle a commis plusieurs cas d'adultère et aucun de ses trois enfants, même celui âgé de deux mois n'appartient guère au pasteur ». Après ils se seraient rendormis pour l'éternité. Ainsi donc, pour des torts supposés commis contre la société et les mœurs, dont l'infidélité, la sanction suprême, la mort est transcendante. V° D. Sossa, J. Djogbénu, E., *Introduction à l'étude du droit : perspectives africaines*, Les Éditions du CREDIJ, 2012, 397p.

en référence à l'idée d'un mariage de nature dissoluble ou à celle d'un « droit au divorce » au nom de la liberté individuelle.

**13.** Mais quand on s'accorde avec le doyen Carbonnier que le caractère péremptoire de l'adultère avait la valeur « d'un hommage rendu au mariage »<sup>82</sup>, on ne peut s'empêcher de penser que la perte d'automaticité du divorce-sanction consécutif à sa violation soit de nature à acter la fragilité de son impérativité<sup>83</sup>. Concrètement avec la disparition du caractère péremptoire de l'adultère<sup>84</sup>, les juges de fond sont libres d'apprécier la gravité de la faute afin de décider si celle-ci peut motiver le prononcé du divorce<sup>85</sup>. Avant même le prononcé du divorce sanction, c'est l'établissement difficile de la preuve à rapporter par l'époux victime de l'adultère qui confine le juge à une flexibilité obligée<sup>86</sup>. La preuve étant la rançon du droit, son établissement, en l'occurrence se heurte à la violation de domicile ou à l'atteinte à la vie privée. Le Code des personnes et de la famille du Bénin ne mentionne pas au titre de la procédure de divorce, des règles spécifiques relatives à l'établissement de la faute. S'agissant d'un élément de fait, la preuve peut en être rapportée par tous les moyens. Généralement, c'est par voie de constat que l'on peut rapporter la preuve irréfutable de la faute d'adultère. Toutefois, l'article 259-2 du Code civil français a largement réduit son champ d'intervention et par suite son efficacité. Suivant les termes de cette disposition, « les constats dressés à la demande d'un époux sont écartés des débats s'il y a eu violation de domicile ou atteinte à la vie privée ». C'est également le sens des dispositions de l'article 384 du Code des personnes et de la famille du Burkina Faso<sup>87</sup>. De fait, ce mode trouve son efficacité amoindrie à deux égards. Le premier, limite les personnes habilitées à réaliser ces constats aux huissiers judiciairement mandatés et le second, soumet le constat à l'exigence de licéité. Les conditions d'efficacité de cette preuve sont corrélées par l'exigence de préservation de la vie privée du conjoint à surprendre dans la commission de l'adultère. Les autres modes de

---

<sup>82</sup> J. Carbonnier, *Droit civil – La famille, les incapacités*, 9<sup>e</sup> éd, p. 123.

<sup>83</sup> C. Chabault, « De la relativité de l'adultère dans le divorce pour faute », *Dr. Famille*, Juil-août 1998, p.6

<sup>84</sup> R. Rodière, « La notion de cause péremptoire en matière de divorce », *dissert.*, 12.

<sup>85</sup> Voir par exemple Jugement n° 105/07 1<sup>ère</sup> ch. Civ du tribunal de Cotonou, du 17 oct. 2007 ; Jugement n°17/04, 1<sup>ère</sup> ch. Civ du Tribunal de Cotonou, 19 mai 2004/ RGn°97/2002.

<sup>86</sup> M. Adamou, « Regard sur... », *op. cit.*

<sup>87</sup> Art. 384 du Zatu an VII 13 du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un code des personnes et de la famille au Burkina Faso « Un époux ne peut verser aux débats les lettres échangées entre son conjoint et un tiers qu'il aurait obtenues par violence ou fraude ».

preuve tels que les lettres missives, les attestations, les rapports sont admis assez restrictivement<sup>88</sup> et ne peuvent être versés au débat lorsqu'ils ont été obtenus par violence ou par fraude<sup>89</sup>.

**14.** Du fait de la difficulté d'établissement de la faute de l'adultère, le prononcé de la sanction s'en trouve irréfutablement touché et obligerait le juge à une pondération induite de l'appréciation des faits *in concreto*. L'abandon du contrôle purement formel de la motivation des juges du fond par la Cour de cassation lors d'une série d'arrêts marque également un certain laxisme<sup>90</sup>. La constatation de la faute est déduite de l'énonciation que le comportement constitue une cause de divorce au sens de l'article 242 du Code civil et non que les faits constituaient une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune. Même si les auteurs s'accordent à dire que l'abandon de la formule sacramentelle ne s'accompagne pas d'un abandon du contrôle de la notion de faute ou que la liberté formelle n'autorise pas les juges « à s'affranchir des exigences de l'article 242 du Code civil »<sup>91</sup>, l'abandon de l'exigence formelle, jadis en vigueur sous l'empire du Code civil applicable au Bénin, a nécessairement un impact sur la considération de la faute qui se trouve quelque peu banalisée. Plus que la disparition du caractère péremptoire de l'adultère cause du divorce, c'est plus encore sa disqualification pénale qui atteste de la fragilité de la sanction de l'adultère.

## 2. La dépénalisation de l'adultère

**15.** En tant que règle, le droit mobilise la force publique au soutien de son application<sup>92</sup>. D'ailleurs, certains auteurs comme Ripert et Josserand y avaient vu la passerelle entre la règle de droit et la règle de morale<sup>93</sup>. La règle de droit se singularise par la contrainte publique

<sup>88</sup> Ainsi, ils ne sont pas recevables lorsqu'ils ne sont pas jugés licites. C'est le cas pas exemple, lorsqu'ils ont été obtenus par violence ou par fraude.

<sup>89</sup> Voir sur le fondement de l'article 259-1 du Civ., 2ème, 29 mars 1989, D., 1990, p.45, note ROBINE ; J.C.P., 1990, II 21586, note Bouscau ; Gaz. Pal., 1990, 1.3 note Echappe. Voir aussi, CEDH, Sect. II, 10 oct. 2006, L.L C/France, req. N° 7508/02, D., 2006, IR. 2692 ; R.T.D.C., 2007, p.95, obs. Hauser.

<sup>90</sup> Civ, 1<sup>ère</sup>, 2005, IR, p.313 ; Droit de la famille 2005, n° 53, note V. Larribauterneyre. Dans le même sens : 3 oct. 2006, Defrénois, 2007, p.301, obs. Massip.

<sup>91</sup> S. David, A.J.F., 2005, n° 9, p.320 et J. Hauser, R.T.D.C., 2001, p.114. Civ. 2ème, 30 nov. 2000. « L'éradication du divorce pour faute- à supposer qu'elle soit souhaitable-ne dépend pas de cette voie. »

<sup>92</sup> P. Jestaz, « La sanction ou l'inconnu du droit », *Recueil Dalloz* 1986, chron. 197.

<sup>93</sup> G. Ripert, « La règle morale dans les obligations civiles », Paris, 1949, n° 13-18. Josserand considère que le droit est « la morale dans la mesure où elle devient susceptible de coercition ». V ° « De l'esprit des droits et de leur relativité », Paris, 1927, n° 254.

qui sanctionne sa violation. Cette contrainte peut se traduire par le fait de forcer l'individu à l'exécution et c'est ce qu'on appelle l'*exécution forcée*, ou par la menace d'une sanction prévue contre celui qui ne respecterait pas la loi, ce qu'on appelle la *punition*. Le droit pénal est un droit protecteur de valeurs<sup>94</sup>, celles que la société entend protéger à un moment donné avec une certaine vigueur et solennité. Les incriminations assurent cette finalité. A chaque fois qu'un acte est pénalement défendu et sanctionné, c'est en vue de protéger une valeur jugée sacrée par le législateur<sup>95</sup>. A titre illustratif, l'importance de la propriété privée justifie l'incrimination du vol<sup>96</sup> ; la sacralité des biens de l'État légitime la répression des détournements de deniers publics<sup>97</sup>.

**16.** Techniquement, le devoir de fidélité ne peut guère donner lieu à une exécution en nature<sup>98</sup> (ceinture de chasteté...) même par le moyen détourné de l'astreinte<sup>99</sup>. Au-delà de la sanction civile matérialisée par la dissolution du mariage et l'octroi de dommages-intérêts, on a pensé que les sanctions ne pouvaient être donc que de nature répressive. Pendant longtemps donc, l'adultère a constitué un délit pénal, d'ailleurs inégalement traité à l'égard du mari et de la femme<sup>100</sup>. Le mari n'était punissable que s'il y avait entretien de la maîtresse au domicile conjugal ; et les peines étaient asymétriques. Cette inégalité, parfois expliquée peu pertinemment par l'atteinte à l'état des enfants qu'emportait l'adultère de la femme, était vivement critiquée, de même que l'idée d'une sanction pénale. La palme de la correction de cette inégalité revient sans contexte en droit béninois, au juge constitutionnel dans la décision DCC 09-081 du 30 juillet 2009<sup>101</sup>. Dans cette

<sup>94</sup> E. Dreyer, « L'objet de la sanction pénale », *Recueil Dalloz*, 2016. p. 2583.

<sup>95</sup> C. Tzutzuaino, *L'effectivité de la sanction pénale*, Paris, L.G.D.J, 2020, p.8.

<sup>96</sup> Art. 626 de la Loi n°2018-16 du 28 décembre 2018 portant code pénal en République du Bénin.

<sup>97</sup> Art. 327 du code pénal précité.

<sup>98</sup> A. Bénabent, *Droit de la famille*, 5<sup>ème</sup> éd., Domat, LGDJ, 2020, p. 128.

<sup>99</sup> Sur l'emploi de l'astreinte, V ° note, *Recueil Dalloz* 1975, 724. Le procédé avait été utilisé au XIX<sup>e</sup> siècle, sans doute en choquant déjà : Toulouse, 29 juin 1854, *D.* 1864. 2, 174.

