



HAL
open science

Le rôle de la pratique dans la formation du droit de la famille en Afrique noire francophone : cas du Bénin

Yémalin Gnonlonfoun

► **To cite this version:**

Yémalin Gnonlonfoun. Le rôle de la pratique dans la formation du droit de la famille en Afrique noire francophone : cas du Bénin. Droit. Université de Perpignan, 2022. Français. NNT : 2022PERP0002 . tel-04131769

HAL Id: tel-04131769

<https://theses.hal.science/tel-04131769>

Submitted on 17 Jun 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par
UNIVERSITE DE PERPIGNAN VIA DOMITIA

Préparée au sein de l'école doctorale **INTER-MED**
(ED 544)
Et de l'unité de recherche **CDED**

Spécialité : Histoire du Droit et des Institutions

Présentée par : Yémalin Justin GNONLONFOUN

**Le rôle de la pratique dans la formation du
droit de la famille en Afrique noire
francophone : cas du Bénin**

Soutenue le 12 février 2022 devant le jury composé de

M. André CABANIS, Professeure émérite, Université de Toulouse Capitole	Rapporteur
M. Eric WENZEL, Maître de conférences, HDR Université d'Avignon et des pays de Vaucluse	Rapporteur
M. Didier BAISSET, Professeur, Université de Perpignan Via Domitia	Président du jury
M. Alban MABA, Maître de conférences, HDR Université de Perpignan Via Domitia	Examineur
M. François-Pierre BLANC, Maître de conférences, HDR Université de Perpignan Via Domitia	Directeur de thèse

IN MEMORIUM

A FEU Professeur Alain DEGAGE

Vous m'aviez donné l'opportunité de réaliser cette thèse. Vous serez à jamais gravé dans ma mémoire. Que votre âme repose en paix !

A FEU GAWE Paul

Ce travail a été le fruit de ton soutien et de ton amour envers ma modeste personne. J'aurais aimé que tu sois présent pour voir l'achèvement de ce projet d'étude que tu as soutenu sans ménager d'efforts. Que ton âme repose en paix et que l'Eternel Dieu daigne toujours protéger tes enfants et leur mère !

Dédicace

*À ma très chère fille **Houéfa Michelle Fructueuse** et sa maman **GODONOU Mahougnon Aubierge**. Votre présence dans ma vie est pour moi une joie et une force me déterminant à toujours me battre. Trouvez dans ce travail, le fruit de la détermination et de la persévérance dans la vie.*

*À mon père **GNONLONFOUN Bernadin**, et ma mère **SOSSOU-LOKO Françoise**. Merci pour votre soutien et pour votre amour.*

REMERCIEMENTS

À Monsieur **François-Pierre BLANC** pour avoir accepté encadrer ce travail. Votre sens d'humilité et l'amour du travail bien fait sont autant de valeurs qui me serviront de boussole dans la poursuite de la recherche.

À **Roch Joël ADIDO**, Enseignant chercheur à la Faculté du Droit et de Sciences Politiques de l'Université de Parakou/Bénin. Toute reconnaissance et mes gratitude pour votre investissement personnel.

À **Charles Lwanga YAYA-VINCENT, Sophie VINCELOT BLANC** pour leur soutien financier et moral.

À mon frère **Jacques**, mes Sœurs **Eulalie** et **Reine** pour leur soutien.

À, **Lizette HOUNWANOU, Léonie GNANSOUNOU** de la congrégation des sœurs Albertine et à monsieur **Conrad GLONOU, Hans ADIDO, Elvire ADANDE, Oriane DEGBELO, BOKOSSA Thomas, Badakbou DJAMANE** pour leur soutien et amitié.

À toutes les personnes qui de près ou de loin m'ont accordé leur soutien et contribué, j'exprime toute ma gratitude.

DROITS D'AUTEUR

Cette création est mise à disposition selon le Contrat :

« Attribution-Non Commercial-Pas de modifications 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0) » disponible en ligne sur < <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/> >



LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

Al :	Alinéa
AOF	Afrique occidentale Française
Art. :	Article
Bull :	Bulletin
Cf	Confère
Chr :	Chronique
CPF	Code des Personnes et de la Famille
C.P.B.F :	Code Béninois des Personnes et de la Famille
D	Dalloz
D.U.D.H :	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
Ed. :	Edition
ENM :	Ecole Nationale de Magistrature
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais
G.I.T.P.A :	Groupe Internationale de Travail pour les Peuples Autochtones
J.C.P :	Jurisclasseur Périodique
LGDJ :	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Lév. :	Lévitiques
n°:	Numéro
<i>op. cit.</i> :	<i>Opere citatum</i>

p. : Pages

PUF : Presses Universitaires de France

PUS : Presse Universitaire de Strasbourg

PUN : Presses Universitaires de Nancy

PUP : Presses Universitaires de Perpignan

Vol. : Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : L'EFFICIENCE DES PRATIQUES DANS L'ELABORATION DU DROIT DE LA FAMILLE.

Titre 1 : L'observation de l'omnipotence du droit coutumier dans la construction originelle du droit de la famille.

Chapitre 1 : L'éducation familiale traditionnelle base de la construction normative

Chapitre 2 : Les valeurs traditionnelles familiales bases de la construction normative

Titre 2 : L'emprunt du législateur à l'espace coutumier pour l'évolution du droit de la famille

Chapitre 1 : La révision du droit de la famille influencée par les pratiques coutumières

Chapitre 2 : La révision du droit de la famille influencée par les pratiques coutumières étrangères

SECONDE PARTIE : LE ROLE MINIMISE DES PRATIQUES DANS L'ELABORATION DU DROIT DE LA FAMILLE.

Titre 1 : L'abandon des pratiques par le législateur dans la construction du droit de la famille.

Chapitre 1 : Une transposition des règles étrangères

Chapitre 2 : Une inadaptation avec les pratiques et coutumes indigènes

Titre 2 : Une nécessité de renforcement dans la prise en compte des pratiques coutumières.

Chapitre 1 : Une appropriation générale des pratiques coutumières locales par le législateur.

Chapitre 2 : Une intégration des réalités du droit moderne occidental de la famille.

CONCLUSION GENERALE

INTRODUCTION

Le droit est le reflet d'une société et donc chaque société ne mérite que ses droits. Il se définit comme l'ensemble des règles qui gouvernent l'activité humaine dans une société organisée et dont l'inobservation est sanctionnée par une contrainte exercée par l'autorité publique¹. Dans sociologie juridique, Au tournant du XIXe et du XXe siècle, Durkheim considérait que le droit se définit par « l'organisation sociale qu'il exprime ». Il tient intimement à la structure d'une société et est le symbole visible de la solidarité sociale.

L'« Afrique Noire francophone »² rassemble sur son territoire une très grande diversité de groupes sociaux, d'ethnies, de coutumes, de religions et bien d'autres éléments qui caractérisent sa démographie. Cette diversité est aussi une conséquence de la très grande diversité de traditions et de cultures, identités réelles des peuples d'Afrique Noire francophone, dont celui du Bénin en est un exemple. L'histoire de l'Afrique noire francophone rend compte de l'existence d'institutions locales traversant des périodes successives, généralement transmises par la tradition orale et les coutumes, de dimensions particulières formant un ensemble de dispositions sociales cohérentes, servant de règle de droit qui guident les rapports sociaux³. Il s'agit de « principes et règles non édictées par une autorité politique »⁴. L'arrivée de la colonisation a changé en fait, cet ordre traditionnel par imposition de règles étrangères. Cette situation a créé un ordre juridique dual, établissant une coexistence de droit culturel et de droit étranger moderne. Ce dualisme juridique a prévalu durant la longue période de la colonisation, où selon le choix, les citoyens pouvaient opérer entre l'application des règles indigènes établies par les traditions et le droit moderne importé par le colonisateur et ceci, lorsqu'ils sont impliqués dans une affaire relevant du droit civil. L'ordre juridique dual a provoqué une profonde mutation et instabilité de la famille, au point de désorganiser le

¹ Dorothé SOSSA, *Introduction à l'étude du droit*, édition Tundé, 2007, p.7

² Il s'agit des territoires formant l'ancienne fédération de l'Afrique occidentale Française (Sénégal, Mauritanie, Mali, Guinée, Haute-Volta, Niger, Côte-d'Ivoire, Dahomey), de l'Afrique Equatoriale Française (Congo-Brazzaville, Gabon, République Centre Africaine, le Tchad), le Togo et le Cameroun

³ Voir Elias Taslim OLAWALE, *Nature du droit coutumier Africain*, Présence africaine, 1961, 325 p. ; Jean-Paul POIRIER, « Les droits coutumiers dans les civilisations traditionnelles d'Afrique Noire », in *Aspect de la culture Noire*, 1958 ; Guy-Adjété. KOUASSIGAN, *L'homme et la terre*, Berger-Levrault, 1966. Le concept négro-africain du droit, p. 21 et s.

⁴ Mariel NYANGUI N'NA SANTIA, *Le droit gabonais de la famille entre tradition et modernité*, thèse Perpignan, 2014, p. 8

fonctionnement des institutions et pratiques traditionnelles. Au lendemain des indépendances, les nouveaux Etats africains, pour des exigences de développement économique que le droit coutumier ne favorisait guère selon le colonisateur, s'étaient donnés pour obligation de définir de nouvelles législations, devant désormais régir les rapports familiaux. Ceci permettra de mettre fin au dualisme juridique, devenu difficile à gérer et rendant plus complexe l'activité du juge. Certains Etats ont très tôt enclenché ce processus⁵ d'autres un peu plus tard⁶ avec de nombreuses difficultés. Ces dernières étaient liées d'une part au choix entre les pratiques et les usages établis par les coutumes ; et les nouvelles pratiques relevant du droit moderne hérité de la colonisation. Les autres difficultés relèvent d'autre part de la très grande diversité des coutumes qui prévaut dans les familles⁷ des Etats de l'Afrique Noire francophone en particulier celle du Bénin. Autre part, les législateurs africains se sont retrouvés face à des pratiques culturelles, qui indiscutablement exercent une grande influence sur l'activité de la construction normative dont ils sont entrepreneurs. Les pratiques exercent donc une influence dans la construction du droit, notamment le droit de la famille, parce que c'est la famille qui constitue la base de toute société. Il convient d'appréhender la famille dans le cadre des pays de l'Afrique Noire francophone et en particulier celui du Bénin.

La présente analyse pour paraître plus perceptible, nécessite avant toute démonstration des clarifications conceptuelles relatives aux notions dont notre analyse fera constamment l'usage. Ces clarifications permettront avant tout de mieux saisir le sens du sujet objet d'étude.

Le terme rôle est classiquement entendue comme le rouleau de papier sur lequel on inscrivait les actes. Le rôle est aussi entendu comme une partie d'un texte de théâtre que doit dire sur scène un acteur. On peut parler en termes de rôle tragique, de rôle comique. Mais le sens dans lequel la notion de rôle est utilisé dans la présente thèse est un sens courant. Lorsqu'on parle de rôle il est généralement entendu comme l'influence ou la fonction que joue une personne ou une chose dans la conduite d'une situation sociale ou encore dans une affaire⁸.

L'activité humaine de même que le comportement des individus dans une société peuvent être appréhendés comme la pratique du droit. La pratique désigne l'activité de ceux qui

⁵ L'exemple du Sénégal, du Gabon, etc.

⁶ Le cas du Bénin en est un exemple.

⁷ La famille évoquée ici s'appréhende beaucoup plus dans un sens plus large.

⁸ Définition proposée par Le Robert, dictionnaire en ligne sur <http://www.dictionnaire.lerobert.com>

ont pour fonction de mettre en œuvre la règle de droit, et donc de l'interpréter, pour le compte des sujets de droit⁹. Elle peut être aussi bien administrative (issue de l'activité du service public) que judiciaire. La pratique administrative peut désigner la fonction exercée par un agent de service public (fonctionnaire, contractuel, stagiaire, un collaborateur bénévole). Cette fonction vise la satisfaction d'un intérêt général. Il peut s'agir aussi d'une activité exercée par une personne morale de droit privé, par effet d'un contrat administratif conclu avec l'Etat et dont la réalisation satisfait un intérêt général. La pratique judiciaire, se rapporte à l'activité du juge dont la fonction est de dire le droit, il s'agit de tous les actes accomplis dans le cadre d'un procès. Pris dans ce sens, la pratique a pour fonction de créer le droit car le juge fait du droit (droit prétorien) en assumant sa fonction. La pratique désigne également « une connaissance acquise par l'expérience, par une habitude approfondie de quelque chose »¹⁰. Elle peut se définir aussi comme une façon de procéder dans la réalisation d'une action ou elle peut qualifier une action particulière. La pratique peut « se pratiquer seule ou en groupe. Elle peut être innée, issue d'une tradition, d'une religion, d'un métier »¹¹. Dans un sens plus ordinaire, on la désigne par le substantif « pratique », « un comportement concret adopté par l'homme dans les circonstances les plus diverses »¹². La codification napoléonienne définissait, par opposition aux droits, la pratique comme une procédure¹³. Le sens dans lequel elle est appréhendée dans le cadre de la présente thèse est celui du droit traditionnel. Elle est donc considérée comme une habitude approfondie, un comportement vécu par une société ou groupe familial, et qui sont en conformité avec les traditions et mœurs de cette société ou groupe familial. Cette habitude et comportement désigne ce que l'on appelle usage. C'est l'observation prolongée dans le temps de ces usages est ce qui définit la coutume. Ainsi, les termes coutumes et usages seront constamment utilisés pour désigner le terme « pratique ».

