

LES REFORMES DU DROIT DE LA FAMILLE DANS LES ETATS D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE : TENDANCES MALIENNES

Daphtone LEKEBE OMOUALI
Assistant à la Faculté de droit
Université Marien NGOUABI de Brazzaville

RESUME :

Le droit de la famille apparaît en Afrique comme une matière sur laquelle il est difficile de légiférer. C'est une discipline dans laquelle le droit traditionnel tend à conserver le plus jalousement sa prééminence et où il offre spontanément la résistance la plus forte et apparemment la plus justifiée à l'influence du droit moderne. L'option du pluralisme juridique apparaît comme une solution de compromis. Cependant, elle semble en flagrante contradiction avec les principes de liberté et d'égalité qui sont des nouveaux paradigmes du droit de la famille, apparus sous l'influence du droit international et du droit constitutionnel. Face à cette situation, le juge, tant judiciaire que constitutionnel, est appelé à faire œuvre utile en corrigeant, le cas échéant, les aspérités du législateur.

PLAN :

I.- Un modèle pluriel

A.- La pluralité normative

- 1.- Un choix critiquable
- 2.- Un choix dépassé

B.- La pluralité des statuts

- 1.- Le déclin du monisme matrimonial
- 2.- Le renouveau du dualisme successoral

II.- Un modèle révolu

A.- Une liberté matrimoniale contrôlée

- 1.- Le contrôle de l'entrée en mariage
- 2.- Le contrôle de la liberté de refuser le mariage

B.- Une égalité effritée

- 1.- L'inégalité dans les rapports entre époux
- 2.- L'inégalité des filiations

Le droit devrait-il s'interdire absolument d'encourager un modèle familial ? Cette interrogation récurrente est paradoxale, car les réformes ont normalement pour ambition de créer des modèles adaptés à leur temps. Un modèle est « *un idéal dessiné à partir d'un consensus. Mais il n'est pas de consensus qui n'ait ses dissidences, pas d'idéal qui n'essouffle le réel* »¹. Ce propos du doyen CARBONNIER est caractéristique de la situation africaine en matière des réformes de la législation familiale et traduit la relativité de l'entreprise de rénovation juridique. Cette relativité est aussi exprimée par Marcel PLANIOL qui avertissait que « *Dans bien des cas, une réforme n'est que le remplacement d'inconvénients anciens, que tout le monde connaît, par d'inconvénients nouveaux, qu'on ne soupçonne pas encore, et dont la pratique révèle ensuite la nature et l'étendue* »². La relativité des réformes est un exemple de la relativité du droit³. Celle-ci invite à s'interroger sur l'art de réformer et l'utilité des lois : à quoi servent les lois ? Apparemment banale, la question ne s'est pas moins posée depuis 1804 en France au fil des réformes de la législation familiale. Le droit de la famille plus encore peut-être que d'autres branches du droit, est confronté effectivement à la question de la fonction du droit : le droit de la famille doit-il avoir pour finalité de proposer un modèle et de proposer un certain type de comportements familiaux ? A cette interrogation, le Professeur Christian ATIAS répondait de manière péremptoire que « *La législation familiale n'a pas pour fonction d'instaurer le paradis sur terre ni pour objectif de faire de nous des saints* »⁴. Cela étant, la réforme de la législation familiale est à la fois une entreprise nécessaire et complexe. Elle est nécessaire car, comme l'écrivait KEBA MBAYE, « *s'il est vrai que le droit est le reflet de la vie d'une société, s'il est vrai qu'il est sécrété par la philosophie et les aspirations d'un peuple, et s'il est vrai que « vie » et « aspirations » évoluent sans paliers comme la durée bergsonienne, il est inévitable que d'un moment à un autre l'ensemble du droit objectif, qui ne se renouvelle que par bonds, ne se trouve en parfaite inadéquation avec son objet* »⁵. La réforme du droit de la famille est une entreprise complexe parce qu'ici, plus qu'ailleurs, « *le législateur travaille sur une matière non inerte mais vivante et, qui plus est, intelligente voire astucieuse* »⁶ et parce que « *réformer le droit de la famille c'est toucher à un*

¹ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Défrenois, 2^e édition, 1995, p.50.

² M. PLANIOL, in A. SOREL (dir.), *Le Code civil: 1804-1904: Le livre du centenaire*, Paris, A-ROUSSEAU, 1904, T.2, p.955 et s.

³ J.-L BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e édition, 2012, p.150 et s.

⁴ Ch. ATIAS, « Les réformes de la législation familiale », in *La Revue réformée*, n°220-2002/5 novembre 2002, Tome LIII.

⁵ K. MBAYE, « L'expérience sénégalaise de la réforme du droit », *RIDC*, vol.22, n°1, janvier-mars 1970, p.35.

⁶ J. CARBONNIER, *op.cit.*, p.9.

domaine très sensible du droit parce que très proche de l'individu et de son intimité »⁷. Cette difficulté de réformer la législation familiale tient à l'importance même de la famille, ce pilier de l'ordre social⁸ et, en même temps, l'un des trois piliers du droit, aux côtés de la propriété et du contrat⁹.

Dans les Etats d'Afrique noire francophone, la famille est avec le foncier, de toutes les institutions privées africaines, celles qui ont particulièrement préoccupé la doctrine.¹⁰ Famille et développement étant liés, pense-t-on, on a souvent reproché à la famille africaine d'être un facteur de sous-développement. Monsieur Roland MOUSNIER a soutenu que « *les raisons de l'avance de l'homme européen sur tous les autres résident dans sa conception de la famille, fondée sur la libération de l'individu des groupes-famille, des communautés de villages...des contraintes exercées par la tribu animiste* ». C'est pour cette raison que l'administration coloniale a eu recours à une politique législative en matière familiale, qui s'interdisait d'encourager un modèle mais de « *répondre à la diversité des choix individuels, et au mieux d'organiser la coexistence pacifique entre ces modèles pluriels* »¹¹, favorisant ainsi un système juridique pluraliste¹². Ainsi, avant les indépendances, les citoyens répondaient, dans les Etats d'Afrique noire, « *de ressorts juridiques différents : au régime coutumier, polyforme, se superposait, sans s'y opposer véritablement, un droit civil moderne dont il était même difficile de relever l'efficacité dans la matière de l'état des personnes* »¹³. C'est incontestablement pour cette raison que certains Etats d'Afrique noire francophone se sont attelés à réformer leur droit de la famille. Le mouvement réformiste le plus important a eu lieu juste après les indépendances car il fallait, pour les Etats concernés, construire une législation

⁷ A. CISSE, « Regards sur le « projet de Code de statut personnel islamique » Contribution au débat sur l'avenir de la famille sénégalaise », *Revue sénégalaise de la faculté de droit de l'Université de Toulouse*, n°4, septembre 2005, p9.

⁸ J. HAUSER, « Une famille récupérée », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à P. CATALA*, Litec 2001, p.327.

⁹ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, Lextenso éd., 2014, p.164.

¹⁰ Voir P. G. POUGOUE, *La famille et la terre*, essai de contribution à systématisation du droit privé au Cameroun, Thèse de doctorat d'Etat, Droit, Bordeaux, 1977 ; G.A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Pedone, Paris ; ABITBOL (E), « La famille conjugale et le nouveau droit du mariage en Côte d'Ivoire », *Penant*, 1966 ; DAVID (R), *La refonte du Code civil dans les Etats africains*, *Penant*, 1962 ; COULIBALY (L.), « Les traits principaux du droit ivoirien de la famille », *RJPIC*, 1967.

¹¹ Y. FLOUR, « Rapport Dekeuwer an I : les projets de réforme du droit de la famille », *Gazette du Palais*, 04 septembre 2001 n° 247, P. 3.

¹² A. SOW-SIDIBE, *Le pluralisme juridique en droit sénégalais des successions ab intestat*, Thèse, Doctorat d'Etat en droit, Paris II, mai 1987.

¹³ D. C. SOSSA, « Présentation générale du Code des Personnes et de la famille », in *La Personne, La Famille et le Droit en République du Bénin. Contribution à l'étude du Code des Personnes et de la Famille*, Editions JURIS OUALINO, 2007, p.7.

familiale conforme aux identités nationales plus ou moins niées par la colonisation. Il concerne le Mali¹⁴, le Sénégal¹⁵ et la Côte-d'Ivoire¹⁶. D'autres, à l'instar de la République du Congo¹⁷, attendront un peu plus de deux décennies pour réformer leur législation familiale. D'autres encore, et c'est le cas du Bénin, choisiront la voie de l'attentisme ou de la bonne gestation : c'est ainsi que le Bénin reste l'un des rares pays de l'Afrique francophone à n'avoir réformé son droit de la famille que tardivement¹⁸. Ces différentes réformes opérées après les indépendances africaines ont marqué une rupture tant sur la forme que sur le fond avec le modèle colonial. Parce qu'une réforme législative est souvent interprétée comme un défi à l'autorité au sein des communautés¹⁹, plusieurs défis s'étaient ainsi posés au législateur. En premier lieu, celui du choix du modèle juridique de la famille. Comme l'indique Marc ANCEL, « *des graves options sont à prendre entre le passé et l'avenir, comme entre les influences diverses qui peuvent s'exercer contre le législateur* »²⁰. En second lieu, le défi des résistances traditionnelles au droit moderne²¹. A parcourir la série des réformes de la législation familiale intervenues en Afrique noire depuis les indépendances, on ne peut ne pas remarquer la confrontation silencieuse entre deux systèmes juridiques, entre deux cultures²². Le Code civil, à en croire un auteur, « *n'avait pas connu semblable difficulté : avec trois quarts d'Ancien droit, il avait fondé un droit nouveau, et la classe juridique avait généralement loué son esprit de conciliation* »²³. La famille est souvent citée, par sa

¹⁴ Loi n°62-17/AN-RM du 3 février 1962 portant Code du Mariage et de la Tutelle ; les règles relatives au consentement au mariage et à la monogamie ont été modifiées par la Loi n°6319/AN-RM du 25 janvier 1963. Les règles relatives à la tutelle ont été modifiées et complétées par l'ordonnance n°26/CMLN du 10 mars 1975. L'Ordonnance n°73-36 du 31 juillet 1973 portant Code de la parenté a complété le Code du mariage et de la tutelle. S'agissant de l'état civil, la Loi n°68 -14/AN-RM du 17 février 1968 portant organisation de l'état civil a été abrogée et remplacée par la Loi N°87-27AN-RM du 16 mars 1987 régissant l'état civil, elle-même complétée par la Loi N°88-37/AN-RM du 08 février 1988. Ces textes furent à leur tour abrogés et remplacés par la Loi n°06-04 du 28 juin 2006 régissant l'état civil.

