

UNGLIA LAW JOURNAL

APRIL 2013

ISSN: 1595-0425



JOURNAL OF THE FACULTY OF LAW

ONILE AJASIN UNIVERSITY,

ONILE AJASIN, ONDO STATE, NIGERIA

AKUNGBA LAW JOURNAL

VOL. 2, NO. 1 JUNE, 2013, ISSN: 1595 0425



A PUBLICATION OF THE
FACULTY OF LAW

ADEKUNLE AJASIN UNIVERSITY,
AKUNGBA-AKOKO, ONDO STATE, NIGERIA

AKUNGBA LAW JOURNAL
A.L.J. Volume 2, No. 1
June 2013

Published in 2013 by
Faculty of Law, Adekunle Ajasin University,
P.M.B. 001, Akungba-Akoko, Ondo State, Nigeria.

Faculty of Law, Adekunle Ajasin University, Akungba-Akoko.

ISSN 1595-0425

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording or any retrieval system, without written permission from Publishers.

Printed by: Malijoe Soft Print, 08035798918, 07088888308

Contents

| | |
|--|-----|
| Editorial Advisory Board..... | v |
| Editorial Committee..... | v |
| Editorial Comment..... | vi |
| Citation..... | vii |
| Integrity, Policy and Legal Issues in Research | 1 |
| <i>Dr. Peter C. Obute</i> | |
| Hoko Haram Terrorism and its impact on the Right of the Girl-Child to Education in Nigeria..... | 14 |
| <i>Prof. Elijah Adewale Taiwo</i> | |
| Contending Issues and Requirements in the Value Added Tax (VAT) Aspects of Banking Business in Nigeria: An Overview..... | 48 |
| <i>Dr. Olokooba S.M</i> | |
| La transcendence du mariage en Afrique noire: cas du Bénin | 64 |
| <i>Dr. Léon Jossé</i> | |
| Fifteen Years of Establishment of Nigerian National Human Rights Commission: How it should be assessed..... | 103 |
| <i>Dr. Salman R. K.</i> | |
| Andrew and the Effects of Dual Nationality on Human Rights Protection.. | 128 |
| <i>Dr. Amos O. Enabulele</i> | |
| The Problems with Nigeria's Judiciary: An Overview..... | 154 |
| <i>Tajudeen O. Ibraheem</i> | |
| An Examination of the Citizens' Mediation Center and Multi-Door Courthouse in Nigeria..... | 174 |
| <i>Dr. Oluwabiyi A.A. (Mrs.)</i> | |
| Liability and Compensation for Oil Spill Damage in Nigeria and United States of America: A Comparative Approach..... | 188 |
| <i>Olufade Grace Aboosedé</i> | |

The Justiciability and Enforceability of Women's Rights in Nigeria.....216
Dr. Foluke O. Dada

The Bolam Test and Negligence of Medical Practitioners:
Balancing Patient's Demands and the Liberty of Doctors.....233
Ifeoluwayimika Barnidele

Perspectives on Land as Security in Mortgage Transactions in Nigeria.....246
Abiodun S. Obademi

Environmental and Sustainable Development of the Niger Delta - Gender
Perspective258
Mrs. Mercy O. Erhun

Public Participation in Environmental Governance in China: Some
Comments on Recent Development of the Environmental Impact
Assessment Law277
Prof. QIN Tianbao

Three Decades of the African Charter on Human and Peoples' Rights: An
Assessment of its Impact on Executive Actions and Policy Making in
Nigeria.....307
Victor Oluwasina Ayeni

The Concept of Multi-Door Courthouse in Nigeria: Rethinking Sander's
Concept332
Oyeniyi Ajigboye

Editorial Advisory Board

Professor (Emeritus) D.A. Ijalaye, SAN

Professor Olu Adediran

Professor P. K. Fogam

Professor Ademola Popoola

Professor Taiwo Osipitan

Professor Ernest Ojukwu, SAN

Professor Yemi Akinseye-George, SAN

Professor Mohammed Akanbi

Professor Wahab Egbewole

Professor Yemisi Bamgbose

Professor Ademola Abass

Professor Dayo Akomolede

Professor J.D. Oke

Professor E.E. Essien

Layi Babatunde, SAN

Olu Daramola, SAN

Editorial Committee

Editor-in-Chief

Olubayo Oluduro, Ph.D

Ag. Dean

Faculty of Law,

Adekunle Ajasin University,

Akungba-Akoko.

Deputy Editor

Tajudeen Ibraheem

Assistant Editors

Olugbenga Oke-Samuel, LL.D

Sunday Femi-Ola Ojomu

Business Manager

Tajudeen Ibraheem

La transcendance du mariage en Afrique noire : cas du Bénin

Léon Jossé

par Léon Jossé, Docteur en Théorie du droit, enseignant chercheur à la Faculté de droit et de sciences politiques de l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin).

Est-il possible d'évoquer la transcendance du mariage en Afrique noire en général, et au Bénin en particulier, en raison de l'évolution du temps ? Le mariage, de l'Afrique précoloniale à celle contemporaine, en passant par l'époque coloniale, se définit comme étant l'union de deux êtres de sexes différents. Dans la vieille conception occidentale, le mariage selon Modestinus, D 23, 2, 1 conçu dans la forme latine *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* équivaut à « l'union de l'homme et de la femme créant une communauté de vie où ils deviennent partenaires en droit *divina* et en droit *humain*¹ ». Une approche comparative² de la problématique du mariage en Afrique (précoloniale, coloniale et postcoloniale) et en Occident s'impose pour appréhender l'évolution de l'institution matrimoniale en Afrique contemporaine.

En Afrique traditionnelle, le mariage suppose dans le fond, une alliance entre les familles des futurs époux: une union entre les familles du futur mari et celle de la future épouse, laquelle est prédéterminée par la question du consentement et de la dot. Il repose sur le consentement et la dot dont l'obtention sous forme régulière conduit en dernier lieu à sa validité véritable.

L'exigence du consentement des familles des futurs époux pour établir l'entrée et la reconnaissance de la future compagne au sein de la famille de son futur mari, représente l'objet principal du mariage sans lequel on ne saurait conclure à une union entre deux individus de sexes différents dans les règles prescrites. Le consentement des familles apparaît donc comme un consentement collectif ou comme un assentiment

La transcendance du mariage en Afrique noire : cas du Bénin

65

communautaire³ qui atteste de la primauté du groupe sur l'intérêt individuel et souligne la responsabilité du mari envers sa belle famille tout en demeurant opposé au consentement individuel qui unit les deux époux en Occident au lendemain de la révolution française. Il est préparé à travers de longues étapes mieux réfléchies, soustrait de l'erreur et exprimé par les familles respectives de manière claire et non équivoque dans la mesure où il les engage sur l'honneur dans la voie d'une alliance ou d'un contrat dont la révocation engendrerait des conséquences très néfastes. Le refus de consentement des familles du fait de l'histoire, des rites divinatoires, et d'autres paramètres met strictement un terme à une éventuelle union matrimoniale qui empêche que d'autres unions aient lieu entre les familles des futurs époux.

Si le consentement peut s'exprimer en plusieurs étapes dès la conception de l'enfant en vertu de la préservation des familles de bonnes gens, il rejait aussi sur la dot, qui représente une institution permettant à la famille du mari de compenser le manque que provoquerait le départ de la jeune fille vers la famille du mari. On ne saurait, sans craindre une erreur d'analyse, interpréter ces variables coutumières à la lumière des études occidentales car les logiques mises en œuvre ne sont pas identiques.

Le consentement en Afrique précoloniale obtenu dans les formes régulières permet l'acceptation de la dot par la famille de la future conjointe soit de manière postérieure, soit de façon concomitante laquelle varie en fonction des professions ou des activités des familles. Lorsque les familles des futurs époux exercent des activités d'élevage, les boeufs font l'objet de dot ; ou un fond de terre la constitue pour les agriculteurs. Contrairement à la forme retenue en France qui impute le payement de la dot à la famille de la femme, la dot en Afrique précoloniale est fournie par le futur mari pour combler le manque provoqué par le départ de la jeune fille du giron du *patria potestas*. Le consentement et la dot fournis dans les formes prescrites permet la ritualisation du mariage au moyen des agapes, des libations, des chants, des rites et cérémonies par lesquels les familles des futurs époux se réunissent en présence des représentants des familles de la future mariée, mais en l'absence du futur marié pour des raisons de bénédiction postérieure du couple non encore certifiées par la recherche en matière de mariage. La *ritualisation* de la maison de la future conjointe vers celle du futur conjoint pour convoier les noces de l'union matrimoniale par l'évocation des dieux et

¹ , *Droit privé romain / Sources Famille Biens*, Lausanne, Payot, 1984, p. 89, P. COLLINET & A. GIFFARD, Précis de droit romain, 1928, Paris, Dalloz, n° 433, Tome 1, p. 86.

² , Mark VAN HOEKE, « Family Law Transfers from Europe to Africa : Lessons for the Comparative Legal Research » in John Gillespie & Pip Nicholson, Law and

La transcendance du mariage en Afrique noire : cas du Bénin

Léon Jossé

par Léon Jossé, Docteur en Théorie du droit, enseignant chercheur à la Faculté de droit et de sciences politiques de l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin).

Est-il possible d'évoquer la transcendance du mariage en Afrique noire en général, et au Bénin en particulier, en raison de l'évolution du temps ? Le mariage, de l'Afrique précoloniale à celle contemporaine, en passant par l'époque coloniale, se définit comme étant l'union de deux êtres de sexes différents. Dans la vieille conception occidentale, le mariage selon Modestinus, D 23, 2, 1 conçu dans la forme latine *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* équivalait à « l'union de l'homme et de la femme créant une communauté de vie où ils deviennent partenaires en droit divin et en droit humain¹ ». Une approche comparative² de la problématique du mariage en Afrique (précoloniale, coloniale et postcoloniale) et en Occident s'impose pour appréhender l'évolution de l'institution matrimoniale en Afrique contemporaine.

En Afrique traditionnelle, le mariage suppose dans le fond, une alliance entre les familles des futurs époux : une union entre les familles du futur mari et celle de la future épouse, laquelle est prédéterminée par la question du consentement et de la dot. Il repose sur le consentement et la dot dont l'obtention sous forme régulière conduit en dernier lieu à sa validité véritable.

L'exigence du consentement des familles des futurs époux pour établir l'entrée et la reconnaissance de la future compagne au sein de la famille de son futur mari, représente l'objet principal du mariage sans lequel on ne saurait conclure à une union entre deux individus de sexes différents dans les règles prescrites. Le consentement des familles apparaît donc comme un consentement collectif ou comme un assentiment

communautaire qui atteste de la primauté du groupe sur l'intérêt individuel et souligne la responsabilité du mari envers sa belle famille tout en demeurant opposé au consentement individuel qui unit les deux époux en Occident au lendemain de la révolution française. Il est préparé à travers de longues étapes mieux réfléchies, soustrait de l'erreur et exprimé par les familles respectives de manière claire et non équivoque dans la mesure où il les engage sur l'honneur dans la voie d'une alliance ou d'un contrat dont la révocation engendrerait des conséquences très néfastes. Le refus de consentement des familles du fait de l'histoire, des rites divinatoires, et d'autres paramètres met strictement un terme à une éventuelle union matrimoniale qui empêche que d'autres unions aient lieu entre les familles des futurs époux.

Si le consentement peut s'exprimer en plusieurs étapes dès la conception de l'enfant en vertu de la préservation des familles de bonnes gens, il rejait aussi sur la dot, qui représente une institution permettant à la famille du mari de compenser le manque que provoquerait le départ de la jeune fille vers la famille du mari. On ne saurait, sans craindre une erreur d'analyse, interpréter ces variables coutumières à la lumière des études occidentales car les logiques mises en œuvre ne sont pas identiques.

Le consentement en Afrique précoloniale obtenu dans les formes régulières permet l'acceptation de la dot par la famille de la future conjointe soit de manière postérieure, soit de façon concomitante laquelle varie en fonction des professions ou des activités des familles. Lorsque les familles des futurs époux exercent des activités d'élevage, les bœufs font l'objet de dot ; ou un fond de terre la constitue pour les agriculteurs. Contrairement à la forme retenue en France qui impute le paiement de la dot à la famille de la femme, la dot en Afrique précoloniale est fournie par le futur mari pour combler le manque provoqué par le départ de la jeune fille du giron du *patria potestas*. Le consentement et la dot fournis dans les formes prescrites permet la ritualisation du mariage au moyen des agapes, des libations, des chants, des rites et cérémonies par lesquels les familles des futurs époux se réunissent en présence des représentants des familles de la future mariée, mais en l'absence du futur marié pour des raisons de bénédiction postérieure du couple non encore certifiées par la recherche en matière de mariage. Là où s'opère de la maison de la future conjointe vers celle du futur conjoint pour convoler les noces de l'union matrimoniale par l'évocation des dieux et

¹ -, *Droit privé romain / Sources Famille Biens*, Lausanne, Payot, 1984, p. 89, P. COLLINET &

GIFFARD, *Précis de droit romain*, 1928, Paris, Dalloz, n° 433, Tome 1, p. 86.