Traiter d'un sujet comme « le rôle de la pratique dans la formation du droit de la famille dans les pays de l'Afrique Noire francophone et dans le cas du Bénin, sans au préalable clarifier ce que recouvre la notion de famille, encore plus, dans ces dernières sociétés africaines, serait, appréhendé « un corps humain dépourvu de tête ». Toutes les fois, qu'il s'agit de définir le mot

⁹ Comp. La définition, plus restrictive, de Henri MAZEAUD et Jean-François CHABAS : « l'activité des praticiens se manifeste aux différents stades des difficultés juridiques que rencontrent les particuliers. »

¹⁰ Le petit Larousse illustré, 2011

¹¹ Philippe COULANGEON, *Sociologie des pratiques culturelles*, Paris, La Découverte, 2010, p.92

¹² François. TERRE, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 10^e édition, 2015, p. 34

¹³ Nicolas MOLFESSI et Jean HILAIRE, « La vie du droit », *Droit et société*, n°32, 1996, p. 193

famille, on s'aperçoit qu'il est question d'une entreprise difficile. C'est une notion qui regroupe à la fois des données biologiques et institutionnelles. Le droit est venu étendre et fixer la notion de la parenté, qui a été définie par les données de la biologie humaine, et précisément de la génétique. De façon classique, la famille est considérée en droit comme le cercle très restreint où sont vécus avec intensité, les rapports de parenté. Cependant, dans un contexte où, plusieurs générations demeurent attachées à un même culte, à des biens communs, à des charges et obligations communes et dirigées par un seul chef, la notion de famille dans de pareilles situations, transcende la cellule restreinte pour se développer à la taille d'un groupe social, formant un corps unique dont tous les membres sont liés par des coutumes et des traditions¹⁴. La famille demeure donc ici, une famille large. Ce type de famille est celle qui est le plus remarquable et répandu dans les pays de l'Afrique noire francophone, tels que le Sénégal, la Côte-d'Ivoire, le Togo, le Bénin, etc. Cette conception africaine de la famille, paraît assez particulière dans la mesure où elle se démarque fondamentalement de la famille telle que l'on l'appréhende dans les sociétés occidentales. La famille dans les sociétés occidentales, est universellement connue comme une famille assez restreinte, reposant simplement sur le lien existant entre père, fils et mère (père, mère et enfants ou conjoints et enfants). Dans son analyse sur les caractéristiques de la famille occidentale, John HAJNAL compare le système familial occidental à celui des sociétés non-européennes, qu'il trouve différente. Dans leurs analyses Peter LASLETT et d'autres historiens de la famille, arrivent à la conclusion que la famille occidentale est marquée par une forte proportion de familles nucléaires dont la structure est composée d'un couple et de ses enfants non mariés¹⁵. La famille représente dans le contexte africain évoqué ici, un facteur de sécurité et de refuge permanent pour l'individu. Elle est pérenne et demeure toujours vivante même au-delà de la mort de l'individu. Au fur et à mesure que les générations se succèdent, un nouveau père succède au patriarche défunt. Cette forme de famille a prévalu aussi dans les traditions occidentales classiques où les rapports de famille entretenaient déjà des liens politiques et des relations économiques. De toutes les manières, la famille africaine est beaucoup plus marquée par ses idéaux de vie communautaire. A travers une analyse assez originale, Malinowski démontre bien la particularité de l'organisation sociale des peuples mélanésiens chez qui il a vécu, en montrant que cette organisation est fonction non seulement des aspects socio-économiques de l'appareil juridique, mais aussi sur les relations

¹⁴ Mariel NYANGUI N'NA SANTIA, *Le droit gabonais de la famille entre tradition et modernité*, op. cit., p. 4

¹⁵ Jean-Louis FLANDRIN, Richard WALL. « Les caractéristiques de la famille occidentale et leur ancienneté », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, tome 25 N°3, Juillet-septembre 1978. pp. 476-480.

de parenté, mythes, rituels, système des valeurs de vie familiale et culturelle. Pour mieux découvrir cette famille communautaire, il faut analyser ses usages, à travers les différents éléments qui la composent, tels que la filiation, le mariage, les successions, et les régimes matrimoniaux, dans le contexte de l'élaboration de la législation moderne ayant vocation à s'appliquer à elle.

Au point de vue de l'activité de la construction normative, la création des normes juridiques pour être efficace se doit de prendre en compte les réalités et faits pratiques constants existants. Or, les faits de société et les comportements varient d'une société à une autre, d'une culture à une autre. L'évolution de l'histoire du droit de la famille en Afrique noire francophone pourrait se décliner en trois périodes : la période précoloniale, la période coloniale et la période post-coloniale. La période précoloniale est marquée par l'existence d'un système juridique unitaire exclusivement régi par les règles coutumières, les pratiques et les usages. A cette époque, la notion de l'Etat n'existe pas, l'autorité de la puissance publique est exercée par le roi et ses notables qui assument à la fois la fonction législative et exécutive. Pendant cette période, La famille représentée par les collectivités n'existe et ne fonctionne que par les coutumes. L'individu de sa naissance, jusqu'à sa mort, vit toutes les étapes de son existence au sein du groupe familiale. C'est au sein de la famille qu'il subit les rites de sa naissance jusqu'aux rites de sa mort, en passant par ceux de l'imposition du nom, de l'initiation et du mariage. Toutes ses étapes d'existence de l'individu sont juridiquement vécues sous l'application de règles coutumières. La période précoloniale est donc marquée dans la famille en Afrique exclusivement par l'application du droit coutumier. Mais la colonisation avec tout ce qu'elle a apporté vient marquer une grande rupture dans la vie familiale, mettant fin au système monopolaire des coutumes.

La colonisation a marqué la famille africaine par une grande mutation du système juridique unique entretenu par les coutumes. L'arrivée de la colonisation est venue opérée une sorte de transposition des règles du droit moderne (occidentale ou de la métropole) de la famille dans le système juridique préexistant, établissant ainsi un nouveau système dual marqué par (la coexistence de ces différents systèmes) l'application des règles de droit moderne étrangers à la famille africaine et l'application des coutumes indigènes. Ce système dual a provoqué une sorte de confusion dans une société où les coutumes et les règles de droit modernes ont toutes vocation à s'appliquer. Cette situation sera désormais presque irréversible dans la mesure où avec le choix du droit moderne colonial au détriment des coutumes, ces dernières ont toujours

existé et ont même tendance à dominer parfois les législations modernes constitutives de droit positif moderne notamment dans les pays africains.

La troisième période, est celle qui court des indépendances à nos jours, et qui est marquée par la rédaction et l'application de nouvelles législations de la famille. Cette période reste donc très marquée par le choix législatif opéré, la place et le rôle des coutumes dans la construction normative des règles de la famille avec toutes les conséquences qui en découlent pour la famille dans cet espace noir africain.

Avant la codification de 1804, les systèmes juridiques de l'Ancien Régime sous le nom d'ancien droit étaient notamment marqués par la coexistence de droit coutumier (coutume de Paris de Normandie) et les pays de droit écrit. Seul le droit canonique paraissait s'appliquer partout en matière religieuse. Aujourd'hui, le droit en vigueur sur le territoire de la République française est majoritairement un droit de tradition civiliste.

L'Afrique précoloniale nous révèle une civilisation originale¹⁶ composée de valeurs et pratiques dont l'étude par les ethnologues et les historiens a débouché sur la négritude, c'est-à-dire « la proclamation à la face du monde d'un ensemble de valeurs négro-africaines »¹⁷, ou de façon plus large sur l'africanité. Il n'est donc pas étonnant que « ces valeurs communes aient donné naissance à des droits qui ont un air de famille, des caractéristiques communes »¹⁸.

En France, on est passé de l'influence des droits coutumiers et des droits écrits à un droit de tradition civiliste. On comprend donc qu'en droit occidental, en droit français par exemple et dans les droits africains, les anciennes pratiques ont joué un rôle influent dans l'élaboration des normes juridiques modernes en phase avec l'évolution économique et socio-culturelle, ce qui témoigne de la diversité et de la particularité par lesquelles chaque système de droit se distingue. « L'usage ou la coutume peut établir des règles de droit parce que la coutume est l'expression de la volonté d'un peuple ou d'une société »¹⁹.

¹⁶ Pierre-François GONIDEC, *Droits africains évolution et source*, Paris, 2^{ème} éd., LDGJ, 1976, p.9

¹⁷ Léopold Sédar SENGHOR, *Liberté 1. Négritude et humanisme*, seuil 1964, cité par Pierre-François GONIDEC, *Les droits africains évolution et source*, *op.cit.* p.9

¹⁸ Arthur Sigismund DIAMOND, *Primitive Law*, London, 1935, p.174

¹⁹ Alphonse BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, Paris 1876, p.12

Le Bénin (l'ancien Dahomey) « est un pays d'Afrique occidentale d'une superficie d'environ 114 800 km², limité au nord par le Niger et le Burkina Faso, à l'est par le Nigeria, au sud par océan Atlantique, à l'ouest par le Togo²⁰. Le pays s'étend de l'océan Atlantique au fleuve Niger sur une longueur de 700 km ; la largeur varie de 125 km (le long de la côte) à 325 km. Le Bénin est presque deux fois plus grand que son voisin, le Togo (56 785 km²) »²¹. Il a connu une diversité culturelle immense avec l'existence de nombreux groupes ethniques (*Fon, Dendi, Nago, Mahi, Mina, Bariba, Somba, Bô, Yoruba, Peulhs, Aïzo*, etc.) plus d'une cinquantaine, toutes marquées par des réalités culturelles spécifiques, en dehors des similitudes constitutifs de coutumes générales. Il faut tout de même notifier que parmi ces ethnies, il y en a qui sont plus représentatives et qui regroupent plusieurs autres. C'est le cas de l'ethnie *Fon* par exemple qui regroupe les *Mahi, Goun* et bien d'autres. Il n'existe pas de groupe ethnique majoritaire. Ancien Dahomey, le Bénin a aussi été marqué par la grande époque des célèbres royaumes comme celle du *Danxomè* dans plusieurs domaines de la vie, comme celles de la justice indigène, le commerce du palmier à huile sous le règne du célèbre roi Guézo de même que les relations extérieures avec les royaumes voisins comme celle d'Oyo et d'Ifè. Il serait illusoire de penser que les pratiques de cette époque n'ont joué aucun rôle dans le processus de l'élaboration des législations modernes actuelles, résultat du droit positif béninois actuel. Plusieurs pratiques ont de ce fait largement influencer et déterminé les orientations prises dans la création du droit civil au Bénin. La même diversité culturelle est aussi remarquable dans les autres pays d'Afrique Noire francophone. Ainsi, au Burkina Faso, nous avons les *Mossis* qui représentent le groupe ethnique majoritaire, les *Gourmatchés*, les *Bwabas*, les *Peulhs*, les *Lobis*, les *Dagaras*, etc. qui pour chacun ont chacune une originalité culturelle propre et exclusive en dehors des similitudes générales. Au Togo également, un pays très voisin du Bénin on a les *Kwas, Ouatchis, Gins, Kabiyès, Tems, Batammaribas, Mobas-Gourmas, Tchambas*. La présentation géographique du Bénin et surtout sa composition sociologique est importante car elle permettra de comprendre les variances de pratiques d'une ethnie à autre surtout en ce qui concerne les pratiques relevant du mariage.

Le mariage peut être défini comme une convention solennelle par laquelle un homme et une femme s'unissent²² devant un officier d'état civil. La précision relative à « un homme et

²⁰ <https://presidence.bj/home/le-benin/geographie/>

²¹ La situation géographique du Bénin en ligne sur <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/afrique/benin.htm>

²² Se référer à la définition des fiançailles à l'article 113 du code béninois des personnes et de la famille.

une femme » est ici importante parce que dans les pays d’Afrique noire, l’union entre deux individus de même sexe est totalement inconciliable avec les mœurs et ne constitue qu’une aversion au sens des traditions. Le mariage ne peut unir qu’un homme et une femme. Le mariage crée une cellule familiale, le soubassement de tout édifice social, dont le lien matrimonial est générateur d’effets juridiques. Cette définition du mariage, ne cadre pas forcément avec celui des sociétés occidentales dont les législations autorisent les mariages entre individus de même sexe. C’est le cas en France avec la loi du 17 mai 2013 relative au mariage pour tous. En conséquence, le mariage est aujourd’hui dans certaines sociétés occidentales, « l’union entre deux personnes produisant des effets de droit ». Le mariage joue un rôle remarquable dans toute société et donc dans les sociétés africaines, en assurant une légitimité à tout individu et à toute sa descendance. Dans les pratiques ancestrales dominées par les mythes et réalités, en raison de l’oralité des coutumes, le mariage est vécu dans une solidarité familiale par tout le corps social comme une institution sacrée.

La formation du mariage est dans le contexte béninois comme celui de tous les autres pays d’Afrique noire francophone, caractérisée par l’usage de certaines pratiques ancrées dans les mœurs et traditions africaines. Ainsi en est-il des pratiques de la *dot*, des *fiançailles* de même que le consentement au mariage qui ont une grande fonction dans la construction des normes juridiques applicables au mariage.

La dot constitue un élément essentiel qui est toujours au rendez-vous de tout mariage en Afrique noire²³. Le législateur béninois du code des personnes et de la famille s’inspirant de la coutume²⁴ mentionne que « la dot a un caractère symbolique »²⁵. Cette disposition s’apparente aux usages des traditions. Le législateur béninois n’a pas voulu méconnaître l’existence de la pratique de la dot. La raison serait que cette pratique a cours depuis longtemps dans les traditions ancestrales, entretenue de génération en génération et est considérée comme un préalable pour l’union des futurs époux dans la plupart des cultures béninoises. En droit positif sénégalais, si la dot est définie comme une condition de fond du mariage, la terminologie utilisée semble laisser la dot au bon vouloir des futurs époux : « les futurs époux peuvent convenir que la fixation d’une somme d’argent, ou la détermination de biens à remettre en partie

²³ Mariel NYANGUI N’NA SANTIA, *Le droit gabonais de la famille entre tradition et modernité*, op. cit., p. 262

²⁴ Roch ADIDO, *Les traités essentiels du projet de code de la famille et des personnes du Bénin*, D.E.A., Perpignan, 1998, p.27

²⁵ Article 142 de la loi n° 2002-07 portant code des personnes et de la famille en république du Benin

ou en totalité par le futur époux à la future épouse sera une condition de fond du mariage. Cette dot ne peut dépasser la valeur maximale fixée par la loi²⁶ ». Le verbe « *pouvoir* » utilisé par le législateur sénégalais se présente comme une possibilité d'option laissée aux futurs époux, qui peuvent donc y renoncer. De toutes les manières, le législateur sénégalais n'a pas lui aussi écarté la pratique de la dot parce que celle-ci demeure une pratique et une véritable identité culturelle. La dot n'a donc aucun caractère contraignant tant en droit béninois qu'en droit sénégalais. Il convient tout de même de remarquer que le législateur béninois n'a fixé aucun montant contrairement aux législations sénégalaise et camerounaise. En droit Gabonais, il n'existe pas comme en droit béninois de disposition juridique relative à la question de la dot. Cependant, l'usage de la dot est de rigueur dans les pratiques de mariage et son existence a souvent donné lieu à une confrontation de la pensée occidentale moderne et de la pratique traditionnelle ancestrale.²⁷ Dans une œuvre consacrée à la question de la dot, chez les *Fang-Ntumu*, un groupe social situé au nord du Gabon, Ndong-Ndoutoumou rapporte, cité par Raymond Mayer²⁸, il est vérifié que les femmes qui n'ont pas été dotées ne se conduisent pas bien du fait qu'elles se croyaient encore comme célibataires et faisaient tout ce qui leur plaisait : on trouve la désobéissance envers le mari, l'adultère et bien d'autres inconduites. Tous ces facteurs ont fait que les maris portent assez souvent la main sur leurs épouses, et celles-ci dans leurs pleurs, disaient : « *wa yém 'awuing w'akee tare dzé* » ? Ce qui veut dire : tu veux me tuer ? Qu'est-ce que tu as donné à mon père ? ». Et à partir de cet incident, certaines quittaient le mari pour rejoindre le domicile de leurs parents. Il est donc évident que la dot en tant qu'usage demeure très pratiquée et influence sérieusement la formation du droit du mariage, ce qui témoigne de l'importance d'une telle étude.