¹⁵ Loi n°72-61 du 12 juin 1972 (J.O.R.S.1972, p.1295), modifiée par la Loi n°74-37 du 18 juillet 1974 (J.O.R.S 1974, p.1380) ; la loi n°79-31 du 24 janvier 1979 (J.O.R.S 1979, p.114) et une modification intervenue le 17 janvier 1989. Essentiellement d'ordre procédurale, cette dernière réforme comporte néanmoins quelques éléments de fond. Deux avancées méritent d'être signalées : désormais le mari ne peut plus s'opposer à l'exercice de la profession par son épouse et le choix de la résidence est décidé par les deux époux.

¹⁶ Loi n°64-375 modifiée par la Loi n°83-800 du 2 août 1983.

¹⁷ Loi n°073/84 du 17 octobre 1984 portant Code de la famille.

¹⁸ Loi n°2002-07 du 24 août 2004 portant Code des Personnes et de la Famille.

¹⁹ S. WING, *Démocratie malienne et dialogue institutionnel (1991-2007)*, Karthala, 2013, p.144.

²⁰ M. ANCEL, Préface à l'ouvrage collectif, *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, Paris, Ed. G.P Maisonneuve et La Rose, 1968, p.10.

²¹ M. ALLIOT, « Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les Etats d'Afrique francophone et à Madagascar », op.cit.p.69.

²² S. GUINCHARD, « Réflexions critiques sur les grandes orientations du Code sénégalais de la famille », *Penant*, 1978, n°760, pp.175-204.

²³ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p.199.

permanence, comme un terrain d'élection des mœurs, des coutumes et de la religion²⁴. Ainsi, la législation familiale comporte une part évidente de l'irréductible qui légitime la résistance du législateur africain face à l'impérialisme des standards internationaux, véhiculés par les cultures dominantes, les médias et les bailleurs des fonds.

Il faut bien reconnaître que, depuis les indépendances, le droit de la famille a été réformé dans la plupart des Etats africains de manière disparate et à un rythme quasi inertiel. Ce manque de dynamisme législatif est aux antipodes d'une discipline dont « *l'histoire est pourtant devenue remise en cause presque permanente* »²⁵. On a pu parler de « *métamorphose du droit de la famille* »²⁶ ou d'un « *domaine toujours d'une grande nouveauté* »²⁷. Le paradoxe du droit de la famille en Afrique réside dans son extrême stabilité. Cette absence de « *passion légiférante* »²⁸ s'explique entre autres par le fait que les questions familiales accèdent difficilement à l'agenda politique²⁹ à cause de la passivité de la société civile dans certains Etats d'Afrique subsaharienne. En effet, l'histoire sociale du XXème siècle, notamment celle de la France, montre qu'il n'y a pas de réforme sociale d'envergure sans mobilisation des syndicats et/ou des mouvements associatifs. Le Mali reste donc l'un des rares Etats de l'Afrique noire francophone, à l'exception du Togo, à avoir opéré une réforme de seconde génération de sa législation familiale. C'est entre autres ce qui justifie le choix porté sur ce pays pour mener une réflexion générale sur les réformes du droit de la famille en Afrique noire francophone.

En effet, le Mali s'est engagé, depuis 1996, dans un processus de réforme du droit de la famille. L'adoption du Code des Personnes et de la Famille par l'Assemblée nationale le 03 août 2009 a donné lieu à de violentes contestations qui ont contraint le Président de la République à surseoir à la promulgation et à renvoyer le texte en seconde lecture devant l'unique Chambre du Parlement. Ainsi, l'Assemblée nationale a adopté en seconde lecture la loi n°2011-087 du 30 décembre 2011 portant Code des Personnes et de la Famille. Sur un

²⁴ R. DECOTTIGNIES, « Prière pour l'Afrique », *RSD.*, 1967, p.13

²⁵ Ph. MALAURY et H. FULCHIRON, *La famille*, édition Défrenois, 2004, p.10.

²⁶ P. CATALA, « La métamorphose du droit de la famille », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un avenir*, p.350 et s.

²⁷ J. HILAIRE, « Le droit de la famille... », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, sous la direction de R. GANGHOFER, P.U.S, 1992, p.5.

²⁸ L'expression est empruntée au doyen CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, op.cit., p.24. Dans *Essai sur les lois*, op.cit., l'auteur fustige d'ailleurs « l'abus du droit de légiférer » qui caractérise la législation familiale française (p.9).

²⁹ La notion de l'agenda est empruntée à l'analyse des politiques publiques. Elle est définie comme étant « le processus par lequel des problèmes entre dans le champ des connaissances des décideurs et comment ceux-ci mobilisent leurs organisations pour y répondre » (V. D. KUBLER et J. MAILLARD (de), *Analyser les politiques publiques*, Grenoble, PUG, 2009).

total de 1143 articles contenus dans la première version du texte, 51 ont été amendés. Les dispositions retouchées concernent les Livres II, IV, V, VI et VII du Code.

Il existe un intérêt théorique certain et un intérêt pratique majeur à analyser les réformes du droit de la famille en Afrique noire francophone sous le prisme du cas malien. Sur le plan théorique, il convient de préciser que la réforme malienne du droit de la famille marque une rupture avec la tendance générale dégagée par les réformes récentes en Afrique (cas du Bénin et du Togo). Cette rupture apparaît à deux points de vue. D'une part, la tendance observée ces dernières années, dans la plupart des Etats d'Afrique noire francophone, est celle d'une voie médiane, marquée par la réalisation d'une synthèse entre deux cultures, entre deux systèmes juridiques, et fondée sur le droit moderne avec quelques concessions au droit coutumier. D'autre part, l'influence des sources constitutionnelles et internationales entraîne une libéralisation continue du droit de la famille. Cette libéralisation a pour conséquence la suppression irréversible du pluralisme normatif en droit de la famille. Le juge constitutionnel³⁰ y joue un rôle, quoique timidement, dans ce processus de libéralisation du droit de la famille. L'intérêt de cette étude est donc d'apprécier la politique législative du législateur malien en ce qui concerne la législation familiale et sa conformité ou non aux principes modernes qui irriguent cette discipline juridique, afin d'évaluer, de manière générale, la part du droit africain dans la construction du droit des personnes et de la famille. Sur le plan pratique, il convient de souligner que les réformes du droit de la famille ont toujours suscité les violences et les passions délirantes. Dès lors, cette étude peut permettre de tirer les enseignements de ces échecs pour mieux tracer la voie des réformes à venir. Elle postule donc pour le changement de paradigme dans la perspective des réformes en chantier ou à venir.

Mais, analyser les réformes auxquelles on n'a pas pris part, est un exercice quelque peu périlleux. Autant se l'avouer d'emblée. L'absence des travaux préparatoires risque de vouer la réflexion au triste destin d'œuvre incantatoire. Seule la lecture du texte permet une analyse sur une réforme dont le processus a suscité autant de contradictions. La subjectivité de la démarche augure de la fragilité des résultats. Mais le droit, pour se développer, n'a-t-il pas besoin de la réserve d'imagination déposée dans les textes. C'est cette part d'imagination qui servira d'aiguillon à notre perspective. On peut dès lors se demander quel est le modèle

³⁰ S. BOLLE, « Le Code des personnes et de la famille devant la Cour constitutionnelle du Bénin. La décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002 », *Afrilex*, n°4, p.318. L'activisme du juge constitutionnel béninois s'est aussi traduit, malgré l'adoption du Code, par la dépenalisation du délit d'adultère, ou plus précisément par la censure du traitement discriminatoire de ce délit, DCC 9-81 du 30 juillet 2009.

familial qui se dégage de cette réforme. La particularité, mais aussi le paradoxe, de cette réforme c'est qu'elle constitue un retour en arrière par rapport au Code du Mariage et de la Tutelle de 1962. Elle replace le citoyen malien dans la même situation que celle qui a prévalu avant les indépendances. A la lecture de cette réforme, deux constantes apparaissent de manière saisissante : le retour du pluralisme juridique d'une part, et le recul des principes modernes du droit de la famille d'autre part. Dès lors, le choix d'un modèle pluriel (I), c'est-à-dire un modèle partagé entre tradition et modernité par le législateur malien offre le visage d'un modèle révolu (II).