² , Mark VAN HOECKE, « Family Law Transfers from Europe to Africa: Lessons for Methodology of Comparative Legal Research » in John Gillespie & Pip Nicholson, *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, Cambridge : University Press, 2012, pp. 273-295.

esprits de bonheur qui permettra au jeune couple de préserver la descendance. La *copula carnalis* ou consommation charnelle du mariage dispose d'une valeur éminente lorsque les relations intimes entre le jeune homme et la jeune fille attestent de la virginité sans équivoque de celle-ci faute de laquelle le mariage peut « battre de l'aile » ou se trouver rangé aux calendes grecques.

Reconnu sous une forme polygynique ou patriarcale, le mariage en Afrique précoloniale dispose d'une nature particulière au sein de laquelle un homme est marié à plusieurs épouses selon les perceptions de la France révolutionnaire. La célébration du mariage intervenue entre un mari pour plusieurs épouses s'opère de manière séparée et entraîne un statut juridique identique au sein des unions ainsi consacrées. De la légitimité de l'union matrimoniale découle celle des enfants issus d'un mariage polygynique en Afrique précoloniale qui disposaient d'une vocation égale à la succession en cas de décès de leur auteur en dépit de leur nombre. Une relation de polygynie de droit consacrée par les règles sociales rend valide la légitimité de leur filiation et l'égal accès à la succession.

Puisque le but essentiel de l'union matrimoniale consiste principalement dans la perpétuation ou la reproduction de l'espèce et subsidiairement dans la vie commune, il donne moins de considération à des mariages que la chance n'a pas fortuné du point de vue de la postérité. La descendance d'un mariage semble l'emporter donc sur les unions sans enfant pour la simple raison que la continuité de la vie du *culius* se situe dans le port de son identité par sa progéniture de sorte qu'à défaut d'enfant, l'union meurt d'un seul instant lorsque les époux disparaissent. Par exemple, un couple sans enfant dans la famille OLATOUNDI de Kétou au Bénin n'a pas les honneurs rendus aux couples pourvus d'enfant.

Secoué par diverses causes qui menacent son équilibre notamment l'impuissance, la stérilité, la parenté ou la violence, le mariage peut donner lieu à des déboires qui conduisent à son annulation, à sa dissolution ou à la répudiation de la femme. S'il faut déplorer que les déboires du mariage en Afrique traditionnelle engendrent une situation difficile pour la jeune femme divorcée ou répudiée, il est important d'y remédier par des mesures appropriées pour amoindrir les chocs psychologiques.

Fidèle à ses engagements précis et tirant leçon de son histoire révolutionnaire et des différents projets de Code jusqu'à l'avènement du Code civil, l'administration coloniale a choisi de faire table rase des valeurs coutumières qui régissaient l'Afrique précoloniale en imposant aux colonisés

les valeurs inspirées de la civilisation occidentale. Les décrets Mandel d. 1939 permettant le consentement libre de la jeune fille en l'absence de celui de ses parents, le remariage de la jeune divorcée ou de la veuve, celui de Jacquinet de 1951 autorisant le mariage de la jeune fille pubère qui consent personnellement au mariage malgré l'opposition de ses parents ou le mariage d'un impubère dont le consentement est expressément exigé, témoignent d'une grande révolution au sein des familles africaines. Loin de combler les attentes de l'administration coloniale, les décrets Mandel et Jacquinet sont demeurés comme lettres mortes dans la mesure où aucune jurisprudence et aucune doctrine ne les consacrent. Dans les relations sociales africaines, il n'apparaît pas bienséant pour la famille du futur mari d'ester en justice sa belle famille selon les dispositions juridiques lorsque la nature de la dot apparaît excessive. Etant donné que le mariage est considéré non pas comme une norme judiciairement imposée mais comme une relation de joie au sein de laquelle la dimension anthropologique semble dominer sur la contrainte juridique, il va de soi que l'institution matrimoniale ne soit pas une réalité imposée.

Au lendemain des indépendances jusqu'à la période actuelle, la législation matrimoniale inspirée des normes coloniales se heurte à des difficultés de réception auxquelles elle n'a pas pu donner des solutions idoines. La loi 2002-07 portant Code des Personnes et de la famille du Bénin ne semble pas résoudre les problèmes de compatibilité de normes avec la réalité sociale au point que le rejet normatif paraît s'intensifier faute de connaissance en codification et en légistique.

Il est question, à travers cette étude, d'analyser la nature mutative du mariage en Afrique affectée par les événements historiques de la colonisation, des indépendances et de l'Afrique contemporaine. Il paraît important de rendre compte de l'évolution des pratiques sociétales en matière de mariage en Afrique sans dissimuler les aspérités, les altérations de sens, les imbrications mieux les mixages des logiques qualifiées de traditionnelles et modernes et leur forme actuelle. Le champ de l'étude reste le cadre béninois pour mieux circonscrire les analyses des pratiques matrimoniales dans une Afrique noire marquée par la diversité et une plus grande complexité. L'unité du domaine d'étude permettra de mieux appréhender avec circonspection la législation, la coutume, la jurisprudence et la doctrine se rapportant au mariage.

La méthodologie employée s'inspire d'une approche juridique combinée avec les méthodes inhérentes à la sociologie, l'anthropologie du droit et l'histoire du droit dans une approche comparative.

L'intérêt de l'étude s'inscrit, de façon théorique, dans la construction et dans la comparaison des modèles théoriques qui expliquent le mariage et, de façon pratique, dans la survivance officieuse d'un ordre traditionnel aux côtés d'une norme officielle. A la lumière de la logique historique de l'étude, il sera procédé à la détermination du sens véritable du mariage en Afrique (I).

1- La sémiole du mariage en Afrique précoloniale et à ses succédanés au cours des périodes coloniale et postcoloniale (II).

Le mariage en Afrique précoloniale obéit à une procédure précise, qui rappelle les règles de fond et de forme pour sa validité (A) et peut engendrer des effets indésirables (B).

A- Les régularités matrimoniales

Comme toute institution, le mariage est régi par des règles qui constituent sa solennité (1) et qui donnent lieu à des effets induits à partir de sa validité (2).

1- La procéduralité du mariage

Le mariage en Afrique traditionnelle entendu comme l'union d'un homme et d'une femme, inaugure sa forme procédurale à partir des rencontres informelles qu'organisent les futurs époux entre eux, rencontres qui trouvent leur origine dans les randonnées, les sorties de divertissements. Le coup de foudre, le désir pressant ou passionné d'avoir en sa compagnie celle que l'on voit ou désigne, engendre dans l'esprit du futur époux un sentiment de possession ou de rapprochement au moyen des échanges verbaux qui ont lieu entre eux. Les premières rencontres entre les futurs époux qualifiées d'informelles, conditionnent la continuité de la procédure de mariage étant donné que leurs réussites dépendent de l'issue du mariage.

Bien avant la colonisation de l'Afrique noire par la métropole française, le mariage correspondait non pas à un échange de consentement entre deux individus mais à une union sacrée⁴ entre les deux familles des futurs mariés déclinée en forme d'alliance, synonyme d'une union entre les familles des futurs époux. Parler de mariage en Afrique traditionnelle, c'est évoquer l'alliance qui régit les relations respectives entre les familles des

futurs époux, relations renforcées par la problématique du consentement et de la dot.

Le consentement des familles respectives semble présupposer à la dot ou lui paraît concomitant parce qu'il conditionne l'amorce réelle sans laquelle l'union matrimoniale ne saurait intervenir. Dans son acception générale et immédiate, il désigne l'expression d'être lié par un accord entre parties ou entre représentants légaux de ceux-ci; mais dans le cadre matrimonial il renvoie à des sujets qui exercent des prérogatives réels au nom des futurs époux sans pour autant se soustraire à une gradualité et à une diversité.

La demande du consentement en Afrique précoloniale est formulée par la famille du futur conjoint en direction de la famille de la future conjointe conformément aux règles posées par celle-ci. Puisque les règles qui régissent le consentement sont fonction des familles des futures épouses, il va de soi qu'elles obéissent à une spécificité au sein de chaque famille ou de chaque collectivité. Si dans certaines familles, le consentement dépend de plusieurs paramètres et est donné après vérification de l'histoire et de la sociologie du comportement, notamment honorabilité de la famille, légendes, exploits des membres de la famille, classes sociales, famille nobles ou princières, il est dans d'autres, formulé par étape depuis la conception de l'enfant en vertu des relations qui les régissent au sein de la société. Il se dégage que le consentement n'est pas fonction de l'âge ou de la majorité légale de la future épouse; qu'il doit être formulé par la famille quel que soit l'âge de la jeune fille puisqu'il rend obligatoire les relations entre les familles des futurs époux. Par comparaison, il est formulé dans l'ancien droit français par le père de l'enfant, la mère, le conseil de famille lorsque la future épouse demeure encore mineure⁵. Il faut se garder de voir dans la forme de ce consentement par étape, un esclavage qui part de la conception d'un nouveau-né au mariage sans le consentement de celui-ci car il est donné par rapport aux connaissances historiques et ataviques liées à la famille de la future mariée. Au Bénin, on retrouve ce type de mariage dans les régions d'Agonlin et d'Abomey. Le consentement par étape a pour vocation la préservation et la construction d'une société de bonnes gens, la circulation d'un sang de noble ou de personne libre en vertu des référents ci-dessus.

⁴ David PEROUSSIN, *Histoire du droit privé (XVIème-XIXème siècle)*, Paris, Ellipse, 2010, pp.

90-98.

En outre, le consentement sollicité par la famille du futur marié auprès de celle de la future épouse s'obtient lorsque la première (famille) considère l'honorabilité de la seconde famille et que la seconde approuve en retour la valeur véritable de la famille du futur époux. Il se dégage une relation biciphale ou dualiste à tendance réflexive : le consentement de la famille du futur époux détermine en premier lieu celui de la famille de la future épouse et en second lieu celui de la famille de la future épouse conditionne celui du futur époux. Lorsque l'honorabilité des familles respectives est avérée, c'est par enchantements, exaltations que l'on s'empresse de convoler les noces. Par contre, la mauvaise réputation ou ébruitée d'une des familles respectives fragilise ou paralyse toute ébauche de célébration d'un mariage car il n'y a aucune honorabilité à marier sa fille à un partenaire indélicat ou oisif étant donné que le mariage suppose une capacité de l'époux à prendre en charge tous les besoins de sa compagne notamment la subsistance, le logement, les vêtements, les soins. Si le consentement est refusé de façon expresse du fait des motifs divers tirés de l'histoire, il renvoie dos à dos les deux familles et rend impossible toute union matrimoniale entre les familles. La réaction des uns et des autres fait l'objet d'un comportement double: soit les futurs prétendants se séparent à jamais et leurs familles n'admettront plus des unions entre elles, soit une union à moitié vicié réunit les époux au prix d'un entêtement remarquable de leur part. Dans ce dernier cas, le défaut de consentement entre les familles respectives peut donner lieu à des considérations malencontreuses éprouvant la bravoure ou le courage surtout du futur époux lorsque sa compagne décède des suites d'un mauvais accouchement.

La valeur déterminante du consentement montre qu'il ne peut être exprimé seulement par les futurs époux que l'effervescence du désir ou de l'amour aurait contribué à assombrir par l'obtention d'un consentement vicié ou erroné. Les futurs époux n'ont aucunement tort comme Roméo et Juliette de voir toute la vie en rose, de ne pas percevoir les aspérités ou imperfections prochaines qui risquent de mettre en péril leur union et d'accepter de manière non réfléchie sous les feux de l'amour, les exigences du contrat matrimonial dans lequel ils s'engagent de manière délibérée : un défaut objectivement révélé pourrait être perçu par les deux alouettes comme des qualités de façon subjective. En raison de leur expérience de la sociologie de l'histoire des familles et la caractéologie des familles et des groupes ethniques, l'Afrique attribue l'expression du consentement, aux quatre (4) familles soit deux (2) du côté de l'homme, deux (2) du côté de la femme.

Le consentement des futurs époux peut être motivé par plusieurs paramètres qui assurent sa réussite dans la perpétuation de l'union matrimoniale. Il peut s'agir de l'histoire des familles respectives, de leur comportement ou leur position au sein de la société. Il peut être aussi inspiré par les consultations des oracles qui déterminent et oriente la cosmogonie des peuples de l'Afrique noire d'avant la colonisation. La valeur accordée par les parties aux données ataviques ou révélatrices résultant des paramètres ci-dessus est tributaire de la foi que ceux-ci leur accordent au cours de la période qui pourrait paraître pour d'autres comme des données irrationnelles.

