

VIII. L'AFRIQUE FRANCOPHONE

Pour la première fois avec cette édition, la série de publications *Legal Grounds* inclut des décisions rendues par des cours francophones sur les droits sexuels et reproductifs. Cet ajout reflète le pluralisme juridique qui caractérise le continent africain.

Du fait de son héritage colonial, l'Afrique connaît en effet différents systèmes juridiques qui se classent schématiquement en deux grandes catégories: aux côtés des pays anglophones généralement rangés dans la tradition de la common law, on retrouve les États francophones, et, par prolongement, ceux du monde lusophone, dont les systèmes juridiques sont organisés selon la tradition romano-germanique du droit civil. La principale différence entre ces deux systèmes est que, dans la tradition de common law, les précédents – les décisions judiciaires publiées – sont les principales sources de droit qui guident les juges dans leur prise de décision, alors que dans la tradition de droit civil, les juges s'appuient principalement sur la loi codifiée.

L'ouverture de cette troisième édition de *Legal Grounds* à la jurisprudence francophone enrichit grandement cette publication, bien qu'elle ne manque pas de générer certains défis. L'un de ceux-ci résulte de la difficulté d'accéder aux copies des jugements à résumer. Une explication plausible serait l'importance relativement faible que prend le précédent judiciaire pour les juges du système de droit civil. Une autre raison, cependant, est le contexte plus large et bien connu de l'indisponibilité des documents judiciaires, en version électronique ou même sur papier, en Afrique. Ainsi, des recherches approfondies ne garantissent pas une récolte fructueuse. Néanmoins, les quelques cas obtenus aux fins de cette publication fournissent un aperçu de la façon dont la tradition de droit civil a abordé les droits sexuels et reproductifs devant ses tribunaux.

Les deux premiers jugements, rendus par la Cour constitutionnelle du Bénin, concernent la constitutionnalité de dispositions de lois attaquées en raison d'une discrimination basée sur le sexe. Dans le premier cas, la loi établissait une définition de l'adultère dépendante du genre de la personne qui le commet. Dans le deuxième cas, la Cour a dû déterminer si la reconnaissance de la polygamie mais pas de la polyandrie rendait la loi inconstitutionnelle. La troisième décision, rendue par la Cour d'appel de Niamey au Niger, concerne un cas d'infanticide où la Cour a dû distinguer ce crime de celui d'avortement.

D'autres décisions intéressantes, rendues dans d'autres États francophones, méritent d'être évoquées, malgré que leur contenu n'ait pu être connu qu'à travers des sources secondaires. En effet, elles contribuent à dresser le portrait des enjeux relatifs aux droits sexuels et reproductifs soulevés devant les tribunaux francophones. Le champ exploré paraît plutôt large. Il s'étend sur différentes questions comme la transmission volontaire du VIH à son conjoint¹⁹, les violences sexuelles comme le viol, la reconnaissance de l'identité-sexuelle, et la répression criminelle de l'homosexualité.

Parmi les sources secondaires consultées, par exemple, on retrouve un rapport d'Avocats Sans Frontières¹²⁰, publié en 2010, qui analyse trois décisions de tribunaux de grande instance de la République démocratique du Congo portant sur des violences sexuelles¹²¹. D'un bulletin d'information de l'Association Tunisienne de Droit de la Santé, nous apprenons qu'une cour tunisienne a autorisé le changement du nom et du sexe légal à l'acte de naissance d'une personne, pour refléter son identité sexuelle:

« Née avec l'apparence et les caractéristiques anatomiques d'un enfant de sexe féminin, Fatma, [la personne introduisant la requête], va constater à sa puberté les différences relativement visibles qui commencent à l'opposer à ses sœurs et à ses camarades filles. Souffrant de l'ambiguïté de la situation, [Fatma] finira par demander à subir des analyses génétiques, afin de déterminer son sexe réel. Le rapport d'expertise médicale établi à son sujet qualifie le cas de Fatma Mlaieh de "pseudo hermaphrodisme masculin". C'est sur cette base que [Fatma] saisira le Tribunal de première Instance de Tunis afin d'obtenir l'autorisation de modifier son acte de naissance en changeant de prénom. [Fatma] veut désormais se dénommer Mohamed Ali. Le juge s'inclina devant le rapport médical et rendit un laconique jugement autorisant sur cette base Fatma à changer de prénom et de sexe sur son état civil¹²² ».