I.- Un modèle pluriel

La notion de pluralisme du droit de la famille s'est introduite en droit positif africain à la suite des réformes intervenues avant et après les indépendances. Le pluralisme juridique se définit comme la situation dans laquelle « *au même moment, dans le même espace social, coexistent officiellement ou en pratique, plusieurs systèmes juridiques, le système étatique certes, mais d'autres avec lui, indépendants de lui, éventuellement ses rivaux* »³¹. Il est fondé sur l'idée que le droit ne doit pas imposer de modèle familial mais laisser aux individus des options, selon la célèbre formule du doyen Jean CARBONNIER « *à chacun sa famille, à chacun son droit* »³². La difficulté de réformer le droit de la famille en Afrique est tributaire de la « *pluralité normative* »³³ qui caractérise les systèmes africains et qui n'épargne pas le droit de la famille³⁴. Le droit de la famille est d'ailleurs le terrain d'élection du pluralisme juridique en Afrique. Considérée comme une constatation selon laquelle « *la diversité envahi le droit* »³⁵, le pluralisme juridique a été l'option choisie dans certaines réformes après les indépendances. Il consiste à mettre en vigueur, dans un système juridique, deux corps de règles en parallèle, faisant coexister deux régimes juridiques différents sur un même problème. Le Code de la famille sénégalais de 1972 offre, en matière de mariage et de succession, l'hypothèse du pluralisme juridique³⁶. La réforme du droit de la famille au Mali, intervenue au lendemain des indépendances, n'avait pas opté pour le pluralisme normatif. L'article 29 du Code du Mariage et de la Tutelle avait par exemple consacré un statut unique du mariage. C'est d'ailleurs

³¹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Quadrige/P.U.F, 2^e édition, 2004, p.356.

³² *Essai sur les lois*, op.cit., p.167.

³³ A. CISSE, « Pour une approche plurielle du droit africain », *De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUE*, Editions CREDIJ, 2014, pp.1-23.

³⁴ Thérèse ATANGANA MALONGUE, Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille, *R.I.D.C.3.2.2006*, p.835.

³⁵ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Coll. « Quadrige », P.U.F, 2^e édition, 2004, p.210 et s.

³⁶ V. A. SOW-SIDIBE, Thèse précitée, p.10.

l'option d'un droit intégré qu'ont retenue les législations récentes intervenues récemment au Bénin, au Burkina Faso³⁷ et plus récemment au Togo³⁸. La rupture par le législateur malien avec cette tendance générale se manifeste sur un double plan. Le nouveau Code des personnes et de la famille ouvre un certain nombre de possibilités au choix de l'individu. La pluralité normative (A) débouche sur une pluralité des statuts(B).

A.- La pluralité normative

La réforme de la législation familiale n'est pas aisée à réaliser pour les législateurs africains compte tenu de la complexité de l'entreprise³⁹. Elle implique précisément, du fait de la coexistence de diverses règles en vigueur, une réflexion sur la manière de faire les lois⁴⁰, c'est-à-dire la méthode à retenir pour leur élaboration⁴¹. A ce niveau, le dilemme est permanent : le nouveau droit doit-il réaliser une synthèse entre les coutumes et le droit moderne ou doit-il au contraire maintenir, en parallèle, les deux systèmes juridiques ? La première solution, et la plus largement pratiquée, semble, de toute évidence, la mieux indiquée. Elle apparaît dans la première version du Code des personnes et de la famille du Mali, adoptée par l'Assemblée nationale le 3 décembre 2009. Les contestations dont ce texte a fait l'objet sont à la mesure de la modernité car, il est d'expérience que les réformes les plus modernes sont celles qui suscitent le plus de résistance. La coexistence, dans le nouveau Code adopté en 2011, de plusieurs systèmes apparaît à la fois comme un choix critiquable (1) et dépassé (2).

1.- Un choix critiquable

La critique ne porte pas ici sur telle ou telle autre institution du droit coutumier ou du droit religieux consacrée par le législateur malien, mais plutôt sur la démarche adoptée, c'est-à-dire sur sa politique législative. Le législateur, ayant été confronté à des résistances, a renoncé à

³⁷ N. A. GBAGUIDI, « Un nouveau Code de la famille », La voie de l'intégration juridique et judiciaire africaine, *Revue semestrielle de l'Association ouest-africaine des hautes juridictions francophones*, n°3 et 4, 2003, p.201 et s.

³⁸ La Loi n°2012-014 du 29 juillet 2012 portant modification de l'ordonnance n°80-16 du 31 janvier 1980 portant Code des personnes et de la famille retient cependant le pluralisme juridique en matière successorale avec cette réserve importante que « La coutume ne sera appliquée autant qu'elle est conforme aux droits humains et aux principes fondamentaux de la Constitution » (art. 403 al.2).

³⁹ Th. ATANGANA-MALONGUE, « La réception des institutions traditionnelles dans la Codification du droit de la famille au Cameroun. A propos de l'adoption coutumière », in *De l'Esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUE*, op.cit., p.87 et s.

⁴⁰ R. DEGNI SEGUI, « Codification et unification en Afrique noire francophone », *Rev. Jur. et Pol. Ind. Coop.* 1986, p.286 et s.

⁴¹ S. MELONE, « La technique de la codification en Afrique : pratique camerounaise », *Rev.Jur. et Pol. Ind. Coop.*, 1986 et s, cité par Th. ATANGANA-MALONGUE, op.cit., p.90.

privilegier un schéma familial au détriment des convictions d'une partie de la population, et à plutôt chercher à se donner les moyens d'une législation apaisée. Or la « *brutalité législative peut avoir ses vertus même si elle n'est pas très sociologique* »⁴². Dans la genèse d'une réforme, il faut éviter que les forces collectives anonymes aient plus de poids que le législateur. L'élaboration du Code de la famille du Sénégal avait suscité des oppositions de certains milieux religieux mais elles avaient été vite surmontées⁴³. De manière générale, la loi n'est pas un acte négocié car elle n'est pas le résultat émanant de deux ou plusieurs personnes porteuses d'intérêts juridiques distincts : la loi ne consacre pas le compromis obtenu entre les intérêts différents que ses auteurs exprimeraient, défendraient et aménageraient dans la discussion préalable⁴⁴. La circonstance que le droit de la famille est une discipline particulière ne suffit pas à légitimer ce qui pourrait bien être une « contractualisation » de la loi.

La démarche législative qui doit être celle du législateur africain en matière familiale au XXI^e siècle, n'est pas d'adopter purement et simplement le droit occidental comme modèle absolu. Elle ne consiste pas non plus à codifier, sans grand discernement, les institutions traditionnelles. Il est vrai que l'attachement des peuples à leurs coutumes et à leurs institutions traditionnelles est une « *réalité intangible et incontournable* »⁴⁵ ; Il est tout aussi vrai qu'une bonne règle de méthode législative consiste à « *légiférer avec l'histoire* »⁴⁶ ; mais il n'en demeure pas moins que le droit de la famille est aujourd'hui affecté par l'influence croissante du droit constitutionnel⁴⁷. Le phénomène de constitutionnalisation du droit privé⁴⁸ affecte, de façon pernicieuse, le droit de la famille⁴⁹. On ne peut donc plus légiférer en cette matière sans mettre les réformes à l'écoute des valeurs proclamées par la constitution et les instruments juridiques internationaux⁵⁰ et régionaux⁵¹ ratifiés par l'Etat. Ainsi, l'incursion de l'esprit des

⁴² J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, op.cit., p.43.

⁴³ S. GUINCHARD, « Le mariage coutumier en droit sénégalais », *RIDC*, 1978, vol.30, n°3, p.811.

⁴⁴ T. REVET, « Le « contrat-règles » », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, p.921.

⁴⁵ P.-G. POUGOUE et F. ANOUKAHA, « Le Cameroun : Mariage et Filiation », *Droit comparé*, J. Cl. 1996, fasc.1.

⁴⁶ J. CARBONNIER, « Légiférer avec l'histoire ? », *Société et Droits*, La Famille, la loi, l'Etat. Débats révolutionnaires, problèmes d'aujourd'hui, n°14/1990, p.9-11.

⁴⁷ J. BOULOIS, *Famille et droit constitutionnel*, *Etudes offertes à P. KAYSER*, tome 1, PUAM, 1979, p.147 et s.

⁴⁸ K. Mawunyo AGBENETO, « La constitutionnalisation du droit privé », in *De l'esprit du droit africain, Mélanges en l'honneur de Paul Gérard POUGOUE*, op.cit., p.57 et s.

⁴⁹ M. R. MARELLA et G. MARINI, « Famille », in M. TROPER, D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, Tome III, p.479 et s.

⁵⁰ La Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant,

⁵¹ Par exemple La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée en 1981, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant du 11 juillet 1990 et entrée en vigueur le 29 novembre 1999 et du protocole à la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples sur les droits de la femme en Afrique adopté à Maputo au Mozambique le 11 juillet 2003 et entré en vigueur le 25 décembre 2005.

droits de l'homme dans les constitutions nouvelles en Afrique noire et le phénomène de plus en plus croissant de l'internationalisation du droit sont autant de contraintes juridiques qui ne peuvent être ignorées par le législateur. Dès lors, il convient de ne plus trop s'attarder sur les sources du droit de la famille mais d'apprécier les règles de droit telles qu'elles sont consacrées⁵², abstraction faite de leur origine.

Ce qui paraît critiquable dans le maintien en parallèle des deux modèles familiaux, c'est la difficulté, sinon l'impossibilité du contrôle du statut du droit traditionnel par le législateur ou par le juge. Comment concilier ce statut avec les principes constitutionnels et qui s'imposent au législateur ? Comment faire accéder à la juridicité des institutions comme le mariage religieux, qui ont pourtant vocation à rester hors la sphère du droit moderne ? Il ne fait aucun doute que la coexistence de ces deux systèmes de normes fragilise *l'ordre public familial*, qui peut se définir comme les règles auxquelles on ne peut déroger⁵³. Le droit de la famille intéresse au premier chef l'ordre public et on ne peut le laisser à la disposition des fantaisies individuelles.