Dans sa fonction principale, le consentement des familles joue un rôle d'acceptation de la future mariée dans la famille de son futur époux; engendre une reconnaissance réelle et réciproque entre les familles respectives à défaut de laquelle le mariage ne pourrait être célébré dans les formes et règles prescrites. Le consentement formulé de manière expresse et dépourvue de vice permet aux familles de nourrir l'espoir d'une union matrimoniale réussie. Par une formule manifeste exempte de toute équivocité et énonce en termes simples de "oui nous acceptons", la famille de la future conjointe accepte dès lors son entrée dans celle de son futur conjoint. Il ne saurait être formulé d'une autre manière en Afrique traditionnelle dont le mode de vie correspond à une ambiance de communautarisation. Soudée par ses différents membres, la famille en Afrique d'avant la colonisation se montre très solidaire des événements que vit chacun des composants notamment la naissance, le décès, la croissance, les réussites, les échecs, l'accueil, l'exil etc. Si l'individu ne pouvait à lui seul surmonter les vicissitudes de la vie au quotidien, il reste que la dialectique communautariste conditionne sa survie. Il est évident que la vie se déroule en groupe, en clan, en ethnie, en lignage dans l'Afrique traditionnelle, alors que l'individu isolé ne s'appartient pas car il prime sur lui une logique communautariste aux antipodes d'un courant libéral. Le consentement exprimé par les familles apparaît de manière consécutive ou antérieure à la dot.

Contrairement à l'Occident où la dot « consiste en l'affectation d'un certain patrimoine au mari dans le but d'alléger des charges provenant de

l'entretien de la femme et des enfants⁶ ... selon l'adage *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt* (Paulus. D. 23, 3, 56, 1) », elle désigne en Afrique traditionnelle, l'ensemble des biens qu'offre le futur époux à sa belle famille à l'occasion du mariage pour matérialiser la reconnaissance et l'entrée de la femme dans la famille de son mari en vue de combler symboliquement le vide que crée le départ de la jeune fille du giron de sa famille génitrice. Conçue dans la préservation de l'alliance qui réunit les familles des futurs époux, la dot dans l'Afrique des temps anciens, avait pour vocation essentielle d'assurer la reconnaissance entre les familles. La dot intègre le mariage lorsqu'elle est formulée postérieurement ou concomitamment au consentement malgré sa nature.

La nature de la dot dépend⁷ des professions exercées par les familles des futurs époux. Si les familles des futurs époux sont des bergers à l'instar des peuhls du Nord Bénin, il va de soi que l'offre d'un veau ou d'une vache puisse faire office de la dot et engager les époux à une union matrimoniale qui représente l'alliance entre familles. En outre, lorsque les familles des futurs époux exercent une profession d'agriculteurs, comme chez les peuples Adja du Bénin, la dot peut être constituée d'un champ offert à la femme pour la subsistance vitale de sa personne et de ses progénitures. En supposant que les familles des futurs époux font des activités séparées, comme pêcheurs et agriculteurs, la nature de la dot correspond à une composante fixée par la famille de la future épouse. La composante de la dot en Afrique apparaît d'une symbolique remarquable : il s'agit en général de constituer une liste de présents définis par la famille de la future épouse en vertu de laquelle elle accorde son adhésion. En dépit de la diversité⁸ de son contenu chez les familles princières et les classes sociales de Kétou ou de Porto-Novo, la dot est souvent constituée de boissons, de pagnes ou de vêtements, d'ustensiles

de cuisine, d'objets⁹ servant à la fois de reconnaissance et de comblement du manque provoqué par le départ de la jeune fille en direction du domicile conjugal. Tel le consentement, la dot peut être fournie par étapes en commençant par la petite dot qui pourrait se rapprocher des fiançailles en Occident et la grande dot qui représente la dot proprement dite.

Si le consentement et la dot bénéficient d'une réponse favorable au niveau des familles des futurs époux, ils ouvrent la voie à la ritualisation du mariage par la solennité de la cérémonie. Après accord, les représentants légaux du futur mari (père, mère, frères et sœurs, oncles et tantes) se retrouvent au domicile de la future épouse en l'absence du futur mari à la cérémonie nuptiale mais en présence de la future épouse : ils parlent au nom de leur mandant dont ils engagent la volonté à l'instar d'un contrat entre absents. Dans un sourire aguichant mêlé un peu de mélancolie, elle se montre bienveillante à l'assistance au milieu des chants et des llesses venant des participants pour égayer la cérémonie. Il revient à la tante ou à l'oncle du futur mari de planter le décor en demandant la main de la jeune fille en vertu de l'issue heureuse des recherches antérieures. Alors que le refus motivé du consentement empêche l'élan vers la dot créant des inimités ou les rixes ultérieures entre les familles¹⁰, le mariage célébré conformément aux dispositions en vigueur au sein des familles des futurs époux, engendre des effets.

2- Les effets du mariage.

Le mariage en Afrique précoloniale engendre plusieurs effets même en cas de vices de consentement que constituent l'erreur, le dol et la violence. Que peut-on entendre par effets réels du mariage ?

En intégrant les époux à la famille, le mariage en Afrique des temps anciens attribue aux époux le statut de conjoints mariés : l'épouse est considérée par la famille de son mari comme leur enfant faute de quoi elle serait perçue comme une étrangère ou une personne non acceptée. L'intégration de l'épouse créée sa reconnaissance, ou son assimilation à la famille de l'époux au point qu'elle ne fait plus l'objet d'une altérité : tout se

6 - Bruno SCHMIDLIN & Carlo Augusto, CANNATA *Droit privé romain / Sources Famille Biens*, Lausanne, Payot, 1984, p. 89, P. COLLINÉF & A. GIFFARD, *Précis de droit romain*, 1928, Paris, Dalloz, n° 433, Tome 1, p. 212.

7 - JOSSE (Léon), « La variabilité de la dot au Bénin », in *Droit Béninois*, n° 2-2013, Toulouse, 2013, pp. 109-116.

8 - Pour quelques exemples de dot : pour la famille Garba d'ethnie Barba du Nord Bénin : fagot de bois, des calabasses de mlil, trois pagnes (père, mère, tante), une enveloppe d'argent, des visites, quelques colas, des boissons locales; pour la famille SIMBIA N'tamaada d'ethnie Otamari Ditamari, deux boeufs, pour la famille Adéléké d'ethnie nagot de Kétou : pagne, ustensiles, colas, gentianes, cauris, pour la famille Essou d'ethnie Adja, un terrain cultivable offert par la famille du futur conjoint à la future épouse,

9 Les composantes de la dot assurent des fonctions variées : les boissons servent à des prières, des libations, des agapes, les pagnes ont pour utilités de contribuer à la beauté de la future épouse et de sa famille, les ustensiles permettent d'asseoir l'accueil des étrangers et le bien-être de la famille...

10 BROUSSIN (David), op. cit., pp. 75-76.

passé dès cet instant comme si elle naissait de la famille de son mari auréolée des droits et privilèges accordés à la famille de son époux ; défendue par les membres de la famille de son mari dès lors que des situations indésirables pointent à l'horizon au sein d'une vie communautaire dominée par l'autoritas. La femme mariée en Afrique traditionnelle malgré son assimilation à la famille de son mari et contrairement au mariage romain (*cum manu et sine manu*), garde quelques liens agnatiques avec sa famille d'origine en ce qui concerne les cultes religieux, les totems, les tabous, les coutumes de sa famille d'origine. Par le mariage, elle passe de la *patria potestas* (puissance paternelle) de sa famille au *domus* de son mari (puissance maritale)¹¹. Puisque le mariage coutumier en Afrique traditionnelle peut revêtir un caractère polygynique (un homme peut être marié à plusieurs femmes), il confère aux époux le statut de mari et de femme, en consacrant la légitimité de leur union. Les époux paraissent aux yeux de tous comme des sujets engagés dans une relation durable en vertu d'une union exemplaire, et peuvent conclure des contrats notamment de prêt qui imposent des obligations pour les parties¹², lesquelles donnent lieu à des dommages et intérêts en cas d'inexécution. En raison de la force obligatoire du contrat qui repose sur le respect de la parole donnée, les époux se doivent d'honorer leurs engagements pour ne pas paraître aux yeux de leurs emprunteurs comme des personnes de moralité douteuse. Que répondre pour ce qui concerne les enfants ?

Si la légitimité issue de l'union matrimoniale ne souffre d'aucune équivocité, au niveau des époux, il rejailit par ricochet sur la légitimité des progénitures accédant ainsi la vieille présomption matrimoniale *pater is est* selon laquelle l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari de sa mère. Les enfants nés de l'union des époux mariés bénéficient d'une légitimité absolue car ils procèdent indubitablement des relations conjugales entre eux. La légitimité accordée aux progénitures du fait de l'union consacrée entre leurs parents géniteurs a pour objectif principal d'éviter que des enfants incestueux ou "bâtards" ne viennent pas souiller ou assombrir la réputation de la famille toujours considérée en exemple. Les pratiques divinatoires, les comportements ataviques, les procédés de tout genre permettent d'établir la filiation d'un enfant à la famille de ses parents (paternels) dans un environnement dominé par le patriarcat comme la

parenté par les mâles dans la Rome antique¹³. Elle écarte d'office toute discrimination entre les enfants issus d'un mariage polygynique qui autorise qu'un homme se marie à plusieurs épouses à l'instar de la pratique musulmane conditionnée par la capacité du mari à procurer aux épouses subsistance et épanouissement. On ne saurait donc évoquer ici le traitement différencié entre enfants naturels et enfants légitimes comme en occident car tous les enfants sont légitimés par le mariage entre leurs parents.

Il peut paraître paradoxal à une partie de la doctrine de consacrer un mariage entre un homme et plusieurs femmes en scrutant la logique qui préside dans la doctrine occidentale. Mais, l'Afrique traditionnelle se montre favorable en conformité avec les ordres de conduite qui gouvernent la société. La fécondité de l'analyse du mariage polygynique tient au fait que le caractère polygynique ou patriarcal de l'homme le prédestine à avoir plusieurs compagnes pour faire face à ses besoins lorsqu'une d'entre elles se trouve dans l'impossibilité de satisfaire les desideratas du mari pour des cas de maladie, de frigidité, de blocages psychologiques, de menstres, ou d'incompatibilité d'humour. L'argument tiré de l'égalité des conjoints en Afrique des temps anciens apparaît donc inopérant.

Considérée comme une union consacrée par les titulaires légaux des familles des futurs époux, le mariage en Afrique précoloniale, engage la mise en commun des propres (biens) appartenant aux époux avant leur union pour subvenir aux charges du ménage. La femme mariée ne dispose plus dès l'évènement du mariage en principe de biens personnels contrairement à la tradition romaine de gestion des biens.¹⁴ Dans un élan bienveillant et protecteur du ménage, la femme et le mari font taire leur égoïsme pour mettre leurs biens au service de l'entretien du ménage. Le mariage dans ses effets immédiats en faisant passer la femme sous la puissance du mari la dépouille de ses biens personnels, qui viennent se confondre dans le patrimoine du chef de famille¹⁵. Il est difficile d'envisager l'incapacité de la femme en général ou son incapacité à gérer ses propres biens dans la mesure où il est évident que l'autorité du mari reste la clé de voûte d'une union matrimoniale. Le mariage produit des effets au delà de la légitimité.

¹¹ Bruno SCHMIDLIN & Carlo Augusto, CANNATA op. cit., p. 85.

¹² Jean-François BREGL, *Droit romain: les obligations*, Paris, ellipse, 2006, pp. 115-201, COLLINET & A., GIFFARD *Précis de droit romain*, 1928, Paris, Dalloz, Tome 2.

¹³ COLLINET A. GIFFARD, op. cit., p. 169.
¹⁴ Jean GAUDEMET & Emmanuelle CHEVREAU *Droit privé romain*, Paris, Montchrestien, 2000, pp. 57.

¹⁵ GIFFARD, op. cit., p. 49.

La valeur essentielle du mariage réside dans la virginité de la femme que l'époux découvre lors des premières relations intimes qui en retour honore la famille de l'épouse. La considération que le mari acquiert d'une femme immaculée avant le mariage, maculée après les premiers rapports augmente le sentiment de fierté de l'homme en s'estimant comme le premier qui inaugure la vie intime de la femme avec l'espoir d'une vie commune pour le reste de la vie. La considération de la femme par le mari auteur de la défioraison de celle-ci, apparaît consécutive à la consommation réelle du mariage qui fait de la *copula carnalis* (l'union charnelle) l'une des conditions essentielles du mariage à l'antipode de la doctrine française du mariage d'Aubry et Rau¹⁶. A l'inverse, lorsque la femme est dépourvue de virginité, elle provoque une tendance à la rupture, de lien matrimonial dans les contrées béninoises en Afrique précoloniale. Les familles de la femme se sentent victime d'un tour de passe, éprouvent du remord, de la honte alors que celles du mari se rebiffent vers la dissolution du lien matrimonial. L'avènement des progénitures au sein du couple renforce les liens matrimoniaux. Quel est le sort réservé à l'union des époux en ce qui concerne les progénitures ?