<sup>100</sup> Pour l'épouse, l'adultère était perçu comme un délit instantané, peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans ; pour l'époux : délit continu, amende

<sup>101</sup> Dans les faits ayant inspiré la décision de la juridiction constitutionnelle, une dame et son présumé complice sont poursuivis pour adultère par voie de citation directe devant un juge pénal du Tribunal de Première Instance de Cotonou. S'ils étaient convaincus d'adultère et de complicité, ils encouraient trois mois au moins et deux ans au plus d'emprisonnement. Cerise sur la peine, le complice sera puni d'une amende de 24.000 F à 480.000 Fcfa. Habitée par la peur d'être condamnée par les collègues de son mari, magistrat de son état, sans que sa culpabilité soit prouvée, l'épouse se présente à l'audience du 17 avril 2009. C'est à cette occasion que son conseil soulève la question préjudicielle d'inconstitutionnalité contre les articles 336 à 339 du Code pénal béninois.

décision, la Cour constitutionnelle est saisie d'une exception d'inconstitutionnalité contre les articles 336 à 339 de l'ancien Code pénal béninois dit *code Bouvenet*. Alors que le Code pénal était entré en vigueur à une période coloniale, donc n'ayant pas subi un contrôle de constitutionnalité, les requérants vont traduire ce texte devant l'office du juge constitutionnel et exposent à la Cour que « les articles 336 à 339 du Code pénal en vigueur en République du Bénin relatifs à l'adultère créent des conditions plus favorables à l'homme qu'à la femme au triple point de vue de la constitution de l'infraction, de la poursuite de l'infraction et de la peine encourue... ». Par conséquent, ils exhortèrent le juge constitutionnel à déclarer les articles sus évoqués, contraires à l'article 26 de la constitution et aux articles 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples qui garantissent l'égalité de l'homme et de la femme en droit. L'analyse du recours a permis au juge de constater que si « l'incrimination ou la non-incrimination de l'adultère ne sont pas contraires à la constitution (...) toute différence de traitement de l'adultère entre l'homme et la femme est contraire à l'article 26 de la constitution et aux articles 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ».

**17.** Au lendemain de cette décision, si l'on pourrait avoir quelque hésitation à l'affirmation de la dépénalisation de l'adultère<sup>102</sup>, le fait que le législateur ait fait litière dans la Loi n° 2018-16 portant Code pénal en République du Bénin de cette incrimination, conforte l'idée fondée sur la décision du juge constitutionnel d'une dépénalisation de l'adultère au regard du sacro-saint principe de la légalité des délits et des peines applicables en droit pénal<sup>103</sup>. La dépénalisation peut être saisie dans un double sens. Dans son acception large, elle tend à reconfigurer le champ pénal, c'est-à-dire à supprimer des infractions purement abstraites, ou à limiter le périmètre des incriminations, le tout avec ou sans mécanismes de substitution<sup>104</sup>. La dépénalisation au sens étroit du terme consiste à maintenir l'incrimination, mais à

<sup>102</sup> Voir M. Adamou, « Regard sur l'évolution... », op. cit., nuançant la justesse des mots d'un auteur dans sa chronique (I. Salami, « L'adultère n'est plus un délit au Bénin », in le quotidien *La Nouvelle Tribune du vendredi 4 septembre 2009*, p. 5 et l'interview dans le même quotidien, du même auteur du 22 septembre 2009, p. 5.). A cette époque, pour M. Moktar Adamou, il semblait hâtif de parler de dépénalisation, les articles 336 à 339 incriminés au regard de la Constitution étant justes mis « en veilleuse ».

<sup>103</sup> P. Maistre du Chambon, « Le déclin du principe de la légalité en matière pénale », *Mélanges en l'honneur du Doyen R. Decottignies*, PUG, 2003, p. 209 et s.

<sup>104</sup> J.-M. Coulon, « L'actualité de la dépénalisation du droit des affaires », in *Principes de justice, Mélanges en l'honneur de J.-M. Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 110

atténuer plus ou moins la répression, la rendant en fait exceptionnelle et plus douce<sup>105</sup>. De cette définition posée, on peut conclure à une dépénalisation de l'adultère au sens large du terme en droit positif béninois en ce que le législateur répressif de 2018 a levé la réserve qui entourait la décision du juge constitutionnel<sup>106</sup> en n'incriminant plus le fait. En fait, le juge constitutionnel dans sa décision DCC 09-081 n'a jamais voulu censurer l'adultère en soi, mais plutôt corriger une inégalité induite de l'application de sa répression<sup>107</sup>. L'obligation de fidélité étant civilement conçue comme un devoir réciproque<sup>108</sup> entre les époux selon les termes de l'article 154 du CPF, il était normal d'en soumettre les manquements à une pareille réciprocité de sanctions sans aucune différence entre eux. Mais il n'est pas surprenant que cette égalité n'ait pas dans le même temps envahi le droit pénal. Elle fut moins l'expression du principe plus général de l'égalité des sexes — qu'il aurait fallu consacrer même en matière répressive — que celle de l'idée plus restreinte de l'égalité de chacun des époux dans leurs rapports personnels et dans les conséquences à en tirer quant au droit du divorce<sup>109</sup>. Mais fortement critiquée comme une injustice, l'inégalité persistante entre le mari et la femme était alors justifiée par des considérations d'ordre public, certes depuis longtemps dépassées dans leur principe, mais néanmoins en conformité parfaite avec l'esprit et les propriétés du droit pénal<sup>110</sup> : le droit pénal est le droit des sanctions majeures, le droit des inconduites dont la gravité menace l'ordre supérieur, les valeurs sociales tenues pour essentielles, telles qu'elles ressortent des règles diverses et des diverses branches du droit. Ainsi, l'infidélité dans le mariage relevait de ces inconduites, non point parce qu'elle menaçait la foi conjugale, valeur en soi toute relative, mais parce qu'elle attentait

---

<sup>105</sup> JG. Levasseur, « Le problème de la dépénalisation », *Rapport de synthèse présenté aux troisièmes Journées Franco-italio- espagnoles de politiques criminelles d'Aix-en-Provence*, septembre 1982.

<sup>106</sup> Pour le juge constitutionnel « l'incrimination ou la non incrimination de l'adultère ne sont pas contraires à la Constitution, mais que toute différence de traitement de l'adultère entre l'homme et la femme est contraire aux articles 26 de la Constitution, 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ; qu'en conséquence

<sup>107</sup> S. K. Honvou, « Regard du juge constitutionnel béninois sur le principe d'égalité en droit de la famille », in *La Constitution Béninoise du 11 décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique ? – Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 579.

<sup>108</sup> K. Wolou, « Contribution à l'étude des violations réciproques des devoirs entre époux », in *Ann. Uni. Bénin, Ser. Droit. Econ. Tome XVIII*, 1999, p. 146 et s.

<sup>109</sup> A. Légal, « L'institution du divorce et le droit pénal », *Mélanges Voirin*, LGDJ, 1967, 519 et s.

<sup>110</sup> J. Borricand, « La femme et le droit pénal français », *Mélanges offerts à R. Gassin*, PUAM, 2007, p. 109 et s.

aux bonnes mœurs et surtout à l'ordre du mariage, source de légitimité familiale et centre d'importants intérêts<sup>111</sup>. L'incidence de l'adultère sur les mœurs justifiait le principe de l'incrimination et de l'infidélité du mari et de celle de la femme<sup>112</sup>.

L'incidence de l'adultère sur l'ordre du mariage fondait quant à elle l'inégalité de traitement entre les deux époux, l'inconduite de la femme étant alors considérée comme plus dangereuse pour la famille et pour la société. Ainsi fut « rationalisé » ce qui, d'une façon quasi unanime, et selon la formule d'un auteur, était considéré « comme la plus célèbre des inégalités fondées sur le sexe »<sup>113</sup>. En corrigeant cette inégalité de traitement, le juge constitutionnel a balisé le terrain au législateur qui a procédé à une dépénalisation complète de l'adultère. Si l'on peut se réjouir du rétablissement de l'égalité par le juge constitutionnel, on peut craindre avec cette «décriminalisation abrupte... un effet diffus de permissivité »<sup>114</sup> préjudiciable à l'établissement de la filiation, plus exactement c'est la prééminence de la filiation légitime qui s'en trouverait fragilisée.

## **B. Le recul de la prééminence de la filiation légitime**

**18.** Autrefois garante « d'un ordre public familial fondé sur la prévalence de la famille légitime »<sup>115</sup>, la fidélité s'est progressivement inscrite comme l'expression d'un respect dirigé non plus spécialement vers l'institution du mariage, mais vers le conjoint. L'allègement de la sanction de l'adultère tant dans l'ordre civil que pénal, relativise alors l'ordre public familial conçu, aménagé et défendu autour de l'institution du mariage et de son rôle primordial quant à la filiation légitime et à son établissement. Aujourd'hui, la fidélité de l'épouse n'étant plus le fondement nécessaire et suffisant de la légitimité, la présomption de paternité quoique jouant une fonction primordiale dans l'établissement de la filiation se trouve concurrencée par d'autres moyens (1). Parallèlement, les dispositifs législatifs ont favorisé une disparition des stigmates de la filiation adultérine qui apparaît quelque peu « blanchie » (2).

<sup>111</sup> Y. Mayaud, « L'adultère cause de divorce depuis la loi du 11 juillet 1975 », op. cit., p. 33.

<sup>112</sup> L'adultère était alors incriminé au titre des « attentats aux mœurs ».

<sup>113</sup> Ph. Jestaz, « observations sur la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 sur le divorce », *RTD civ*, 1975.

<sup>114</sup> J. Carbonnier, « La question du divorce. Mémoire à consulter », *Recueil Dalloz*, Chron. 115 s., spéc. p. 121.

<sup>115</sup> P.-J. Claux et S. David, *Droit et pratique du divorce*, Dalloz Référence, 2013/2014, 2e éd., Paris : Dalloz, 2012, spéc. n° 122.41, p. 44

## 1. La présomption de paternité concurrencée

**19.** La légitimité de la filiation repose sur la présomption de paternité, car les époux dans le mariage sont tenus à une communauté de vie et soumis au devoir de fidélité. La présomption de paternité occupe alors en droit de la famille une place centrale. Elle est la clef de voûte du mariage<sup>116</sup>, son « effet essentiel »<sup>117</sup>. Elle apparaît en outre comme une charnière puisqu'elle assure l'articulation entre les deux grandes poutres du droit de la famille que sont le droit du mariage et le droit de la filiation. En cela, elle représente une liaison entre l'objet conjugal du mariage et son objet familial<sup>118</sup>. Alors, le besoin de certitude relative à la filiation paternelle a longtemps justifié le mécanisme présomptif reposant juridiquement tout à la fois sur l'idée d'un engagement volontaire<sup>119</sup>, sur le *plerumque fit*<sup>120</sup>, l'effet de la loi<sup>121</sup>, mais aussi sur une présomption de fidélité de l'épouse. Classiquement, le devoir de fidélité est indissociable de la présomption de paternité, « r è g l e essentielle au mariage » : le but est que l'enfant puisse être, indépendamment de la volonté des époux, automatiquement rattaché au couple marié, présumé fidèle à ses engagements matrimoniaux<sup>122</sup>. Peu importe l'adultère de l'épouse, car la fiction de l'infailibilité des

<sup>116</sup> En architecture, une clef de voûte est une pierre qui marque le point de convergence des lignes. Elle est surtout indispensable au maintien de l'édifice qui s'écroule sans elle.