De façon générale, la coexistence des deux systèmes normatifs dans les législations familiales au lendemain des indépendances, a été pensée comme une solution transitoire « *dont le but essentiel est de converger les droits en présence, afin de tendre vers l'unification totale de la législation* »⁵⁴. Cette juxtaposition des normes traditionnelles et modernes dans une réforme qui se veut profondément novatrice apparaît donc comme un anachronisme flagrant. Bien plus, comme l'indique un auteur, « *l'analyse des dispositions du Code de la famille revoie à une image déformée : le pragmatisme opportun du législateur recèle un envers, celui du droit traditionnel. Invité à nommer, ou implicitement, le droit traditionnel finit toujours, ou presque, par rendre incohérente l'orientation prédominante du Code de la famille* »⁵⁵. Le pluralisme juridique se révèle de ce fait un choix dépassé.

2.- Un choix dépassé

La réforme du droit de la famille en Afrique apparaît, depuis les indépendances, sous le sceau d'une codification uniformisatrice. Face au défi de choisir entre les différentes options possibles, le choix final qui se dégage dans la plupart des réformes récentes de la législation

⁵² C'est la voie de la réalité positive telle qu'elle apparaît comme une variante du positivisme juridique (V. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^e édition, 2009, p.152.).

⁵³ J. HAUSER, Rapport français, in *L'ordre public, Travaux de l'Association Henri CAPITANT*, p.484 et s.

⁵⁴ A. SOW-SIDIBE, Thèse précitée, p.13.

⁵⁵ I. Y. NDIAYE, « L'envers du droit traditionnel dans le Code de la famille », *RBD* 1996, p.59.

familiale est, ainsi que nous l'avons déjà souligné, celui de l'option pour un droit intégré⁵⁶. Cette option est sous tendue par une conception libérale et égalitaire de rapports personnels entre époux malgré la survivance de quelques dispositions discriminatoires. C'est assurément l'option qui se dégage de la lecture des dispositions contenues dans la première version adoptée du nouveau Code des personnes et de la famille du Mali. Ainsi, malgré l'existence de quelques institutions controversées comme la dot⁵⁷, la polygamie⁵⁸, ce texte était novateur à bien des égards. La réécriture des dispositions importantes du texte originel, en seconde lecture par l'Assemblée nationale malienne est le signe d'un *statu quo* inquiétant. Le droit de la famille est aujourd'hui confronté à au moins deux types d'évolutions qui rendent irréversible l'abandon de l'option de la juxtaposition de deux systèmes au sein de la législation. Il y a, d'une part, une évolution au plan social qui favorise un nouveau rapport au droit et à la société, incluant une très grande autonomie et une très grande responsabilité des individus et des couples. D'autre part, il faut noter une évolution juridique. Sous l'impulsion des conventions internationales, des bouleversements profonds sont intervenus. Ainsi n'est-il plus possible de faire passer les valeurs traditionnelles avant les droits individuels, et spécifiquement le droit de chacun à l'égalité et à la non-discrimination. A vrai dire, le pluralisme juridique est aussi question de degré. Le Sénégal, pionnier du pluralisme juridique en droit de la famille en Afrique noire francophone, avait adopté ce système sous une double atténuation. D'une part, le Code de la famille de 1972 avait opté pour la hiérarchisation du droit par la juxtaposition du droit moderne, considéré comme le droit commun, et du droit musulman, constituant théoriquement l'exception. D'autre part, la législation familiale sénégalaise comportait un embryon d'ordre public familial, constitué d'un ensemble de dispositions applicables à tous, quel que soit le statut choisi⁵⁹. La réforme togolaise a consacré un pluralisme atténué en matière successorale puisque l'article 403 alinéa 2 de la Loi n°2014-014 instituant le nouveau Code des personnes et de la famille réserve l'application de la coutume à sa compatibilité avec les principes constitutionnels. En optant dans la réforme de 2011 pour la coexistence des deux systèmes de normes, le législateur malien renoue avec une option qu'il avait pourtant abandonnée dans le Code du Mariage et de la Tutelle. Ce Code avait, en effet, institué un « synchronisme juridique » en élaborant des règles unifiées

⁵⁶ Y. NDIAYE, « Le nouveau droit africain de la famille » (Rapport au Colloque de l'Association Internationale des Sciences Juridiques (Dakar, juillet 1977)), *Ethiopiennes*, n°14, *Revue socialiste, de culture négro-africaine*, avril 1978.

⁵⁷ Article 289 du Projet du Code des personnes et de la famille (première version du texte).

⁵⁸ Article 304.

⁵⁹ V. A. SOW-SIDIBE, « Pluralisme juridique et enjeux méthodologiques », Actes du Forum universitaire régional : « Famille et droits de l'homme en Afrique de l'ouest francophone », Université de Ouagadougou, 25-28 février 2008.

inspirées du droit traditionnel et du droit romano-germanique. Il faut bien l'admettre, la juxtaposition des normes applicables en matière familiale apparaît comme une solution de compromis face à l'intransigeance des chefs religieux. En effet, la famille constitue le terrain privilégié de l'investissement politique de certains mouvements politico-religieux islamiques⁶⁰. Au Sénégal, par exemple, un projet de code du statut personnel, applicable aux musulmans et devant se substituer au Code actuellement en vigueur a été ainsi proposé au cours de l'année 2002 par le Comité islamique pour la réforme de la famille au Sénégal (CIRCOFS)⁶¹. La consécration d'un pluralisme normatif apparaît comme le reflet d'une conception, assurément dépassée, qui vise à considérer la famille comme le lieu de l'intimité, des affections, de la sphère privée par excellence, au point de devoir se soustraire le plus possible de l'intervention de l'Etat. La famille serait entendue comme une entité pré juridique, réglée par une logique et par des valeurs qui lui sont propres, relativement autonomes par rapport à celles qui fondent l'ordre juridique en général⁶². Pourtant, le choix même de constitutionnaliser la famille⁶³ témoigne de la volonté du législateur malien de la soustraire aux normes religieuses et coutumières qui seraient contraires aux principes constitutionnels. Aujourd'hui, réformer le droit de la famille « implique à l'Etat de réussir à imposer un ordre officiel dans un contexte de pluralisme très marqué »⁶⁴ qui laisse peu de place à une diversité d'options.

B.- La pluralité des statuts

Le pluralisme juridique apparaît, en tant qu'œuvre de création du législateur, comme une technique juridique dont la manifestation la plus éclatante est la possibilité laissée aux individus dans le choix du statut auquel ils souhaitent être soumis. De toute évidence, et de manière générale, deux préoccupations majeures semblent avoir guidé les auteurs des réformes du droit de la famille en Afrique. D'une part, la volonté de mettre fin à une diversité et à un morcellement juridique souvent excessif. D'autre part, le souci de moderniser les

⁶⁰ M. BROSSIER, « Les débats sur le droit de la famille au Sénégal. Une mise en question des fondements de l'autorité légitime ? », in *Politique africaine*, Editions Karthala, 2004, n°96, p.78-98.

⁶¹ Sur ce projet, lire : A. CISSE, « Regards sur le « projet de Code du statut personnel islamique » Contribution au débat sur l'avenir de la famille au Sénégal, précité.

⁶² M. R. MARELLA et Giovanni MARINI, Famille, in Michel TROPER, Dominique CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, op.cit., p.480.

⁶³ Article 6 de la Constitution malienne.

⁶⁴ M. NDIAYE, *La Politique constitutive au sud : Refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, Thèse, Science politique, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2013, p.66.

structures familiales en partie dépassées et de les accorder aux impératifs du développement⁶⁵. L'une des solutions trouvées à cette diversité juridique semble avoir été la consécration d'un système d'option reposant sur la volonté des individus. Ainsi, le droit africain de la famille montre bien que les problèmes inhérents à la superposition des normes juridiques peuvent être résolus par l'autonomie de la volonté. Ainsi, en est-il en matière de mariage ou en matière successorale. La reconnaissance du droit pour les époux (1) de choisir la loi applicable reflète l'autonomie donnée aux époux par les réformes récentes du droit de la famille. En revanche, l'option successorale (2) consacrée par le nouveau Code des personnes et de la famille malien soulève plus de problèmes sur le plan juridique que le compromis dont elle semble être le reflet ne paraît en résoudre.

1.- Le déclin du monisme matrimonial

Dans les réformes intervenues en matière familiale dans la plupart des Etats d'Afrique noire francophone, l'option du pluralisme juridique reste réservée à la matière successorale⁶⁶. La question du mariage reste soumise au principe du monisme, qui reconnaît à l'Etat le monopole de la production normative et de la cohésion sociale. Au Mali, les articles 1^{er} et 16 du Code du Mariage et de la Tutelle de 1962 faisaient du mariage un acte laïc ne pouvant être célébré que par un officier d'état civil. L'article 29 du même Code précise d'ailleurs que « *nul ne peut réclamer le titre d'époux s'il ne présente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil* ». C'est dans cette perspective que la loi n°09-038/AN-RM du 03 août 2009, version initiale de l'actuel Code de la famille du Mali, a consacré le monisme juridique en matière de mariage. L'article 281 de ce texte définit le mariage comme « *un acte laïc et public, par lequel un homme et une femme, consentent d'établir entre eux une union légale dont les conditions de formation, les effets et la dissolution sont régis par les dispositions du présent livre* ». Cette méthode, qui consiste à supprimer toute concurrence normative en matière de mariage, n'est cependant pas celle adoptée dans le nouveau Code de la famille malien. La légalisation, par la nouvelle législation, du mariage religieux constitue donc de ce point de vue une rupture non seulement avec les législations africaines en la matière mais également avec le droit antérieur. La mise en parallèle du mariage civil et du mariage religieux est une option très peu pratiquée dans l'histoire de la législation familiale post-indépendance. Dans la plupart des codes des personnes et de la famille en

⁶⁵ M. PEDAMON, « Les grandes tendances du droit de la famille à Madagascar », Colloque du Droit malgache du 20 octobre 1964, Annales malgaches Droit II.