Si l'on admet que l'élément essentiel du mariage réside dans la procréation du couple¹⁷ ou la preuve matérielle d'avoir des progénitures viables et vivants, il va au delà d'une union pour la vie fondée uniquement sur l'*affectio maritalis* (volonté durable de vivre mari et femme pour créer une union matrimoniale). Le mariage a pour vocation principale "d'assurer, par la perpétuation de la famille, l'exercice ininterrompu du culte des ancêtres... mais seulement l'union formée dans des conditions telles que les enfants qui en sont issus peuvent être associés au culte de la famille"¹⁸. La continuité de l'union matrimoniale dépend en général de l'avènement de leurs enfants. Comme le montre la pratique du mariage, la considération dévolue à un couple sans enfant est de moindre valeur par rapport à celui qui se trouve dépourvu. La nuance qu'il importe de faire en réalité est qu'il existe moins de couples sans enfant comparativement à ceux qui assurent par leurs progénitures la survivance de leur identité. Si dans un couple sans enfant, le mariage n'est pas rompu malgré les pressions légitimes de la famille du mari, elle se trouve compensé par les progénitures des autres femmes du même mari du fait que la cosmologie de la famille en Afrique précoloniale attache

plus de l'importance à la progéniture. Plutôt que de participer à l'ensevelissement de leur identité du fait de l'absence d'enfant dans une famille, les familles préféreraient accorder une valeur éminente à la postérité. Le mariage en Afrique précoloniale et plus spécifiquement au Bénin ex Dahomey n'est pas sujet uniquement à un événement heureux.

B-- Les déboires du mariage

Par déboires du mariage, il faut entendre tous les phénomènes qui impliquent la disparition du lien matrimonial (1) et l'amenuisement de la souffrance des époux en secondes noces (2).

1- De l'annulation à la dissolution du mariage

Le mariage célébré en violation des pratiques coutumières prescrites par les familles respectives encourt une nullité déclenchée par les familles de l'épouse ou de l'époux. Le sort réservé à l'annulation du mariage apparaît différent de celui des vices de consentement. Il se peut que dans certains cas d'une rareté extrême, la violation des pratiques coutumières ne donne lieu automatiquement à l'annulation du mariage car l'arrangement semble conduire au compromis entre les familles. Cependant, l'attachement rigoureux aux règles coutumières demeure dans la majorité des cas la règle d'or qui gouverne les relations matrimoniales.

Les vices de consentement n'ont pas pour objet en Afrique traditionnelle de conduire directement à une annulation du mariage mais à une union marquée par la résignation que développe la vie commune des époux. La réponse de l'annulation ne résulte pas de la position de la famille sur le sujet mais de l'amour du mari pour sa femme renforcé par l'évolution du temps évitant ainsi de rompre les amarres de l'union matrimoniale. La femme se résigne dès lors qu'elle se rend compte qu'elle a été victime d'une erreur ou d'un dol dans le mariage parce que son *leitmotiv* premier est d'assurer l'épanouissement psychologique de ses progénitures. Mais il y a lieu de noter que la formule de Loyseil en matière de dol « trompe qui peut », peut constituer une pratique réelle même en Afrique précoloniale. Pour le cas de la violence ou du viol, il y a lieu d'admettre, soit une imposition de la femme violée au violateur soit une correction du violateur dans les lieux d'éducation du jeune adulte. Pour les cas d'empêchement liés à la parenté et à l'inceste, la société traditionnelle en Afrique ne permet pas de consacrer

¹⁶ - DEROUSSIN (David), op.cit., pp. 73 et s.

¹⁷ - DEROUSSIN (David), op. cit., pp. 70 - 72.

¹⁸ - CORNIL (Georges), op. cit., p. 46.

une union de ce type de sorte qu'il est impossible d'évoquer leur annulation. Les familles respectives désapprouvent la consécration d'une union incestueuse afin d'éviter la reproduction des tares ou maladies génétiques et décourager la distanciation du lien matrimonial. Il est maiséant que, lors des cérémonies au sein d'une même famille, que les époux participent car leur représentant expriment leur volonté. Mais s'il n'existe de manière explicite une annulation du mariage en Afrique précoloniale, il est difficile d'accepter l'idée du mariage putatif à l'égard de l'époux de bonne foi en raison de la considération négative que la société attribue à la femme divorcée. Des variables non négligeables conduisent à la rupture du lien matrimonial.

La stérilité, l'adultère ou l'impuissance des époux révélée après une période de vie commune prolongée représentent des motifs principaux pour la rupture du mariage. Les époux d'hier apparaissent comme des non mariés de sorte qu'on ne saurait leur attribuer le statut d'époux mariés contrairement à la théorie de l'apparence ou de la bonne foi par laquelle l'on contracte avec eux tout en supposant qu'ils sont mariés. Par contre, en cas de stérilité de la femme ou d'impuissance de l'homme, le traitement apparaît différencié car l'impuissance de l'homme peut être toléré alors que la stérilité de la femme ne l'est pas compte tenu de la nécessité d'une descendance surtout des mâles. Des effets de déshonneurs semblent s'abattre sur la femme.

La femme dont le mariage est rompu tout en exprimant de la répugnance autour d'elle ne peut encore jouir du prestige d'une jeune vierge engagée sur la voie du mariage, auréolé de tous les honneurs car elle apparaît ôté de sa valeur intrinsèque et véritable. Elle amorce une descente infernale contrairement à sa vie de mariée. Qui peut encore vouloir d'une femme antérieurement mariée et objet d'un mariage rompu. Le prestige de la femme étant amoindri, les désirs de vengeance d'un amour raté enchanteront les autres soupirants. La rupture du lien matrimonial constitue, surtout pour la famille de celle-ci, une honte considérable parce qu'elle ne peut plus revêtir l'image d'une jeune fille immaculée. Elle représente un épiphénomène qui vient se greffer à l'intérieur du domicile familial à la recherche d'une seconde noce au niveau de ses anciens ou nouveaux courtisans.

La dissolution du mariage ouvre droit à une autre dimension qui suppose l'existence d'une union matrimoniale antérieure. Le mariage est supposé dissout lorsqu'il y a des violations manifestes des dispositions

mettant en péril la stabilité du couple notamment l'adultère de la femme, la mésintelligence avec un autre homme, des injures graves contre les familles des époux. Si l'adultère de l'homme semble être toléré dans la société précoloniale au Bénin du fait du caractère patriarcal de l'homme porté vers plusieurs épouses, il est par contre sévèrement réprimé lorsqu'il est commis par la femme considérée une valeur éminente par le mari. Il n'y a donc for à parler une quelconque parité. Elle change le statut des époux qui se considèrent comme des divorcés au moyen de la rupture de l'union matrimoniale. Les relations matrimoniales apparaissent tranchées ou rompus sans égard aux liens matrimoniaux antérieurement établis entre les familles respectives de sorte qu'il semble impossible d'envisager l'éventualité d'une union future: une trace indélébile entre les familles qui survit à l'épreuve du temps et de l'histoire.

Pour ce qui est des enfants, la dissolution prévaut tant à l'égard de la femme que du mari. La femme divorcée rejoint pour des situations qualifier d'exceptionnelles (polygynie à outrance mettant à mal l'éducation des enfants) sa famille biologique pour élever ses enfants adoptés par ses propres parents. Par contre lorsque les enfants choisissent de vivre au domicile de leur père en raison de la place prépondérante accordée au patriarcat, ils sont adoptés par toute la famille de leur père. Les enfants des frères et sœurs d'une même famille d'un même tribu ou d'un même clan sont élevés comme les enfants de toute la famille sans une discrimination inspirée d'un individualisme. Il y a lieu de constater que la vie en Afrique prend l'allure d'une vie communautaire où seule prime la logique de la communauté sur celle de l'individu.

La dissolution du lien matrimonial suscite un relâchement des mœurs et une haine gratuite et intolérable au niveau des époux divorcés car on ne se quitte pas au Bénin en Afrique pour les beaux yeux d'un divorce par consentement mutuel mais en vertu d'une séparation douloureuse prolongée dans le temps et ravivée par une jalousie envers ce qu'on n'aime même plus. La rancœur que nourrit le mari à l'égard de son ex-épouse est d'une grande importance qui jaillit sur les familles qui deviennent comme des ennemies quasi-éternelles lorsque des modes de résolutions pacifiques des conflits apparaissent impossibles. La vie des époux divorcés s'envenime par des invectives, des injures, des intolérances graves qui conduisent à une figure implacable de la part de l'époux divorcé.

Outre ces déboires provoqués par la rupture du lien matrimonial, l'une des conséquences principales de la dissolution du mariage demeure

dans la restitution de la dot payée par le mari à la famille de celui-ci lorsqu'intervient une séparation définitive. La famille du mari se montre très exigeante pour obliger celle de l'ex-épouse à restituer la dot afin de garantir son honorabilité et sa place au sein de la société. Le groupe socio-linguistique « Toffin » au Bénin évolue dans la logique de la restitution de la dot alors que pour le groupe ethnique « nagot », il est déshonorant de s'inscrire dans cette démarche pour prendre les exemples des familles Adéléyé et Falola de Kétou au Bénin. La restitution doit s'opérer de manière intégrale comme le souligne le principe de la loi de correspondance des formes "Nihil tam naturale est quam eo genere quiddam dissolvere quo colligatum est" (il n'est rien de si naturel que de dissoudre un lien quelconque de la manière dont il a été noué)¹⁹, principe modernisé dans le droit administratif par le celui du parallélisme des formes²⁰.

La restitution de la dot varie selon les contrées en fonction du conjoint qui paie la dot et selon la coutume retenue : restitution de la dot par la femme en Afrique et restitution de la dot par le mari dans la Rome antique, dans l'Ancien droit français ; la *rex uxoria* permettant à la femme de récupérer ses propres. Dans la Rome antique la restitution de la dot dépend de ses causes ; un sixième de la dot pour chaque enfant à concurrence de la moitié de la dot... un sixième de la dot pour lui-même en cas d'adultère de la femme, et un huitième pour des causes mineures²¹. Le déni de restitution de la dot provoque de remous entre les familles si bien que la mémoire collective les rappelle lorsque d'autres unions matrimoniales se profilent à l'horizon. L'annulation et la dissolution ne sont pas les seules déceptions du mariage. Dans la rupture du lien matrimonial, diverses opportunités de vie heureuse s'offrent à la femme victime des déboires de l'union conjugale. Qu'elle soit répudiée ou divorcée, la femme peut se mettre sous le joug d'un autre compagnon avec qui elle célébrera en secondes nocces une nouvelle union quand bien même elle fait l'objet d'inimitiés entre les familles du premier lien conjugal. Le cas de la veuve du *cuius* (cujus) (mari décédé) dans l'ancien droit français, ²² n'est pas identique à celui de l'Afrique traditionnelle dans la mesure où soit elle choisit d'épouser par la pratique, du lévirat le frère

¹⁹ - P. COLLINET & A. GIFFARD, op. cit., p. 184 & s.

²⁰ - André MAURIN Droit administratif, Paris, Dalloz, 2009, pp. 74-75.

²¹ - Bruno SCHMIDLIN & Carlo Augusto CANNATA op. cit., p. 89 et s, Georges CORNIL, op. cit.,

p. 50.

²² - David DEROUSSIN op. cit., pp. 130-133.

La transcendance du mariage...
 cadet de son mari défunt, soit elle épouse son fils aîné en s'abstenant de connaître des rapports charnels avec un homme.

2- De la répudiation

La répudiation d'une femme mariée est le fait pour le mari de conduire son épouse dans la maison de son beau père en lui interdisant de revenir au domicile conjugal. Les causes de la répudiation semblent correspondre à celles développées dans les cas de dissolution du mariage notamment, l'adultère, l'infécondité de la femme, les injures portant atteinte à l'honorabilité de la famille du mari, les querelles entre les familles, etc.

A la différence de l'annulation et du divorce, qui admettent antérieurement des pourparlers, la décision qui prononce la répudiation intervient comme un divorce prononcé au tort de la femme qui quitte avec ses propres, antérieurs au mariage pour rejoindre sa famille biologique. Les querelles ébruitées avant la décision de répudiation autorisent les familles à travers leurs représentants légaux à engager des médiations, des conciliations et des arbitrages pour trouver des solutions pacifiques au différend qui oppose les époux entre eux. A défaut d'accord, l'échec des modes alternatifs de résolution des conflits peut conduire les familles soit devant un tribunal soit sur la voie de la répudiation. Le tribunal des règlements des conflits familiaux en Afrique précoloniale tente à son niveau de trouver des solutions au litige opposant les familles en recourant aux gardiens des temples, aux sages, aux chefs de culte, à toute personne ressource pouvant influencer ou imposer une solution aux parties en conflit. Les sanctions imposées par le tribunal précolonial de règlement des conflits familiaux peuvent paraître diverses car elles vont de la correction des mises en cause sous forme de châtiments dans une brousse, à l'acceptation de la solution imposée en passant parfois par des amendes pour réparer le préjudice causé.

La répudiation, bien qu'elle émane du mari, ne peut être considérée comme une attitude unilatérale du mari puisqu'elle rime avec la logique communautaire qui veut que le groupe prime sur l'individu. Avant de s'engager dans la voie de la répudiation de son épouse, le mari se doit dans les contrées de l'Afrique d'informer les membres de sa famille, de recueillir leurs avis sur les motifs de la répudiation avant de prendre la décision finale. Lorsque les motifs de la répudiation emportent l'adhésion des représentants légaux de la famille du mari, le processus ultime de répudiation se déclenche.

Il faut se garder de confondre répudiation et séparation passagère ou séparation de corps. La répudiation est le départ définitif de la femme du domicile conjugal alors que la séparation passagère conduit momentanément la femme au domicile de ses parents en attendant des pourparlers de nature positive qui pourraient la ramener au domicile de son mari. La répudiation diffère aussi du divorce en ceci que les époux peuvent divorcer et se remarier après tandis que la répudiation interdit le remariage de la femme qui en constitue l'objet.