Finalement, des articles publiés en ligne témoignent de la répression criminelle de l'homosexualité au Cameroun, illustrée dans les affaires « Jonas et Franky » et « Roger Mbebe ». Celles-ci sont, au moment de la rédaction de cet ouvrage, toujours pendantes devant la Cour suprême du Cameroun. L'affaire « Jonas et Franky » concerne deux jeunes personnes, considérées comme des hommes par le tribunal, condamnées pour homosexualité pour avoir porté des « vêtements pour femmes » et avoir bu de la liqueur Baileys (considérée par le juge comme une « boisson de femme »). Ayant été condamnées à cinq ans de prison, elles ont été acquittées par la Cour d'appel après un an d'emprisonnement. Le gouvernement a porté l'affaire devant la Cour suprême¹²³. L'affaire Roger Mbebe concerne un homme trouvé coupable d'homosexualité après avoir envoyé en message à un autre homme: « Je suis très en amour avec toi ». La Cour d'appel a maintenu sa condamnation. Mbebe est depuis décédé, mais son avocate a appelé de la décision auprès de la Cour suprême¹²⁴.

De nombreux pays africains ont récemment adopté des constitutions progressives qui incluent des Chartes des droits. On observe un mouvement vers la reconnaissance des normes en matière de droits humains codifiées dans différents instruments internationaux, laissant derrière des règles traditionnelles et des pratiques coutumières obscurantistes. On peut y voir un élan vers la réalisation progressive des droits humains de toute personne sur le continent africain. À titre d'exemple, alors que les codes pénaux du Burundi et de la Tunisie incriminent et organisent la répression de l'homosexualité¹²⁵, les constitutions de ces deux États consacrent de manière ferme à la fois l'intégrité physique et la dignité humaine¹²⁶, ainsi que des conditions strictes à la limitation des droits et des libertés¹²⁷. Le décalage entre la reconnaissance constitutionnelle des droits et leur réalisation ouvre une espace d'opportunités, où le contentieux constitutionnel peut jouer son rôle de catalyseur de changement. Les trois décisions résumées plus bas offrent donc l'espoir de voir les cours francophones, ainsi que le reste de l'Afrique, continuer d'avancer vers la pleine réalisation des droits sexuels et reproductifs.

L'ADULTÈRE

Décision DCC 09-081 du 30 juillet 2009
Bénin, Cour constitutionnelle

LA DÉCISION

La Cour constitutionnelle de la République du Bénin déclare que les articles 336 à 339 du Code Pénal, qui criminalisent l'adultère, sont contraires à la Constitution en raison d'une discrimination fondée sur le sexe.

Résumé des faits

Il s'agit d'un procès constitutionnel à l'encontre de dispositions du Code pénal dans le cadre d'un procès ordinaire.

Plus précisément, l'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant le Tribunal de première instance de Cotonou découle du contexte suivant: en février 2007, Mme Nelly HOUSSOU saisit le Tribunal de première instance de Porto-Novo afin d'obtenir le divorce, en invoquant des sévices graves et la maltraitance. Le mari riposte en traduisant son épouse devant un juge pénal du Tribunal de première instance de Cotonou – plus d'un an après la demande en divorce de celle-ci – en l'accusant d'avoir commis l'adultère. « Alors que la procédure engagée par l'épouse n'avait enregistré aucune audience utile à cause de la politique de la chaise vide adoptée par le défendeur [c'est-à-dire son refus d'assister aux audiences], celle du mari était menée au pas de charge. L'objectif était simple: obtenir un jugement pénal constatant l'adultère de l'épouse et le verser dans le dossier de Porto-Novo afin d'avoir un divorce aux torts exclusifs de Madame¹²⁸. » Ainsi, le 15 mai 2009, Mme HOUSSOU et son complice allégué, M. Akanbi Kamarou AKALA, déposent, par l'entremise de leurs avocats, une demande à la Cour constitutionnelle. Les requérants reprochent aux dispositions légales attaquées d'être contraires à la Constitution, en ce qu'elles organisent un régime juridique différent selon que l'auteur de l'adultère soit un homme ou une femme.