⁶⁶ Article 571 du Code de la famille sénégalais, l'article 403 du Code des personnes et de la famille du Togo.

effet, il y a une hiérarchisation normative qui subordonne la célébration du mariage religieux à l'exigence de l'antériorité du mariage civil. La laïcisation du mariage dans les législations africaines, à la faveur des réformes intervenues après les indépendances, va entraîner deux types de mariage : le mariage civil et le mariage religieux. Mais ces deux formes de mariage vont connaître des fortunes différentes selon les législations. La tendance générale est à la consécration d'un seul type de mariage dans les législations récentes⁶⁷. La prééminence du mariage civil sur le mariage religieux ou coutumier ne va pas toujours de soi. Le Code de la famille sénégalais consacre, en son article 114, une dualité des formes de mariage et investit l'officier d'état civil des missions de célébration ou de constatation selon que les futurs époux auront choisi le mariage civil ou le mariage coutumier. La Cour suprême du Sénégal en a déduit que le législateur n'accorderait aucune préférence à l'une ou l'autre des formes du mariage⁶⁸.

La consécration d'une dualité des formes de mariage dans le nouveau Code de la famille du Mali, avec des effets identiques, soulève une question importante. L'officier de l'état civil, et éventuellement le juge, peuvent-ils exercer un contrôle sur les conditions de formation dudit mariage, ou la légalisation du mariage religieux signifie-t-elle une reconnaissance des effets juridiques à une union qui reste, quant aux conditions de formation et de dissolution, à l'écart du Code de la famille ? L'officier de l'état civil ne peut s'immiscer dans la célébration du mariage coutumier ou religieux, le juge ne peut davantage appliquer le droit moderne aux unions coutumières ou religieuses. La solennité du mariage se traduit ici soit par la présence de l'officier de l'état civil ou, à défaut, par l'enregistrement du mariage religieux ou coutumier à l'état-civil. En l'absence de constatation ou à défaut d'enregistrement, le mariage ne peut produire aucun effet. C'est parce que la sévérité de cette règle pourrait produire des effets pervers que le Code de la famille Sénégalais prévoit que le mariage non enregistré peut, néanmoins, être opposé au mari, mais qu'il ne peut s'en prévaloir à l'égard des tiers⁶⁹. On peut donc dire qu'autant le rôle du législateur se limite à la constatation, à travers la formalité d'enregistrement du mariage, autant il ne peut remettre en cause le divorce intervenu entre époux mariés selon la coutume ou devant l'*imam*. Il ne

⁶⁷ L'article 74 du Code de la famille du Togo dispose: « Seul le mariage célébré par l'officier de l'état civil a des effets légaux » ; L'article 126 du Code des personnes et de la famille énonce que « Tout mariage doit être célébré par l'offier de l'état civil dans les conditions prévues par la présente loi ».

⁶⁸ C.S, 25 Nov. 1974, *RSD*, 1974, n°16, pp.48 et s.

⁶⁹ K. MBAYE, introduction générale, in *Le Droit de la famille en Afrique et à Madagascar (sous la dir)*, op.cit., p.24.

serait pas faux de soutenir que la répudiation, pourtant punie par le Code pénal malien⁷⁰, ferait ainsi son retour dans le droit de divorce religieux ou coutumier. Et, il serait illogique pour le juge de sanctionner les règles d'un système dont la validité est reconnue par le législateur, sauf à recourir à d'autres fondements plus solides. La dissolution d'un mariage coutumier ou religieux n'est donc pas soumise aux dispositions des articles 325 à 371 du Code de la famille.

L'autonomie accordée aux individus, dans le choix des règles applicables, ne se limite pas seulement au mariage. Elle s'étend également à la matière successorale.

2.- Le renouveau du dualisme successoral

Le système d'option en matière successorale est bien connue des législations africaines post indépendance et les plus récentes. Cette option successorale est la traduction du pluralisme juridique. En droit sénégalais, l'article 571 du Code de la famille prévoit que « *Les dispositions du présent Code s'appliquent aux successions des personnes qui, de leur vivant, ont, expressément ou par leur comportement, indiscutablement manifesté leur volonté de voir leur héritage dévolu selon les règles du droit musulman* ». Les fondements de l'option successorale sont de deux sortes. L'un est volontariste, et l'autre est tiré de la laïcité⁷¹. Bien que cette option soit envisagée sous l'angle de la volonté individuelle, elle paraît incompatible avec le statut familial déterminé souvent de façon impérative par le législateur et échappe au bon vouloir des individus. Cette option successorale a été plus ou moins critiquée par la doctrine qui la considère comme une situation transitoire. Selon Madame le Professeur Amsatou SOW-SIDIBE, deux méthodes peuvent être utilisées pour aboutir à l'unification des règles en matière successorale. D'une part, il faut procéder à une hiérarchisation du droit successoral par la juxtaposition du droit moderne considéré comme le droit commun et du droit musulman considéré théoriquement comme un droit spécial. D'autre part, il faut instituer un droit commun des successions, c'est-à-dire un ensemble des dispositions applicables à tous quel que soit le statut successoral choisi. Il s'agit en fait de garantir la sécurité juridique à travers l'instauration d'un ordre public successoral. Le législateur togolais semble avoir pris

⁷⁰ L'article 184 du Code pénal malien interdit la répudiation qu'il sanctionne d'une peine d'emprisonnement de 15 jours à 3 mois et ou d'une amende de 20.000 à 120.000 FCFA.

⁷¹ A. SOW-SIDIBE, Thèse précitée, p.315.

conscience de la nécessité de cet ordre public successoral, en consacrant un pluralisme juridique assorti d'une réserve dont le but semble être d'éviter que la liberté reconnue aux individus de choisir leur statut successoral, si elle n'est pas encadrée, ne puisse aboutir à des conséquences fâcheuses. L'article 403 de la loi n°2012-014 du 29 juin 2012 du 31 janvier 1980 portant modification de l'ordonnance du 31 janvier portant Code des personnes et de la famille dispose : « *La loi reconnaît en matière de succession la coutume du défunt et les dispositions du présent code. Toutefois, la coutume ne sera appliquée qu'autant qu'elle est conforme aux droits humains et aux principes fondamentaux de la constitution* ». A la vérité, le législateur togolais a, de manière indirecte, supprimé les successions coutumières car il est difficile de trouver des règles coutumières en la matière, qui soient compatibles avec les droits humains et les principes constitutionnels. Dans la plupart des coutumes africaines, en effet, le privilège de masculinité et le droit d'aînesse sont des règles essentielles en matière successorale, ce qui est contraire non seulement aux droits humains, mais également au principe constitutionnel d'égalité. A défaut d'y renoncer de manière officielle comme l'a fait le législateur béninois⁷², le législateur togolais a usé d'un moyen détourné pour parvenir aux mêmes fins. Au Mali, le nouveau Code de la famille consacre l'option successorale à l'article 748 aux termes duquel : « *Les dispositions du présent Code règlent la succession de toute personne à l'exception de : celle qui, de son vivant, a manifesté sa volonté, par écrit ou par devant témoins, de voir son héritage dévolu autrement, notamment selon les règles d'un droit religieux ou coutumier...* ». Cette disposition est surprenante à plusieurs égards. D'abord parce que le législateur malien laisse une très grande marge de liberté aux individus pour une matière aussi sensible que les successions. La promotion d'une très grande liberté testamentaire reflète une vision contradictoire d'un droit successoral très souvent institutionnel que volontaire⁷³. Même si on peut considérer que la succession légale est la succession de droit commun, c'est-à-dire celle qui s'applique lorsque le défunt n'a pas manifesté sa volonté de régler sa succession selon les règles coutumières ou religieuses, ce droit d'option peut être source d'insécurité juridique. Il peut, en effet, porter atteinte à la réserve héréditaire en raison de la multiplication, en droit coutumier, des catégories de successibles ; pourtant la réserve héréditaire est considérée, avec la prohibition des pactes sur

⁷² Article 1029 du Code des personnes et de la famille.

⁷³ B. BEIGNIER, *Libéralités et successions*, Montchrestien, Coll. Cours LMD, 2010, n°5, p.15.

succession future et l'interdiction des substitutions fidéicommissaires, comme les trois piliers du droit des successions⁷⁴.