Dans sa posture d'être fragile que le mari se doit de protéger, la répudiation augmente son taux de vulnérabilité en mettant la femme en état de mendicité chronique qui met en péril la survie d'elle même et de ses enfants même si on ne dissimule pas les souffrances psychologiques de la femme engendrées par celle-ci. Si elle paraissait aux yeux de sa famille comme une femme ayant réussi sa vie de par l'amour que lui vouait son ex-mari, la répudiation brise le mythe de son statut social et la place dans une situation indésirable si bien qu'elle ne jouit plus du même prestige au sein de la famille de naissance. La femme qui hier subvenait aux besoins des membres de sa famille se trouve privé après répudiation, des moyens essentiels qui lui permettraient de faire face aux différentes sollicitudes de la part de ces derniers. Elle est taxée même au sein de sa famille de tous les maux : incapacité de vivre sous le giron d'un mari, manque de décence et de considération, injures graves, méchanceté, sorcellerie, envoûtement, etc. La coutume en matière de mariage aurait pu penser à une forme d'assurance matrimoniale permettant à la femme répudiée de se prendre en charge pour éviter qu'elle, soit délaissée pour des motifs divers alors qu'elle a contribué pendant longtemps à l'épanouissement de son mari et de ses enfants.

La répudiation sur fond d'adultère véritable de la femme, implique une sanction ultime venant de la famille du mari qui a la possibilité d'opter pour une sanction moindre correspondant à la réintégration de la femme après des cérémonies de purification de celle-ci : chez les fons d'Abomey, on évoque le fait de laver les pieds de la femme pour lui permettre de retrouver son état de pureté antérieur à l'acte d'adultère. Mais la répudiation peut constituer une occasion rêvée pour elle de se faire une nouvelle vie lorsqu'elle n'était pas épanouie dans le mariage. Les mutations du mariage en Afrique s'étendent au delà de période coloniale et postcoloniale.

II- Les succédanés du mariage

Les mutations importantes que connaît le mariage en Afrique s'échelonnent sur la période coloniale (A) et celle postcoloniale qui inclut l'époque contemporaine (B).

A- La colonisation par le mariage

Pour simplifier les analyses sur les coutumes africaines, l'administration coloniale par la méthode de l'administration directe a fait l'option d'une législation uniforme (1) et d'une jurisprudence sévère (2).

1- Une législation uniforme

Inspiré par les grands débats (la protection du lignage, la réserve héréditaire, la légitimité, la vocation successorale, la filiation, la tutelle,²³ les différents projets de Code jusqu'au Code civil de 1804) ayant opposé les conservateurs aux partisans de la modernité à propos de la famille, les colonisateurs envoyés dans les pays de l'Afrique Occidentale française notamment le Bénin, ont voulu manifestement éviter la polémique des ordres de conduite au moyen de l'uniformisation des normes juridiques. Ils tirent à merveille leçon de la diversité des coutumes en France ; coutume d'Anjou, coutume bretonne, coutume du midi qui mettent à mal la conception d'un modèle unique de coutume en France et de l'oeuvre de codification des coutumes²⁴ de France (le grand coutumier de Normandie, le coutumier de Beaumanoir, et les ordonnances de Montils-les-Tours) qui ont permis aux colonisateurs de comprendre la nécessité de codifier les coutumes africaines pour les sortir de l'imprécision lorsqu'elles voudront être appliquées. Dépourvue de normes juridiques codifiées de manière formelle, le Bénin (ex-Dahomey) comme l'Afrique Occidentale française (AOF) dominé par l'oralité s'est vu imposer par les colonisateurs français une législation unique qui régite l'espace juridique considéré à travers les décrets coloniaux Mandel et Jacquinet.

Les décrets Mandel et Jacquinet mettent l'accent sur la liberté de la femme indigène en la libérant de l'emprise des pratiques coutumières par l'autorisation qui lui est accordée de consentir librement et personnellement l'union de son choix sans craindre un refus de ses parents, refus que les

DEROUSSIN (David), op. cit., pp. 86-128.

Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit*, Paris, P.U.F., 1998, pp. 127-133.

décrets réprovent dans la prohibition faite à l'encounter des parents d'empêcher l'éventualité d'une union entre les futurs époux. Le projet du décret de Mandel insiste dans les premières lignes sur la politique de prudence et de non ingérence en termes de « fidèle à l'engagement pris par elle l'intérieur de ses colonies établies, la France s'est gardée, par une de respecter les traditions stables, la vie sociale et familiale de ses sujets ». Or, la intervention prématurée, la vie sociale et administrative directe consiste dans la politique coloniale de la France ou administration coutumières africaines en destruction systématique de toutes les pratiques conformes à celles en vigueur au vue d'instaurer des normes identiques ou conformes à celle de style qui sein de la métropole : une preuve de rhétorique ou de figure de style qui révèle un décalage immense entre l'écrit juridique et la pratique réelle de l'administration coloniale dans les colonies.

Le décret Mandel du 15 juin 1939, réglant les mariages entre personnes de statut personnel en Afrique occidentale française et en Afrique équatoriale française, définit en son article 1 le champ d'application de ses dispositions (Afrique Occidentale française et Afrique équatoriale française) et l'âge requis pour contracter mariage quatorze ans révolus pour la femme et seize ans pour l'homme). Un des grands bouleversements apportés par le décret Mandel réside dans l'article 2 qui précise que "le consentement futur époux est indispensable à la validité du mariage". Si le consentement des futurs époux suffit à lui seul pour consentir un mariage, il représente en des futurs époux mariage introduite dans l'ordonnance de preuve de libéralisme matrimonial introduite dans le régime de Afrique africain et tranche avec la conception du mariage ou de l'alliance en Afrique précoloniale. Le décret Mandel évoque entre autres, le consentement d'un nullité d'une convention matrimoniale d'un impubère, le consentement d'un pubère dans le cadre du mariage, sans que la partie qui se serait souligant que "seront nulles de plein droit, sans que la partie qui se serait lésée par la prononciation de la nullité puisse, de ce fait réclamer aucune indemnité: 1° toute convention matrimoniale concernant la fillette impubère qu'elle soit, ou non, accompagnée du consentement de la fille ; 2° toute convention matrimoniale concernant la fille pubère, lorsque celle-ci refuse son consentement; 3° toute revendication de veuve ou de toute autre lorsque cette personne refuse de se rendre chez l'héritier auquel elle attribue²⁵"

II- Le

²⁵ - PENANT (D) & PENANT (Maurice), *Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation Coloniales et Maritimes, anciennement "La tribune des colonies et des protectorats"* Volume XLIX, année 1940, pp. 109 et s.

Considéré comme obstacle au progrès en raison de leur diversité et de leur complexité, les coutumes africaines ne pouvaient faire l'objet de la part du colonisateur d'une étude approfondie qui les mette en valeur car elles apparaissaient pour le colonisateur français comme un terrain fécond de l'incompréhension juridique. Si la puissance colonisatrice admet une métamorphose des colonies sous son influence, il est difficile de soutenir que celle-ci s'est opérée par l'intermédiaire d'une politique de prudence dans la mesure où elle produit à l'égard des colonisés, soit une indifférence, soit une admiration des règles françaises. Mais contre toute attente, il s'agit d'une résistance manifeste des colonisés face à la politique coloniale de destruction des coutumes africaines. En établissant son objet principal autour du libre consentement de la jeune fille et la libre disposition de la femme veuve et consentent de la nature de l'union conjugale en terme d'alliance en Afrique précoloniale, le décret de Mandel subordonne la validité du mariage au seul consentement de la jeune fille, constituant ainsi une réforme de grande ampleur au sein des sociétés africaines notamment béninoises comme dans l'aventure ambiguë²⁶

En rappelant dans le deuxième visa du décret Jacquinet, le décret Mandel du 15 juin 1939, l'administration coloniale assure la continuité normative dont la valeur importante s'inscrit aussi bien dans l'amélioration du statut de la jeune fille que dans celui réservé à la femme veuve non pas en raison de la postérité de son éducation mais plutôt par l'encadrement de la maturité ou de l'âge qu'il institue « ... les citoyens ayant conservé leur statut personnel contractent mariage suivant la coutume qui leur est propre, sous réserve des dispositions du décret du 15 juin 1939 et de celles qui font l'objet des articles ci-après. Art. 2— Même dans les pays où la dot est une institution coutumière, la fille majeure de vingt et un ans et la femme dont le précédent mariage a été légalement dissous, peuvent librement se marier sans que quiconque puisse prétendre en retirer un avantage matériel, soit à l'occasion des fiançailles, soit pendant le mariage ». Il prévoit que la jeune fille dispose de l'option de consentir au mariage sans le consentement de sa famille, de même que la femme dont le mariage antérieur a été dissout soit par divorce soit par décès du mari. La précision de l'âge de la jeune fille (vingt-et-un an) consentant au mariage, l'extension de la possibilité de se marier pour la veuve et pour la femme divorcée font apparaître des éléments nouveaux qui demeurent inexistant dans le décret Mandel. Le décret Jacquinet poursuit le

²⁶ Cheikh HAMIDOU KANE, *L'aventure ambiguë*, Paris, 1961, Col. Poche.

souci de la précision et de la nouveauté car, il intègre la vocation générale de la loi, celle de fixer des dispositions générales au lieu de descendre dans le détail des matières à régir, et corrige l'incapacité à convoler une noce du fait des exigences excessives en matière de dot au titre des obstacles au mariage d'une jeune fille âgée de vingt-et-un ans.

Si le décret Mandel ne semble pas rappeler explicitement la notion de dot au motif que le mariage d'un pubère sans le consentement des parents règle la question, il en va autrement pour celui de Jacquinot qui autorise le mariage d'une jeune fille majeure de vingt-et-un, et la femme dont le précédent mariage a été dissous lorsque le caractère excessif de la dot paraît constituer un empêchement à la célébration du mariage. Comment déterminer l'excessivité de l'institution dotale ? Pour être plus précis et circonspect, le décret Jacquinot détermine le caractère excessif de la dot lorsque "le taux de la dot réclamée dépasse le chiffre déterminé, suivant les régions par le chef de territoire"²⁷. La jurisprudence se montre intransigeante sur la question.

2- Une rigueur jurisprudentielle

Le projet du décret de Mandel apprécie la nécessité impérieuse d'une jurisprudence sur le mariage en Afrique pour évaluer l'application d'une mesure imposant de nouvelles normes de conduite apparemment exogènes à la société béninoise dont l'objectif principal poursuivi, amoindrit le rôle dévolu aux parents en matière de consentement au mariage. La substance de la mesure jurisprudentielle se résume par l'idée selon laquelle « le moment est venu de consacrer dans un texte la jurisprudence qui subordonne au consentement de la jeune fille la validité du mariage et qui assure à la veuve la libre disposition d'elle-même ». Comme il appartient selon les partisans de Portalis à la jurisprudence de descendre dans le détail pour régler selon la méthode casuistique les espèces qui lui sont soumises, le décret Mandel évolue dans le sens d'une application stricte ou rigoureuse ne donnant aucune marge de manœuvre ou réserve que la pratique pouvait dégager. En réglant la question de la compétence des juridictions à connaître des litiges relatifs au défaut de consentement du fait d'une dot excessive, le

décret Jacquinot donne compétence aux tribunaux de premier degré pour leurs résolutions. Il impose de manière péremptoire la délivrance gratuitement de l'acte de mariage au requérant dont l'union matrimoniale est éprouvée par le défaut de consentement des parents en vertu d'une dot exorbitante. La délivrance de l'acte de mariage permet son enregistrement par l'officier d'état civil même sans le consentement des parents de la fiancée et sa promesse de ne pas transgresser les règles de la bigamie.

La jurisprudence se montre très intransigente à partir des décrets Mandel et Jacquinot dans la mesure où elle n'admet aucune réserve dans leur application quand bien même les coutumes africaines attestent une diversité considérable. Il semble évident qu'il n'existe de preuve matérielle dans l'histoire de la jurisprudence sur le mariage en Afrique pendant la période coloniale où l'on relève la non application des dispositions des décrets rappelés ci-dessus : il s'agit d'une interprétation à la lettre²⁹ des décrets de Mandel et Jacquinot relatif au consentement, au mariage de la jeune fille au remariage de la jeune femme divorcée et de la veuve. Bien que la jurisprudence renforçant l'application des décrets Mandel et Jacquinot demeure quasi inexistante, peut-être à cause de la guerre (suspension de la publication du Pénant, Recueil Général de Jurisprudence de Doctrine et de Législation Coloniales et Maritimes en raison des contraintes et obligations de la métropole pendant la seconde guerre mondiale et de la loi du 30 octobre 1946 validée par force de loi portant rétablissement de la légalité républicaine en Afrique Occidentale française), il est difficile d'entrevoir du chef de l'administration coloniale une flexibilité, la force de répression implacable étant le principal gouvernail. La jurisprudence s'étend en majorité sur les questions de compétence de juridiction³⁰, de validité du mariage³¹,

²⁷ D. PENANT & Maurice PENANT, *ibid.*

²⁸ François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 86. Michel VAN DE KERCHOVE, "La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique", in *Interprétation en droit, approche pluridisciplinaire* sous la direction de Michel van de KERCHOVE, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1978, p. 13.