<sup>117</sup> J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 207. Déjà Montesquieu prétendait qu'« un des grands objets du mariage est d'ôter toutes les incertitudes des conjonctions illégitimes »

<sup>118</sup> V° B. de Boysson, *Mariage et conjugalité, essai sur la singularité matrimoniale*, LGDJ, 2012, p. 296.

<sup>119</sup> A. Colin, « De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », RTD civ, 1902, p. 257 et s. L'auteur avait en effet développé une conception volontariste de filiation paternelle matrimoniale en exposant que le rattachement juridique reposait sur la reconnaissance anticipée « en blanc », des enfants de la femme implicitement consentie par le mari au moment du mariage. Elle fut très critiquée, notamment par E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, th. Dijon, 1912, p. 255. On lui reprochait d'être trop proche de la théorie du mariage-contrat et d'ignorer la nature légale de l'article 312 du c. civ., ce qui n'est pourtant pas décisif. Le doyen Carbonnier relevait pour sa part que cette thèse a reçu des appuis remarquables dont l'arrêt dont l'arrêt cass. civ, 8 janv. 1930, Degas ; S. 1930, 1, 257. Voir Aussi Cl. Nierinck, « couple et établissement volontaire de la filiation », in *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité, Actes du colloque*, 2007, PUAM, 2008, p. 128.

<sup>120</sup> C'est à dire, l'observation empirique. La réalité du lien biologique entre l'enfant et le mari de la mère est une vérité assez constante. Ainsi la présomption de paternité serait-elle « un calcul de probabilité ». V° G. Cornu, *Droit civil, la famille*, 9<sup>e</sup> éd. Montchrestien, Coll. Précis, Domat, 2006, n° 217

<sup>121</sup> L'article 300 du Code des Personnes et de la famille du Bénin énonce que « l'enfant conçu dans le mariage a pour père le mari ».

<sup>122</sup> J. Carbonnier, *La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., p. 245 ; C. Philippe, « Quel avenir pour la fidélité ?, Dr. Famille », mai 2003, chron. 16, p. 18.

époux permet de « couvrir » la faute de celle-ci. En ce sens, le devoir de fidélité est fort, car il conduit à créer une présomption quasi irréfragable d'«innocence» de l'épouse<sup>123</sup>. On enseigne alors traditionnellement que *mater semper certa est*, et en effet, en dehors des hypothèses rares de substitution, l'enfant est nécessairement celui de la femme qui en a été enceinte<sup>124</sup>. L'homme n'a de son côté pas de certitude *a priori* sur sa paternité. Le mariage lui permet de s'en approcher grâce à la coexistence de deux éléments : une communauté de vie forte, mais surtout la fidélité de l'épouse<sup>125</sup>. Cette configuration permet l'établissement d'une présomption, c'est-à-dire d'une norme reposant sur la vraisemblance : *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Cette formule du jurisconsulte Paul évinça celle d'Ulpien : « *filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur, c'est-à-dire « nous définissons comme fils, celui qui est né d'un homme et de l'épouse de celui-ci »*<sup>126</sup>. Portalis considère que cette présomption « fait cesser toutes les incertitudes du magistrat, et garantit l'état des personnes et la tranquillité des familles »<sup>127</sup>.

Si pendant longtemps la présomption concentrait l'exclusivité dans la fonction d'établissement de la filiation, aujourd'hui encore ce rôle demeure essentiel, mais peut être suppléé dans des circonstances déterminées. En droit béninois, la portée de la présomption de paternité est concurrencée par l'action en contestation de paternité initiée par la mère en l'absence d'action en désaveu du mari<sup>128</sup>. Le cas échéant, la contestation initiée par la mère, admise seulement aux fins de légitimation, ne pourra intervenir qu'après la dissolution du mariage et le remariage de celle-ci avec le véritable père de l'enfant<sup>129</sup>. Aussi, le droit d'accès aux origines constitue une entame

<sup>123</sup> A. Mignon-Colombet, « Que reste t-il du devoir de fidélité », op. cit. spéc. n° 36.

<sup>124</sup> Faudrait-il nuancer aussi cette constance qui a évolué avec la gestation pour autrui, une technique dans laquelle, la mère n'est plus celle qui a porté la grossesse, mais la femme donneuse, et selon les cas, la présomption de maternité est désormais variable. Voir F. G'ssell, « La légalisation de la maternité pour autrui à l'étranger : exemples de droit comparé », Cahiers, Droit sciences et technologies, F. Cailleau, « La gestation pour autrui : une étude de cas », *Psychologie clinique et projective*, vol. 21, no. 1, 2015, pp. 171-193.

<sup>125</sup> La doctrine établit alors un lien étroit en fidélité et présomption de paternité, V° J.-J. Lemouland, « L'avenir du mariage », Rapport de synthèse in Cl. Neirinck, *Les états généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, op. cit, p. 56.

<sup>126</sup> Sur cette préférence, cf. A. Lefèbvre-Teillard, « *Pater is est quem nuptiae demonstrant* : jalons pour une histoire de la présomption de paternité », RHD 1991, 331.

<sup>127</sup> -J. E-M-Portalis, « Discours préliminaire du premier projet du code civil », éd. Confluences, 2004, p.78

<sup>128</sup> Article 310 du code des personnes et de la famille du Bénin.

<sup>129</sup> Article 310 du code des personnes et de la famille du Bénin.

indirecte à la force de la présomption de paternité. Il est vrai qu'en droit béninois, l'expertise biologique n'est pas de droit comme c'est le cas par exemple en droit français<sup>130</sup>, mais l'existence de cette possibilité interroge sur la pertinence et la foi donnée à une présomption qui aurait perdu de sa vraisemblance au gré de la fragilité apparente de l'obligation de fidélité. Au regard de ce qui suit et de l'évolution des mœurs, on peut se rendre compte que l'adultère n'est plus ni vraiment immoral, ni, sur le plan du droit, une faute civile péremptoire du divorce ou une faute pénale. De plus, les conséquences sur les enfants ne sont plus volontairement dissuasives au regard de la filiation adultérine qui semble « blanchie ».

## 2. La filiation adultérine « blanchie »

**20.** Le qualificatif « blanchi » vient du mot blanchiment. En droit, le terme est utilisé en matière pénale pour désigner l'infraction qui consiste à dissimuler l'origine de fonds obtenus illégalement afin qu'ils paraissent être issus de sources légitimes<sup>131</sup>. Ici, le blanchiment de la filiation adultérine procède de l'effet du législateur qui, alignant les droits de l'enfant adultérin sur ceux de l'enfant légitime<sup>132</sup>, fait disparaître la stigmatisation et la discrimination dont l'enfant pouvait auparavant être l'objet devant la loi du fait que sa conception soit le résultat d'une relation adultère. Toutefois, il peut paraître surprenant de soutenir l'absence de stigmatisation légale de la filiation adultérine comme une manifestation de fragilisation de l'impérativité du devoir de fidélité. Cette surprise peut résulter de deux raisons juridiquement et objectivement plausibles : l'enfant adultérin n'est pas responsable de l'inconduite de ses parents et ne doit pas souffrir des conséquences qui en résulteraient, d'une part, et la « fondamentalisation » du principe

---

<sup>130</sup> En droit français, l'expertise biologique est de droit, sauf raison légitime de ne pas y procéder : cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mars 2000, n° 98-12.806 : Bull. civ. I, n° 103. L'expertise n'est pas plus de droit dans le cadre d'une action en contestation de possession d'état : cass. civ. 1<sup>ère</sup> 6 déc. 2005, n° 03-15.588. Le professeur Granet-Lambrechts résume : « la filiation établie par la possession d'état est fondée sur une réalité sociologique et affective qu'une analyse sanguine est impropre à démontrer », v° Fr. Granet-Lambrechts, Dr. Famille 2006, comm. n° 26.

<sup>131</sup> Voir les dispositions de la Loi n°2018-17 du 25 juillet 2018 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme en République du Bénin.

<sup>132</sup> Sans doute que cet alignement n'est pas total, mais l'essentiel des droits dont l'enfant adultérin étaient privés lui sont reconnus. Voir A. Tisserand et Y. Favier, « L'enfant adultérin, le législateur et le juge », LPA, mai 1995, p. 114.

de l'égalité qui innerve toutes les branches du droit<sup>133</sup> sur fond de l'intérêt de l'enfant<sup>134</sup>. Dès lors, depuis l'avènement du Code des personnes et de la famille en 2004, une règle nouvelle régit les rapports de filiation, celle de l'égalité, de sorte qu'il n'est plus de différence de principe entre filiation légitime et filiation naturelle, et au sein de cette dernière entre filiation simple et filiation adultérine quant aux conséquences patrimoniales<sup>135</sup>. Mieux, l'égalité entre la filiation légitime et la filiation adultérine est autant une égalité d'établissement qu'une égalité de traitement<sup>136</sup>. L'enfant adultérin est désormais pleinement assimilé à un enfant qui serait né de l'union matrimoniale : il recueille les mêmes droits successoraux<sup>137</sup> et porte le même nom. L'époux trompé est mis en confrontation avec l'enfant adultérin qui symbolise, malgré lui, une limitation de ses droits<sup>138</sup>.

Ce principe de l'égalité des filiations et de leur libre établissement entraîne une conséquence importante quant à l'obligation de fidélité.

---

<sup>133</sup> Qu'on s'en réjouisse ou qu'on le regrette, l'ascension des droits subjectifs au détriment du droit objectif est une réalité qu'il est désormais difficile d'éviter. On doit au doyen Carbonnier l'une de ses évocations les plus saisissantes. Dans un paragraphe intitulé « la pulvérisation du droit par les droits subjectifs », il sut appréhender et décrire en quelques mots le mouvement alors naissant : « une caractéristique du droit de notre époque aura été la tendance à se subjectiviser, à se résoudre en une aversion de droit subjectifs. Deux circonstances avaient créé un climat favorable à une telle transformation : dans l'ordre des sciences humaines, la place conquise par la psychologie au dépens de la sociologie (les sociologues privilégiaient les institutions, les psychologues, l'individu) et dans le discours idéologique, l'exaltation permanente des droits de l'homme, qu'accompagnait un certain recul des valeurs collectives (le peuple, la démocratie, la République) » Voir J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs Flammarion, 1996, p. 121-122. ; F. Chenédé, « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », *Mélanges en l'honneur de G. Champenois*, Défrénois, Lextenso éditions, 2012, p. 140.