Sur le plan de l'analyse, la consécration d'une option successorale ressuscite le débat sur le fondement de la dévolution successorale, plus particulièrement la thèse individualiste selon laquelle l'héritage apparaît comme le corolaire du droit de propriété. L'absolutisme du droit de propriété, affirmé par l'article 544 du Code civil français, permet de faire de la propriété un droit souverain et perpétuel, permettant à son titulaire de régler le sort de ses biens pour le temps qui suivra sa mort. Une telle conception a pour résultat de faire de la succession testamentaire la dévolution idéale, puisqu'elle traduit la volonté du titulaire des biens ; le législateur ne doit donc pas mettre un frein à cette volonté ; bien au contraire, son but doit être de rechercher la volonté présumée du défunt, lorsqu'il règle, par des dispositions purement supplétives, la dévolution des successions *ab intestat*⁷⁵. Cette conception, très critiquée par l'école socialiste et contredite par la conception familiale de la succession, ne permet pas de justifier l'option successorale consacrée par le Code de la famille malien. Même si cette option peut avoir un fondement individualiste, la dévolution de la succession selon la coutume ou la religion n'a rien de comparable avec la succession testamentaire qui reste une exception soumise à d'importantes restrictions. On le voit, les règles de droit successoral doivent avoir pour finalité de protéger les éventuels successibles sans trahir la volonté du de cujus. Dans cette perspective, leur prévisibilité est gage de sécurité juridique.

De toute évidence, le droit est un facteur d'évolution et la réforme du droit de la famille dans le contexte africain du XXI^e siècle doit se faire dans le sens de l'abandon du droit coutumier ou religieux. Elle doit être l'occasion d'éliminations des dispositions et des pratiques surannées et ambiguës. Toute démarche tendant à faire prévaloir un système composé de droit moderne et de droit traditionnel aboutirait à un modèle révolu.

II.- Un modèle révolu

Les débats intéressant le droit de la famille en Afrique ne se posent plus en termes de tradition et modernité. Cette considération était fondamentale au lendemain des indépendances, parce que *« la colonisation étant ressentie comme une dépersonnalisation, il est naturel que l'indépendance s'accompagne du désir de réaffirmer les valeurs authentiques des populations »*

⁷⁴ G. RAOUL-CORMEIL, « La persistance de la prohibition des pactes sur succession future », *Petites Affiches*, 2012 n°183, p.25.

⁷⁵ H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil, Tome IV, Vol.2*, Editions Montchrestien, 1966, p.5.

libérées »⁷⁶. Le droit africain de la famille ne peut pas demeurer insensible au mouvement d'internationalisation du droit qui l'affecte de manière silencieuse et bouleversante. La plupart des constitutions des Etats africains soumettent la famille à la protection de l'Etat et reconnaissent ainsi « *sa nature fondamentale et structurante* »⁷⁷. La loi et les règles constitutionnelles deviennent des sources formelles privilégiées du droit de la famille dans les Etats appartenant au système romano-germanique⁷⁸. Ainsi, si les réformes du droit de la famille résultent principalement de l'adoption de nouveaux textes de loi, le droit constitutionnel interfère de plus en plus dans le processus d'évolution du droit de la famille⁷⁹. Dès lors, l'appréciation d'une réforme du droit de la famille ne se fait plus sous l'angle de la part prépondérante de la tradition ou du modernisme sans cesse grandissant⁸⁰, mais à l'aune des principes constitutionnels. Ces principes ont conduit à des changements profonds de la matière⁸¹. Deux principes fondamentaux peuvent être identifiés comme devant imprégner les normes adoptées en droit de la famille : il s'agit des principes d'égalité et de liberté⁸². Ces deux principes, inscrits dans les textes constitutionnels sous les déclinaisons diverses, constituent des principes modernes du droit de la famille à la lumière desquels les législations familiales doivent être analysées⁸³. De ce point de vue, la réforme malienne du droit de la famille semble être un rendez-vous manqué si l'on en juge par le sort réservé à ces principes. Il en résulte que la liberté matrimoniale se trouve fortement contrôlée (A) et l'égalité malencontreusement limitée (B).

A.- Une liberté matrimoniale contrôlée

Le principe de liberté se traduit soit par la reconnaissance des libertés individuelles⁸⁴, soit par la consécration d'un droit au libre développement de sa personnalité. D'application générale,

⁷⁶ K. MBAYE, « L'expérience sénégalaise de la réforme du droit », préc.

⁷⁷ J.B D'ONORIO, La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe, *RTD civ.* 1988, p.1-29.

⁷⁸ A. THURILLET-BERSOLLE, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, Thèse, Droit, Université de Bourgogne, 5 décembre 2011, 613p.

⁷⁹ Jean HAUSER, « Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », *Les cahiers du conseil constitutionnel*, 2004/16, pp.104-110.

⁸⁰ M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *R.I.D.C.*02.2005.

⁸¹ J. ESPARZA, « VENEZUELA : « une nouvelle approche du droit de la famille au VENEZUELA », in Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Editions du CNRS, pp.237-245.

⁸² V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à P. CATALA*, op.cit., p.83 et s.

⁸³ Ces deux grands principes ont animé les réformes du droit de la famille dans années 1960-1970 (V. Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, « Evolution du droit français de la famille », *Deffrénois*, 15 juillet 2009 n°13 ? P.1347).

⁸⁴ Articles 1^{er} et 4 DDHC.

ce principe a intégré les relations familiales sous l'impulsion du droit international des droits de l'homme⁸⁵. L'intégration de l'idéologie libérale au sein des relations familiales conduit les législateurs de chaque Etat à adopter des orientations similaires, telle que la promotion des droits individuels de chaque membre de la famille⁸⁶. La fondamentalisation du droit de la famille et, plus particulièrement l'insertion du principe de liberté dans la matière familiale, a incité le législateur contemporain à recentrer le droit de la famille sur l'individu et ainsi à tenir davantage compte de l'intérêt des individus⁸⁷. Le législateur malien, qui reconnaît aux individus le droit de choisir le type de mariage qui leur convient, ne semble pas, paradoxalement, promouvoir le principe de liberté. Il en résulte que le citoyen malien, qui opte pour l'application des règles religieuses ou coutumières en matière de mariage, ne jouit pas totalement de la liberté de se marier (1) et de celle de ne pas se marier (2).

1.- Le contrôle de l'entrée en mariage

La liberté s'entend du pouvoir d'agir, au sein d'une société organisée, selon sa propre détermination, dans la limite des règles définies. Elle consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas autrui⁸⁸. Le renforcement des conditions contractuelles du mariage, qui traduit une libéralisation continue du droit de la famille, réserve une place exceptionnelle au consentement des futurs époux. Celui-ci devient dès lors l'acte fondateur du mariage. Et le législateur malien le rappelle fort heureusement à l'article 285 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». Cette règle importante se heurte cependant aux règles coutumières et religieuses en matière de mariage. On assiste dès lors à une incompatibilité permanente des statuts dans une même législation. D'une part, le mariage civil qui fait du consentement libre et éclairé un élément essentiel du mariage et, d'autre part, le mariage traditionnel (coutumier ou religieux) qui fonde l'acte de mariage sur le consentement des familles.

⁸⁵ M-T MEULDERS-KLEIN, « Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille : un voyage sans destination ? », in *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille, Actes du Colloque Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé*, Université Lille II, L.G.D.J, 1996, pp.180-213.

⁸⁶ A. THURILLET-BERSOLLE, Thèses précitée, p.285.

⁸⁷ J-L RENCHON, « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les réformes du droit des personnes et de la famille », in H. FULCHIRON (dir), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, pp.209-236.

⁸⁸ Article 4 DDHC

En effet, lors de la célébration des mariages traditionnels au Mali, on se soucie peu du consentement des époux : l'alliance naît d'une volonté extérieure à la leur⁸⁹. Le mariage étant un acte communautaire, le consentement des époux se situe dans le sillage de celui des familles⁹⁰. A la vérité, le droit traditionnel fonde la réalité du mariage sur le consentement des familles respectives des futurs époux. De sorte qu'on peut dire qu'il n'y a pas de mariage s'il n'y a point de consentement familial. La Cour suprême du Congo se fait d'ailleurs l'écho de cette position en décidant que la vie commune d'un homme et d'une femme ne constitue qu'un concubinage si leur alliance ne résulte pas d'un accord de deux familles respectives⁹¹. Cette position du juge congolais, si elle se fonde sur la distinction du mariage coutumier et d'une simple union de fait, ne promeut pas moins le consentement des familles au détriment de la liberté individuelle des futurs époux. Or, le droit de la famille, « *ayant décidément épousé les droits de l'homme, c'est la valeur de la personne qui prend le dessus* »⁹². Le principe de liberté, appliqué au droit de la famille, conduit en effet à placer l'intérêt individuel au centre des préoccupations. Selon un auteur, « *l'individualisme promeut et privilégie le droit de l'individu de faire autant que possible respecter et prévaloir ses choix et ses intérêts personnels par rapport à d'autres finalités qui lui seraient imposées en raison des considérations générales ou collectives* »⁹³. Le mariage traditionnel limite, par la très grande place qu'il réserve aux volontés familiales, limite la liberté de mariage. Cette limitation de la liberté se traduit également par la remise en cause de la liberté de refuser de se marier.

2.- Le contrôle de la liberté de ne pas se marier

La conception moderne, fondée sur le principe de liberté des époux, fait du mariage l'expression des volontés individuelles. Ne peuvent contracter mariage, pourrait-on dire, que ceux qui l'ont voulu. Le mariage étant le vœu des époux, il ne peut exister sans leur volonté commune. Cette proposition est aux antipodes de la conception traditionnelle du mariage.

En effet, le mariage traditionnel apparaît comme un véritable « *contrat collectif conclu non entre deux individus, mais entre deux familles, représentées par les chefs de famille des deux*

⁸⁹ G. RAYMOND, *Le consentement des époux au mariage, Etudes de droit positif français*, L.G.D.J, 1965, p.12.

⁹⁰ J.M SIDIBE, *La rencontre de Jésus en milieu Bambara*, Paris, 1978, p.84.