²⁹ Cour d'appel de Dakar, Audience du 19 novembre 1948 et Tribunal de 1^{ère} instance de Lomé, Audience du 19 novembre 1949, in, Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation d'Outre-Mer sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT, 61ème année, n° 586, Janvier 1952, Paris, édition de l'Union française, 1952, Jurisprudence p. 12 & 13.

³⁰ Tribunal de 1^{ère} instance de Pondichéry audience du 22 mars 1946, in Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation Coloniales et Maritimes, anciennement "La

²⁷ D. PENANT & Maurice PENANT, *Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation d'Outre-Mer*, 61ème année, n° 586, Janvier 1951, Paris, édition de l'Union française, 1951, pp. 147-148.

d'effets du mariage³², de divorce³³, d'abandon de domicile³⁴ de vocation successorale³⁵.

Mais en réalité, la portée de l'application des dispositions des décrets coloniaux (Mandel et Jacquinet) sur le mariage apparaît limitée car l'on ne retrouve aucune jurisprudence qui les consacre de sorte qu'on pût supposer qu'elles constituent des lettres mortes. Si le gouverneur Félix Eboué souligne la force de la coutume et les inquiétudes de la mise en œuvre de l'ordre juridique occidentale en Afrique³⁶, Laurentie, Directeur des Affaires juridiques du Comité de l'Empire français commentant les dispositions de la Circulaire du Gouverneur général Eboué relatif à l'ordre familial et social, met en exergue l'idée selon laquelle le décret Mandel « avait comblé de joie la plupart des missionnaires catholiques et protestants : il est resté lettre

morte, on peut le dire dans toute l'Afrique³⁷ », renforçant le prisme de l'ineffectivité des décrets rappelés ci-dessus : les décrets Mandel et Jacquinet ne sauraient être réceptionnés par les Africains pour la simple raison que leurs contenus ne sont pas en phase avec les règles de conduite qui gouvernent les sociétés africaines notamment celle béninoise.

Puisqu'ils font figure de dispositions juridiques inefficaces, ils impliquent un paradoxe de concrétisation normative qui engendre le contre-effet de la volonté de l'administration coloniale. A défaut de polariser l'attention des destinataires de la norme, ceux-ci préfèrent frayer leur chemin à propos du mariage, par le retour aux sources africaines. Les futurs mariés, la jeune divorcée, la veuve, au lieu de recourir à la voie contentieuse qui risque d'essaimer des inimitiés presque éternelles entre les familles, choisissent de se conformer à la logique de leur famille qui conditionne le mariage au consentement des parents et à la dot exigée par la famille de la future épouse. Enrobés d'une logique communautaire renforcée par le pouvoir du chef de famille et de ses membres respectifs, les futurs mariés n'éprouvent pas la nécessité, ou l'urgence de convoler en noces lorsque leurs parents invoquent un refus. Qui peut s'engager dans un mariage auquel les parents n'accordent pas leur consentement lorsqu'on sait les risques encourus en matière de risque d'accouchement, de litiges entre familles et de direction du ménage ? Etant donné que l'administration coloniale ne peut se substituer aux Africains pour accomplir tous les actes juridiques qui engagent la vie des époux, elle préfère accepter la forte valeur des coutumes africaines au détriment des logiques inhérentes aux décrets Mandel et Jacquinet qui accordent une totale liberté à la gente féminine africaine qui peut célébrer le mariage sans le consentement de ses parents lorsque la dot excessive constitue un empêchement au mariage. L'évolution du mariage en Afrique ne s'est pas estompée à la période coloniale.

B- La période contemporaine

Il sera étudié le consentement des parents en matière de mariage (1) et les décrets du mariage (2).

tribune des colonies et des protectorats sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT, Paris, 1947, Jurisprudence pp. 164-167, Cour d'appel de l'Afrique occidentale française, audience du 20 décembre 1940, in Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation Coloniales et Maritimes, anciennement "La tribune des colonies et des protectorats sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT", Jurisprudence, 1947, pp. 23-25.

³² - Tribunal de première instance de Fort-de-France, audience du 21 décembre 1943, in Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation Coloniales et Maritimes, anciennement "La tribune des colonies et des protectorats sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT, Jurisprudence Paris, pp. 165-170.

³³ - 1^{er} arrêt : Cour d'Appel de Dakar 19 Novembre 1948, (De Souza contre Dame de Souza), Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation d'Outre-Mer sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT, 61ème année, n° 586, Janvier 1952, Paris, édition de l'Union française, 1952, Jurisprudence pp. 12-17, 2^{ème} arrêt : Tribunal de 1^{ère} Instance de Cotonou : 19 Septembre 1949 (Dame Agbo contre Agbo in , Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation d'Outre-Mer sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT, 61ème année, n° 586, Janvier 1952, Paris, édition de l'Union française, 1952, Jurisprudence pp. 17-19.

³⁴ - Cour de cassation, Ch. Crim. Audience du 31 janvier 1952, Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation d'Outre-Mer sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT, 61ème année, n° 586, Janvier 1952, Paris, édition de l'Union française, 1952, Jurisprudence p. 228.

³⁵ - Cour d'appel de Dakar, audience du 20 juillet 1951 in Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation d'Outre-Mer sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT, 61ème année, n° 586, Janvier 1951, Paris, édition de l'Union française, 1951, pp. 309-310.

³⁶ - Felix EBOUÉ "Coutume familiale et sociale, in Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation Coloniales et Maritimes, anciennement "La tribune des colonies et des protectorats", sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT, Volume XLIX, année doctrine et économie politique, 1945, pp. 11-14.

LAURENTIE (H), "La coutume familiale et sociale", in Recueil Général de Jurisprudence, de Doctrine et de Législation Coloniales et Maritimes, anciennement "La tribune des colonies et des protectorats sous la direction de D. PENANT & Maurice PENANT", Volume XLIX, année doctrine et économie politique, 1945, pp. 15-21.

1- Du consentement à la dot

En dépit des mesures implacables imposées par l'administration coloniale aux coutumes africaines l'ont emporté sur les normes coloniales. Résistances des coutumes n'a pas été la même sur le parcours de la lutte La réaction des colonisés à l'ordre colonial : certains se montrent conciliants contre la soumission à l'ordre colonial, modérés ou conciliants vis-à-vis des membres de leur communauté, modérés ou conciliants avec le colon en lui présentant des règles de conduite favorables à son esprit ; d'autres voix affichent une posture révolutionnaire ou se sont radicalisées. Qu'elle soit modérée ou radicale, la tendance générale africaine par les africains se trouve être le retour aux sources traditionnelles objectives de la réalité de leur société. Faute d'avoir atteint leurs objectifs de consentement encadré, de mariage vidé de sa substance et de dot réduite par imposition, les décrets coloniaux de Mandel et Jacquinot n'ont rien changé par rapport aux matières qu'ils sont censés régir. En réalité, le retour aux sources imposées, les décrets coloniaux de Mandel et Jacquinot n'ont rien changé par rapport aux matières qu'ils sont censés régir. En réalité, le retour aux sources imposées, les décrets coloniaux de Mandel et Jacquinot n'ont rien changé par rapport aux matières qu'ils sont censés régir.

en droit de la famille plus précisément à la valorisation des coutumes africaines malgré leur diversité est soutenu par les colonisés. Au lendemain des indépendances, les colonisateurs et les dirigeants politiques africains ont voulu sortir les pratiques africaines de l'oralité et de l'imprévision. Pour ce faire, ils procédèrent par la codification ou la rédaction en des termes précis des ordres de conduite inhérents aux groupes ethniques habitant chaque territoire hérité de la colonisation. L'objectif d'une telle mission est d'assurer la prévisibilité des solutions qui se dégagent des espèces étudiées. Répondant à la Cirulaire 128 A. P. relative à la rédaction des coutumes des indigènes, une commission anonyme rédige le *Coutumier du Dahomey*, un texte juridique hautement éminent en raison de ses références à la réalité des coutumes béninoises. La procédure de rédaction des coutumes béninoises (ex-Dahomey), loin d'être fédératrice ou englobant dans un même creuset une diversité de comportements, se contente de présenter le noyau commun des comportements sociétales de chaque ethnique groupes ethniques pour en venir ensuite à la particularité de chaque ethnique notamment les Barbas, les Fons, les Gounz, les Minas, les Nagots, les Peuhls, les Pilas-pilas et les Sombas. Le Point 5 du Coutumier du Dahomey précise comme méthode de rédaction que « pour chacune des questions, la règle qui

a été reconnue comme appartenant à la majorité des coutumes est énoncée en premier lieu ; puis les exceptions sont énumérées, chacune étant examinée sous le nom de la coutume qui l'admet ». Le Coutumier du Dahomey désigne ainsi un texte casuistique ayant une allure de sociologie descriptive puisqu'il se soustrait à l'optique d'ériger un texte de nature générale et impersonnelle. Le Coutumier du Dahomey, bien qu'étant marqué par la référence aux sources traditionnelles africaines (consentement familial pour le mariage de la jeune fille, polygamie, polyandrie, lévirat, répudiation), reste dominé par l'esprit du droit occidental en énonçant les catégories juridiques relevant des situations juridiques envisagées.

Si l'âge du mariage apparaît variable 14-15 ans pour la fille, 18-20 ans pour le garçon (Point 57 du Coutumier du Dahomey), il peut atteindre 40 ans et plus chez les fons pour les unions appelées « *adomevo* » ou mariage précédé de fiançailles très tôt (Point 58 du Coutumier du Dahomey) et 30 ans et 20 ans respectivement pour l'homme et la femme chez les Sombas (Point 62 du Coutumier du Dahomey).

Le Coutumier du Dahomey examine la question de la dot en argent (Point 107 du Coutumier du Dahomey : Fons, Gouns : 3000 francs ; Atzoz, Dendi : 100 à 200 francs ; Pila-Pilas : 50 francs) et en nature sous forme actuelle (Point 112 du Coutumier du Dahomey : chez les Fons, 26 francs, 25, 40 colas, 40 gousse « *d'Atakou* », 40 bouteilles de boissons, 40 kolas rouges). Le mariage est précédé en général du consentement des familles respectives (Point 68-71 du Coutumier du Dahomey), et regorge de diverses formes de mariage : mariage par échange, mariage par dot, des empêchements relatifs aux classes sociales notamment chez les mina où le fils du chef épouse une fille de classe ordinaire et non l'inverse (Point 83 du Coutumier du Dahomey), un esclave ne peut épouser une fille libre (Point 85 du Coutumier du Dahomey), une fille ne peut épouser un griot chez les Dendi (Point 86 du Coutumier du Dahomey). Le mariage selon l'esprit du Coutumier, n'est pas dépourvu de formalités (Points 90-121 du Coutumier du Dahomey).

Si les rapports entre époux régis par le Coutumier sont loin d'être des relations d'égalité (obéissance de la femme à son mari, considération du mari pour son épouse, adultère de la femme sévèrement réprimé que celui de l'homme (Point 135 du coutumier), il en va de même de la puissance du mari sur sa compagne et des causes du divorce qui peuvent aller jusqu'à la séparation avec pour conséquence la restitution de la dot. La cause du divorce peut résulter de l'adultère, de la stérilité, du mauvais traitement, de

³⁸ - Le point, hebdomadaire d'information du Jeudi 11 juillet 2013 n° 2130, Les plus grands traités de l'histoire, pp. 49-69.

l'impuissance, de la négligence des obligations du foyer, de la maladie répugnante et incurable (Point 149 du Coutumier du Dahomey), du décès d'un des époux donnant lieu au remariage du conjoint survivant (Points 162-176 du Coutumier du Dahomey).

De manière formelle, les dispositions de la loi 2002-07 portant Code des personnes et de la famille du Bénin semblent s'inscrire dans l'esprit des décrets coloniaux qui font de la volonté des futurs époux le critère déterminant de l'union matrimoniale, écartant les empêchements qui auraient dû l'être, du fait de l'absence du consentement des parents pour le mariage de la jeune fille ou le remariage de la femme divorcée et de la veuve. L'article 119 de cette loi prévoit que « chacun des futurs époux, même mineur doit consentir personnellement au mariage » alors que le consentement (??) est requis pour le mariage d'un mineur selon l'article 121. Le consentement personnel des futurs époux pour le mariage d'un majeur fait ôter l'autorité des parents surtout de la jeune fille en érigeant du coup une institution perméable au libéralisme (mise en valeur de l'autonomie de la volonté de l'individu) et débarrassée de toute tentative communautariste. La loi 2002-07 portant Code des Personnes et de la Famille du Bénin se rapproche de la loi N° 67-04 du 24 février 1967 tendant à réprimer les dépenses excessives à l'occasion des cérémonies familiales (JOS du 1^{er} mars 1967 du Sénégal en matière de limitation des dépenses relatives aux cérémonies familiales).