<sup>134</sup> V. Akankossi-Déguénon, « De l'intérêt de l'enfant en droit positif béninois », in RBSJA, n° Spécial décembre 1990, pp.25-41. ; H. Fulchiron, « Droits de l'enfant et intérêt de l'enfant, libres propos sur les interactions entre deux notions clefs de la protection de l'enfant », in *La personne humaine, entre autonomie et vulnérabilité*, Mélanges en l'honneur d'E. Deleury, Éditions Yvon Blais, 2015.

<sup>135</sup> Il faut remarquer que sur le plan terminologique, le terme adultérin disparaît pour laisser place dans les articles 283 et suivants du code des personnes et de la famille du Bénin aux « enfants nés dans le mariage » et aux « enfants nés hors mariage ».

<sup>136</sup> V. M. Nicod, « La vocation successorale de l'enfant adultérin », *LPA*, 2002, n° 195, A. Sériaux, « L'égalité des filiations depuis la loi du 3 janvier 1972 », in *Mélanges offerts à Alain Colomber*, Paris, Litec, 1993, p. 437.

<sup>137</sup> Ainsi l'article 620 du code des personnes et de la famille du Bénin prévoit à titre d'illustration, que sous réserve des dispositions applicables à l'incestueux, tous les enfants quelle que soit l'origine de leur filiation jouissent des mêmes droits successoraux.

<sup>138</sup> B. Beignier, « L'enfant adultérin et le conjoint trompé : le nœud gordien du droit patrimonial de la famille », Dr. Famille, 2001, chron. n° 24, p. 12. L'amélioration du sort de l'enfant adultérin s'est sans doute faite au détriment d'une certaine délicatesse instillée dans les rapports entre l'adultérin et la famille « légitime ». Cf. F. L. Dossou, « L'ordre public dans le droit de la famille en République du Bénin », *Th*, UAC, 2019, spéc. 219, p. 170.

Avec ce qu'un auteur a appelé « *la promotion de la filiation adultérine* »<sup>139</sup>, la fidélité conjugale cesse d'être l'unique source de « légitimité », si l'on veut bien entendre par là, tout ce qui porte la marque d'une reconnaissance légale<sup>140</sup>. Comme l'affirmait Portalis, il est unanimement admis que « Les enfants qui naissent d'un mariage régulier sont appelés légitimes parce qu'ils sont le fruit d'un engagement dont la légitimité et la validité ne peuvent être incertaines aux yeux des lois »<sup>141</sup>. Jusqu'à l'avènement du Code des personnes et de la famille, la filiation légitime en droit civil moderne<sup>142</sup> reposait notamment sur la conception de l'enfant dans un cadre légal imposant la fidélité entre époux, la famille ne bénéficiant d'une complète protection et d'un cadre légitime d'évolution que par rapport au mariage et à ses obligations. Il en résultait que l'adultère n'était pas seulement une faute contre le conjoint, mais aussi une faute contre l'ordre social, par la menace qui alors pesait sur les rouages abstraits et fictifs du droit de la filiation. Il n'est plus ainsi aujourd'hui, le droit de la famille mettant l'accent sur l'intérêt de l'enfant, lequel n'a pas à hériter des frasques de ses auteurs. La légitimité au sens large n'est donc plus l'enjeu de la fidélité. Dépouillé en effet de ses incidences patrimoniales sur la filiation, l'adultère est fatalement ressenti moins comme une faute contre l'ordre social que comme une faute contre le conjoint : il n'est donc plus considéré par rapport à un ordre abstrait de légitimité, mais intéresse seulement les relations entre époux.

---

<sup>139</sup> P. Raynaud, « L'adultère, cause péremptoire du divorce... », op. cit, spéc. n° 14.

<sup>140</sup> P. Guiho, « La légitimation par autorité de justice ou la ruine de la notion de légitimité », op. cit., p. 554., P. Raynaud, « Réflexions sur la légitimation par autorité de justice », *Recueil Dalloz*, 1974, chron. p. 167 ; E. Gounot, « Les familles légitimes non fondées sur le mariage », in *Mariage et famille en question*, CNRS, 1978, p. 191. A la limite, toute filiation devient légitime et seul devrait être pris en considération le lien du sang : c'est ce qui avait été réalisé en Suisse, le législateur ayant fait disparaître « jusque dans les termes la filiation légitime et la filiation illégitime... pour leur substituer l'unité de filiation », v° G. Flattet, « Le droit suisse de la filiation », *Rev. Internat. Dr. Comp.* 1977, n° 4, spéc. p. 676. Plus récemment, voir les contributions dans R. Sève (dir.), *La famille en mutation*, *Archives de philosophie du droit*, tome 57, Dalloz, 2014.

<sup>141</sup> -J. E-M-Portalis, « Discours préliminaire du premier projet du code civil », éd. Confluences, 2004, 78 p.

<sup>142</sup> Il est important de mettre en perspective que cette période fut marquée par l'existence d'un pluralisme juridique induit de l'application simultanée d'un droit moderne, le code civil introduit par la continuité législative et d'un droit traditionnel, le coutumier du Dahomey. A. N. Gbaguidi, *Pluralisme juridique et conflits internes de lois en Afrique noire (le cas des successions foncières en République du Bénin)*, Th., Université de Bordeaux IV, avril 1998, p.1 ; A. Sow Sidibé, *Le pluralisme juridique en Afrique (l'exemple du droit successoral sénégalais)*, tome L, LGDJ, 1991, p.23.

**21.** Les différentes manifestations de la fragilisation de l'impérativité du devoir de fidélité par l'action conjuguée du législateur civil et pénal ne retranchent pas à l'infidélité sa nature de cause de divorce, celle-ci demeure selon les mots d'un auteur, une « cause vivante »<sup>143</sup> du divorce en droit béninois. La fidélité de l'homme et de la femme en mariage n'est pas réduite à un devoir moral<sup>144</sup>. La jurisprudence conformément à la loi continue de la considérer comme un devoir juridique. Sans doute que dans sa dimension juridique, le mariage est fondé non pas sur un ordre révélé, mais sur un ordre construit, l'ordre social ou l'ordre public. L'inclination du législateur à induire moins de fermeté dans la sanction de l'adultère fait implicitement de celui-ci une affaire entre époux, débouchant sur une grande personnalisation des rapports conjugaux et des effets relatifs à en tirer quant au divorce. C'est pourquoi, en se fondant sur cette réalité et le fait que la famille passe graduellement de l'institution au « nœud des contrats »<sup>145</sup>, il est utile de discerner *de lege ferenda*, la réception prudente par l'ordre juridique de la contractualisation sur le devoir de fidélité.

## **II. La réception prudente de la contractualisation du devoir de fidélité**

**22.** La contractualisation ne se confond pas d'office avec le contrat. Alors que le contrat est une institution dont les conditions de validité sont posées, la contractualisation suggère l'infiltration de la convention comme accord de volontés dans des domaines de la vie sociale dans lesquels la puissance publique ne laissait aucune place à l'expression des volontés individuelles<sup>146</sup>. Autoriser les époux à contractualiser sur la fidélité revient à rendre ce devoir disponible<sup>147</sup>

<sup>143</sup> M. Adamou, « Nouvel éclairage sur l'adultère au regard de l'évolution du droit positif béninois », *op. cit.*, p. 186.

<sup>144</sup> J. Barrère, « Le droit du mariage dans la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », in Mélanges G. Marty, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 34.

<sup>145</sup> R. Sève, « La famille en mutation », *Archives de philosophie du droit*, t. 57, 2014, *op. cit.*

<sup>146</sup> P. Ancel, « Contractualisation », in L. CADIET (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, p.231

<sup>147</sup> Il serait abusif de penser que l'indisponibilité des droits résulte de l'impérativité de la matière dont ils sont issus. C'est dans cet ordre d'idées que Mme Bénédicte Fauvarque-Cosson a pu écrire que : « l'indisponibilité du droit subjectif ne résulte pas de l'impérativité de la règle qui le régit. Elle entretient certes des liens étroits avec l'ordre public, mais, tandis que celui-ci affecte des règles de droit, l'indisponibilité porte sur des droits subjectifs issus d'une situation juridique. En matière contractuelle, il peut y avoir des règles d'ordre public ou même des lois de police. Ce n'est pas cela qui importe ; ce qui compte c'est la nature des droits qui naissent de la situation juridique : il faut que leur titulaire soit en mesure de les exercer librement ». Voir B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996, 452 p.

sous certaines conditions. Alors parce que le mariage civil est fondé sur un ordre social, il procède d'une relativité naturelle, fonction des options changeantes et mouvantes de l'Homme au contraire de la morale qui prêche un modèle de famille par hypothèse immuable. Le droit quant à lui ne reflète que des idéaux relatifs selon les époques et l'état des mœurs, la pensée politique et le progrès des idées. Le mariage et la légitimité familiale sont donc susceptibles de conceptions variées, et l'adultère ne ferait que suivre la courbe de cette évolution sous forme de régimes plus ou moins libéraux. Sous cette vue, le devoir de fidélité peut continuer à demeurer la norme en droit commun. Mais le droit objectif doit pouvoir au regard du paradigme dicté par les droits fondamentaux et de la prise en compte du droit au bonheur des époux, tenir compte de l'aspiration des époux. Dès lors, le droit peut recevoir suivant des modalités bien définies la contractualisation du devoir de fidélité. A l'admission à géométrie variable de la contractualisation du devoir de fidélité (B) répond des justifications (A).

### **A. La justification de la contractualisation du devoir de fidélité**

**23.** L'évolution des rapports entre époux s'intègre dans l'évolution plus générale du droit de la famille<sup>148</sup>. Dans cette perspective, l'on passe progressivement d'un droit contraignant et inégalitaire à un droit plus flexible où la verticalité cède un peu plus le pas à l'horizontalité dans les rapports entre époux. Ce nouveau paradigme qui saisit le droit de la famille se fertilise par l'influence des droits fondamentaux<sup>149</sup> (1) qui se traduit plus spécifiquement en droit du couple par la prise en compte du droit au bonheur des époux (2).

---

<sup>148</sup> On peut constater que le CPF a contribué à abaisser le mariage au rang des contrats, renouant ainsi avec l'héritage de la Révolution française pour qui le mariage n'était « qu'un contrat civil ». Lorsque le législateur a expressément laissé aux époux le soin d'aménager librement certains effets personnels du mariage : la résidence de la famille n'est plus choisie par « le chef », mais est au contraire déterminée « d'un commun accord » (art. ....). Ceci emporte tout naturellement pour conséquence que les époux peuvent convenir d'avoir des résidences séparées, « sans qu'il soit porté atteinte à la communauté de vie ». Aussi, la réforme du divorce qui a entamé son indissolubilité lui a oté un peu son caractère institutionnel en le rapprochant davantage de la nature contractuelle.