⁹¹ C.S Arrêt n°19 du 18 février 1972, NZABA-DEMOKO C/LOUEZI, *Penant* 1973, p.58.

⁹² J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les Personnes, La Famille, L'Enfant, Le Couple*, op.cit., p.750.

⁹³ V. LARRIBAU-TERNEYE, La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil : un tableau impressionnant, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à Pierre CATALA*, Litec, 2001, p.83-107, not.p.93.

parties »⁹⁴. Il en résulte que les futurs époux ne consentaient pas personnellement au mariage, qui n'est pas « *un acte individuel guidé par le désir d'un couple qui aspire à fonder un foyer sur les bases sentimentales d'inclinaison réciproque* »⁹⁵. Dans ce cas, les époux apparaissent comme des simples bénéficiaires d'un mariage qu'ils ne peuvent du reste pas contester⁹⁶. Même dans l'hypothèse où ils ne sont pas consultés, les époux ne peuvent pas attaquer l'acte de mariage devant le juge pour défaut de consentement. Dans une décision rendue en date du 9 janvier 1961, la Cour d'Appel de Yaoundé a débouté une épouse mariée selon la coutume et qui attaquait le mariage pour vice de consentement. Le juge camerounais rappelle que « *...le mariage coutumier n'a prévu aucun représentant public ayant pour rôle de constater le consentement matérialisé par le « oui » solennel. Attendu que conformément au droit local, le versement de la dot et le fait que la fille a accepté de cohabiter ne serait-ce que pour un laps de temps avec le mari signifie que l'épouse a consenti* »⁹⁷.

On le voit, le mariage traditionnel apparaît comme une négation de la liberté. C'est d'ailleurs en réaction à cela que le législateur colonial prit le décret du 15 juin 1939 (décret MANDEL) pour protéger la femme. L'article 2 de ce décret fit du consentement des époux une condition de validité du mariage en prévoyant la nullité de plein droit de tout mariage « concernant la fille pubère, lorsque celle-ci refuse son consentement »⁹⁸. Les indépendances africaines et les législations qui s'en suivirent marquèrent le crépuscule du mariage traditionnel et la restauration du consentement personnel des époux comme condition de validité du mariage. Le Code du Mariage et de la Tutelle malien prévoyait en son article 10⁹⁹ qu' « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement ». La légalisation, par le nouveau Code des personnes et de la famille du Mali, du mariage religieux et coutumier peut être perçue comme un retour au statu quo ante. Ce recul des libertés individuelles dans une législation qui devrait être irriguée par l'idéologie libérale est le signe de « décadence »¹⁰⁰ d'un droit de la famille

⁹⁴ V. AGBARIN, « La femme en droit coutumier dahoméen », *R.J.P.I.C.* 1974, p.646.

⁹⁵ I. VAN DEN WIEL, « Les systèmes familiaux et matrimoniaux dans les sociétés négro-africaines », *R.J.P.I.C.* 1963, p.429.

⁹⁶ P. ANTOINE, *Droit canonique et coutumes africaines*, Beauchesne, 1992, p.527.

⁹⁷ CA Yaoundé, 9 janvier 1961, *Penant* 1961, p.205, obs. LAMPUE.

⁹⁸ Cité par DIANGUINA TOUNKARA, *La situation de la femme malienne*, Thèse, Droit, Université Paris Ouest Nanterre, 2011, p.54.

⁹⁹ Loi n°63-19 du 25 janvier 1963.

¹⁰⁰ Selon le terme de J. HAUSER, « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille », *Liber Amicorum à la mémoire de D. HUET-WEILLER*, L.G.D.J, 1994, pp.235et s.

qui est devenu, partout et du fait de l'influence des droits de l'homme, « *un devenir incertain* »¹⁰¹ ou « *un voyage sans destination* »¹⁰².

En somme, l'option au mariage est un échec de la politique législative en matière de droit de la famille orienté depuis les indépendances vers l'attractivité du sujet de droit traditionnel vers le statut civil moderne. Ce dernier étant considéré comme réservant à l'individu une place éminente dans l'expression de sa liberté et constamment à la recherche d'un équilibre entre les membres de la famille. Cet équilibre se traduit par une égalité entre les individus formant une famille. La réforme malienne offre cependant le visage d'une égalité contrôlée.

B.- Une égalité effritée

Le droit contemporain de la famille, comme l'ensemble du droit des personnes, est dominé par la lutte contre les discriminations : toute différence de traitement doit être passée au crible des droits fondamentaux. Les idées dominantes des nouveaux Codes de la famille dans les Etats d'Afrique noire francophone sont entre autres l'avancée des principes de liberté et d'égalité, le déclin de la famille-groupe et l'émergence de l'individu. L'essor de ces principes est dû à l'influence des sources constitutionnelles et internationales du droit de la famille¹⁰³. L'égalité peut s'entendre comme un « *principe d'après lequel tous les individus ont, sans distinction de personne, de race ou de naissance, de religion, de classe ou de fortune et de sexe, la même vocation juridique aux régimes, charges et droits que la loi établit* »¹⁰⁴. L'égalité peut aussi être appréhendée sous un autre aspect¹⁰⁵, celui de non-discrimination¹⁰⁶. Ce principe est inscrit dans la constitution malienne du 27 février 1992.¹⁰⁷ La famille étant « *la plus petite démocratie au cœur de la société* »¹⁰⁸, il existe des règles spécifiques dans la constitution qui imposent la fin de la suprématie du mari dans le mariage, la pleine égalité des enfants, etc. La constitution apparaît dès lors non seulement comme un système en soi avec son ordre, son unité et son harmonie, mais également comme une manière de voir et d'interpréter le droit

¹⁰¹ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes du droit contemporain de la famille », *RTD civ* 1995, pp.249-270.

¹⁰² M.T MEULDERS-KLEIN, *op.cit.*

¹⁰³ N.J. GBAGUIDI, « Egalité des époux, égalité des enfants et le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin », *RBSJA*, Cotonou, n° spécial Octobre 1995.

¹⁰⁴ G.CORNU (dir) *Vocabulaire juridique*, PUF, 2009, p.347.

¹⁰⁵ Ph. JESTAZ, « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », in *La personne humaine, sujet de droit*, PUF, 1994, pp.159-170.

¹⁰⁶ Article 1^{er} DDHC.

¹⁰⁷ Article 2.

¹⁰⁸ 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.

privé¹⁰⁹. Malgré ce « *filtrage constitutionnel* » du droit malien de la famille, le Code des personnes et de la famille consacre une inégalité dans les rapports entre époux (1) et une inégalité des filiations (2).

1.- L'inégalité dans les rapports entre époux

L'application distributive des règles modernes et de droit coutumier dans le nouveau code des personnes et de la famille « *conduit inmanquablement à une remise en cause, lorsqu'elle est affirmée, de l'égalité* »¹¹⁰. La complexification de l'égalité entre époux réside dès lors dans la dualité de la forme du mariage. Le principe de l'égalité entre époux n'est pas plus présent dans le mariage civil.

Les récentes tendances du droit de la famille en Afrique noire francophone se caractérisent par la recherche de l'égalité entre époux tant dans leurs rapports personnels que patrimoniaux. Ainsi en est-il dans le code des personnes et de la famille du Bénin¹¹¹, du Togo¹¹² ou du Burkina Faso. La Côte d'Ivoire avait déjà, dans un contexte encore obscurantiste, fait des grands pas vers la réalisation du principe d'égalité à travers l'emploi des mots « chacun, chaque, ensemble, mutuellement »¹¹³, même si de nombreuses dispositions discriminatoires¹¹⁴ restent en porte-à-faux avec les dispositions et la philosophie de la constitution du 1^{er} août 2000.

Le législateur malien n'a pas pris conscience de la nécessité de prendre en compte le principe d'égalité tant dans les rapports personnels que pécuniaires entre époux. Dans les rapports personnels entre époux, l'inégalité se manifeste à plusieurs égards. D'abord, et contrairement à ce qui était prévu dans le projet voté en première lecture par l'Assemblée nationale malienne, l'âge nubile varie selon le sexe des futurs époux: 18 ans et 16 révolus respectivement pour l'homme et la femme. Cette vieille discrimination, dont les justifications n'ont pas résisté à l'application de l'égalité, a fini par disparaître de la plupart des législations modernes¹¹⁵.

¹⁰⁹ K. Mawunyo AGBENOTO, « La constitutionnalisation du droit privé », in *De l'esprit du droit africain. Mélanges en l'honneur de P.-G. POUGOUE*, op.cit., p.63.

¹¹⁰ Th. ATANGANA-MALONGUE, « Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille », *R.I.D.I.C.*3.2006, p.837.

¹¹¹ Articles 153, 154, 156, 179, 180 et s de la loi n°2007-07 portant Code des personnes et de la famille.

¹¹² Articles 97, 98 et s du Code des personnes et de la famille.

¹¹³ Articles 51 et 52 de la Loi n°64-375 du 7 octobre 1964 portant Code la famille en République de Côte d'Ivoire.

¹¹⁴ Article 58, 59 et 60 du Code de la famille de la Côte d'Ivoire.