S'agissant des fiançailles²⁹, elles jouent un très grand rôle au niveau des mœurs sociales et des usages populaires d'un pays³⁰. Elles continuent de revêtir une assez grande importance en raison de ce que le législateur béninois ne voulant pas s'attaquer sans détour aux usages, a prévu un certain nombre de dispositions sur les fiançailles³¹. Les mêmes dispositions se

²⁶ Article 132, al 1^{er} du code de la famille sénégalais

²⁷ K. L. NZEBI, *Le statut de la veuve en droit successoral gabonais*, Mémoire de Master II, Perpignan, juillet 2009, p. 23

²⁸ Raymond MAYER, *Histoires de la famille gabonaise*, Libreville, 2^e éd., 2002, p. 196.

²⁹ Cf. art 113 du code béninois des personnes et de la famille

³⁰ Roch ADIDO, « Les fiançailles dans le code des personnes et de famille au Bénin » in *Les personnes, la famille et le droit en république du Bénin ; Contribution à l'étude du code de la personne et des familles*, éd. Juriste OUANILO, 2007, p.55

³¹ *Idem.*

retrouvent dans le code de la plupart des pays de l’Afrique noire francophone, comme celui du code sénégalais des personnes et de la famille³². De l’ancienne France à l’Afrique, le mariage est précédé d’un ou de plusieurs avant-contrats. Ce pré-mariage peut être assimilé dans la théorie des obligations à une promesse synallagmatique de contracter.³³ La promesse synallagmatique engage deux personnes à des obligations réciproques et donc implique fortement leur consentement. C’est donc un accord de volonté des parties sur les éléments essentiels du contrat quitte à celles-ci de réitérer plus tard leur consentement devant un officier public³⁴. En effet, le consentement aux fiançailles est souvent confondu à celui du mariage alors que ce n’est pas la même chose. Le consentement aux fiançailles est essentiellement un accord de volonté dont l’objet est la promesse de mariage. Cette promesse n’est pas assortie d’une obligation de mariage. Dans les coutumes dahoméennes, le jeune homme est toujours consulté. La jeune fille l’est de plus en plus chez les populations du bas Dahomey. Le législateur béninois a abondé dans le même sens que les coutumes³⁵ en disposant que : « les fiançailles ne peuvent être contractées que si les parties remplissent les conditions de fond exigées pour le mariage ; en particulier chacun des fiancés doit donner librement son consentement, indépendamment de celui des parents, nécessaire aux mineurs »³⁶. Il faut tout de même remarquer que le législateur a procédé à une sélection des valeurs sur cette question de consentement aux fiançailles, car dans la coutume les parents consentent parfois seuls pour les mineures. C’est le cas dans les coutumes *Fons*, *Gouns*, *Aizos*³⁷ et *Sombas*³⁸ où on peut se fiancer avec une fille avant sa naissance et les cadeaux commencent dès l’accord des fiançailles³⁹. Les fiançailles demeurent encore aujourd’hui une réalité sociologique. Le droit ne les régit pas en tant qu’institution juridique *sui generis* et ne leur attache que des effets de droits limités. Le législateur n’a pas manqué ici même de s’inspirer des pratiques qui relèvent de la coutume.

Sur le consentement au mariage des futurs époux : le projet du code définit que chacun des futurs époux, même mineur, doit consentir personnellement au mariage⁴⁰. Ici, la volonté des futurs époux s’exprime clairement et ce conformément aux dispositions légales. Le mariage

³² Article 101 à 107 du code de la famille sénégalais

³³ Roch ADIDO, *op-cit*, p.55.

³⁴ François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 7^e éd., 1999, n° 186, p. 82.

³⁵ Art 44 du coutumier du Dahomey

³⁶ Art 116 du code béninois des personnes et de la famille.

³⁷ Ethnie d’une région du sud Bénin

³⁸ Ethnie d’une région du nord Bénin

³⁹ Art 48-a du coutumier du Dahomey

⁴⁰ Art 119 du projet du code béninois des personnes et de la famille

en tant que contrat nécessite la volonté des véritables parties pour se former, contrat qui est régi par la loi⁴¹. Cette conception de la volonté des futurs époux s'oppose aux pratiques de la coutume en raison du fait que dans la pratique le mariage est considéré comme l'union de deux familles et non exclusivement de deux personnes. Il nécessite donc en dehors du consentement des futurs époux, le consentement obligatoire des parents, que les futurs époux soient majeurs ou non. En ce sens, le seul privilège accordé au consentement personnel des futurs époux traduit un individualisme. Or, le mariage coutumier est un contrat entre deux familles, les pères, à défaut les frères aînés ou les chefs de famille doivent eux aussi y consentir⁴². Le consentement des parents n'exclut pas certes celui des futurs époux, mais il prime sur cet dernier dans la pratique des traditions familiales. Pour être donc en phase avec les pratiques, le législateur les a pris en compte en impliquant le consentement des parents. Néanmoins, cette attitude du législateur autorise juste les parents à consentir, mais n'en fait pas un élément indispensable au mariage, car la loi ne considère comme que celui des futurs époux. En revanche, si les futurs époux sont des mineurs, le consentement des parents est indispensable. C'est pourquoi au cours du vote de la loi n° 2002-07 portant code des personnes et de la famille en république du Bénin, il est désormais défini que : « le mineur ne peut contracter un mariage sans le consentement de celui qui exerce l'autorité parentale à son égard. Ce consentement doit comporter la désignation des deux futurs conjoints. Il est donné soit par déclaration devant un officier de l'état civil ou devant un notaire antérieurement à la déclaration du mariage, soit valablement lors de la célébration elle-même »⁴³. Cette position est aussi celui du code civil : « les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leur père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement »⁴⁴. Il est donc essentiel de se référer à la conception africaine de la famille et à la place de l'individu dans l'ordre familial traditionnel pour comprendre la conception du mariage coutumier⁴⁵. Le législateur a fait le choix du relâchement du lien familial au bénéfice du lien individuel. Cette position du législateur, ne présente-t-elle pas une contrariété dans la mesure où, bien que mariés, les époux demeurent toujours pour chacun d'eux intimement liés par les liens de filiation établis par la loi entre chacun d'eux et leurs parents. Il faut donc remarquer que dans les coutumes tout est lié en ce

⁴¹ Roch ADIDO, *Les traités essentiels du projet de code de la famille et des personnes du Bénin*, D.E.A., Perpignan. *op. cit.*, p.31.

⁴² Art 68 du coutumier du Dahomey

⁴³ Art 120 du code béninois des personnes et de la famille

⁴⁴ Art 148 du code civil

⁴⁵ Guy-Adjété KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, éd PEDONE, 1974, p.211

qui concerne la famille. L'individu depuis sa naissance intègre une société où les différentes étapes de sa vie se définissent en une suite logique de sorte que l'individu pris isolément laisse transparaître la famille au sens restreint et au sens large du terme. Dans les obligations d'ordres pécuniaires par exemple : l'article 108 du code civil qui était applicable au Bénin, dispose en son article 1^{er} : « la femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari » ; cette disposition est celle des pratiques coutumières. La femme mariée vit dans la famille de son mari, mais elle conserve sa place marquée au foyer natal, spécialement pour les fêtes rituelles⁴⁶. Dans le code des personnes et de la famille, le domicile légal des époux est : « le lieu choisi d'un commun accord par eux »⁴⁷. Dans la pratique africaine, la femme mariée réside chez son mari, à sa mort, elle est enterrée chez son mari, si la dot lui est versée. Le coutumier de même que le CPF, révèlent la survivance de la puissance maritale. Il y a donc une complicité entre les usages et le droit positif qui traduit toujours l'existence d'une influence qui mérite d'être étudiée.

Le choix de la monogamie : le mariage est considéré comme « l'acte juridique par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré⁴⁸ ». Cette définition classiquement valable en droit français, a été prise en compte par les rédacteurs du code des personnes et de la famille. Mais dans les usages, le mariage n'est pas toujours l'union entre un seul homme et une seule femme. C'est aussi celui d'un homme avec plusieurs femmes⁴⁹. La monogamie se trouve en face d'un autre type d'union, la polygamie, dont le choix par certaines législations continue de faire l'objet de débat doctrinal à ce jour. Même si certains auteurs pensent avoir vidé la question, elle demeure tout de même. La polygamie apparaît comme une institution du droit coutumier qui permet à l'individu de se marier et de vivre avec deux ou plusieurs épouses⁵⁰. Cette institution n'est pas prise en compte par le législateur qui au contraire a imposé la monogamie exclusive, en référence au droit français⁵¹. Mais cette absence de conformité avec les pratiques coutumières ne pose-t-elle pas un problème d'efficacité du droit lorsque l'on constate toujours la pratique de polygamie au

⁴⁶ Art 129 du coutumier du Dahomey

⁴⁷ Art 156 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁴⁸ Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique du droit civique français*, Paris, 2^{ème} éd., tome II, L.G.D.J., 1952, p. 59.

⁴⁹ Article 34 du coutumier du Dahomey

⁵⁰ Stanislas MELONNE, « Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain », *Revue de droit des pays d'Afrique, Périodique, Penant*, 1971, Volume :81, p.421.

⁵¹ Béatrice BOURDELOIS, *Le mariage polygamique en droit international français*, th. Paris-Est, éd. Joly, 1993 p.137

mépris du choix du législateur ? Cependant, on peut se permettre tout de même de dire que le choix exclusif de la monogamie n'est pas fait sans influence et que cette influence pourrait résulter du constat de la forte pratique d'inégalité qui s'observait à l'égard de la femme dans les traditions et qu'il fallait à tout prix corriger. Par ailleurs, les pratiques religieuses peuvent aussi influencer sur la formation du droit. C'est le cas du choix de la polygamie par le législateur sénégalais⁵², en raison de la forte pratique de la religion musulmane qui autorise la polygamie dans une certaine proportion.

Par ailleurs, il faut remarquer que la forme du mariage telle que définie dans le code des personnes et de la famille ne semble pas laisser aux époux le choix du type de mariage. « Seul le mariage monogamique est reconnu »⁵³. Au même moment, le législateur établit la séparation des biens comme régime de droit commun⁵⁴. Cette combinaison de choix semble un peu surprenante dans la mesure où de par toutes les pratiques occidentales comme africaines, la polygamie a toujours été de pair avec la séparation des biens. Même aujourd'hui, presque toutes les législations qui ont opté pour la monogamie n'ont pas adopté la séparation des biens exclusive. Même le droit français considéré comme une référence du droit béninois n'a pas accompagné le choix de la monogamie de la séparation des biens. Dans la logique des droits traditionnels, le régime matrimonial indiqué pour la polygamie ne peut être que la séparation des biens, puisque d'une part, le mariage ne crée pas une unité sociale et économique, chacun des époux ayant sa vie propre et que d'autre part, il n'opère pas l'intégration de la femme à la famille de son mari. De même la polygamie ne correspond pas au régime de la communauté⁵⁵. Ainsi, on a pu dire qu'une « telle communauté constitue la négation même de la polygamie qui puise son essence dans la contradiction d'intérêts »⁵⁶. Le régime de la séparation des biens s'impose à cause de « la complexité des relations interpersonnelles et patrimoniales qu'impliquent les relations polygamiques »⁵⁷. En effet, la polygamie (le mariage) dans la plupart des coutumes et traditions africaines, se résume à la polygynie (l'union d'un homme et de plusieurs femmes)⁵⁸. Dans ce type d'union, les époux gardent chacun leurs biens séparés et

⁵² Article 113 du code de la famille sénégalais

⁵³ Art 143 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁵⁴ Art 184 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁵⁵ Guy Adjété KOUASSIGAN, *Qu'elle set ma loi ? op-cit.*, p. 239, Serge GINCHARD, *Droit patrimoniale de la famille au Sénégal*, L.G.D.J., 1980, p.84 et s.

⁵⁶ Dicko Ousmane BOUDOU, « Le mariage et le divorce au Mali », *Penant*, 1965, p. 475

⁵⁷ Stanislas MELONE, *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Droit des personnes et de la famille Tome VI, Abidjan-NEA, 1982, p. 241

⁵⁸ Stanislas MELONE, « Le poids de la tradition dans les droits africains contemporains », *Penant*, 1971, p. 423

donc qu'il y ait deux ou plusieurs épouses aucun conflit ne devrait exister en ce qui concerne le partage.

Revenant à la notion de l'égalité, la volonté du constituant béninois est de voir disparaître la pratique de l'inégalité existant entre les personnes dans la société béninoise, antérieurement favorisée par les pratiques coutumières⁵⁹. Ainsi, le constituant a bien voulu en finir avec les pratiques d'inégalités prônées par les diverses coutumes. C'est le prolongement de cette consécration qui est traduit par le principe de l'égalité des époux dans le mariage. On concevrait mal que la femme traitée exactement comme l'homme sur le plan professionnel voit cette égalité disparaître dans les rapports de droit civil, rapports contractuels, ou rapports familiaux⁶⁰.

Si l'ensemble des familles composent une nation⁶¹, l'effectivité de l'égalité entre citoyens doit commencer par prendre sa source à partir de la cellule familiale. Il faut remarquer que la constitution du 11 décembre 1990⁶² a recherché cette égalité tout en se conformant aux normes internationales des droits de l'homme. Or, les coutumes et traditions béninoises n'ont pas toujours respecté ce principe d'égalité entre l'homme et la femme. La femme n'avait aucun pouvoir juridique et seule la pratique lui donne quelque importance⁶³. Le législateur béninois a donc le mérite d'avoir su par les pratiques de forte inégalité à l'égard de la femme à travers les traditions et coutumes béninoises, imposer l'égalité entre l'homme et la femme au sein du ménage. Cette consécration de l'égalité imposée par la législation en correction à l'inégalité établie par les coutumes n'est pas une spécificité de la législation de la famille béninoise. Toutes les législations des pays ont mis fin aussi à cette inégalité des coutumes, parce qu'ayant tous ratifié la charte des droits de l'homme et des peuples. Mais les coutumes sont tenaces et semblent parfois et par endroits présenter toujours des pratiques de domination masculine.