<sup>149</sup> V<sup>o</sup> O. Lekebe, « Les réformes en droit de la famille dans les Etats d'Afrique noire francophone », op. cit, p. 323 ; F. Kaudjhis-Offoumou, « L'avenir de la famille à travers les instruments juridiques internationaux et régionaux relatifs aux droits humains », in D. Maugenest et T. Holo (dir), *L'Afrique de l'Ouest et la tradition universelle des droits de l'homme*. Colloque d'Abidjan, Editions CERAP, mars 2006, p.233.

## 1) L'influence des droits fondamentaux

**24.** Pour un auteur, la poussée fondamentaliste des droits de la personne conduit, à la lumière des doctrines libérales et depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale<sup>150</sup>, à un double mouvement : l'étatisation des individus (il est reconnu aux individus des droits-pouvoirs à la hauteur des pouvoirs reconnus aux États) et à l'individualisation des États (il est établi que les pouvoirs des États ne sont plus supérieurs à ceux des individus). Cette perspective aurait pour effet l'égalité de positionnement entre l'État et ses incarnations<sup>151</sup>. Elle reflète l'affaissement de la pyramide au bout de laquelle l'État moderne était tenu et la montée en puissance des acteurs se trouvant à son plancher : la verticalité fonctionnelle et institutionnelle cède ainsi la place à l'horizontalité protectrice des droits individuels. Cette perception procède d'une conception renouvelée des droits subjectifs comme la légitimation juridique de désirs individuels<sup>152</sup>. Jean Carbonnier synthétisait une partie de cette évolution de la société et du droit en relevant, « un engouement pour la psychologie aux dépens de la sociologie ». Il voulait établir par-là que la consécration d'un droit passait désormais davantage par la prise en compte et la consécration des aspirations de l'individu plutôt que par l'établissement d'une « réalité objective parce que collective »<sup>153</sup>. C'est ainsi que le droit subjectif s'inscrit progressivement comme une prérogative ou un pouvoir juridiquement reconnu de faire valoir un désir et les avantages qui y sont associés. Malgré les objections légitimes que l'on peut opposer à cette tendance<sup>154</sup>, ce mouvement conquérant ne laisse aucun système ni ordre juridique indifférents et l'ordre public familial en subit irréversiblement les coups.

**25.** Relai entre l'ordre juridique étatique et « l'ordre social »<sup>155</sup>, l'ordre public garantit la réalisation de « l'idée de droit » de la société<sup>156</sup> en

<sup>150</sup> B. Oppetit, *Philosophie du droit*, 1<sup>ère</sup> ed. Dalloz, 1999, p. 129.

<sup>151</sup> Voir J. Djogbénou, « *La contractualisation de l'instance civile en droit béninois* », in *Annales africaines*, nouvelle série, CREDILA, Dakar, 2019, pp. 81 – 120 ; Voir également du même auteur, *Introduction à la théorie générale de la justice et du procès*, Les éditions du Crédiij, 2022, p. 78.

<sup>152</sup> J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, op.cit. p. 153.

<sup>153</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, t. 1, Introduction*, Puf, Quadrige, 2004, p. 313.

<sup>154</sup> Y. Thomas, « Le sujet de droit, la personne, la nature », in *Le débat*, n° 100, 1998, Gallimard, p. 89 ; A. A. Diouf, « Repenser le droit civil en Afrique noire francophone », op. cit., p. 374.

<sup>155</sup> *Dictionnaire général de sciences humaines* : état de stabilité des relations sociales.

<sup>156</sup> Au sens que lui a donné Georges Burdeau : « il y a à un moment donné, dans une société donnée, un certain nombre de représentations de ce que peut être l'ordre social désirable.

imposant une certaine rectitude dans la vie sociale et juridique<sup>157</sup>. L'ordre public englobe tous les principes et toutes les règles<sup>158</sup>, que le législateur juge essentiels pour le bon ordre de la société<sup>159</sup>, et qui de ce fait, s'imposent au respect de tous.

Seulement, le triomphe du libéralisme économique s'accompagne d'une exaltation de l'individualisme, qui s'exprime de la manière la plus caricaturale, dans la revendication plus ou moins consciente, «d'un droit au bonheur» (ou de ses variantes) pour tout citoyen. Certes, ce droit peut être conçu de bien des manières et n'est pas en tant que tel, absolument incompatible avec une conception classique de l'ordre public : le bonheur, pour les citoyens peut être celui de vivre dans une société qui leur garantit la sécurité de leur personne et de leurs biens, en assurant une prévention et une répression pénales efficaces, le reste étant leur affaire.

Mais telle n'est plus absolument la signification que l'on s'en forge aujourd'hui : le bonheur ne serait plus un état qu'il revient à chacun de conquérir soi-même, par ses efforts, grâce à un cadre propice proposé par l'ordre social, mais un véritable dû que la société devrait offrir à tous, comme si elle en était la débitrice universelle, et le tout sans immixtion aucune<sup>160</sup>. On lui dénie en quelque sorte la possibilité de contrôler la légitimité des conceptions que se fait tel ou tel du bonheur : chacun en est juge en dehors de toute référence collective. On refuse, dès lors à la société le droit de proposer un modèle. Par sa neutralité, elle doit permettre à chacun d'inventer le sien, car telle serait sa fonction. Cette évolution se manifeste à travers toutes les disciplines juridiques avec les droits fondamentaux comme instruments<sup>161</sup>.

---

Et ce sont ces représentations qui agissent sur l'évolution juridique de la société considérée», *Traité de science politique*, t. 1, vol. 1, LGDJ, 1980 n°8). Un ordre est toujours fondé sur une idée, cf. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*).

<sup>157</sup> M.C. Vincent-Legoux, *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*, PUF « Les grandes thèses du droit français », 2001, spéc. p. 15 et s., 526 et s. Ch. Perelman, « À propos de l'idée d'un système de droit », in *Éthique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 502 : « la notion vague d'ordre public est une technique d'assouplissement et d'adaptation du système juridique aux valeurs dominantes dans la société ».

<sup>158</sup> L'article 6 du code civil qu'il convient de rappeler ici dispose qu'on « ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». La distinction est artificielle ; les bonnes mœurs faisant partie de l'ordre public. V° J.-L. Aubert, E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux de droit civil*, 18<sup>e</sup> éd., Sirey, 2021, p. 115.

<sup>159</sup> D'où une certaine mobilité du contenu de l'ordre : l'appréciation du nécessaire peut varier.

<sup>160</sup> Ph. Conte, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité*, Etudes offertes à Jacques Béguin, Litec, Paris, 2005, p. 142.

<sup>161</sup> D. Gutmann, « *Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ?* », in *Mélanges F. Terré*, Dalloz-PUF-JurisClasseur, 1999, p. 329 et s. ; plus spéc.. A-S. Siew-Guillemain, *La famille à*

**26.** L'ouverture de choix et la levée d'interdictions indiquent en matière de droit de famille le repli de l'ordre public et corrélativement le progrès de la liberté contractuelle. Sur le premier point, plusieurs droits positifs offrent aux époux la latitude ou le choix entre plusieurs modèles de conjugalité. La monogamie, l'option de polygamie, ailleurs le concubinage et le pacs... À cet égard, on peut comprendre à travers l'article 133 du Code civil sénégalais, la possibilité de conclure son mariage sous trois régimes : celui de la polygamie, auquel cas l'homme ne peut avoir simultanément plus de quatre épouses ; celui de la limitation de polygamie et celui de la monogamie. Si l'homme ne souscrit pas à l'une de ces options, le mariage est placé sous le régime de la polygamie. Ces options sont définitives.

**27.** En droit béninois, certaines options effectuées par le législateur témoignent de la dilution du caractère impératif dont le droit du couple était jadis empreint. Après avoir aligné certaines causes de nullité du mariage sur celles des contrats, le législateur de 2004 dans un esprit de liberté et d'égalité a expressément laissé aux époux le soin d'aménager librement certains effets personnels du mariage : la résidence de la famille n'est plus choisie par « le chef ». Elle est au contraire déterminée « d'un commun accord »<sup>162</sup>. Ceci emporte tout naturellement pour conséquence que les époux peuvent, en l'absence d'accord, s'établir en domicile séparé sans que cela ne porte atteinte au devoir de communauté de vie<sup>163</sup>. Si l'on peut déroger par convention au droit définissant les effets personnels du mariage, c'est que ce droit est devenu quelque peu supplétif de volontés<sup>164</sup>. Mais, c'est évidemment la reconnaissance du divorce par consentement mutuel qui a contribué à abaisser le mariage au rang des contrats. Loin d'être indissoluble comme le commanderait un caractère institutionnel, il devient résiliable en fonction de principes évoquant étrangement la rupture contractuelle<sup>165</sup>. Le mouvement de repli de l'ordre public, fort de la prise en compte des principes de liberté et d'égalité des époux, s'est accompagné, en droit comparé, de la levée

---

*l'épreuve des droits fondamentaux*, Droit. COMUE Université Côte d'Azur (2015 - 2019), 2017. Français. ffnNT : 2017AZUR0033ff. fftel-01730697.

<sup>162</sup> En tout cas c'est ce que semble traduire l'article 15 alinéa 1, 2 et 3 du CPF du Bénin.

<sup>163</sup> V° L. Dossou, *L'ordre public en droit de la famille en République du Bénin*, op. cit. spéc. 128.

<sup>164</sup> X. Labbé, « L'infidélité conventionnelle dans le mariage », op. cit., p. 255.

<sup>165</sup> K. Wolou, « Contribution à l'étude des violations réciproques des devoirs entre époux », op. cit., p. 154 et s. Voir par exemple, le jugement n°63-2007, rendu en date du 28 décembre 2006 par le tribunal de Cotonou, statuant en matière civile état des personnes, relatif au divorce par consentement mutuel.

d'une série d'interdictions<sup>166</sup> qui est l'expression d'une prise en compte du droit au bonheur individuel des époux.