La seule exception autorisée par la *mens legislatoris* demeure l'expression du consentement du parent lorsque les futurs époux sont en deçà de la majorité d'au moins dix-huit (18) ans pour l'homme et d'au moins dix-huit (18) ans pour sa compagne selon l'article 123 de la loi 2002-07 portant Code des Personnes et de la Famille du Bénin. Sans toutefois revenir sur les impérities du législateur, liées aux âges des futurs époux qui ne peuvent être identiques du fait de l'évolution des sexes et de leurs différences biologiques ou hormonales, la vision anthropologique et sociologique du mariage béninois et par-delà africain, reste et demeure une sociologie de la parenté dans une vision communautariste.

Même si les normes prescrites par le loi 2002-07 portant Code des personnes et de la famille du Bénin sont explicites au point de ne donner lieu en vertu de la doctrine de l'acte clair, à aucune interprétation selon les adages « *clara sunt non interpretanda* » ; « *Interpretatio cessat in claris* », la réalité de l'union matrimoniale au Bénin combine à la fois les dispositions

la loi rappelées plus haut (voir l'esprit du Code civil français³⁹) et les régularités coutumières au sein de chaque famille. Le recours à la norme prescrite et aux dispositions qualifiées par la sociologie du droit sans rigueur, de non-droit ou d'infra-droit en attente de légalité⁴⁰, fait présumer d'une interprétation *contra legem (legem)* qu'il semble même difficile de soutenir. L'inquiétude pourrait venir du consentement des parents non prévue par la loi portant Code des personnes et de la famille en matière de mariage d'un majeur. La jurisprudence béninoise en la matière peine à trouver sa marque dans les espèces qui lui sont soumises lorsqu'elle recourt aux normes du solution amiable inspirée des coutumes ou lorsqu'elle recourt aux normes du coutumier du Dahomey (actuel Bénin), un texte abrogé depuis plus d'une décennie. La doctrine, consciente de la difficile réception des textes régissant la matière matrimoniale, affiche une figure modérée pour éviter que les dispositions du Code des personnes et de la famille soient déclarées par la pratique comme des textes de moindre importance. S'il est évident que le code du progrès doit l'emporter sur les pratiques négatives, il est souhaitable d'évaluer les bonnes pratiques occidentales en matière de mariage pour les rendre compatibles avec les coutumes africaines considérées comme positives après une titanesque œuvre de codification des coutumes béninoises ou africaines. Codifier une matière, c'est rassembler des dispositions éparpillées pour les mettre en code, en cohérence en vue de leur maintien ou de leur interprétation moins ardue.

En ce qui concerne la dot, le législateur béninois a rendu symbolique l'institution dotale selon l'article 142 de la loi 2002-07 portant Code des personnes et de la famille, au motif que le volume considérable de la dot exigée par des familles au Bénin pouvait faire obstacle à la célébration du mariage. Il se dégage un retour aux sources qu'il importe de clarifier. Dans l'Afrique précoloniale, la valeur symbolique de la dot paraît certifiée par les présents exigés après le consentement des parents des familles respectives et on offrait notamment un terrain fertile comme dot chez les Adja du Sud-ouest du Bénin, une vache chez les Peulhs du Nord Bénin, des cauris et un agneau pour les Nagots du Sud-est du Bénin. La dot prendra dès lors une valeur éminente dès la monétarisation de l'Afrique (introduction de la monnaie en Afrique) ou à cause de l'oisiveté véritable des chefs de famille qui

³⁹ JEAN RENAUDIN & DENIS MAZEAUD, Les grands articles du Code civil, Paris, Dalloz, 2012, p. 44-45.

⁴⁰ JEAN CARBONNIER, Flexible droit., Pour une sociologie du droit sans rigueur, Paris, 2001, p. 44-93.

ne trouvaient que ce moyen pour se tirer de la paupérisation à outrance : la valeur de la dot devient considérable au Bénin au point que le législateur y remédie par son caractère symbolique. L'analyse relative à la nature de la dot répond à une logique asymétrique ou à une logique à géométrie variable.

Si dans certaines familles, depuis les origines, la dot est restée inchangée du point de vue de sa nature, chez les Baribas, les Peulhs du Nord Bénin, les Nagots du Sud Bénin, elle suit chez d'autres une courbe ascendante au point de constituer véritablement un obstacle au mariage notamment chez les Fons et les Gouns du Sud Bénin⁴¹. Il en résulte que la dot devient un moyen par lequel le futur marié fait montre de sa valeur financière ou de sa classe sociale en offrant à sa compagne un terrain, une voiture, une maison, de l'argent en espèce sans égard à l'issue de la vie commune. Dans la pratique du mariage, la famille du futur époux préfère se conformer au contenu de la dot présenté par la famille de la jeune fille sous peine de se voir refuser la main de sa chère dulcinée. Contre l'article 142 de la loi 2002-07 portant Code des Personnes et de la Famille du Bénin qui prescrit la dot comme symbolique, le futur époux se résigne à se conformer strictement au contenu de la dot émanant de la famille de la future épouse. Il se dégage comme dans le cas du consentement une interprétation *contra legem* qui suscite une véritable crainte. La jurisprudence et la doctrine préfèrent adopter une position de dégradation modérée et assistent impuissantes à une signification contraires aux dispositions légales relatives au mariage et à la dot.

Dans le même sens, le législateur béninois a prescrit le mariage monogamique comme la seule union reconnue par la loi au détriment de la réalité du mariage polygynique antérieurement célébré. L'on peut s'interroger sur l'opérationnalité du mariage monogamique de type polygynique juridique dominé depuis des siècles par des mariages de type polygynique. Ne s'engage-t-on pas dans une voie sans issue véritable en matière de mariage ? Si la réponse à cette question est sans nul doute positive, l'on se

41. Une valeur évolutive de la dot à Abomey notamment dans la famille GANGNIHESSOU petite dot : 41 colas, 41 piment de méninguette, ou pinent de Guinée 04 ; liqueurs 1000 francs CFA et 2 liqueurs pour la mère, 20000 et 4 liqueurs pour le père ; grande dot : 12 liqueurs, 12 pagnes, 41 colas, 41 piments de méninguette ou pinent de Guinée 10000 et demi-pièce de Wax hollandais pour la mère, 20000 et une pièce de Was hollandais pour le père, 5000 pour la tante maternelle, 10000 pour l'oncle maternelle, 5000 pour les sœurs, la mariée, 5000 pour les frères de la mariée, une valise, des perles, des chaussures, des vernies, des séries de bols, un sac de sel, 100000 pour la fille, 2 paquets de cigarettes, paquets d'allumette, 500 pour les jeunes du quartier.

demande les raisons invoquées par le législateur pour renforcer le mariage monogamique aux antipodes des coutumes africaines.

Le régime monogamique prescrit par la loi 2002-07 portant Code des Personnes et de la Famille du Bénin semble provoquer la désaffection de la société vis-à-vis du mariage du fait de l'égalité (parité) entre les époux qu'il induit au détriment de l'autorité parentale qui attribue la direction du ménage au mari. Des citoyens béninois, d'une importance numérique considérable, considèrent moins le mariage selon la lettre et l'esprit de la loi ci-dessus que celui célébré conformément à leurs coutumes : soit ils se marient par pur formalisme en transgressant les obligations du mariage que les conjoints ne peuvent soulever devant les tribunaux en raison de l'attachement aux valeurs communautaires, soit ils ne se marient pas du tout en redoutant l'érosion de leur autorité dans le foyer dès lors qu'ils seront mariés et une situation obérée du fait d'un divorce coûteux même avec un régime de séparation des biens. Dans cette deuxième branche qui renonce au mariage surtout monogamique, on retrouve des juristes qui sont des docteurs de la science du droit et *a fortiori* des citoyens ordinaires, des cadres de tous ordres. La désaffection des hommes envers le mariage n'est pas propre au Bénin car on y relève les germes dans les sociétés occidentales ravivées par un libéralisme⁴² ou un individualisme occidental (opposé à l'approche communautaire) illustré par le nombre de célibataires, les émissions de télé-réalité (qui veut épouser mon fils sur TF1, le Bachelor célibataire sur NT1 en France) et les sites de rencontres (Facebook, meetic, twitter, badoo, etc.) qui proposent des passerelles de rendez-vous pour ceux qui le désirent. Elle se traduit par des procédures simples de divorce notamment la demande unilatérale de divorce introduite par l'un des époux ou une pension alimentaire limitée à la durée du mariage en Belgique. S'il est souhaitable que tous ces moyens destinés au mariage conduisent à célébrer des unions matrimoniales véritables, il est évident de constater qu'ils

42. Charles TAYLOR, "Cross-Purposes : The liberal-Communitarian Debate" in N.L., Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge (Mass.) Harvard UP, 1991, p. 159 et s., M. WAZEMBA, "The communitarian critique of Liberalism", in *Political Theory*, 18, 1990, pp. 6-23, A. BERTEN P. DA SILVEIRA, & H. POURTOIS, sous la direction Libéraux et communautariens (eds.), *Libéraux et communautariens* in G. HOTTOTIS & W. WEYEMBERGH sous la direction de Richard RORTY, *Libéraux et limites du post-modernisme*, Paris, Vrin, 1994, p. 185-203, St. MULHALL & J. WAZEMBA, *Liberalism and communitarians* Oxford, Blackwell, 1997.

aboutissent à des rencontres éphémères qui renvoient les couples à leur statut *ante*. A cause du coût et du nombre de divorces et de la revendication égalitaire ou paritaire exprimée avec vigueur par la femme depuis les années 1980 en Europe, les individus de sexe masculin en Occident éprouvent des difficultés à s'engager avec une compagne de sexe féminin augmentant ainsi le nombre de femmes non mariées, des femmes maîtresses (bureaux). La désaffection à propos du mariage semble encourager en Occident l'épineux dossier de l'homosexualité. Le mariage dès l'époque coloniale regorge des sous-entendus qu'on ne saurait dissimuler.

2- Les écueils du mariage

Devenus indépendants dans les années 60, les jeunes Etats africains en raison du spectre de l'unité nationale qui contraste avec la souveraine ethnique de l'Afrique précoloniale détiennent en mains toutes les cartes de leur destinée ou de leur développement notamment sur la question du mariage. Plusieurs options stratégiques du progrès s'offraient aux dirigeants africains en vue de l'amélioration des conditions réelles de vie de leur population. Ils avaient le choix entre deux positions apparemment radicales : s'enraciner dans leurs coutumes matrimoniales, synonyme de risque de repli ou d'enfermement sans ouverture extérieure ou d'accréditation des normes juridiques coloniales en altérant les leurs. La conduite des pays africains n'a pas été identique au lendemain des indépendances. Pour certains pays africains comme le Bénin, la Côte d'Ivoire ou le Sénégal, le développement était perçu dans la pratique de la nationalisation des normes coloniales relatives au mariage pour la simple raison que le risque était plus grand dans l'adoption d'une politique de rupture avec la métropole. La continuité de la pratique des décrets Mandel et Jacquinot ne devrait pas surprendre. Les autorités politiques africaines ne craignaient véritablement que l'amorce d'un chaos à l'intérieur de leur territoire secoué par des replis identitaires, obstacles à la construction de l'unité nationale. Elles ne redoutaient que les conséquences d'une politique de rupture dans le domaine du mariage : des successions d'événements à la chaîne, effondrement des structures héritées de la colonisation, moyens financiers considérables pour mettre en place de nouvelles institutions, réception par les indigènes de celles-ci. S'il est évident que les dirigeants africains de l'époque des indépendances étaient partagés entre impasse, hésitation et désolation au point de s'inscrire dans une

sociologie descriptive de leurs coutumes⁴³, il y a lieu de reconnaître que même les plus intelligents d'entre eux étaient dépourvus de l'arme ethniques ou multiculturel. En redoutant que les revendications identitaires issues des guerres de libération nationale ou d'un mouvement populaire n'ébranlent leur pouvoir, ils se sont rabattus sur les normes coloniales pour justifier la construction de l'Etat par une quête absolue de l'unité nationale au détriment de l'émancipation des différentes composantes de leur entité juridiquement déterminée. Les dirigeants africains ont imposé les normes coloniales par la mise en œuvre d'une politique de répression systématique de toute forme d'opposition, par la délation des adversaires politiques, par le favoritisme ethnique et enfin par le parti-Etat à travers le culte de la personification du pouvoir notamment au Bénin, au Cameroun, au Gabon, en République Démocratique du Congo (ex Zaïre), etc. La plupart des dirigeants africains de la période postcoloniale ne maîtrisant le contenu principal des doctrines idéologiques, ils ne pouvaient que mimer sans une réelle conscience, des propositions de base soit du système capitaliste, soit du système socialiste ou des catégories juridiques inspirées de l'Occident⁴⁴. Ils organisaient des voyages d'étude, des conférences, des formations secondaires en direction des pays à la tête de chacune de ces grandes idéologies afin d'affermir les bases de leur option idéologique. Ainsi, naïf l'Afrique des dictatures. Les options prises par les dirigeants africains s'inscrivaient dans la continuité.