L'argumentation des requérants

Par l'exception soulevée devant le tribunal de Cotonou, les requérants estiment que les articles 336 à 339 du Code Pénal sont contraires au principe d'égalité garanti par l'article 26 de la Constitution du Bénin ainsi que par les articles 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. L'incompatibilité alléguée entre ces dispositions résulterait de conditions plus favorables à l'homme qu'à la femme, et serait perceptible à un triple point de vue: tout d'abord, au niveau de la constitution de l'infraction, ensuite, en ce qui concerne la poursuite pour l'infraction, et enfin, au regard de la peine encourue.

La question en litige

Les articles 336 à 339 du Code pénal sont-ils inconstitutionnels en ce qu'ils contreviennent au principe d'égalité?

La décision rendue par la Cour

Pour le juge constitutionnel béninois, la lecture des dispositions litigieuses montre qu'elles ont instauré une disparité de traitement entre l'homme et la femme en ce qui concerne les éléments constitutifs du délit d'adultère. Plus précisément, la Cour fait le constat suivant: « alors que l'adultère du mari ne peut être sanctionné que lorsqu'il est commis au domicile conjugal, celui de la femme est sanctionné quel que soit le lieu de commission de l'acte ». Par conséquent, la Cour constitutionnelle du Bénin déclare les articles 336 à 339 contraires à la constitution.

La portée de l'arrêt

La décision du 30 juillet illustre une cour constitutionnelle ingénieusement ouverte aux réalités actuelles du monde et aux évolutions souhaitées d'une société soucieuse de la protection des droits de la personne humaine. Ainsi, la Cour indique que « l'incrimination ou la non-incrimination de l'adultère ne sont pas contraires à la Constitution, mais que toute différence de traitement de l'adultère entre l'homme et la femme est contraire aux articles 26, 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ». Notons qu'au Bénin, la Charte africaine est entrée en vigueur lors de sa ratification, acquérant ainsi, dans la hiérarchie des normes, une position supérieure aux lois internes¹²⁹. Par conséquent, cette décision fait sortir du droit béninois les dispositions incriminant l'adultère. Depuis la date de la décision, plus personne ne peut être poursuivi et condamné sur la base des dispositions déclarées contraires à la Constitution.

Pour autant, ce que la Cour constitutionnelle béninoise censure n'est pas la répression de l'adultère, mais simplement le fait de le réprimer de façon discriminatoire. La nuance est importante, car elle permet relativiser la portée de la décision. L'on peut ainsi supposer qu'il demeure possible pour le législateur béninois de criminaliser l'adultère, voire de prévoir l'emprisonnement comme sanction. La seule limite imposée et découlant de cette décision réside dans le fait qu'il doit prévoir la même règle pour tous, sans discrimination entre l'homme et la femme. Une autre appréciation est tout aussi possible: l'on peut considérer qu'il s'agit d'un appel lancé au législateur afin qu'il soit plus attentif, en matière de législation pénale, à certains principes fondamentaux, tels que l'égalité et la non-discrimination.

LA POLYGAMIE

Décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002
Bénin, Cour constitutionnelle

LA DÉCISION

La Cour constitutionnelle béninoise, se prononçant sur la Loi n° 2002-07 portant Code des personnes et de la famille, déclare l'article 74, ayant trait à la polygamie, inconstitutionnel en raison d'une discrimination fondée sur le sexe.

Résumé des faits

Dans cette affaire, il y a deux requérants: le Président de la République du Bénin et la députée Rosine VIERIRA-SOGLO.

L'adoption de la Loi n° 2002-07 portant Code des personnes et de la famille, le 7 juin 2002, conduit le Président de la République du Bénin à soumettre l'ensemble de ladite loi au contrôle de conformité à la Constitution, dès le 20 juin 2002. Parallèlement, le même jour, Mme Rosine VIERIRA-SOGLO soumet une requête de contrôle de constitutionnalité de certaines dispositions de cette loi.

Constatant les similitudes entre les deux requêtes, la Cour les examine de manière jointe et y statue par une seule et même décision.