¹¹⁵ L'article 144 du Code civil français (Loi n°2013-404 du 17 mai 2013, article 1^{er}) dispose désormais que « Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus » ; l'article 123 du Code des personnes et de la famille

Ensuite et la plus flagrante des discriminations réside dans la consécration de la polygamie¹¹⁶, prérogative exclusivement masculine. La polygamie apparaît aujourd'hui comme l'une des institutions les plus contestées du droit de la famille. Même lorsqu'elle est expressément prévue par le législateur, elle ne reçoit pas toujours les faveurs du juge constitutionnel qui peut parfois aller jusqu'à imposer son retrait pur et simple du dispositif législatif. Ce fut le cas au Bénin lors de l'adoption du projet de loi portant Code des personnes et de la famille. Saisi par une députée¹¹⁷ de l'Assemblée nationale béninoise, le juge constitutionnel béninois a constaté qu' « il y avait traitement inégal entre l'homme et la femme en ce que l'option prévue à l'alinéa 2 de l'article 143 permet à l'homme d'être polygame alors que la femme ne peut être que monogame »¹¹⁸. Ce bannissement de la polygamie, sur fond du triomphe de l'égalité, a permis la réécriture de l'article 143 du projet de loi portant Code des personnes et de la famille au Bénin. Désormais, l'article 143 dudit Code dispose : « Seul le mariage monogamique est reconnu ». Cette position du législateur a d'ailleurs conduit le juge constitutionnel béninois à censurer le traitement inégalitaire par le code pénal béninois de l'incrimination d'adultère¹¹⁹. On peut ainsi mesurer le rôle de la jurisprudence dans l'évolution du droit de la famille en Afrique¹²⁰ et « affirmer que les mutations que connaît le droit de la famille aujourd'hui sont, en partie, déterminées par l'efficacité du contrôle de constitutionnalité ». Enfin, plusieurs dispositions du Code des personnes et de la famille du Mali portent la marque d'une discrimination entre l'homme et la femme dans leurs rapports personnels. L'article 312 dispose : « Dans la limite des droits et devoirs respectifs des époux consacrés par le présent Code, la femme doit obéissance à son mari et le mari protection à sa femme... ». A cette disposition, on peut ajouter celles de l'article 315 qui font de l'homme « le mari seigneur et maître de la communauté »¹²¹.

A cette inégalité dans les rapports entre époux, s'ajoute celle des filiations.

2.- L'inégalité des filiations

du Bénin prévoit de son côté que « Le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme âgé d'au moins dix-huit (18) et la femme âgée d'au moins 18 ans ».

¹¹⁶ Article 303 du nouveau Code des personnes et de la famille.

¹¹⁷ Madame Rosine SOGLO.

¹¹⁸ Décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002, voir : S. BOLLE, Le Code des personnes et de la famille devant la cour constitutionnelle du Bénin. La décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002, *Afrilex*, n°4, p.318.

¹¹⁹ DCC 09-081 du 30 juillet 2009. V. N. MEDE, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Saarbrücken, Editions universitaires européennes, 2012, p.63.

¹²⁰ F. ANOUKAHA, « L'apport de la jurisprudence à la construction d'un droit de la famille au Cameroun », in D. DARBON et J. DU BOIS DE GAUDUSSON (dir), *La création du droit en Afrique*, Paris, Khartala, 1997, p.147.

¹²¹ Selon l'expression de J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, op.cit., p.44.

Le principe d'égalité impose la suppression du principe de la hiérarchie des filiations qui a longtemps existé dans presque tous les systèmes juridiques. L'histoire du droit de la filiation est devenue celle d'une libération continue. En droit français, à la veille de 1972, le droit positif de la filiation n'était déjà plus le Code Napoléon, mais un Code Napoléon transformé par les Républiques : 1896 (l'héritier illégitime promu du tiers à la moitié), 1907 (l'adultérin devenu légitimable), 1912 (la recherche de paternité), 1955 (l'action alimentaire)- autant de jalons de la transformation, et constamment dans le même sens¹²². La date la plus marquante de l'égalité des filiations en droit français reste cependant l'année 2000, avec cet important arrêt de la CEDH¹²³. Cette suppression de la hiérarchie des filiations est occasionnée par la proclamation des droits fondamentaux. Il en résulte que le droit civil ne vaut plus que s'il est conforme aux droits de l'homme, lesquels s'érigent ainsi en une sorte de « *droit des droits* »¹²⁴. Il n'est donc plus permis de discrimination selon l'origine de la filiation de l'enfant, tant dans ses rapports avec les autres enfants qu'à l'égard de ses pères et mères. L'intérêt de l'enfant devient alors un principe qui guide toutes les interventions et qui s'applique à toutes les questions le concernant¹²⁵. Le Code des personnes et de la famille du Bénin supprime autant que possible la distinction entre enfant naturel et enfant légitime. Il pose clairement le principe de l'égalité des filiations en son article 328 : « Lorsqu'une filiation est légalement établie, les enfants nés hors mariage ont les mêmes droits que les enfants légitimes, sous les réserves prévues au titre des successions ». De son côté, le nouveau code malien des personnes et de la famille établit une discrimination à l'égard de l'enfant adultérin. L'article 482 de ce Code dispose que « Tout enfant né hors mariage, autre que celui né d'un commerce adultérin, peut être légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, lorsque ceux-ci les ont légalement reconnus avant leur mariage ou les reconnaissent au moment de la célébration de celui-ci. Dans ce cas, l'officier de l'état civil qui procède au mariage constate la reconnaissance et la légitimité dans un acte séparé ». Cette disposition, adoptée en seconde lecture par l'Assemblée nationale malienne le 2 décembre 2011, est contraire à ce qui était prévu dans le projet initial qui prévoyait en son article 482 que « tout enfant né hors mariage fut-il décédé est légitime de plein droit par le mariage subséquent de ses père et mère. Si la filiation n'était pas déjà établie, cet enfant fait l'objet d'une reconnaissance au moment de la célébration du mariage ».

¹²² J. CARBONNIER, *ibid.*, p.109.

¹²³ CEDH, 1^{er} février 2000, D.2000.332., note Thierry.

¹²⁴ F. TERRE et Y. LEQUETTE, obs. sous CEDH 1^{er} février 2000, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, 12^e édition, Dalloz, 2007, p.599.

¹²⁵ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille » in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p.103.

Au total, l'ensemble des dispositions du Code des personnes et de la famille qui paraissent contraires aux principes de liberté et d'égalité sont *ipso facto* caduques, mieux abrogées de fait. Mais, on le sait, cette égalité n'est pas toujours facile à mettre en œuvre dans un domaine aussi sensible que celui de la famille, et, comme l'affirmait si justement Philippe Jestaz, « *construire la famille sur l'égalité risquerait ainsi de se révéler techniquement acrobatique et politiquement corrosif* »¹²⁶.

Au terme de cette étude, on peut dire que la réforme malienne du droit de la famille, de par le droit d'option qu'elle consacre, est une occasion manquée de moderniser un droit qui est devenu le produit d'une mutation sociale. Que la coutume et la religion soient considérées comme une source du droit de la famille, cela est une évidence ; mais qu'elles apparaissent comme une option laissée au choix des citoyens, cela peut se trouver en porte-à-faux avec les principes modernes du droit de la famille. Avec les réformes récentes au Bénin et au Togo, on aurait pu penser que « *notre droit de la famille avait atteint un point d'équilibre en prenant en compte les principes modernes de liberté et d'égalité* »¹²⁷. Mais avec la réforme malienne, on assiste à une remise en cause de cet équilibre et il n'est pas certain que les structures traditionnelles de la famille s'en trouvent sérieusement ébranlées et que l'ambition de rendre « *le droit de la famille aveugle au sexe* »¹²⁸ ne soit plus qu'un leurre. Au total, le droit ne peut consister en une simple juxtaposition des règles. Faute de pouvoir en rattacher les divers éléments à un ensemble cohérent, il comporterait inévitablement de telles contradictions qu'il serait incompréhensible et que toute réforme satisfaisante en serait impossible¹²⁹. On le voit, le droit de la famille ne devrait pas s'interdire d'encourager un modèle, pas plus qu'il ne devrait se contenter de répondre à la diversité des choix individuels ou d'organiser la coexistence pacifique entre ces modèles pluriels¹³⁰. Le législateur, dans sa fonction de rénovation des normes juridiques, ne peut s'abriter derrière les prétendues règles immémoriales sans arbitrer entre les différents intérêts en présence. Madame Catherine LABRUSSE-RIOU ne disait-elle pas que : « *...quelle que soit, l'issue en droit est toujours relative et possiblement changeante, si bien que le juriste demeure engagé et en quelque sorte*

¹²⁶ Ph. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p.419.

¹²⁷ M. PARQUET, *Droit de la famille*, 2^e édition, Lexifac Droit, Bréal, 2007, p.18.

¹²⁸ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, op.cit., p.61.

¹²⁹ J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e édition, 2012, p.225.

¹³⁰ Y. FLOUR, « Rapport DEUKEWER an I : les projets de réforme du droit de la famille », *Gaz. Pal.* 04 septembre 2001 n° 247, P. 3

interdit de désengagement »¹³¹. Cette absence d'engagement de la part du législateur favorise l'émergence d'une pluralité de systèmes de normes et fait perdre à notre réforme sa belle espérance d'unification. Le droit de la famille est une discipline en constante mutation. Le moment des réformes est toujours l'occasion des choix importants. Dans ce contexte, le recours systématique à la coutume est un pis-aller politiquement dangereux, en raison tout à la fois de l'imprécision des règles et de leur très grande diversité. Quant à la solution de la pluralité des statuts, « *elle a l'inconvénient de ne pas favoriser l'unité et la cohésion nationales* »¹³².

¹³¹ C. LABRUSSE-RIOU, « Difficultés, contradictions et apories du droit de la Bioéthique », in *Le droit privé à la fin du XXe siècle*, op.cit., p.276.

¹³² K. MBAYE, op.cit.