## 2) La prise en compte du droit au bonheur des époux

**28.** Le droit civil est le droit de la cité. Il s'approprie les phénomènes sociaux à travers des opérations de qualification. Dans une telle perspective, le droit civil est un objet de pensée mobilisé par le droit privé pour définir un champ catégoriel<sup>167</sup>. À ce titre, il a toujours été un droit de compromis : non seulement entre des aspirations individuelles contraires, mais également, et peut-être surtout, entre les intérêts privés et le bien commun. En raison du renouvellement nécessaire de ces compromis, le droit civil se trouve être un droit contingent et en mouvement<sup>168</sup>. À l'époque contemporaine, ce mouvement l'oblige à tendre vers la prise en compte du bonheur des personnes suivant leur propre définition<sup>169</sup>. Cette tendance fait écho à la philosophie utilitariste défendue par des auteurs anglais tels que Bentham<sup>170</sup> puis J. Stuart Mill qui considèrent « *la maximisation du plaisir* » comme l'une des fins que doit poursuivre le droit. Pour conjuguer le bonheur personnel et le bonheur général, l'utilitarisme se nourrit d'un critère moral consistant à apprécier la qualité d'une action en fonction de ses conséquences sur la vie individuelle et sociale<sup>171</sup>. Il n'échappera pas à l'observateur attentif les réformes introduites dans le Code des personnes et de la famille du Bénin<sup>172</sup> consécutivement à la décision de la Cour constitutionnelle sur la

---

<sup>166</sup> Les exemples abondent de conventions dont la prohibition a été levée. En voici une liste, qui n'est rien moins qu'exhaustive : en matière de divorce, le divorce par consentement mutuel, et, dans les autres cas de divorce, les accords entre époux réglant tout ou partie des suites de la séparation ou les conventions de liquidation anticipée du régime matrimonial ; en matière de régimes matrimoniaux, les changements de régime (1965), et, suivant la jurisprudence, les conventions par lesquelles les époux liquident leur régime autrement que selon ses règles (ils s'abstiennent de liquider les récompenses, tiennent pour commun un bien qui était propre à l'un d'eux ou font carrément abstraction d'un changement de régime) ; en matière de successions, le partage amiable en présence d'un mineur ou d'un majeur protégé et la renonciation anticipée à l'action en réduction pour atteinte à la réserve ou encore le mandat à effet posthume.

<sup>167</sup> A. A. Diouf, « Repenser le droit civil en Afrique noire francophone », op. cit. , p. 372.

<sup>168</sup> F. Chénéde, « Discours préliminaire sur le projet de code civil », in W. Mastor et ali., *Les grands discours de la culture juridique*, 2<sup>e</sup> éd., 2020, p. 852.

<sup>169</sup> L. Roussel et O. Bourguignon, *Génération nouvelles et mariage traditionnel*, INED, 1978, p. 253.

<sup>170</sup> J. Bentham, *Introduction aux principes de la morale et de la législation*, 1789, *Traité des peines et des récompenses*, 1811.

<sup>171</sup> J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 5<sup>e</sup> éd., 2012, p. 32.

<sup>172</sup> Loi 2021-13 modifiant et complétant la loi n°2002-07 du 24 août 2004.

dévolution du nom de famille<sup>173</sup>. Le législateur a fait droit aux exigences de liberté et d'égalité qui caractérisent la famille à l'époque contemporaine en édictant par exemple à l'article 6 nouveau du Code des personnes et de la famille que « lorsque la filiation est établie à l'égard des deux parents, ceux-ci choisissent le nom de famille dévolu à l'enfant : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux »<sup>174</sup>. Or on aurait pu penser que la prégnance du patriarcat dans la sociologie de certains Etats africains dont le Bénin constituerait une entrave à cette inclination<sup>175</sup>. Les enjeux de la liberté dans les rapports de famille semblent également justifier les extensions opérées par le législateur par exemple sur la maternité par pratique de mère porteuse<sup>176</sup> ou encore la liberté de disposer de son corps à travers la possibilité d'interruption volontaire de grossesse.

**29.** Puisqu'il encadre la vie intime, le droit de la famille reçoit particulièrement l'aspiration des époux au bonheur notamment en matière de conjugalité<sup>177</sup>. La jurisprudence en Afrique, hésitant entre liberté et protection, libéralisme et pragmatisme, se montre de plus en plus flexible sur le prononcé de la sanction ultime, le divorce, en cas de violation du devoir de fidélité<sup>178</sup>. L'étude du concept de bonheur<sup>179</sup> est grevée d'*a priori* péjoratif et n'intéresse nullement les tenants du pur positivisme juridique parce que pour eux, la notion considérerait davantage les sentiments et les valeurs que le droit et la norme<sup>180</sup>. Les relations entre le droit et bonheur sont pour le moins

---

<sup>173</sup> DCC 21-269 du 21 octobre 2021.

<sup>174</sup> Article 6 de la Loi n°2021-13 modifiant et complétant la loi n°2002-07 du 24 août 2004 portant code des personnes et de la famille.

<sup>175</sup> G. Platteau, « Le mariage et le couple dans la société africaine », *Le couple en couleur. À propos du fonctionnement des couples africains, européens et mixtes*, sous la direction de Platteau Geneviève. Èrès, 2021, pp. 53-83

<sup>176</sup> Voir article 59 de la Loi n°2015-08 du 08 décembre 2015 portant code de l'Enfant en République du Bénin.

<sup>177</sup> B. Boyson, *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale*, *op. cit.* p. 10.

<sup>178</sup> S. Toé, « Le juge et le divorce », *Revue Burkinabé de droit*, n°46, du 1er semestre, 2013.

<sup>179</sup> Le concept de bonheur a été étudié par de grands auteurs en philosophie. Sous la plume d'Aristote, le bonheur suppose l'autonomie de la vie, la vie agréable ; enfin, c'est avoir son corps et ses biens dans un état florissant (I. Gorby, *La philosophie pratique d'Aristote*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1995, p. 122.). Un autre auteur, Emmanuel Kant identifie le bonheur à la satisfaction de nos penchants, le bonheur serait un état essentiellement subjectif. Ainsi, pour lui le bonheur est une somme de satisfactions subjectives indéfinies, d'ordre sensible, une sorte de bien-être individuel parfait.

<sup>180</sup> F. Fanou, « Les rapports entre époux dans les droits de la famille des Etats d'Afrique noire francophone à l'épreuve du droit au bonheur : cas du Bénin, du Sénégal et du Togo » *op. cit.*, p. 452.

ambivalentes, l'ordre et la justice étant perçus comme les finalités historiques du droit<sup>181</sup>. Or ce qui fait la particularité du droit de la famille, c'est sa finalité singulière. Cette finalité est bien mise en perspective par un auteur qui soutient que l'épanouissement, le bonheur de l'être humain doit constituer le socle du droit de la famille. Selon lui, le droit au bonheur est une des caractéristiques du droit de la famille tourné de plus en plus vers la satisfaction des aspirations individuelles<sup>182</sup>.

**30.** Le droit de la famille aspire à réaliser le droit au bonheur non pas que le droit ait la prétention ridicule de faire le bonheur, mais le rôle du droit est au moins de ne pas entraver à l'excès la recherche du bonheur dans les relations interpersonnelles<sup>183</sup>. La question principale que soulève le concept de droit au bonheur est celle de savoir si le bonheur est un droit. En considérant, les deux grandes catégories de droit que sont le droit objectif et les droits subjectifs, on peut analyser le droit au bonheur comme une prérogative dont dispose un individu, mais ce droit ne pourrait être une obligation de l'État. Il est tout à fait irrationnel que l'État se trouve dans l'obligation d'assurer le droit au bonheur pour tous les citoyens, mais il ne doit pas entraver la réalisation de ce bonheur par les individus. Cette position peut se comprendre, surtout que la finalité traditionnelle de survie de la famille connaît un effacement relatif<sup>184</sup>. À cet égard, le professeur A. Cissé constate que la liberté est en droit l'un des sillons de la réalisation du droit au bonheur<sup>185</sup>. Pour y arriver dans le mariage, faudrait-il amputer celui-ci de son devoir emblématique, de son symbole essentiel ? Certains auteurs n'hésitent pas à l'affirmer<sup>186</sup>. Cette option n'est pas sans danger<sup>187</sup>. Du reste, le pluralisme et la flexibilité auxquels peuvent donner lieu le droit au bonheur ne doivent cependant pas conduire à réduire le droit de la famille à un simple rôle d'épanouissement

<sup>181</sup> F. Terré, « Le droit et le bonheur », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 26.

<sup>182</sup> E. du Pontavice, « Le droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, Paris, L.G.D.J. 1966, p. 709.

<sup>183</sup> G. Fitoussy, *Essai comparatif et critique du juge dans la procédure du divorce entre le système judiciaire français et israélien*, Editeur international.com, 2007 p. 546.

<sup>184</sup> Ph. Malaurie, « Le divorce pour altération du lien conjugal ou la société de la peur », *Défrénois*, 2004, n° 23, p. 1601.

<sup>185</sup> A. Cissé, « Saisir le bonheur par le droit », *Observatoire International du Bonheur*, en ligne <http://www.oib-france.com/wp-content/uploads/acisse.pdf> (consulté le 20/01.2014).

<sup>186</sup> J. Joseph-Renaud, *La faillite du mariage et l'union future*, 1900, proposait déjà le passage du mariage devoir au mariage agrément. En la poussant à l'extrême, cette vision des choses n'est pas sans danger.

<sup>187</sup> Fr. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD.civ.* 1995, p. 249.

individuel, à « *une structure variable, somme d'intérêts particuliers* »<sup>188</sup>. Cette exigence imprime à l'accueil de l'option du pacte de suspension du devoir de fidélité, des modalités prudentes d'ouverture.

## **B. L'admission à géométrie variable de la contractualisation du devoir de fidélité**

**31.** En raison de la fragilité perceptible du devoir de fidélité dans ses assises<sup>189</sup> et dans sa sanction et fort de la fondamentalisation du droit de la famille, certains auteurs n'hésitent pas à envisager sa contractualisation<sup>190</sup> qui justifierait la possibilité pour les époux d'organiser suivant leur volonté et sous le regard du juge, la teneur du devoir de fidélité<sup>191</sup> au début du mariage et tout au long de son déroulement. Si la perspective paraît séduisante en ce qu'elle marque la prise en compte des nouveaux paradigmes du droit de la famille<sup>192</sup>, l'ouverture du devoir de fidélité à la contractualisation ne peut être pensée que de façon restreinte en fin de vie commune en l'absence d'une renonciation conventionnelle (1). Une telle renonciation paraît, en contexte béninois, peu évidente en début de vie commune (2).

### **1. L'admission de la dispense conventionnelle de fidélité en fin de vie commune**

**32.** Alors que la jurisprudence en droit étranger procède à la validation d'actes apparemment contraires à l'obligation de fidélité<sup>193</sup>, pourquoi

---

<sup>188</sup> J.-J. Lemouland, « Le pluralisme et le droit de la famille : post-modernité ou pré-déclin », D. 1997. Chron. 133.

<sup>189</sup> Les considérations liées à la filiation ne suffisent plus pour justifier l'interdiction de l'adultère : la contraception permet de séparer la sexualité de la procréation, tandis que les preuves scientifiques font reculer d'éventuels doutes sur la paternité. La fidélité paraît ainsi se fonder essentiellement sur une conception traditionnelle du mariage empreinte de morale chrétienne. Or, nul n'ignore que cette dernière est en repli.