⁵⁹ Article 26 alinéa 2 de la constitution béninoise

⁶⁰ Hélène GAUDEMET-TALLONL « La famille face au droit communautaire », *in colloque internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, L.G.D.J., 1991, p. 85

⁶¹ André-Jean ARNAUD, « Philosophie des droits de l'Homme et droit de la famille » *in colloque internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, éd. L.G.D.J 1996, p.9.

⁶² Article 26 alinéa 2 de la constitution béninoise.

⁶³ Article 127 du coutumier du Dahomey. Les coutumes font donc montre d'une injustice d'égalité à l'égard de la femme.

En ce qui concerne le divorce, la disparition du mariage par divorce est une rupture totale avec la tradition, et même avec le droit moderne⁶⁴. Plusieurs causes peuvent être à l'origine du divorce. Il s'agit d'abord d'appréhender l'acceptation du divorce dans les traditions de même qu'en droit moderne afin de mieux comprendre si les causes sont toutes acceptées. Plusieurs causes peuvent être à l'origine du divorce. Nous nous proposons d'appréhender celles liées à la stérilité, à l'adultère et à l'impuissance de l'homme. L'adultère de la femme dans le droit coutumier béninois est considéré comme une atteinte aux croyances ancestrales⁶⁵. Le projet du code des personnes supprime les causes péremptoires du divorce. Ainsi, l'adultère est considéré comme un simple manquement, au même titre que les autres causes aux obligations du mariage⁶⁶. Le code elle-même a donc à cet effet élevé l'adultère au rang des causes de divorce⁶⁷. D'ailleurs, le code pénal béninois définit l'adultère comme un délit et le punit. On pourrait donc constater que le droit de la famille et le droit pénal sont unanimes sur la question de l'adultère et sont restés donc en phase avec la pratique de l'adultère dans le droit coutumier. Il en va de même pour la notion de fidélité. Ici, il faut remarquer que cette notion est intimement liée à celui de l'adultère, car ce dernier est considéré comme la violation du devoir de fidélité. En ce qui concerne l'impuissance et la stérilité définitive médicalement, la coutume⁶⁸ établit la stérilité de la femme et l'impuissance de l'homme comme cause de divorce. En effet, le droit coutumier conçoit le mariage comme l'acte qui a pour but la procréation. Le code des personnes et de la famille béninois réserve une place à la coutume en consacrant cette cause de divorce⁶⁹. Encore faut-il que l'époux qui allègue cette cause en rapporte la preuve. Avec le progrès scientifique, le médecin peut constater l'impuissance ou la stérilité définitive de l'homme ou de la femme. Autrefois, en cas de divorce demandé contre la femme pour stérilité, celle-ci peut faire la preuve contraire, en ayant avec d'autres hommes des relations suivies de grossesse⁷⁰. Dans certaines législations africaines, par exemple en Côte d'Ivoire, la stérilité de l'époux n'est pas une cause de divorce nommée par la loi⁷¹. Le constat ici est le même, le législateur est aussi en phase avec les coutumes.

⁶⁴ Roch ADIDO, *Les traités essentiels du projet de code de la famille et des personnes du Bénin*, D.E.A., Perpignan, p. 98

⁶⁵ Article 135 du coutumier du Dahomey

⁶⁶ Roch ADIDO, *op. cit.* p.106

⁶⁷ Art 234 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁶⁸ Art 149 du coutumier du Dahomey

⁶⁹ Art 234 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁷⁰ Art 149 du coutumier du Dahomey

⁷¹ Cours d'appel d'Abidjan 19 janvier 1968, *Penant* 1969, p.106 et s.

La tradition au Bénin est accusée d'être le terrain favorable aux violences faites aux femmes. La loi n°2011-26 portant prévention et répression des violences faites aux femmes prévoit des dispositions punissant les auteurs de ces sévices. Les violences à l'égard des femmes sont réelles au Bénin et se manifestent sous diverses formes. D'abord, les coutumes n'accordent aucun pouvoir juridique à la femme⁷². En effet, la femme a été pendant longtemps considérée comme une personne inférieure qui n'avait pas le droit de prendre une décision concernant la gestion des problèmes de la famille, et même pour ceux-là concernant elle-même. Par exemple après le décès de son mari, elle doit être donnée en mariage soit à un beau-frère soit au fils aîné de son mari ; elle n'a pas à donner un consentement contraire à celui de son époux quand il faut donner sa fille en mariage. Les mêmes pratiques existent encore de nos jours au Bénin, car nombreux sont des hommes qui continuent de battre leurs épouses. Ce sont donc les considérations qui sous-tendent la répression contre les violences faites aux femmes au Bénin.

S'agissant du droit des successions, on observe aussi des pratiques en la matière qui varient en fonction des traditions de chaque groupe social. Chez les fang du Gabon les usages en la matière varient selon que l'on se retrouve dans un système patrilinéaire ou matrilinéaire⁷³. Les règles de dévolution successorales en Afrique noire, même si elles désignent comme bénéficiaires les héritiers familiaux comme il en est dans le code civil, les modalités de partages et les parts ne sont pas toujours objectives, dans la mesure où elles sont généralement fondées sur l'injustice dont les femmes sont toujours victimes. Les coutumes n'entendent jamais donner les mêmes droits aux hommes et aux femmes. Pour nombre de coutumes africaines, les femmes n'ont pas droit à l'héritage. Elles ne bénéficient que des ustensiles de cuisine et de ménage de leur mère. Les pratiques méconnaissent généralement les principes de dévolution liés à la réserve héréditaire. De même la vie communautaire fait généralement qu'il n'existe réellement pas de partage, car le premier et le seul potentiel héritier est la famille. La raison est toute simple, la communauté de vie fait que l'individu n'a véritablement pas de bien propre. La plupart des biens sont des biens collectifs, que le patriarce ou le chef de famille laisse, et ces biens sont reçus par son successeur, qui assume désormais la gestion. Ces pratiques ont évolué aujourd'hui en raison du brassage culturel d'une part et l'importation à un moment donné du

⁷² Art 127 du coutumier

⁷³ Dieudonné MEYO-ME-NKOGHE. « Succession et héritage chez les fang du Gabon de 1841 à nos jours : un phénomène un phénomène social enraciné dans les mœurs », *Rev. hist. Archéol. Afr.*, GODO GODO, n°20-2010. éd. EDUCI, 2010. p. 166.

droit de la famille du colonisateur. Dans les règles qui organisent les successions, on remarque pour beaucoup de législations des pays de l'Afrique noire francophone une transposition du droit de la métropole. Cependant, certaines législations comme la législation togolaise se démarquent par leur originalité consistant à la coexistence entre un système de droit indigène (les pratiques coutumières de successions), et un système de droit exogène que constitue le droit du colonisateur. Cette volonté de prise en compte des réalités de pratiques culturelles de la famille africaine n'est pas seulement propre à la législation togolaise. L'appréhension au fond des circonstances d'élaboration de législation actuelles de la famille, des pays d'Afrique noire francophone permet de se rendre compte de cette volonté de prise en compte des usages. C'est donc dire que ces législateurs africains sont conscients de l'importance et de la place indéniable des réalités et pratiques culturelles, dans l'établissement des normes juridiques ayant vocation à s'appliquer à la famille dans les différentes sociétés de l'Afrique noire francophone. En revanche, l'absence de politique législative associée à l'assistance et l'implication indirecte du colonisateur n'a pas permis aux législateurs africains de la famille de réaliser leurs ambitions. Consciemment ou inconsciemment et par ignorance, ils sont tombés dans le piège de la transposition juridique. Ce piège les a conduits naïvement à abandonner presque totalement les règles relatives aux coutumes et traditions de vie familiale au profit du droit de la famille du colonisateur. Ce n'est que dans la mise en œuvre de ces législations que l'on s'est aperçu de l'inadaptation de ces législations aux droits de la famille africaine. En conclusion, la formation du droit de la famille est inspirée des pratiques.

L'étude du « rôle de la pratique dans la formation du droit de la famille en Afrique noire francophone : cas du Bénin » présente un intérêt indéniable d'un double point de vue.

— Premièrement, elle permet d'appréhender au fond les différentes pratiques établissant les règles de droit coutumier avec les grandes spécificités au Bénin transmis d'une génération à autre. Il est aussi d'un intérêt avéré de constater les richesses dont regorgent les pratiques, en termes de valeur. Mais conscient de ce que les usages des traditions africaines présentent certaines tares que l'on peut désigner comme anti-valeurs. Ceci permettra de faire un nettoyage en les dégageant des habitudes. L'analyse des pratiques permettra aussi de constater une évolution des réalités coutumières dans le contexte socio-culturel et économique établi par les nouvelles législations modernes de la famille, et les brassages culturels, qui ont tous provoqué un emprunt aux droits coutumiers étrangers, ayant des impacts significatifs sur les pratiques et comportements des individus, des rapports que ces derniers entretiennent entre eux dans la création du droit de la famille, mais aussi dans son efficacité.

- Deuxièmement, elle permet de comprendre l'importance de la prise en compte des coutumes dans la construction normative⁷⁴. Aussi, il y a un intérêt à comprendre le risque d'entreprendre la rédaction d'une législation en méconnaissance des réalités du corps social. Ceci permettra de mieux comprendre les problèmes d'efficacité et d'utilité des différentes législations africaines noires francophones, en particulier celui du Bénin.

Est-il convenable que puisse s'opérer progressivement sinon insensiblement le passage du fait au droit⁷⁵ ? Pourrait-on avoir de droit sans les usages ? Les usages, sont-ils un préalable à l'existence du droit ? Toutes les disciplines composantes du droit de la famille, subissent-elles l'influence des pratiques dans leur formation ? Les lois votées en Afrique noire francophone principalement au Bénin tiennent-elles souvent compte des pratiques internes ou externes ? Sont-elles donc efficaces ? Ces différentes interrogations convergent vers une problématique : « Qu'elle est la fonction des pratiques dans la formation du droit de la famille en Afrique Noire francophone et précisément au Bénin ? ».

La question de logique dans la démarche oblige à une nécessité d'analyse approfondie des coutumes et leurs valeurs dans les contextes établis par les traditions familiales africaines noires francophones et dans le cas du Bénin, mais aussi de celui du dualisme juridique imposé par l'importation colonial du droit moderne d'inspiration française. Il est aussi nécessaire d'appréhender l'influence de ces pratiques dans la mise en place des nouvelles législations de la famille. Par la suite, apprécier l'efficacité de ces législations au regard du contexte de leurs élaborations.

Le sujet de la présente thèse apparaît comme un sujet classique. Cependant, il trouve sa particularité dans le fait qu'il aborde une question relative à l'histoire des législations de la famille des pays de l'Afrique Noire francophone, spécifiquement celui du Bénin. Ainsi, il n'existe vraiment pas de documentation spécifique sur la question en droit béninois comme dans les autres pays de l'Afrique noire francophone. De même, il n'existe vraiment pas de jurisprudence sur la question du rôle des pratiques coutumières dans la formation du droit de la famille. C'est pourquoi, l'histoire de la colonisation et sa documentation, ont été d'une grande utilité. Aussi, les enquêtes auprès des centres des services des collectivités publiques (mairies)

⁷⁴ La démarche de la construction du droit

⁷⁵ Cf. Jean-Philippe BLONDEL, « Le fait source de droit », in *Mélanges Draï*, 2000, p. 203.

et auprès des personnes ressources de certaines familles effectuées au Bénin ont été d'un apport remarquable dans la documentation.

Il sera donc question de considérer l'approche du sujet en examinant l'efficience et le rôle des pratiques dans l'élaboration du droit de la famille (Première partie) avant de constater que ce rôle des pratiques est minimisé par le législateur (Deuxième partie).

PREMIERE PARTIE : L'EFFICIENCE ET ROLE DES PRATIQUES DANS L'ELABORATION DU DROIT DE LA FAMILLE DANS LES PAYS D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

Le milieu social est caractérisé par l'évolution des comportements et des croyances partagés vécus dans le temps par les individus comme déterminant leur appartenance à un groupe. Dans ce groupe, les pratiques, les vécus ont plus de valeur que de simples évènements⁷⁶

L'adage « *ubi societas, ibi jus ; ibi jus, ubi jus* » qui signifie, qu'il n'y a pas de société humaine, sans droit et réciproquement de droit sans une société. Ce précédent adage traduit l'existence d'une relation indéfectible entre le droit et la société. La création de toute règle de droit doit faire objet d'une étude normative, dont les repères se situent dans la société elle-même. En effet, la construction normative implique la recherche des meilleures modalités d'élaboration, d'édiction et d'application des normes⁷⁷. Chaque Etat est censé se doter des règles adéquates pour une meilleure réglementation de la vie des individus et aussi pour le bon fonctionnement des institutions qui l'incarnent⁷⁸. Les pratiques, qu'elles relèvent de la coutume ou qu'elles soient des pratiques importées, sont des comportements courants et habituels qui présentent des situations de droit et qu'il faut encadrer par des lois, tenant compte de ce que ces pratiques soient bonnes ou soient mauvaises. À supposer que le législateur décide de légiférer sans savoir sur quoi il veut légiférer. La loi servira donc à quoi ? À quelle situation sera-t-elle appliquée ? Ainsi, quelle que soit la société, qu'elle soit moderne ou coutumière, elle ne peut légiférer sans la prise en compte des pratiques sociales qu'elle incarne. L'origine de la règle de droit demeure toujours un objet de débat dans la doctrine. Pendant que certains cherchent à démontrer et à convaincre sur le caractère idéal, à rechercher dans la règle de droit, d'autres estiment que la règle de droit est un produit de l'Etat, visant à atteindre une réalité sociale. S'il

⁷⁶ Dieudonné MEYO-ME-NKOGHE. « Succession et héritage chez les fang du Gabon de 1841 à nos jours : un phénomène social enraciné dans les mœurs », *Rev. hist. Archéol. Afr.*, n°20-2010. éd EDUCI 2010. p. 168.