L'argumentation de la requérante

Le texte de la décision ne faisant apparaître que l'argumentation de la requérante, seule cette dernière sera présentée. Devant le juge constitutionnel, la requérante soutient que les articles 126, 143, 168, 185 et 335 du Code des personnes et de la famille sont non conformes à l'article 26 de la Constitution ainsi qu'aux articles 2, 3 et 5 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Nous retiendrons particulièrement l'argumentation développée vis-à-vis de l'article 143, par laquelle la requérante avance que cette disposition est discriminatoire et viole le principe d'égalité entre l'homme et la femme en permettant à un homme d'épouser plusieurs femmes sans toutefois permettre à une femme d'épouser plusieurs hommes.

Les questions en litige

La Loi n° 2002-07 portant Code des personnes et de la famille est-elle, dans son ensemble, inconstitutionnelle?

Les articles 126, 143, 168, 185 et 335 du Code des personnes et de la famille sont-ils inconstitutionnels?

La décision rendue par la Cour

Le contrôle de constitutionnalité effectué par la Cour constitutionnelle est réalisé en deux temps, en examinant en premier lieu les termes de la requête de Mme VIERIRA-SOGLO, et en analysant en second lieu la conformité à la constitution de l'ensemble du texte déféré par le Président de la République.

Comme l'illustre le dispositif de la décision, la Cour trouve certaines dispositions conformes à la Constitution, et d'autres inconstitutionnelles. Dans le cas de la deuxième catégorie – qui intéresse davantage cette analyse –, elle constate deux séries de dispositions inconstitutionnelles. La première concerne l'article 12 alinéa 1 du Code des personnes et de la famille, déclaré contraire à l'article 26 de la constitution car ne permettant pas à la femme de conserver son nom de jeune fille à l'instar de son mari. Pour la Cour, « le mariage ne devant pas faire perdre son identité à la femme mariée, celle-ci doit pouvoir garder son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari ».

La deuxième série est articulée autour du constat effectué par la Cour qu'il y a traitement inégal entre l'homme et la femme découlant de l'option prévue au 5^{ème} tiret de l'article 74 du Code des personnes et de la famille, qui « permet à l'homme d'être polygame alors que la femme ne peut être que monogame ».

Leur contenu renvoyant au mariage polygamique, de nombreuses dispositions, dont les articles 125, 127 (4), 137, 141, 143, 144, 149, 150, 154 (2), 128 et 155, sont également déclarées non conformes à la Constitution.

La portée de l'arrêt

La portée historiquement symbolique de cette décision est indéniable. À notre connaissance, il s'agit de la première décision en Afrique où un juge constitutionnel déclare l'inconstitutionnalité de la polygynie. Quoiqu'il en soit, cette décision prive la polygamie de tout fondement juridique dans le droit béninois.

De manière plus substantielle, la décision est également importante. La Cour entend marquer son action de contrôle de la constitutionnalité des lois à caractère sociétal du sceau de la protection des droits et libertés.

Ainsi, pour la Cour, l'identité de la femme ne devrait pas être absorbée dans le cadre du mariage, puisque les personnes relevant de la même catégorie doivent être soumises au même traitement sans discrimination. La femme mariée peut ainsi conserver son nom de jeune fille, auquel elle ajoute celui de son mari. Par ailleurs, la Cour considère que l'article 74 du Code des personnes et de la famille constitue un traitement inégal et discriminatoire entre l'homme et la femme au détriment de cette dernière, puisque la polygamie est exclusivement réservée aux hommes.

Une lecture rapide pourrait porter à croire que le juge béninois a voulu encourager le législateur à consacrer côte à côte la polygynie et la polyandrie, afin d'assurer la conformité constitutionnelle. Une telle vue serait fautive, car, à travers des motifs laconiques, la Cour semble plutôt vouloir procéder par réalisme. Sans que cela ne soit explicite, la décision, rendue le 23 décembre 2002, a conduit en réalité à l'abolition de la polygamie, en contraignant le législateur à opter pour la monogamie¹³⁰.

L'INFANTICIDE

Arrêt n°216 du 13 décembre 2005
Niger, Cour d'appel de Niamey

LA DÉCISION

La Cour juge que l'accusée H. A. doit être inculpée d'infanticide, et que la preuve est insuffisante pour conclure à la culpabilité de sa mère pour complicité d'infanticide.