<sup>190</sup> N. Gbaguidi, « Egalité des époux, Egalité des enfants et le projet de code de la famille et des personnes du Bénin », op. cit. p. 3 ; L. F. Dossou, « L'ordre public dans le droit de la famille en République du Bénin », *Th*, UAC, 2019, spéc. 257 ; Ch. Ropers, « Reste-t-il un ordre public familial ? » in *Les évolutions du droit : Contractualisation et Procéduralisation*, Publication de l'Université de Rouen, 2004, p.97.

<sup>191</sup> F. Kaudjhis-Offoumou, « L'avenir de la famille à travers les instruments juridiques internationaux et régionaux relatifs aux droits humains », *art. précité*.

<sup>192</sup> O. Lekebé, « Les réformes du droit de la famille dans les Etats d'Afrique noire francophone », op. cit., p. 325.

<sup>193</sup> Il faut penser notamment à la validité des libéralités adultérines (Civ. 1re, 25 janv. 2005, n°/ 96-19.878, AJ fam. 2005. 234, obs. F./ Chénéde/ ; RTD civ. 2005. 368, obs. J./ Hauser. – Adde Cass. ass. plén. 29 oct. 2004, n°/ 03-11.238, D./ 2004. 3175, note D. Vigneau/ ; Dr. fam. 2004, n°/ 12, comm. 230, note B. Beignier/ ; RTD civ. 2005. 104, obs. J./ Hauser/ ; JCP 2005. II. 10011, note F. Chabas) ou encore à la validité du contrat de courtage matrimonial conclu avec un homme marié («/ Le contrat proposé par un professionnel, relatif à l'offre de

faudrait-il continuer d'interdire aux époux de se délier conventionnellement du devoir fidélité, s'ils sont en instance de divorce<sup>194</sup>, celui-ci pouvant lui-même être prononcé sur leur consentement mutuel<sup>195</sup>? Ainsi peut être formulée la question qui fonde la plausible réception par le droit positif de la licéité d'une dispense conventionnelle du devoir de fidélité pendant cette période. La méfiance à l'égard des accords par lesquels les époux s'autoriseraient à avoir des relations extraconjugales résulte de deux considérations. La première tient à la volonté du législateur de protéger celui qui croit aux vertus du mariage, d'où le postulat selon lequel, il est de l'intérêt d'un époux d'avoir un conjoint fidèle. Dans cette optique, la règle pourrait être supplétive, c'est-à-dire susceptible de dérogations conventionnelles. Mais ce serait oublier la seconde considération qui tend à la défense d'une certaine conception du mariage qui induit le caractère impératif du devoir de fidélité.

Toutefois, autant cette protection d'une valeur intrinsèque à l'union conjugale se comprend aisément dans « *le mariage qui est en fleur, autant elle semble perdre son sens dans le mariage qui se fane*<sup>196</sup> ». C'est dans cette direction que peut se dessiner l'évolution du droit. Pendant l'instance en divorce, il apparaît que les accords entre époux s'affranchissant du devoir de fidélité jouent un rôle de plus en plus important. Certes, il résulte d'une jurisprudence constante en droit béninois<sup>197</sup> ou français<sup>198</sup> que les obligations conjugales subsistent tant que le mariage n'est pas dissous.

**33.** Mais malgré ce principe, on constate que les juges sont alors enclins à être plus souples dans l'appréciation du respect du devoir

---

rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, du fait qu'il est conclu par une personne mariée : Civ. 1re, 4 nov. 2011, n°/ 10-20.114, D./ 2012. 59, obs. R./ Libchaber/ ; AJ fam. 2011. 613, obs. F./ Chénéde/ ; RTD civ. 2012. 93, obs. J./ Hauser).

<sup>194</sup> Cette période étant souvent caractérisée par une altération définitive du lien conjugal tenant à la cause du divorce qui réside parfois dans la cessation de communauté de vie, tant affective que matérielle pendant plusieurs mois.

<sup>195</sup> J.-F. Kriegk, « Contrat d'union sociale et divorce par consentement mutuel : le mariage doublement fragilisé ? », *LPA*, 11 mai 1998, p. 5.

<sup>196</sup> F. Niboyet, *L'ordre public matrimonial*, *op. cit.*, p. 173.

<sup>197</sup> V° notamment, Jugement n°0550/05 de la 1<sup>ère</sup> Ch. Civ. TPI de Cotonou du 1<sup>er</sup> juin 2005 ; Dossier n° 145-2006 V. H. et A. A. TPI Cotonou. N° 18 ; Jugement n° 043/EP du 22 septembre 2011, AO. c/R. I. TPI Ouidah. N° 22 ; Jugement n° 759/03 du 04 décembre 2003 TPI Lokossa. N° 8.

<sup>198</sup> En droit français, voir par exemple : civ. 2, 14 déc. 1983, Gaz. Pal. 1984. Pan. P. 201, note M. Grimaldi ; Civ. 2, 6 mars 1996. II. n° 60, p. 39.

de fidélité, un peu comme si, à l'aube du divorce, les époux avaient conclu un accord tacite pour s'en dispenser. Le devoir est alors altéré non seulement dans ses incidences sur le maintien de la vie commune, mais également dans sa teneur. Par un arrêt du 29 avril 1994, la Cour de cassation française a en effet affirmé que « le devoir de fidélité est nécessairement moins contraignant du fait de la longueur de la procédure »<sup>199</sup>. Dans cette logique, on peut se rendre compte qu'il peut être excessif de vouloir empêcher les époux de refaire leur vie, alors que la procédure de divorce s'éternise<sup>200</sup>. Pendant cette période de séparation légale, la fidélité devient parfois relâchée. Pour donner de la vigueur à cette dispense conventionnelle de fidélité pendant l'instance de divorce qui exclut en théorie les autres périodes de crise (séparation de fait, séparation de corps), la loi peut prévoir que cet accord soit homologué sur-le-champ par le juge dès qu'il aurait constaté que la volonté des époux s'est manifestée librement. Dans sa quête d'une justice négociée et plus consensuelle, la technique d'homologation apparaît ici comme un outil performant de contrôle étatique permettant au juge de mieux opérer son contrôle préalable qu'il soit de légalité ou d'opportunité, dès la phase de la formation du contrat tout en tenant compte aussi bien de la qualité des parties que des valeurs mises en exergue<sup>201</sup>.

S'il est possible d'envisager de *lege ferenda*, la dispense du devoir de fidélité en fin de vie commune forte de son caractère pratique et de la prise en compte par le droit de l'emprise de la volonté des époux sur le droit du divorce notamment dans ses effets, la réception du pacte d'infidélité pendant le fonctionnement normal du mariage est discutée et ne peut rester qu'exceptionnelle.

---

<sup>199</sup> Civ. 2, 29 avril 1994, Bull. civ. 1994. II. n° 123, p.71 ; RTD civ. 1994, p. 571, obs. J. Hauser. Il faut remarquer en revanche, que depuis 2003, la Cour de cassation française a marqué un retrait progressif de cette position en considérant dans sa jurisprudence ultérieure comme indifférente la circonstance que l'adultère du mari ait été commis neuf mois après l'ordonnance de non conciliation (cass. civ., 30 mars 2003, n° 03-11.334). Cette dernière décision rejoint la position antérieure de la Cour de cassation selon laquelle les juges du fond ne pouvaient ériger l'ordonnance de non conciliation en fin de non-recevoir à l'action en divorce pour adultère. V° Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 15 juin 2000,

<sup>200</sup> Il est utile de faire remarquer que dans cette affaire, les faits reprochés au mari avaient été commis huit ans après l'ordonnance de non-conciliation.

<sup>201</sup> Voir L. Dossou, « L'ordre public dans le droit de la famille en République du Bénin », *Th*, UAC, 2019, op. cit. spéc. 259.

## 2.L'admission peu évidente de la contractualisation en début de mariage

**34.** Dans la sphère familiale, l'ordre public n'est plus revêtu de son manteau de grande seigneurie et il cogne de plus en plus son « front de taureau »<sup>202</sup> aux murs des libertés individuelles<sup>203</sup>. Le mariage étant « la société de l'homme et de la femme »<sup>204</sup> comme l'a pu écrire Portalis, la possibilité qu'au sein de la relation conjugale — ayant une certaine nature contractuelle<sup>205</sup>—, naissent certaines clauses parmi lesquelles figurerait celle du pacte de liberté n'est plus véritablement une utopie.

Certains auteurs envisagent plusieurs voies pour le concrétiser. L'une d'elles serait d'insérer une clause de liberté permettant aux partenaires d'un commun accord d'avoir des relations sexuelles avec autrui faisant des volontés individuelles des partenaires le principe : libres de l'organiser, libres de le rompre<sup>206</sup>. La seconde voie consisterait à instituer dans le mariage un devoir de fidélité « à la carte » à l'image des différents régimes matrimoniaux proposés aux époux. En d'autres termes, la fidélité ne serait assortie d'impérativité que la limite de la volonté commune des époux. La fidélité ne serait plus une obligation légale, mais conventionnelle laissée à la discrétion des conjoints. Elle ne trouverait plus son fondement dans la loi, mais reposerait sur la volonté des intéressés.

**35.** Pour séduisante que paraît en théorie une telle approche, elle ne saurait devenir une réalité dans un futur très proche en droit des Etats africains et au Bénin en raison de contingences sociologiques qui

---

<sup>202</sup> J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 10<sup>e</sup> édition, 2001, p170.

<sup>203</sup> J.-D. Boukongou, « La vie familiale comme lieu d'exercice des droits fondamentaux : lecture des pratiques africaines », in *Les défis des droits fondamentaux*, (dir.) J.Y. Morin, *Actes des 2èmes journées scientifiques du réseau des droits fondamentaux de l'AUF*, 29 septembre au 2 octobre 1999, pp. 127-151.

<sup>204</sup> J.-P. Lévy, « Les idées de Portalis sur le mariage », in *Le discours et le Code : Portalis, deux siècles après le code Napoléon*, Litec, 2004, p. 113.

<sup>205</sup> Le code civil l'évoque d'ailleurs en ces termes en dix-neuf occurrences dont l'article 1398 mentionnant « le mineur habile à contracter mariage ». L'apparence du contrat découle notamment de l'idée que le mariage serait formé par le consentement des parties, dans le respect de l'autonomie de la volonté et qu'il pourrait disparaître par *mutuus dissensus*. On identifierait éventuellement un contrat à exécution successive, onéreux, peut-être synallagmatique. Cette conception peut être réfutée au profit d'une qualification qui n'est pas elle-même imperméable aux critiques, celle d'institution. Aujourd'hui, un consensus minimal semble établi en doctrine autour de sa qualification mixte. Gérard Cornu développe par exemple l'idée que le mariage serait un contrat de formation et une institution d'effets.