⁷⁷ Jean-Jacques CHEVALLIER, 1991, 1515 ; cité par Jechum WEBER et Serge LEDERMANN., *Démarche légistique entre théorie et pratique* en ligne sur <http://www.bk.admin.ch./thème/lang/00938>.

⁷⁸ Mohamed COULIBALY. « Le Droit du mariage en côte d'ivoire, contribution à l'analyse d'une utopie législative à l'épreuve des us », *Revue ivoirienne des sciences juridiques et politiques. RISJPO*. n°4 p. 156.

est évident qu'on ne peut se soustraire du caractère idéal⁷⁹, guidé par un souci d'évolution et de modernité de la société, il faut reconnaître que le droit apparaît comme un instrument d'exercice de la puissance publique⁸⁰. Quel est donc le choix opéré par les pouvoirs publics dans la construction du droit ? Cette question trouve sa réponse dans la prise en compte des réalités sociales propres à la société (*positivisme sociologique ou scientifique*)⁸¹ soit la référence faite à la seule volonté de l'Etat d'édicter une loi (*positivisme juridique*)⁸². La finalité recherchée dans la règle de droit réside dans la stabilité qu'elle accorde aux institutions, et surtout dans l'ordre social qu'elle établit au sein de la société⁸³. En effet rien ne pourrait expliquer qu'un Etat choisisse délibérément d'édicter des normes totalement contraires aux réalités de sa société et qui trouveraient du mal à être appliquées. Le rôle de l'Etat est plutôt de garantir la sécurité juridique visant à l'épanouissement de chaque individu⁸⁴. Pour y parvenir, il ne suffit pas de viser la conformité de la norme à un idéal, mais aussi sa conformité avec les aspirations et pratiques en phase avec l'évolution de la société, en faisant recours à la légistique matérielle⁸⁵. La sociologie est dans ce sens une science descriptive des phénomènes sociaux et leurs causes, qui ont vocation à conduire le droit vers la réalité sociale, gage de son effectivité et de son efficacité⁸⁶, tout en prenant en compte les problèmes liés à son applicabilité, à son objectivité de même que les réformes possibles envisageables. Cela se justifie par le fait que le droit exprime la personnalité d'un peuple et demeure le produit de son évolution, dont il tient sa validité et son effectivité⁸⁷. L'établissement de la règle de droit dans une société nécessite donc

⁷⁹ Selon cette doctrine idéaliste les phénomènes sociaux sont incapables de générer le droit. Il existe en fait « un droit idéal essence supérieure, d'origine ou simplement découvert par la raison humaine naturellement imprégnés du sens de la justice ». Cf. Amsatou Sow SIDIBE, citant HEGEL (1770-1831), HERING et KELSEN (1881-1973) ; *Droit civil- sénégalais, introduction à l'étude du droit, état des personnes famille*, éd CREDILA 2014, p.16.

⁸⁰ Le positivisme juridique ou étatique est la doctrine selon laquelle la règle de droit émane de la volonté de l'Etat « c'est donc l'Etat qui est le seul qui crée les règles d'organisation de la société ». Cf. Amsatou Sow SIDIBE, *Ibid.*

⁸¹ Le positivisme sociologique fait du Droit « le reflet de l'observation de la réalité sociale » de sorte que « c'est la société elle-même qui crée ses propres règles par ses comportements et ses conceptions propres ». Cf. Amsatou Sow SIDIBE, *Ibid.* Cette théorie est défendue par SAVIGNY (1779-1861) et Auguste COMTE (1793-1857).

⁸² Qui a le plus une vocation dirigiste et non forcément conciliatrice comme le positivisme sociologique

⁸³ Cf. Amsatou Sow SIDIBE, *op. cit.* p. 15.

⁸⁴ Mohamed COULIBALY. « Le Droit du mariage en Côte d'Ivoire, contribution à l'analyse d'une utopie législative à l'épreuve des us », *Revue ivoirienne des sciences juridiques et politiques. RISJPO*. n°4 p. 159.

⁸⁵ Qui porte sur le fondement de la loi elle-même et non l'organe compétent pour son élaboration (positivisme formelle)

⁸⁶ Patrick COURBE., *Introduction générale au droit*, 6^{ème} éd, Dalloz 1999, p. 7.

⁸⁷ Francis WODIE, *La loi*, n°4, CERAP, Abidjan 2011, p. 4.

une étude de sociologique. Dans son « *Essais sur le don* »⁸⁸, le sociologue Marcel MAUSS établi que la société s'étudie dans son ensemble, par une décomposition puis une recomposition de tout. Selon lui, ce sont des systèmes sociaux entiers, des tous, dont on doit chercher à recomposer le sens en décrivant leur fonctionnement.

L'Afrique, en particulier l'Afrique Noire, plusieurs siècles avant la colonisation a connu de brillantes civilisations avec les empires comme celui du Mali, du Ghana, et de grands royaumes comme celui du *Danxomè*. Ces empires ont connu de grands succès dans plusieurs domaines sous l'emprise de droits non écrits que sont les traditions et pratiques coutumières. Avec l'avènement de la colonisation, il urge dans le cadre de la création d'Etats modernes, de doter les nouveaux Etats de nouvelles législations. C'est un processus qui a commencé et qui est toujours en cours. Cependant, les pratiques anciennes des coutumes dahoméennes qui relèvent des différentes traditions ont toujours cours, à ceux-ci s'ajoutent de nouvelles importées, soit héritées de la colonisation, soit de brassages de cultures. Il était donc nécessaire d'élaborer un droit commun applicable. Comment créer la règle de droit pour qu'elle soit utile et efficace ? Il serait inapproprié que l'Etat choisisse d'édicter la règle de droit en méconnaissance des pratiques, que celles-ci soient bonnes ou mauvaises, car c'est elles qui serviront de support et d'orientation à la règle de droit à édicter. S'il le faisait, on pourrait avoir des lois totalement inconciliables avec le niveau d'appréhension des rapports humains. Il existe pour toute société des comportements enracinés dans la culture de longues durées et perpétuels qui se meuvent au fil du temps, et qui se rattachent à l'histoire des mentalités. De toutes ces considérations, le droit se présente comme un filtre des pratiques, caractéristique de la puissance publique.

Rapportant la construction normative à la famille, les pratiques sont comme des vecteurs directeurs qui définissent le sens ou la logique à suivre dans la construction du droit de la famille. Une analyse plus approfondie, laisse entrevoir une omnipotence d'un droit coutumier dans la construction originelle du droit de la famille (titre I), avec un emprunt du législateur à l'espace coutumier pour l'évolution du droit de la famille (titre II).

⁸⁸ Francesco FISTETTI, « Le global Tun entre philosophie et sciences sociales : hybride du don », *Revue du MAUSS permanente*, 27 octobre 2010, en ligne sur <http://www.journaldumauss.net/spip.php, article726>.

TITRE 1 : L'OBSERVATION DE L'OMNIPOTENCE DU DROIT COUTUMIER DANS LA CONSTRUCTION ORIGINELLE DU DROIT DE LA FAMILLE.

Les législateurs africains depuis les indépendances se sont vu confier désormais le pouvoir d'établir eux-mêmes leur propre législation. Etant tous issus de tradition et culture africaine, ils devraient être les mieux imprégnés des pratiques ; fonds culturels des peuples africains qui comprennent les visions, les savoirs populaires et la transmission des valeurs sociales. Même si l'on s'attaque le plus souvent à la démarche du colonisateur, il ne faut pas perdre de vue l'incapacité des législateurs africains à pouvoir construire des droits adaptés à leur propre société, en conciliant les pratiques traditionnels reflets de leur propre identité et la modernité. Mettant le droit au centre de son organisation, le colonisateur déterminait dans chaque colonie, un système administratif et judiciaire selon lequel il précisait le régime des personnes, la place des institutions et des coutumes locales. Ce faisant, le colonisateur n'a pas écarté systématiquement les pratiques endogènes. D'ailleurs, les traités de colonisation pour la plupart accordaient une place aux coutumes locales. Il est donc nécessaire d'éviter de penser ou de croire que le colonisateur demande une abolition totale des usages relevant des traditions locales. Il faut y comprendre que l'objectif est de concilier avec les coutumes pour la mise en place d'une législation moderne appropriée.

En dix-huit ans de législature, on a progressivement imposé le code des personnes et de la famille⁸⁹ comme source véritable du droit de la famille au Bénin⁹⁰. La coutume se définit ici dans un contexte culturel Africain comme une pratique ancestrale, d'origine mystérieuse ou non qui est répétitive et obligatoire. L'étude de la coutume, loin d'être une étude sur l'histoire des pratiques désuètes de populations primitives, est plutôt une étude du droit contemporain, vécu quotidiennement dans ses applications concrètes. Son étude nécessite un recule dans le passé si l'on veut mieux appréhender les causes, les phénomènes contemporains de même que leurs évidences. La coutume est le consensus des membres d'une société sur les notions de justice et d'injustice et de la morale au sein d'un groupe générateur de pratiques vécus par tous les membres d'une société. En pratique, plusieurs techniques sont utilisées permettent

⁸⁹ Loi n°2002-07 portant code des personnes et de la famille en république du Bénin

⁹⁰ La coutume est source de droit privé et notamment du droit des personnes et de la famille, voir : François NOUKAHA, Lisette ELOMO NTONGA et Siméon OMBIONO. *Tendance jurisprudentielles et doctrinales des droits des personnes et de la famille de l'ex-Cameroun Oriental*, Université de Yaoundé, 1990. p. 4 et s.

d'éduquer l'enfant sur les valeurs indispensables à la connaissance de la famille. Les contes, les devinettes, les légendes, les proverbes jouent essentiellement deux rôles : un rôle didactique et un rôle juridique. À tout cela, s'ajoutent les rites d'initiation. Ainsi, en référence au fait que là où il y a une société, il y a du droit, on ne peut inévitablement légiférer en droit de la famille dans une société africaine comme celle du Bénin en méconnaissance des pratiques et valeurs culturelles. Le législateur du droit de la famille se doit donc de se rappeler que l'éducation familiale traditionnelle est la base de toute construction normative (chapitre 1), de même que les valeurs qu'elle incarne (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'EDUCATION FAMILIALE TRADITIONNELLE BASE DE LA CONSTRUCTION NORMATIVE

La notion de l'éducation familiale a une origine très ancienne. Les sumériens⁹¹ évoquaient, il y a plus de quatre milliers d'années dans les tablettes écrites, les plus anciennes retrouvées à ce jour, le rôle de la mère dans l'éducation⁹². De nombreux philosophes ont débattu des valeurs à enseigner, mais aussi de la manière de les transmettre⁹³. Les religions ont aussi développé un corps de comportements et de pratiques sur la vie familiale et sur l'éducation des enfants⁹⁴. L'éducation peut être perçue comme la connaissance pratique des bonnes manières, des usages de la société ; le savoir vivre⁹⁵. En Afrique Noire francophone, la famille a un sens plus large et est composée de l'ancêtre, grands-parents, pères et mères, neveu, cousins, oncles, tantes... De façon sommaire, l'éducation familiale peut s'appréhender comme l'activité des parents qui consiste à l'éducation des enfants⁹⁶, axé sur les pratiques sociales. Ramenée dans le contexte traditionnel africain comme celui du Bénin, l'éducation familiale est entendue au sens large comme les pratiques sociales propres aux cultures béninoises. Ces pratiques sociales sont un corps de règles, de comportements, de principes et de méthodes se rapportant à la famille, relevant de la tradition, et ayant vocation à établir la discipline sociale.

Par tradition, nous entendons un ensemble d'idées, de doctrines, de mœurs, de pratiques, de connaissances, de techniques, d'habitudes et d'attitudes transmises de génération à génération aux membres d'une communauté. La famille en est le domaine pilier, car elle est la cellule fondamentale base de toute société, à la fois éternelle et changeante, investie selon les époques et les civilisations, des fonctions politiques, économiques ; sociales et religieuses⁹⁷. Les droits traditionnels africains de la famille⁹⁸ revêtent une particularité allant d'un pays à

⁹¹ Habitants de Sumer, région située à l'extrême sud de la Mésopotamie antique couvrant une vaste plaine, bordée au sud-est, par le golfe Persique avec une grande civilisation Antique.

⁹² Cf. Kramer (1986)

⁹³ Paul DURNING, *Education familiale auteurs, processus et enjeux*, Paris, 1^{re} éd, 1995 PUF, 75006, p.16

⁹⁴ Cf. Burguière *et al* (1986) mais aussi Jean-Paul II (1994)

⁹⁵ Voir définition en ligne sur www.toupie.org/dictionnaire/education/htm.

⁹⁶ Paul DURNING, *op. cit.*, p. 16

⁹⁷ Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, « La famille », *Revue internationale de droit comparé*, 3^e éd 1993, vol.45(1), p 303 et s.

⁹⁸ Guy Adjété KOUASSIGAN : *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit de la famille en Afrique noire francophone*, *op. cit.*, p. 311

autre. Au Bénin, la mise en place du droit moderne de la famille se heurte aux réalités des usages, des pratiques coutumières imposées par l'éducation familiale traditionnelle qu'elle ne peut ignorer au risque de se révéler une législation inutile. Ainsi, il paraît donc opportun d'appréhender en premier l'éducation familiale traditionnelle à travers les différentes disciplines composantes du droit de la famille (section I) et en suite sa prise en compte dans la mise en œuvre de la construction normative (section II).