A cause de la diversité des coutumes africaines, quasi-identiques à la situation d'ancien régime en France, les intellectuels africains malgré les promesses du développement de leurs contrées ont préféré s'inscrire dans la voie d'unification ou de construction nationale entreprise par le colonisateur qui bat de l'aile : il est évident qu'ils ont " fait preuve de mimétisme...mais à la « coloniale ». Simultanément le mimétisme accentué des « évolués » aspirant au statut français est devenu autant qu'une propriété assurant la

⁴³ Elias Olawalé, *La nature du droit coutumier africain*, Paris, Présence Africaine, 2000, pp. 87-128.

⁴⁴ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2^{ème} édition de la « Reine Rechtslehre », par Charles EISENMANN Paris, Dalloz, 1962, pp. 299-319, Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 46-48, Xavier MAGNON, *Théorie (s) du droit*, Paris, ellipses, 2008, Mark VAN HOECKE, *Law as communication*, Oxford Hart publishing, 2002, pp. 128-134.

protection, un outil d'insertion...⁴⁵ Ils craignent que le retour aux sources africaines puisse provoquer des tensions communautaires ou ethniques, au point de mettre en péril le pouvoir qu'ils adulent de tous leurs vœux.

Dépourvue de connaissances précises en matière de législation où en, codification des coutumes, les politiques africains ont continué l'œuvre de la mission colonisatrice et l'on comprend mieux la raison invoquée pour justifier la doctrine du mimétisme des concepts juridiques ou celle de l'isomorphisme des concepts juridiques opposant ainsi tradition et modernité. S'il est dangereux de rendre incompatibles ou opposables, tradition et modernité, est souhaitable de les concilier pour produire les schèmes du progrès africain. L'amorce du développement de l'Afrique se trouve subordonnée à la maîtrise des valeurs endogènes ou des réalités coutumières qui dominent l'Afrique, complétées par les indices axiologiques imposées de l'extérieur par le progrès. Il serait conseillé de partir des coutumes diverses pour soit les fédérer en une union nationale ou les fédérer en sauvegardant leur particularité à la manière suisse, une sorte de fédéralisme ethnique.⁴⁶

La réalité matrimoniale en Afrique contemporaine semble ignorer le mouvement de codification des coutumes réalisées en France par le moyen de la rédaction des coutumes décidé par Charles VII en 1454 à travers l'ordonnance de Montils-lès-Tours qui permit de rédiger plusieurs coutumes françaises : coutumes du Midi, coutumes des pays du droit écrit, coutumes des régions du nord de la France. La rédaction des coutumes en France a donné lieu conformément à l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII à une prescription qu'il importe de rappeler « à compter du jour où ces lois sont exécutées, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales et locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code ». La pratique béninoise sans avoir procédé à la rédaction des coutumes fait montre d'un mimétisme aveugle en imposant conformément à l'article 1030 de la loi n° 2002-07 portant Code des Personnes et de la famille que « les coutumes cessent d'avoir force de loi en toutes matières régies par le présent code ». La jurisprudence de la Cour constitutionnelle béninoise, DCC 02-144 du 23 décembre 2002, confirme l'abrogation de la force

obligatoire des coutumes par rapport à la loi⁴⁷. Le mimétisme⁴⁸ à la limite préjudiciable se met en œuvre.

Au terme des approches analytiques sur le mariage en Afrique, il importe de retenir que le sens véritable de l'union matrimoniale dépend des événements qui l'ont affecté positivement ou négativement. En Afrique, le consentement des familles qui est l'objet du mariage s'exprime sous une forme collective qui engage leur responsabilité et s'oppose à la forme du consentement individuel obtenu entre les époux pour la célébration du mariage en France. Le consentement des familles engendre l'acceptation d'une dot par la famille de la future mariée dont la fonction principale compense le départ de celle-ci du giron de sa famille génitrice. Si la dot joue un rôle de compensation dans la famille de la jeune fille, elle est déterminée quant à son contenu, en fonction des professions exercées par les familles des époux. La variation du contenu de la dot intervient lorsque les familles des futurs époux exercent des activités différentes notamment pour un mariage réunissant une famille d'agriculteur et une famille d'éleveur. Lorsque les familles des futurs époux mènent des activités différentes, il appartient à la famille du futur époux de se conformer au contenu de la dot exigée par sa belle famille. Les effets du mariage dans l'Afrique traditionnelle sont loin d'être négligeables.

Le consentement et la dot obtenus dans les formes prescrites par les familles des futurs époux surtout celle de la future épouse, confère au mariage un caractère légitime. La ritualisation des cérémonies du mariage renforce ses caractères légal et légitime en empêchant les soupçons de prendre la jeune mariée pour une jeune fille libre en quête de compagne (compagnon). Les époux sont considérés comme des mariés et s'engagent dans des contrats de nature surtout pécuniaire à travers les prêts de sommes d'argent. Le mariage légal et légitime entre époux confère les mêmes attributs aux progénitures.

Le mariage en Afrique peut s'opérer entre un homme et plusieurs femmes pour s'attribuer la forme polygynique. Il est conçu dans sa forme anthropologique comme l'union d'un patriarche avec ses épouses sans discrimination d'épouse ou de progénitures. A partir d'une polygynie de droit

⁴⁵ - Jacqueline BOLLE, Le Code des personnes et de la famille devant la Cour constitutionnelle du Bénin, la décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002, in Afrilex 4, <http://www.afrilex.u-bordeaux.fr>.

⁴⁵ - Jacques VANDERLINDEN, "A propos de la création du droit en Afrique. Regard d'un absent", in La création du droit en Afrique, Paris, Karthala, 1997, p. 16.

⁴⁶ - Jacques VANDERLINDEN, Loc. cit., p. 24.

⁴⁷ - Jacques VANDERLINDEN, "A propos de la création du droit en Afrique. Regard d'un absent", in La création du droit en Afrique, Paris, Karthala, 1997, p. 16.

⁴⁸ - Jacques VANDERLINDEN, Loc. cit., p. 24.

dans un mariage déclaré légal et légitime, s'étendent la légalité et la légitimité des enfants de l'union. Tous les enfants engendrés par l'union entre l'homme et ses épouses bénéficient de la présomption de paternité, sont considérés et élevés dans l'esprit des enfants de la famille et ont droit à une vocation successorale identique. L'institution matrimoniale peut faire l'objet moins d'évènement heureux.

Le mariage en Afrique, dans un certain sens, peut être annulé lorsqu'il transgresse les règles de fond et de forme prévues en la matière notamment pour les vices de consentement comme le défaut de consentement surtout de la famille de la future épouse. Il est important de relever que l'annulation du mariage en Afrique se fait rare car les familles prennent toutes les précautions pour le faire célébrer dans les formes prescrites. Si le dol ne conduit pas à l'annulation du mariage du fait de la résignation de la jeune mariée, le viol, quant à lui, impose au violeur l'obligation de prendre en mariage la fille violée.

Le mariage est rompu du fait surtout de l'adultère et surtout de la stérilité de la femme. Une femme qui n'a pas de progéniture après le mariage est supposée rejoindre sa famille d'origine à moins que son mari décide délibérément de la garder nonobstant la risée dont il fait l'objet dans la famille ou dans la société. Enfin la femme peut être répudiée du domicile de son mari parce qu'elle n'engendre pas de progéniture ou parce qu'elle suscite une incompatibilité d'humeur au sein du foyer conjugal. Le mari, après entretien avec sa famille au sujet de la réputation de sa femme, la dépose auprès du chef de famille ou de la collectivité en rompant tous les liens du mariage. Les déboires du mariage conduisent à des situations indésirables au point d'écarter l'image de la femme. Du fait de la perte de sa défioraison qui la rend comme une vieille fille ou une fille-mère, la satire sociale se déchaîne sur elle de manière qu'elle ne semble pas être accueillie dans sa famille puisqu'elle fait l'objet de toutes les critiques négatives : incapable, fille de moeurs légères, sorcière, etc. L'époque coloniale a secoué l'essence du mariage en Afrique.

S'inspirant de l'histoire de la rédaction des coutumes en France jusqu'à l'adoption du Code civil de 1804 et des lois postérieures sur la filiation, l'administration coloniale a opté pour la voie de la simplification en encadrant les coutumes africaines fortement diversifiées, sources de complexification d'analyses de la part des colons. Elle a voulu par les décrets coloniaux de Mandel et de Jacquinet libérer la jeune fille africaine de la masse pondérale que représentait la coutume matrimoniale. Le décret

Mandel autorise les futurs époux à consentir personnellement au mariage et fait de leur consentement, une condition de sa validité. Il définit l'âge des futurs époux. Il met l'accent sur le régime de nullité du mariage célébré faute de consentement de la jeune fille pubère ou de celui des parents d'une mineure, ou dans le cadre d'une revendication successorale qui exige la présence du successible chez l'héritier qui a reçu la part successorale induite. Le décret Jacquinet renforce la liberté de la jeune fille, de la jeune divorcée et de la veuve en lui permettant de se marier personnellement dès l'âge de vingt-et-un an et chaque fois que la dot paraît excessive suivant les régions et le Chef de territoire. Pour donner effet à cette disposition juridique, le décret Jacquinet fait droit aux tribunaux de premier degré de trancher les différends portant sur la nature excessive de la dot, d'en donner gratuitement acte au requérant aux fins d'enregistrement de l'institution matrimoniale par l'officier d'état civil sans le consentement des parents de la fiancée.

Etant donné que rien d'exogène ne pourra s'intégrer à une société au point d'être totalement assimilé par les composantes de celle-ci, les décrets Mandel et Jacquinet malgré les moyens répressifs de l'administration coloniale qui les ont accompagnés sont tombés en désuétude. Si l'on n'ose pas évoquer à leur égard une ineffectivité accrue, il reste qu'ils ont eu le mérite de provoquer la résistance ou l'attachement des Africains à leurs valeurs communautaires et laisser quelques séquelles de mimétisme juridique. En dépit du paradoxe de la concrétisation normative qu'ils suscitent, les décrets Mandel et Jacquinet ont inspiré l'Afrique contemporaine.

Au Bénin, la loi 2002-07 portant Code des personnes et de la famille épouse l'esprit des décrets ci-dessus rappelés en imposant le mariage monogamique, le consentement personnel des futurs époux pour consentir au mariage et en rendant la dot symbolique. Cependant, la référence inconditionnelle aux décrets Mandel et Jacquinet ont donné lieu à l'expression d'un droit officiel qui représente le Code des personnes et de la famille du Bénin et un droit officieux qui oblige les futurs époux à obtenir le consentement des parents et à se conformer à la nature de la dot exigée par la belle famille du mari. L'on ne parlerait pas de dualisme ou de pluralisme juridique mais d'une coexistence harmonieuse entre un droit officiel et un droit officieux en attente de légitimation. Il est évident que la monétarisation et l'oligarchie des chefs de famille et de collectivité justifie la valeur considérable de la dot contrairement à sa valeur symbolique dans l'Afrique

traditionnelle. Mais il est important d'approfondir l'institution matrimoniale en Afrique afin de retrouver son sens véritable complété avec les valeurs du progrès et les événements historiques.

Rights Commission: How it should be assessed

Salman R. K. *

Abstract

The Nigerian National Human Rights Commission like any other National Human Rights Commission needs evaluations/assessment in order to know, with precision, whether or not the purpose for which it was established has been achieved. The Commission has been evaluated by writers on human rights. However, this paper's hypothesis is that the criteria adopted in evaluating the Commission are inadequate and ineffective. Against this backdrop, this paper proposes a more effective criterion for the assessment of all Commissions. Thus, the paper embarks on the assessment of the activities of the Nigerian NHRC from its inception in 1995 till 2011 when the amendment of the enabling Act was sought from the National Assembly. The paper concludes that the Commission has not performed up to the minimum standard expected of Human Rights Commissions. The paper comes up with some far-reaching recommendations with the hope that if such recommendations are adopted, the Commission would thenceforth be properly evaluated and that effective performance of the Commission will be enhanced.

* **Keywords:** Human Rights, Commission, United Nations Assessment, and Nigerian

Introduction

The adoption of Universal Declaration of Human Rights (UDHR)¹ by the United Nations in the twentieth century marked the beginning of human rights era worldwide. The century is regarded as human rights era because it witnessed the adoption of major human rights conventions² and protocols.³

1. LL B (Hons) BL; LL. M (Ife); Ph. D (Malaysia) is an Associate Professor at the Nigerian Law School, Lagos. E-mail:- rrsalman@yahoo.com & rrsalman2@gmail.com
 Universal Declaration of Human Rights, adopted 10 Dec. 1948, G.A. Res. 217A (III), U.N. GAOR, 4d Sess., U.N. Doc. A/RES/3/217A (1948) [hereinafter UDHR]

2. Such Conventions include International Covenant on Civil and Political Rights, adopted 16 Dec. 1966, G.A. Res. 2200 (XXI), U.N. GAOR, 21st Sess., Supp. No. 16, U.N. Doc. A/6316 (1966), and U.N. T.S. 3 (entered into force 3 Jan. 1976); International Covenant on Economic Social and Cultural Rights (ICESCR) GA res. 2200A (XXI), 21 UNGAOR Supp. (No. 16) at 49, UN Doc. A/6316 (1966), 993 UNTS 3, (entered into force Jan. 3 1976); and International Convention on the