<sup>206</sup> X. Labbée, « L'infidélité conventionnelle dans le mariage », *art. préc.*

restreignent l'expression iconoclaste de la liberté des époux dans leur relation maritale. Si à la surface, le droit moderne tente de structurer les rapports dans une perspective libérale et universaliste, sa tentative d'emprise sur la société suscite aussi bien « *la fascination que la détestation de phénomènes mystérieux* », car en souterrain, « *le droit endogène, souple, tout aussi diversifié que les cultures juxtaposées, maintient une résilience dans les rapports des groupes et des personnes contre l'incursion du droit moderne* »<sup>207</sup>. Sous une telle vue, une inclination du législateur tendant à autoriser la dispense conventionnelle du devoir de fidélité dans le mariage serait perçue sinon comme l'apologie de l'adultère, du moins comme l'approbation ou la légitimation de l'immoralité dans le couple, cellule de base de la famille. En contexte africain, la coutume inspire souvent les pratiques familiales<sup>208</sup>. Etant la forme la plus archaïque du droit, elle est parfois, pour cette raison aussi malheureusement, diamétralement opposée aux conceptions modernes de l'organisation économique et sociale<sup>209</sup>. En effet, par rapport à celles-ci, la coutume paraît souvent sur certains aspects, dépassée, parce que fondée sur des principes qui ne suivent pas forcément les aspirations du monde moderne. De la sorte, la reconnaissance, l'éclosion et l'explosion des droits fondamentaux de la personne dans de nouvelles règles se heurtent à la défiance de la réalité sociale. Sous ce prisme, l'orientation dessinée par la Cour de cassation française dans un arrêt rendu le 17 déc. 2015 selon laquelle « l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettaient plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération »<sup>210</sup> ne peut transposée en droit béninois sans répulsion, à tout le moins partiel du corps social car, on peut craindre, si la prédiction dictée par l'évolution des droits subjectifs sur ce terrain se réalisait, un renversement substantiel de l'ordre public matrimonial<sup>211</sup> obligeant à une nouvelle identité du mariage.

<sup>207</sup> J. Djogbéno, « Pour une transfiguration du droit en contexte africain : essai d'une approche épistémologique nouvelle sur les logiques et la rationalité du droit », *op.cit.* p. 95.

<sup>208</sup> A. Hounbedji, *Le droit de la famille dans les coutumes du Bas-Dahomey (Goun et fon)*, th. , Paris, 1967, I. Y. Ndiaye, « Le mariage à l'épreuve du droit traditionnel », *Revue sénégalaise de droit*, n° 36, Jan-juin 2011, pp. 13-42 ; B. Talfi Idrissa, « Réflexions critiques sur l'application des coutumes en droit de la famille et de la terre au Niger, in Autour de la famille et de la terre, perspectives africaines du droit, *Mélanges en l'honneur du Professeur Ahonagnon Noël Gbaguidi*, t. 1, *op. cit.* p. 221 et s.

<sup>209</sup> V. E. Bokalli, « La coutume, source de droit au Cameroun », *Revue générale de droit*, 28(1), 37-69. <https://doi.org/10.7202/1035707ar>

<sup>210</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 déc. 2015, n° 14-29.549, *Dalloz actualité* 4 janv. 2016, obs. S. Lavric.

<sup>211</sup> M. Douchy-Oudot, « Propos impertinents sur l'amour conjugal », *Mélanges J. Hauser, op. cit.* p. 82 et s.

## Conclusion

**36.** Il serait difficile de conclure une étude sur l'impérativité du devoir de fidélité sur fond du recul de l'ordre public quant à la sanction de la violation de ce devoir et à l'éclosion des droits fondamentaux qui saisit le droit de la famille au Bénin. La difficulté procède de l'importance des enjeux, de l'intensité des intérêts en présence et de l'évolution des solutions appelées par les défis.

En premier lieu, les enjeux. En matière de rapports personnels entre époux dans la satisfaction du droit au bonheur, les enjeux excèdent la qualité *a priori* des constructions juridiques et la séduction des positions théoriques. On ne saurait, mieux que le doyen Carbonnier, en présenter le tableau : « *les mœurs évoluent. Le législateur, le juge constatent l'évolution : quelle doit être, quelle peut être leur attitude ? S'adapter ? C'est le plus facile. Barrer la route ? Ils seront débordés* »<sup>212</sup>. L'alternative pourrait consister pour le droit positif à être attentif à ces évolutions sans y donner corps de façon brutale afin d'éviter les traumatismes au corps social. C'est cette attention nécessitée par l'irrépressible mutation des valeurs conjugée au mouvement triomphant de fondamentalisation des droits auxquels le Droit des États africains offre peu de résistance qui actualise la possibilité, les fondements et les modalités de la renonciation conditionnée des époux au devoir de fidélité. Si en l'état du droit positif, une telle tendance est contraire aux dispositions de la loi, la dynamique induite par les récentes réformes en droit des personnes et de la famille donne de la consistance à la volonté des personnes là où l'ordre public le niait. Le déclassement de l'adultère en cause facultative de divorce, la dépénalisation de l'adultère et le rétrécissement de la portée de la violation du devoir de fidélité en constituent des indicateurs.

**37.** En second lieu, les défis qui sont d'abord ceux du positionnement du droit du mariage : entre réalisme ou idéalisme<sup>213</sup>, terre ou ciel<sup>214</sup>. Il semble que la population de ce début du XXI<sup>e</sup> siècle et bien avant en Afrique, ait opté pour la « vie en mariage » qui satisfasse les aspirations de chacun. Même si le doyen Carbonnier était

<sup>212</sup> Lire J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », Mélanges Ripert, LGDJ, 1950, I, pp. 325-345

<sup>213</sup> R. Savatier, « Réalisme et idéalismes en droit civil d'aujourd'hui. Structures matérielles et structures juridiques », in Etudes offertes à G. Ripert, LGDJ, 1950, p. 75.

<sup>214</sup> J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », op. cit. p. 335

viscéralement contre ce qu'il aurait pu appeler le « détricotement »<sup>215</sup> du droit du mariage eu égard au caractère institutionnel et sacré de celui-ci, il admet « *que l'une des bases du système juridique libéral est que l'on ne saurait sacrifier le bonheur de l'individu à la prévention d'un danger possible, voire probable, mais non pas certain pour la société* »<sup>216</sup>. Sans doute devra-t-on se garder de donner une place absolue à l'idéologie selon laquelle « *le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social et aurait vocation à se substituer partout aux impératifs unilatéraux de la loi* »<sup>217</sup>. Cette réserve impose alors la nécessité d'un encadrement rigoureux de la contractualisation de ce devoir, assurant l'exclusion des dispenses unilatérales par l'un des époux.

---

<sup>215</sup> Il s'agit d'une allusion à une réflexion de M. P. Lokiec, à la veille de la réforme du droit du travail intervenue en France en 2016. Il mettait en garde contre la tendance actuelle des pouvoirs publics à détricoter le droit du travail. V °, LPA intitulé « Déréguler le travail ne fera pas baisser le chômage », 25 mars 2016, n° 61, p. 4.

<sup>216</sup> J. Carbonnier, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », op. cit. p. 335.

<sup>217</sup> A. Supiot, « La contractualisation de la société », *Courrier de l'environnement de l'INRA*, n° 43, 2001, p. 56. Egalement, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, La Couleur des idées, Seuil, 2005, p. 142.

# **RENSEIGNEMENTS**

## **1 - REDACTION / ADMINISTRATION**

Diffusion / Abonnements  
S'adresser à Théodore HOLO  
B.P. 990 COTONOU  
(République du Bénin)

## **2 - CONDITIONS DE VENTE**

Prix du numéro : 3 000 F CFA  
Abonnement annuel : - Bénin : 6 000 F CFA  
Etranger (AVION) :  
. Afrique Noire : 12 000 F CFA  
  . France : 25 000 F CFA  
  . Europe : 30 000 F CFA  
  . Autres pays : 40 000 F CFA

## **3 - COMPTE BANCAIRE DE LA REVUE**

BANK OF AFRICA  
Compte : N° 015 11 72948  
Cotonou (République du Bénin)

Directeur de la Publication : Théodore HOLO

Dépôt Légal N° 2831  
4<sup>ème</sup> trimestre 2008

the *Journal of Applied Behavior Analysis* (1974), and the *Journal of Experimental Psychology* (1975).

There are two main reasons why the *Journal of Applied Behavior Analysis* is the most cited journal in the field of behavior analysis.

First, the journal has a long history of publishing high-quality research in the field of behavior analysis.

Second, the journal has a wide readership, both within and outside the field of behavior analysis.

The *Journal of Applied Behavior Analysis* is a peer-reviewed journal, which means that all articles submitted to the journal are reviewed by experts in the field of behavior analysis.

The journal is published by the Society for Applied Behavior Analysis (SABA), which is a professional organization dedicated to the advancement of behavior analysis.

The journal is available online, which makes it easy for researchers and practitioners to access the latest research in the field of behavior analysis.

The *Journal of Applied Behavior Analysis* is a leading journal in the field of behavior analysis, and it is an essential resource for researchers and practitioners alike.

The journal is a must-read for anyone interested in the field of behavior analysis, and it is a valuable resource for anyone who wants to stay up-to-date on the latest research in the field.

The *Journal of Applied Behavior Analysis* is a journal that is dedicated to the advancement of behavior analysis, and it is a journal that is committed to the highest standards of research and scholarship.

The journal is a journal that is committed to the advancement of behavior analysis, and it is a journal that is committed to the highest standards of research and scholarship.

The *Journal of Applied Behavior Analysis* is a journal that is committed to the advancement of behavior analysis, and it is a journal that is committed to the highest standards of research and scholarship.

The journal is a journal that is committed to the advancement of behavior analysis, and it is a journal that is committed to the highest standards of research and scholarship.

The *Journal of Applied Behavior Analysis* is a journal that is committed to the advancement of behavior analysis, and it is a journal that is committed to the highest standards of research and scholarship.

The journal is a journal that is committed to the advancement of behavior analysis, and it is a journal that is committed to the highest standards of research and scholarship.

The *Journal of Applied Behavior Analysis* is a journal that is committed to the advancement of behavior analysis, and it is a journal that is committed to the highest standards of research and scholarship.

The journal is a journal that is committed to the advancement of behavior analysis, and it is a journal that is committed to the highest standards of research and scholarship.