Section I : les domaines de l'éducation familiale traditionnelle

L'éducation familiale traditionnelle constitue en Afrique tout un arsenal de pratiques, articulées les unes aux autres. Ces pratiques, sont profondément ancrées dans les habitudes et représentent les normes, les repères sur lesquels est focalisée l'éducation de l'individu. C'est de là qu'il apprend les règles de conduite qui régissent la société dans laquelle il vit. C'est donc tout un symbole de vie, d'idéologies, idéaux, normes sociales, structures familiales, concept de temps, gestion du passé et de l'avenir⁹⁹. L'éducation familiale traditionnelle ne doit pas être perçue ici, comme seulement une simple activité parentale vis-à-vis des enfants, mais aussi comme un ensemble de pratiques quotidiennement vécu et accepté par tous comme la norme. Elle s'établit alors à l'égard, des enfants, adultes comme vieillards dans le cercle de famille. Les différents domaines de prédilection de cette éducation sont le couple et sa scission (paragraphe 1), la filiation et les successions (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : les usages en matière matrimoniale dans les coutumes béninoises

La famille trouve son origine dans le mariage. Dans les droits de traditions modernes, le mariage apparaît comme un contrat civil et solennel, par lequel l'homme et la femme s'unissent aux fins de vivre en commun et de se prêter mutuellement assistance et secours sous la direction du mari, chef de famille¹⁰⁰. Cette définition correspond à l'analyse sociologique de la notion¹⁰¹. Dans la conception occidentale, la notion de famille est inséparable de celle du

⁹⁹ Ruffin L. M. MIKA, *Enjeux, Ethiques de la régulation des naissances en Afrique. Sexualité, fécondité, développement*, Louvain- La- Neuve, éd. Actuel B-1348, 1998, p.9

¹⁰⁰ Henri CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, 2^e éd, tome I, p. 124

¹⁰¹ Jean LACROIX, *Forces et faiblesses de la famille*, Paris, Seuil, 1948, p. 178

mariage¹⁰². Cependant, selon les droits, négro-africains, le mariage est le contrat par lequel le chef d'une famille agissant au nom et pour le compte de cette dernière engage la jeune fille et sur laquelle il exerce la puissance paternelle dans les liens conjugaux avec un homme membre d'une autre famille représenté par son chef. Le mariage coutumier africain diffère donc du mariage européen sur plusieurs points : c'est d'abord un engagement de groupe à groupe et n'a de valeur et n'est prouvé que par l'institution de la dot. Ainsi, il convient d'appréhender les usages du mariage dans les traditions béninoises (A), et celle de sa scission (B).

A. Les fiançailles, consentement au mariage, l'option matrimoniale et le régime dotal

Plusieurs pratiques entre en considération dans le mariage en milieux traditionnel béninois. Ces pratiques en raison de la très grande diversité culturelle qui existe présentent en dehors des règles générales, des spécificités d'une ethnie¹⁰³ à une autre. Les plus fondamentales concernent les fiançailles, et le consentement au mariage (1), la dot et l'option matrimoniale (2).

1- Les fiançailles et consentement au mariage

Dans toutes les coutumes dahoméennes, une période de fiançailles précède généralement le mariage¹⁰⁴, comme c'est le cas dans toutes les coutumes des pays de l'Afrique noire francophone et dans presque toutes les cultures du monde. Au Bénin, la durée des fiançailles varie selon les coutumes. Les fiançailles se font pour l'homme à n'importe quel âge, après la puberté. Chez les « Fons » d'« Agonli » et les « *Sombas* » elles peuvent être fixées par les parents avant l'âge de la puberté (de 2 à 5 ans) chez les premiers et (de 10 à 12 ans) chez les seconds¹⁰⁵. Chez les *Minas*, les *Pédahs*, les *Nagos* et les *Peulhs*, les filles ne sont fiancées qu'à la puberté. Les autres coutumes prévoient les fiançailles des filles en bas âge (2 à 5 ans). Les coutumes *fon*, *goun*, *Aizo* et *Somba* autorisent même les fiançailles avant la naissance de la fille. Il s'agit à proprement parler de promesses que de fiançailles, qui sont aujourd'hui en voie de

¹⁰² Guy- Adété KOUASSIGAN, *op-cit.*, p. 210

¹⁰³ Groupes social caractérisés

¹⁰⁴ Art 38 du Coutumier du Dahomey

¹⁰⁵ Art 39 et 40 du coutumier du Dahomey

disparition¹⁰⁶. Mais pourquoi le législateur n'a pas tenu compte de ces pratiques pour définir une marge d'âge à mesure de protéger l'enfant ? La réponse reste à venir. Le jeune homme est toujours consulté pour ses fiançailles. La jeune fille l'est de plus en plus chez les populations du bas Dahomey. Il est permis d'avoir des relations sexuelles entre fiancés à l'âge de puberté, mais cela n'emporte aucune obligation de mariage. La coutume *Somba* autorise même la jeune fille à avoir autant d'amant qu'elle le désire pendant la durée des fiançailles. Elle peut ainsi se retrouver enceinte d'un de ses amants, ce qui ne lui donne pas le droit de refuser au fiancé les relations sexuelles. La coutume *bariba* interdit cependant les relations sexuelles entre les fiancés. En ce qui concerne les cadeaux en règle générale, le fiancé doit offrir des cadeaux ou rendre des services à la famille de la fiancée et ceci pendant la durée des fiançailles. Dans un souci de sauvegarde, le législateur béninois du code des personnes et de la famille a fait aussi une place aux fiançailles, qu'il faudra apprécier vis-à-vis des coutumes. Vers la fin, des fiançailles interviennent les formalités du mariage proprement dit.

Le mariage est un acte sacré : l'union de deux individus renforce les liens entre deux corps sociaux, les ancêtres et les divinités. Le mariage valide et conclut une triple alliance : entre les deux fiancés, entre les deux familles, et entre les ancêtres de deux familles¹⁰⁷. C'est une appréhension du mariage comme étant un acte collectif et non individuel¹⁰⁸. C'est la conception négro-africaine du mariage. Dans les coutumes béninoises, le mariage est fait non par les intéressés, mais par leur père, à défaut par son frère aîné à défaut par le chef de famille. Les chefs de chacune des deux familles doivent y consentir, mais ce consentement est en général demandé que pour la forme. De façon générale, ce consentement est indispensable que si le patrimoine familial est en jeu. Le consentement de la mère de la jeune fille est aussi de façon générale requise. Dans les coutumes *fon, nago, goun*, la régularité du mariage est subordonnée au consentement du chef de famille. Chez les *Mina, Kplats, Ouatchis* et *Adjias*, la demande est adressée de chef de famille à chef de famille. Ces derniers ont l'obligation de consulter le père et la mère de la fille. Le consentement de la mère est très important en raison de son influence morale sur la fille. Chez les *Aizos* le père marie le fils et la mère la fille. En coutume *peuhl* l'avis de la mère est demandé pour les filles. Le consentement des parents donné, celui des futurs époux n'est qu'une formalité secondaire ; cependant, celui du garçon est toujours exigé

¹⁰⁶ Art 41, 42 et 43 du coutumier du Dahomey.

¹⁰⁷ Liliane PREVOST et Isabelle DE COURTILLES. *Guide des croyances et symboles, Afrique : bambara, dogon, peul*, Paris, Harmattan 2005, p. 150.

¹⁰⁸ Art 68 du coutumier du Dahomey

sauf chez les minas qui ne le demande jamais pour un premier mariage. Celui de la fille ne l'est pas en principe, mais de plus en plus à l'être chez les *Fons, Goun, Minas, Nagots*, plus évolués¹⁰⁹. De nos jours, la fille donne elle-même son consentement qui est déterminant pour la conclusion du mariage. Il est donc évident que les coutumes béninoises définissent la nécessité du consentement au mariage telle qu'elle est mentionnée également à l'article 146 du code civil. Le problème maintenant réside dans la nature des personnes qui doivent y donner leur consentement. Les coutumes béninoises appliquent d'office le régime des incapacités sans distinction d'âge. Or, le régime des incapacités concerne les mineurs et les majeurs en tutelle ou en curatelle. On envisagera à leur propos la situation juridique des majeurs protégés¹¹⁰. Cependant, sur le consentement des parents à l'égard des mineurs, les coutumes béninoises semblent être en harmonie avec le code civil sur la nécessité du consentement des parents¹¹¹. Le législateur béninois du droit de la famille est resté aussi dans la même logique à travers son code des personnes et de la famille¹¹². On pourrait analyser la forte implication du consentement des parents et des deux familles comme permettant une gestion efficace des conflits entre les époux, et donc limitant au maximum les cas de divorces.

2- La dot et l'option matrimoniale

Institution traditionnelle connue depuis la nuit des temps, la dot continue d'être un élément déterminant du mariage, dans toutes les sociétés culturelles et contemporaines en Afrique. Elle a existé aussi dans les anciennes cultures des sociétés occidentales. Bien qu'elle fasse objet de beaucoup de critiques de la part des modernistes, elle continue d'exister et d'être fortement pratiquée à ce jour. Certains auteurs, sans en comprendre la signification réelle en culture africaine, tendent à la ridiculiser au point où ils la considèrent comme le prix de vente de la femme en Afrique ou encore qualifier le mariage en Afrique d'un marché de troc¹¹³. De pareils jugements montrent aujourd'hui combien on se trompait déjà à l'époque coloniale sur le sens de certaines institutions traditionnelles telle que la dot africaine. Pour bien comprendre la nature profonde de la dot, il faudra d'abord comprendre la conception africaine de la femme et du mariage qui légitimait cette institution. En effet, la femme est saisie comme fécondité et

¹⁰⁹ Voir arts 44, 45, 46, 47 et 48 du Coutumier du Dahomey.

¹¹⁰ François TERRE. Dominique FENOUILLET, *Droit civil, la famille*. Paris, 9^e éd Dalloz, 2018, p. 80

¹¹¹ Voir art 148 et s. du code civil

¹¹² Art 119 et s. du code des personnes et de la famille béninoise

¹¹³ René MARAN, *Légendes et coutumes nègres de l'Oubangui-Chari : choses vues*, Paris, 1933, p. 359.

vie en germe. Le mariage comme un contrat qui engage l'homme dans le rôle de paternité et la femme seule dans la responsabilité totale de la fécondité. L'homme assure donc son immortalité lorsqu'il a laissé avant de mourir une progéniture, et comme le dit un proverbe africain est vraiment mort celui qui n'a laissé aucune progéniture. La seule personne pouvant permettre à un homme d'assurer sa progéniture est la femme. En conséquence celui à qui une femme a été donnée par une famille ou un clan, est tenu donc de marquer sa gratitude par des cadeaux apportés à la famille ou au clan. C'est là, la signification de la dot à l'africaine¹¹⁴. Dans le contexte béninois, la dot occupe aussi une place importante dans le mariage. C'est une pratique très ancienne dans les traditions, et toujours d'actualité. Elle est considérée comme une marque de considération de l'homme vis-à-vis de sa belle-famille. La dot est d'un montant très variable qui va en diminuant depuis les populations du sud-Bénin jusqu'à celle du nord-Bénin : chez les *gouns* 3000 f ; chez les *Nagots, Fons, Minas, Pédahs, Aizos*, 1500 f, *Dendis* 100 f à 200 f ; *pilapilas*, moins de 50 f ; chez les *Peulhs, Bariba et Sombas*, quelques bœufs. Elle est toujours mixte en nature et en argent sauf chez les *Peulhs, Baribas et Sombas* où elle est purement en nature (bœufs ou même quartier de viande ou produit d'une chasse). La dot est versée à la famille de la femme par le jeune homme au moyen de paiement échelonné qui doivent en principe être terminés au jour du mariage¹¹⁵. Les différentes valeurs de la dot définies dans le coutumier peuvent paraître ici surprenant, comparativement à ce qui est exigé aujourd'hui qui paraît exagéré. Cela pourrait s'expliquer par le fait que de nos jours le fiancé ne fait aucun paiement échelonné, au cours des fiançailles. Mais de toute évidence, il faut remarquer qu'il y a vraiment une exagération de nos jours. La dot appartient à la famille de la femme et non à celle-ci. Il y a ce que l'on peut appeler le rituel de la dot qui constitue la valeur véritablement primitive et représentative de la femme ; chez les *fonds*, elle comporte : 26 f, 25 à 40 colas, 40 gousses d'*atakoun*¹¹⁶, versés dès la fixation de la date de mariage. La valeur donc de la dot entière remonte parfois à 3000 f comme il a été dit précédemment. Cette variation de la valeur de la dot était observée dans l'ancienne société occidentale. À l'époque classique à Athènes, la dot est composée de numéraires ou de placement portant intérêt. Donner une fille en mariage, c'est donc mettre de l'argent en mouvement sans intérêt. En raison de la pratique de divorce par répudiation du mari, la femme qui est bien dotée dure jusqu'à la ménopause. Dans le pays

¹¹⁴ Kapeta Nzovu, ILUNGA « la problématique de la dot comme condition de fond du mariage en droit congolais », *cahier africain des droits de l'homme et de la démocratie*, p. 17

¹¹⁵ Art 107 à 109 du coutumier du Dahomey

¹¹⁶ Nom, en langue *fon* donné à une épice appelé poivre de guinée.

de Sault, la dot est généralement composée de bien meubles : argent, bétail, trousseau¹¹⁷. Parfois, des biens fonciers sont donnés en usufruit¹¹⁸. Dans cette société, la dot a une importance dans la mesure où, elle fait objet de transaction de numéraires entre les familles et pouvait être payée à crédit et soldée pendant plusieurs années en blé, laine, bétail ou même par prestation de services. Dans l'empire romain, la dot avait un caractère symbolique, avant d'augmenter considérablement de valeur.

Revenant à la dot dans les traditions béninoises, il faut remarquer que le concubinage ne comporte jamais de dot. Chez les fon, il existe des mariages irréguliers : « *kpokanta*¹¹⁹ », « *gbossoudonougbossi*¹²⁰ » et « *hadido*¹²¹ », qui sont des sortes de concubinages légaux. Le dernier peut devenir régulier par le versement de la dot. Enfin chez les *peuhls*, la jeune fille apporte parfois une sorte de dot comparable à celle des hommes, mais qui lui restent propres¹²². En conclusion aucun mariage quelle que soit les coutumes béninoises n'est valable s'il n'y a pas eu de versement de dot¹²³.

La pratique de la polygamie ou de la monogamie est une option qui s'impose au cours du mariage. Si la pratique de la monogamie ne fait pas objet de polémique, celle de la polygamie est fortement critiquée et s'appréhende comme une pratique propre à certaines sociétés, notamment, les sociétés africaines. Il est évident que les coutumes africaines n'interdisent pas la polygamie. Cependant, celle-ci n'est pas non plus le propre de L'Afrique¹²⁴. Aussi, les africains ne sont pas non plus tentés par la polygamie que la monogamie¹²⁵. La monogamie constitue l'une des bases de la famille de la société occidentale. Le droit français interdit la

¹¹⁷ Les gendres apportent eux aussi leur trousseau, lit, linge, etc. Mais il est moins important que celui des femmes en quantité (deux fois moins au XXe siècle) et en qualité. Sur les raisons qui font du trousseau un objet symbolique essentiellement féminin, voir Fine 1986 et 1997.

¹¹⁸ A Manosque au XIVe siècle, près du quart des dots sont constituées de biens fonciers ou immobiliers. Mais il s'agit la plupart du temps des dots d'orphelins de père qui se marient en apportant en dot leur héritage paternel. Dans les autres cas, le « numéraire est l'assise fondamentale » des dots (Courtemanche 1993 : 127).