Résumé des faits

Les faits reprochés à Mme H. A. remontent au 23 décembre 2002, lorsqu'une brigade de gendarmerie est informée d'un acte d'infanticide commis par Mme H. A. Les investigations menées permettent d'établir formellement certains éléments, notamment le fait que Mme H. A. a accouché. Son interpellation conduit la prévenue à admettre une grossesse de sept mois. Elle déclare néanmoins « qu'une nuit, elle [a] senti des malaises puis [qu'il] s'en [est] suivi un saignement de ses organes génitaux desquels [sont] sortis des caillots de sang qu'elle [a] emballé[s] dans un plastic et enterré[s] dans un trou qu'elle [a] creusé ».

Les enquêtes conduisent également à l'inculpation de Mme F. B., la mère de Mme H. A., pour complicité d'infanticide, en dépit des dénégations des deux prévenues. La mère avait en effet nié toute connaissance du crime, et même de la grossesse de sa fille. Le chef du village avait toutefois affirmé l'avoir informée de la grossesse et avait témoigné à l'effet que, malgré qu'elle n'ait pas été présente lors du crime, la mère avait participé à sa commission (d'une manière qui n'est pas spécifiée dans la décision).

Les questions en litige

Les faits reprochés à Mme H. A. relèvent-ils de l'avortement ou de l'infanticide?

Mme F. B. est-elle coupable de complicité d'infanticide?

La décision rendue par la Cour

S'agissant d'un procès au pénal, la Cour s'attache à identifier les trois éléments constitutifs du crime d'infanticide.

L'élément légal réside dans les prescriptions des articles 186, 237, 240 et 243 alinéa 2 du code pénal nigérien, qui punissent les actes d'infanticide.

Sur la base des éléments d'enquête, la Cour établit la matérialité des faits imputés à Mme H. A. En croisant différents éléments d'enquête, les propres déclarations de Mme H. A. et l'expertise médicale, la Cour conclut qu'elle a effectivement accouché au neuvième mois de sa grossesse, qui était à terme. Par conséquent, il ne peut pas s'agir d'un avortement.

En ce qui concerne l'établissement de l'élément intentionnel, la Cour procède par recoupement de certains faits avérés pour caractériser l'infanticide : une grossesse non désirée « car conçue hors mariage (ce qui constitue le mobile du crime), l'accouchement seule sans solliciter une assistance en dépit des risques encourus, l'enterrement du corps du nouveau-né par l'accusée alors que l'inhumation se fait par les hommes et selon des usages établis, le refus de montrer le corps de l'enfant afin d'empêcher les constatations ». La réunion de tous ces éléments conduit la Cour d'appel de Niamey à considérer qu'il y a lieu de prononcer la mise en accusation de l'inculpée H. A. pour le crime d'infanticide.

Pour autant, en ce qui concerne Mme F. B., accusée de complicité d'infanticide, la Cour, sur la base des éléments d'enquête, aboutit à une requalification des faits reprochés en délit de non-dénonciation de crime. Cette requalification découle du constat de la faiblesse de la preuve de complicité.

La portée de l'arrêt

Cet arrêt illustre le travail délicat du juge dans le dénouement d'une affaire familiale soulevant des questions de société dans un cadre de vie peu ouvert sur le monde extérieur. Certains faits, tels que décrits par la Cour, ne manquent pas d'étonner: ainsi, par exemple, l'on peut s'interroger sur les compétences du « chef de village de G. [qui] conduit toutes les filles susceptibles d'être en état de grossesse au centre intégré de santé aux fins d'examen et éventuellement de consultations prénatales ».

Toutefois, la Cour d'appel a su trancher en droit, en identifiant précisément les véritables questions de droit soulevées par l'affaire. S'appuyant sur des éléments d'enquête, la Cour a su écarter l'avortement, en mettant en évidence précisément la distinction entre l'avortement et l'infanticide: l'infanticide est le meurtre d'un enfant nouveau-né, alors que l'avortement ne se pratique que sur le fœtus. La démarche de la Cour est aussi complétée et corroborée par l'expertise, à la fois médicale et psychologique, de la prévenue.