¹¹⁹ Sur le seuil

¹²⁰ Chèvre unie au bouc

¹²¹ Camaraderie

¹²² Types unions entre soit cousin et cousine, soit entre des personnes liées quand même par un lien de parenté

¹²³ Art. 111 et s. du coutumier du Dahomey

¹²⁴ Jacques BINET, *Le mariage en Afrique noire*, Paris, éd du cerf, Bruxelles, 1959, p. 62 ; Antoine. SOHIER, *Droit coutumier du Congo Belge*, Bruxelles, Larcier, 1954. p. 165

¹²⁵ Guy Adété KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 328

polygamie et fait même de la bigamie un délit¹²⁶. Pourtant, ce principe n'a rien d'universel : des millions d'êtres humains vivent sous l'empire de droits qui admettent la polygamie, limitée à quatre épouses pour le droit musulman classique et illimitée selon certaines coutumes d'Afrique noire. Au Bénin, la polygamie est une pratique aussi bien perceptible en milieu rural comme en milieu urbain. Les mentalités africaines n'autorisent guère à une femme de se marier à deux ou à plusieurs hommes : ceci est un sacrilège. Cependant, il est bien accepté par tous qu'un homme puisse se marier à deux ou plusieurs femmes selon ses capacités. Ainsi, dans la chefferie traditionnelle, les rois pour la plupart ont plusieurs femmes. En effet, le roi avant d'être investi disposait déjà de ses femmes. Une foi investie la tradition lui fait obligation d'hériter des femmes du défunt roi. Cependant, il peut aussi en prendre d'autre s'il le désire, une fois devenu roi. Ici, il s'agit beaucoup plus d'une responsabilité d'entretien des femmes laissées par le défunt roi que de mariage véritable. Par ailleurs, les pratiques de fiançailles précoces favorisent aussi la polygamie. Le petit garçon s'il a bénéficié d'une fiancée très jeune, il se donne pour obligation de ne pas déshonorer ses parents, et de prendre la fiancée comme épouse, une fois devenue grand. Mais il dispose aussi de la possibilité de faire maintenant lui-même un nouveau choix. Il faut remarquer que la monogamie est aussi fortement pratiquée et il est donc illusoire de penser que les cultures et traditions béninoises sont exclusivement polygames. En effet donc la pratique de la polygamie ou de la monogamie a comme dans beaucoup d'autre société existée dans presque toutes les traditions béninoises. Que ce soit la monogamie ou la polygamie, les deux sont d'usage et jamais un homme n'est forcé à la polygamie ou à la monogamie et c'est en cela que pourrait se poser un problème d'objectivité du choix de la monogamie exclusive du législateur béninois. Pour l'instant, contentons-nous de continuer à appréhender les pratiques relevant de l'éducation familiale traditionnelle, sur les pratiques de divorce.

¹²⁶ La cour de cassation va jusqu'à affirmer qu'est nul le second mariage contracté entre les mêmes époux, sans que leur première union est été dissoute (Cass.civ.1^{ère}, 3 février 2004, bull. civ. I, ^{no}; Defrénois 2004.1067, M.Révillard et P. 1229, n.J. Massip ; D.2004. 2963, obs. J.-J. Limouland) : en l'espèce, les époux mariés coutumièrement (et par procuration) au Zaïre, s'étaient remariés en France : l'article 147 doit s'appliquer, affirme, la Cour de cassation.

B. Le divorce

Le divorce est devenu une préoccupation importante dans les sociétés et dans les sciences sociales. Dans les pays occidentaux, comme le souligne Jacques COMMAILLE (1982), le divorce est d'abord un acte juridique faisant l'objet d'une décision juridique et ou formellement le fait social comme les comportements familiaux sont déterminés par le fait juridique. Dans les coutumes béninoises, plusieurs motifs sont à l'origine de sa pratique (1) et sa mise en œuvre génère plusieurs conséquences (2).

1- Les motifs de divorce

D'une fin de siècle à l'autre, les angles de lecture du divorce, ou des problématiques ont considérablement évolués, accompagnant seulement de changements pratiques de mentalités¹²⁷. Cette situation pourrait dans une certaine mesure influencer la législation de chaque Etat en raison du fait que le droit suit l'évolution des pratiques sociales.

Le divorce en France a connu une évolution historique avant d'aboutir à sa situation actuelle définie par le droit positif. L'influence religieuse du christianisme, fondé sur ses idéaux de mariage et de la famille était inconciliable avec la notion de divorce. Au cours du XVI^e siècle, l'Église prônait l'indissolubilité du mariage, car la dissolution du mariage, lorsqu'on s'inscrit dans la doctrine du christianisme, consisterait à l'anéantissement du mariage. Mais la philosophie des lumières, avec les philosophes comme notamment, Voltaire et Montesquieu étaient foncièrement opposés à cette position de l'Eglise sur l'indissolubilité du divorce.

La fin de la Révolution française viendra par la suite mettre fin à cette opposition au mariage établie par la conception religieuse en laïcisant et en dématérialisant le mariage afin de mettre fin à l'indissolubilité du mariage¹²⁸, par institution du mariage civil¹²⁹. Mais le code civil de 1804 remet en cause la loi du 20 septembre 1792 instaurant le divorce, et rétablit l'indissolubilité du mariage. À partir de 1886, le droit au divorce sera rétabli avec quelques

¹²⁷ Philippe ANTOINE et Fatou Binétou DIALE, *Mariage, Divorce et remariage à Dakar et Lomé*, septembre 2003, p. 6

¹²⁸ Loi du 20 septembre 1792 instituant le divorce.

¹²⁹ Constitution du 3 Septembre 1791.

restrictions qui vont évoluer progressivement pour donner le droit positif actuel français ouvrant librement le divorce au époux soit pour raison de faute ou soit par consentement mutuel.

En Afrique Noire francophone, les pratiques de divorce existent certes. Cependant, il faut remarquer que le divorce est considéré comme un échec non seulement pour les époux, mais aussi pour les deux familles des époux. Car dans la conception africaine de la famille et celle du Bénin notamment, le mariage comme il a été dit précédemment se fait entre deux familles et non deux individus. Ainsi, les familles préfèrent consolider leurs liens et procéder à la conciliation qu'aller aux divorces. Les chefs de familles doivent veiller à la cohésion et à l'entente entre les partenaires des couples de familles nucléaires, et ceci par leur sens de responsabilité, car ils sont les représentants physiques, moraux et religieux des ancêtres¹³⁰. Cependant, il n'en demeure pas moins que la pratique du divorce existe dans les cultures africaines.

En effet, dans les cultures béninoises, le divorce est pratiqué en fonction des réalités propres à chaque ethnie. L'homme ou la femme peut demander le divorce, l'homme pour adultère et stérilité, et la femme pour mauvais traitement (à condition qu'ils dépassent les corrections admises normalement par la coutume), impuissance, non subvention aux besoins du ménage, relations avec la belle-sœur. De même les deux peuvent avancer l'une ou l'autre le motif de maladie répugnante et incurable et aussi pour tentative d'assassinat entre époux, abandon de famille, folie¹³¹. Le divorce n'existe pas chez les sambas. C'est peut-être pour eux la conformité à l'expression : « on se marie pour le meilleur et pour le pire ».

En cas de divorce demandé par le mari, pour motif de stérilité contre sa femme, celle-ci peut apporter la preuve contraire, en ayant avec d'autres hommes des relations sexuelles suivies de grossesse. Chez les *Fons*, une princesse mariée à un *fon* pouvait changer d'homme à sa guise ce dernier ne pouvait demander le divorce. La princesse gardait en principe les enfants. Mais dans le cas où elle était mariée à un notable, la question des enfants était réglée à l'amiable par le chef de famille royale (coutume du palais). Dans les coutumes ordinaires *fon*, *gouns* et chez les minas, la femme peut aussi demander le divorce si le mari n'aide pas ses beaux-parents ou ne leur fait pas de funérailles convenables. Elle ne peut le demander pour adultère que s'il

¹³⁰ Koffi Martin YAO, *Famille et parentalité en Afrique à l'heure des mutations sociétales*, Harmattan, 2014, p.19

¹³¹ Art, 149 du coutumier du Dahomey

néglige ses devoirs conjugaux. La famille de la femme doit donner son consentement si c'est elle qui demande le divorce¹³². Chez les *Pédahs*, dans le cas de maladie répugnante, l'époux a le droit aux soins pendant un an. Le divorce est prononcé après ce temps s'il ne guérit pas. Chez les *pila-pila* et *Dendi*, l'adultère de la femme n'est pas une cause de divorce, non plus que la maladie répugnante et incurable. C'est le chef de village qui prononce le divorce entouré de son conseil. Aujourd'hui, il n'a qu'un pouvoir de conciliation et c'est le juge qui prononce le divorce.

2- Les conséquences du divorce

L'institutionnalisation du divorce pourrait peut-être s'expliquer par le souci de concéder à tout individu, de réclamer sa liberté lorsqu'il ne se sent plus en sécurité dans le mariage ou lorsque les époux ne se sentent plus capables de maintenir la vie conjugale. Si la question de liberté et de sécurité est bien fondée et nécessaire à préserver pour chaque époux, il n'en demeure pas moins que la dissolution d'un mariage est facteur de plusieurs conséquences qui peuvent être analysées juridiquement, mais aussi sociologiquement. Le divorce donne un coup à la qualité à la légitimité, même si la loi dans le souci de protéger les enfants met en place un régime de gestion de l'éducation et de l'entretien des enfants. Mais ce qui est évident, c'est que l'enfant subit les conséquences malgré tout. En réalité, on pourrait bien appréhender qu'un enfant qui vit avec ses deux parents ensemble et celui qui vit avec l'un ou l'autre des parents (en fonction de celui qui en a la garde) ont pas les mêmes épanouissements. En France, du point de vue sociale, le divorce crée un déséquilibre mental chez les époux divorcés, cela peut parfois conduire à des suicides. Jacques Bertillon avait en effet démontré que le nombre de suicides en Europe variait proportionnellement avec le nombre de séparations de corps et de divorce. Durkheim est venu quelques années plus tard confirmer cette constatation de Bertillon au niveau des départements français. « Partout, où l'on divorce beaucoup, on se tue beaucoup, partout où l'on divorce peu, on se tue peu »¹³³. Il y a lieu donc de comprendre que le divorce même par consentement mutuel, est dans le fond difficilement acceptable pour l'un des conjoints au point de lui créer parfois un déséquilibre mental. Cependant, l'évolution de la société occidentale a provoqué une évolution des mentalités de sorte que le divorce est

¹³² Art, 150 du coutumier du Dahomey

¹³³ DURKHEIM Émile, « Le Divorce par consentement mutuel. », *Revue bleue*, Paris, éd. de Minuit, 1975, p. 552

considéré comme un fait banal. Qu'en est-il des conséquences du divorce dans les sociétés africaines noire notamment francophone ?

Le divorce génère dans les sociétés africaines noire francophone comme le Bénin, des conséquences dont la gestion est assurée par des usages qui relèvent pour une grande part des conceptions culturelles entretenues par la pratique. Quand il y a divorce, la dot est remboursée et le mari emporte la garde totale des enfants. La mère bénéficie de la garde si les enfants sont trop jeunes, et ceci jusqu'à l'âge de 3 ou 4 ans (la période de l'allaitement) puis les enfants sont retournés au mari pour une garde définitive au bénéfice de ce dernier. Les cadeaux ou les sommes versés par suite de surenchère ou pour des raisons de vanité, restent acquis par la femme pour les services qu'elle a rendus, les enfants qu'elle a donnés. Le tribunal apprécie souverainement la portion de dot à rembourser, en tenant compte de la somme véritablement représentative de la femme et de l'importance desdits services. Chez les *pila-pila*, *baribas*, et *peulhs*, la dot n'est remboursée que si le divorce a eu lieu aux torts de la femme ; d'autre part, dans les dernières coutumes, la dot n'est pas remboursée s'il y a des enfants. Mais au contraire, chez les *pila-pila*, dans ce cas la moitié de la dot est remboursée. Chez les *peulhs*, le mari doit indemniser la femme pour les soins qu'elle a donné aux enfants en bas âge après le divorce. En milieu *nagot*, la dot n'est pas remboursée en cas de répudiation¹³⁴.

Dans toutes les coutumes, il existe un délai de viduité qui va de six (6) mois à un (1) an. Après le divorce, la femme peut qu'épouser qui elle veut, sauf chez les *pila-pila* et les *adjas* où elle ne peut épouser un membre de la famille de son mari. Le nouveau mari rembourse toujours la dot au premier (chez les *pédahs*, la famille de la femme y contribue). L'homme après le divorce épouse qui il veut. Cependant, il ne peut aussi épouser aucun membre de la famille de la femme avec qui il a divorcé.

Le divorce n'est pas la seule cause à l'origine de la scission du couple, la mort également en est une. Ainsi, après la mort du mari, dans certaines coutumes la femme est attribuée au fils aîné du *de cujus*, soit à l'un de ses frères omis l'aîné, dès que les secondes funérailles¹³⁵ sont faites. Cependant, la veuve ne peut être attribuée au fils aîné que si celui-ci n'est pas le sien.

¹³⁴ Arts 156-159 du coutumier du Dahomey

¹³⁵ Second funéraille désigne ici, les rituels relevant de certaines coutumes africaines qui succèdent à l'enterrement du défunt. Ces funérailles existent dans presque toutes les familles béninoises.

Dans ce cas, la veuve sera attribuée au fils aîné de sa coépouse. Si la veuve ne veut pas se soumettre à cette obligation, elle doit rembourser à sa belle-famille la dot versée lors du mariage en tout ou partie, le tribunal fixant le montant de la restitution. Mais chez les *minas*, ce ne sont pas aux fils qu'est attribuée la veuve de leur défunt père mais plutôt aux frères cadets du *de cujus*. La femme a toujours le choix entre les frères cadet du défunt. Les *aizos* du lac *Ahémé*, sont très stricte sur cette obligation d'épouser un frère du défunt. Par contre, chez les *baribas*, les *peulhs* et *sombas*, elle ne peut être contraint d'épouser un frère du défunt. Chez les *fons*, la femme peut refuser d'épouser l'héritier elle devra donc retourner dans sa propre famille.

Le droit positif actuel établi par le code des personnes et de la famille de presque tous les pays africains noirs francophone alignent aujourd'hui leur manière de gérer les conséquences du divorce sur celui du code civil français. Il ne pouvait pas en être autrement lorsque l'on est conscient de ce que les législations de la famille de ces pays africains sont taillées presque tous sur le modèle du code civil français. Mais ne pourrait-on pas mieux orienter lesdites législations ? Il est important de relever que dans la pratique, en Afrique noire, la gestion du divorce s'opère par deux institutions parallèles : l'Etat à travers ses juridictions de droit civil et la famille à travers ses pratiques culturelles. En réalité, ces deux institutions ne gèrent pas de la même façon, les questions relatives à la garde des enfants, le partage de biens lorsque l'on sait que dans les familles en Afrique les biens ne sont pas toujours de même nature qu'en droit moderne en raison bien entendu de ce que la famille est collective dans les familles africaines et nucléaires pour la famille occidentale. Pour ma part, il y a lieu de constater que l'échec de la gestion du divorce découlerait de cette dualité de gestion. L'établissement du code des personnes et de la famille aurait donc péché, en omettant de tenir compte des réalités culturelles pour définir les modalités juridiques de gestion des conséquences du divorce, afin de l'aménager au mieux pour éviter une diversion de gestion nuisible à l'utilité de la législation. C'est en cela que s'explique encore le rôle de la pratique dans la construction normative du droit de la famille.

Paragraphe 2 : les pratiques en matière de filiations et de successions dans les coutumes béninoises

La famille en Afrique traditionnelle renvoie à la famille élargie ou étendue qui comprend, et bien sûr, en dehors de la famille nucléaire stricte ou élémentaire (père, mère, enfants), les grands-parents, les oncles et tantes, les neveux et nièces, sans oublier toute la

gamme des cousins et cousines des deux familles¹³⁶. C'est donc l'existence d'une réalité plus englobante qu'est la famille qui est une addition de plusieurs familles nucléaires¹³⁷. Ainsi, c'est dans cette famille traditionnelle que se gèrent les questions de successions fondées sur le lien de filiation. Après avoir explicité la conception de la parenté dans les coutumes béninoises (A), la pratique de la succession béninoise (B) sera présentée.

A. La conception de la parenté dans les coutumes béninoises

La conception africaine Noire de la parenté est peu différente de la conception occidentale, qui confond l'idée de la parenté à celle de la consanguinité au point de créer entre les deux notions une identité¹³⁸. Contrairement aux droits européens où la parenté, à priori ne se conçoit pas sans une certaine communauté de sang¹³⁹, les droits traditionnels négros africains ne reconnaissent pas la consanguinité comme une donnée suffisante ni nécessaire de la parenté. La parenté s'appréhende donc à travers une conception de lien de sang (1) et une conception fondée sur le lien social et religieux. (2)

1- Une conception de lien de sang.

Pour l'anthropologie, l'utilisation du concept de filiation repose généralement sur celui de la parenté lorsqu'on observe la composition des groupes de filiation et leur rapport au droit de sol ou de politique. Ces rapports ont presque disparu dans le monde occidental, où la propriété a été beaucoup plus individualisée par le système d'appropriation des terres et la montée en puissance du salariat. La thématique de la filiation dans ce concept, s'est déplacée vers une autre question ; celle du lien biologique¹⁴⁰. Le paradigme biologique du sang est devenu plus dominant dans la définition de la filiation, depuis l'emprise du christianisme sur le système de la parenté occidentale. Parmi tous les systèmes de parenté, le système de la parenté occidentale repose, étroitement sur celle qui établit le lien rattachant chaque individu non seulement à ses pères et mère, mais aussi à ses ascendants paternels et maternels et

¹³⁶ Koffi Martin YAO, *op cit.* p.19

¹³⁷ Cf. Le collectif des conférences mensuelles sur la famille : institut catholique de l'Afrique de l'Ouest, Abidjan, 1981, pp. 5-6.

¹³⁸ Guy- Adété KOUASSIGAN, *op. cit.* p. 198

¹³⁹ Anne-Claude CAVIN, *Droit de la famille burkinabé. Le code et ses pratiques à Ouagadougou.* Paris, Harmattan, Coll. Sociétés africaines et diaspora, 2000, p.187.

¹⁴⁰ Martine SEGALLEN et Agnès MARTIAL, *Sociologie de la famille*, Paris, 9^e éd, 2019, p.122

conformément aux lois sur la reproduction biologique et génétique. Mais il ne faut pas perdre de vue que ce choix est à priori culturel. Les représentations sociales vis-à-vis de la parenté viennent accorder plus de valeur à la dimension naturelle des liens de parenté à travers l'idée que, le sang est le premier vecteur de la transmission de l'identité. Ce vecteur de transmission de l'identité est le ciment qui établit les sentiments fraternels et affectifs entre père-enfant, mère-enfant.

La parenté par le sang est, en effet, établie par le fait de la naissance. Elle est fondée sur la consanguinité. C'est le lien biologique et génétique liant un individu à son père ou à sa mère qui entre en ligne de compte dans ce type de parenté. Depuis le moyen-âge, la parenté se définit par la chair. La consanguinité est apparue plus tard, en désignant, la descendance et la filiation¹⁴¹. Cette parenté vise directement la famille nucléaire, père, mère et enfant, et en allant d'une génération à une autre, s'ajoutent les grands-parents, les aïeux. Il s'agit plus d'un lien très étroit qui n'intègre pas de façon stricte les tantes, oncles, cousins... La parenté par le sang reste la première conception de la notion, dans toutes les sociétés humaines qu'elle soit traditionnelle ou moderne. C'est d'ailleurs la consanguinité qui détermine l'origine, la naissance même de l'individu. Elle établit une filiation légitime ou naturelle entre l'individu et ses géniteurs. La filiation est dite naturelle, lorsque l'enfant est issu d'un rapport de concubinage, filiation naturelle simple ou bien encore d'un adultère ou d'une relation incestueuse. Que les deux parents reconnaissent l'enfant ou pas, incestueux, adultérin ou naturel simple, sa parenté est directement liée à ses géniteurs du point de vue parenté par lien de sang, peu importe le lien qui lie son père biologique à sa mère biologique. La parenté par le sang traduit donc une parenté par transmission génétique. Dans les traditions béninoises jusqu'à présent, la parenté par la consanguinité est une donnée très sensible, car un homme qui n'a pas un enfant né de son sang fait objet de beaucoup de critiques au point où il préférerait ne pas exister. Chez la femme, c'est encore plus grave une femme qui, quel que soit le type de mariage, n'a pas d'enfant à son mari, la belle-famille fait tout pour trouver une seconde femme féconde à leur enfant. Car les questions d'adoption ou même de procréation médicalement assistée dans les mentalités africaines et au Bénin en particulier, ne font pas d'un enfant le fils authentique. Les mutations que connaît aujourd'hui la famille contemporaine (égalité juridique des enfants « illégitimes », la légalisation de l'adoption, du divorce, le statut de la belle parenté, de la mono

¹⁴¹ L'AHUKUF, *Le sang. Famille, parenté, transmission du Moyen-Age à nos jours*, Colloque international de la société de démographie historique, Paris, 2017

parentalité, de l'homo parentalité...) ont provoqué une reconfiguration des conceptions de la chair et du sang, qui ont impacté les frontières traditionnellement admises entre parenté par le sang et par l'alliance. Mais au-delà de toutes ces mutations, la parenté par le lien de sang demeure la principale conception de la parenté.

2- Une conception de lien social et religieuse

Les représentations collectives s'entendent, les représentations sociales dans le cadre de la famille ou de l'appartenance à une famille fondés sur la mentalité de l'individu, une mentalité qui repose particulièrement sur l'adhésion à un groupe de famille dans le lien fondamentale repose sur l'acceptation aux exigences, à la manière de vivre du groupe, l'acceptation aux cultes... C'est donc une sorte d'adhésion à ce que l'on pourrait appeler une convention sociale. Si l'on se réfère à la théorie de l'intégration sociale évoqué par Durkheim dans sa réflexion sociologique, le lien qui traduit l'appartenance d'un individu à un groupe de famille pourrait permettre d'affirmer que la famille est un groupe social intégré, fondé sur la conjonction des éléments : la possession d'une conscience commune ; le partage d'un même sentiment par les individus du groupe familial, la croyance aux pratiques auxquelles s'ajoutent les interactions des uns avec les autres et leurs sentiments voués à des buts communs¹⁴². Cet état de choses vient expliquer le caractère solide du lien de parenté qui fait que la famille se place au-dessus de l'individu, qui vit sous sa dépendance. On peut donc se permettre d'utiliser le terme de famille fortement intégré, ou les liens de sang traduisent moins la parenté dans les familles africaines au sens des coutumes et traditions.

La notion de la parenté, dans les sociétés traditionnelles se conçoit en fonction de l'appartenance et de la participation mystique à un groupe social, à tous les préceptes religieux et les valeurs morales de ce groupe. Ce qui caractérise donc la parenté, c'est donc une communauté de pensée religieuse et de vie sociale. Il faut tout de même remarquer que les droits européens connaissent des modes d'établissement de la parenté qui n'impliquent pas la consanguinité, comme le cas des parentés par alliance, dont le droit français tient compte au point d'interdire le mariage entre certains alliés. C'est aussi le cas de la parenté par adoption. Dans un contexte de droit traditionnel africain, la vie sociale ne s'organise, et n'est vécue que dans une perspective religieuse où les réciprocités de services interviennent que dans le cadre

¹⁴² Philippe STEINER, *La sociologie de Durkheim*, coll repère, Paris, 5^e éd, 2018, p. 46

d'une communauté de sang. La participation mystique ou mythique aux mêmes valeurs ontologiques impliquant les mêmes rapports entre l'homme et Dieu, sous ses diverses manifestations visibles ou invisibles, est le premier élément de la parenté telle qu'elle se définit à travers les droits traditionnels. Si deux individus peuvent se dire parents avec les faisceaux de droits et d'obligations réciproques que la parenté institue, sans être nécessairement liées par des données de la consanguinité, ils ne peuvent être tenus pour tel s'ils ne participent aux mêmes cultes et n'acceptent les mêmes valeurs morales et religieuses et ne se soumettent aux interdits qui en découlent. Il n'y a donc avant tout, de parenté que dans le même transport vers le divin qui est à la fois identification de soi aux autres et identité du groupe avec le monde, tel qu'il est perçu dans ses dimensions perceptibles à travers une série de représentations collectives non-susceptibles de dissidence et à travers les valeurs que représente le groupe¹⁴³. La parenté est aussi la reconnaissance d'une relation sociale entre parents et enfants différente de la relation physique et qui peut ou non coïncider avec celle-ci¹⁴⁴. Le concept de parenté, écrit Lévi-Strauss, doit être saisi à travers la terminologie, car le langage est à la fois le fait culturel par excellence et celui par l'intermédiaire duquel toutes les formes de la vie sociale s'établissent et se perpétuent ». Les différentes langues ont des termes pour traduire la réalité sous-jacente au concept de parenté. D'une façon générale, elle est « le lien particulièrement fort et chaleureux de ceux qui vivent ensemble, la communauté de vie ». Chez les *Beti* du Cameroun, l'*avuman* est l'affirmation de soi, c'est-à-dire « le sentiment collectif d'appartenance à telle communauté de destin par solidarité organique et, en même temps, un désir de reconnaissance par les autres. Elle est mode d'expression. À l'intérieur du groupe, l'*avuman* se manifeste par le soutien et le respect des membres. À l'extérieur, au prime abord, il y a l'attitude de réticence, voire de crainte ». Chez les Wolofs du Sénégal, le concept *mbock* « dérive du verbe bock qui signifie partager, avoir quelque chose en commun ». Chez les *Baluba* du Congo, le terme *bulela* comporte d'une part des implications de partage entre les individus, et d'autre part un ensemble de règles organisant un système d'intégration entre les groupes dont les individus sont les membres. Chez les *Mahi* du Bénin, les termes *mèné* ou *nonvi* désignent à la fois les parents, l'appartenance et l'identification à un bien que l'on partage. Chez les *fons* du Bénin, la parenté est « le partage par les membres du groupe de ce qu'ils ont en commun ». Au niveau de chaque individu, sa relation avec tous les membres des générations ascendantes d'une part, et tous les

¹⁴³ Guy- Adété KOUASSIGAN, *op. cit.* p. 199

¹⁴⁴ Van-Den. WIELE, « Les systèmes familiaux et patrimoine au sein des sociétés négro-africaines », *Revue juridique et politique d'Outre-mer*, 1963, p. 429

autres membres de sa propre génération, d'autre part, sont les mêmes. Les rapports de l'individu avec les membres des générations ascendantes, n'opèrent aucune distinction entre les parents et leurs frères et sœurs, comme il n'y a aucune différence entre les grands-parents et les frères et sœurs de ces derniers. C'est ainsi que chez les peuples du Bénin, il n'existe pas de mots propres pour distinguer le père¹⁴⁵ de ses frères et sœurs, comme en France où ceux-ci sont appelés oncles et tantes, mots totalement différents de celui du père tant que par leur étymologie que par leur consonance. Chez les minas du Bénin par exemple, c'est à partir des mots-clés, que la distinction intervient. Celui de « *tata* » ou « *ata* » qui désigne le père, « *ata-gan* » c'est-à-dire père-aîné pour le frère aîné du père, et « *ata-vi* » pour le frère cadet du père. Les suffixes *gan* et *vi* permettent d'apprécier l'âge des oncles par rapport au père, mais n'introduisent pas une différence de comportement de l'enfant vis-à-vis de son père d'une part et des frères de ce dernier d'autre part. Quant à la sœur du père, elle est désignée par « *tassi* ». Du côté maternel, la mère est désignée par le mot « *nana* », auquel il faut ajouter les suffixes '*gan*' et '*vi*' pour désigner respectivement la sœur aînée de la mère et sa sœur cadette. Les mêmes systèmes de nomenclature existent au niveau des grands-parents, à partir du mot '*togbé*' pour le grand-père et '*mama*' pour la grand-mère.

Ainsi, la parenté existe par la mère comme par le père, bien que l'enfant rentre dans la famille de son père et appartient à ce dernier s'il est légitime. La parenté par le père est d'ailleurs généralement considérée comme la plus proche sauf chez les adjas ; ces derniers considèrent les oncles et les cousins par la mère comme beaucoup plus proches par le rang d'affections que les oncles et cousins par le père¹⁴⁶. Dans cette coutume, les neveux héritent de leur oncle maternel et vont habiter chez lui. Dans presque toutes les coutumes, l'enfant naturel n'a que sa mère si son père l'a abandonné ; c'est le seul cas d'ailleurs où les enfants puissent appartenir à leur mère et entrer dans sa famille¹⁴⁷ car, tout doit avoir un père et à défaut il lui est désigné un parent à ce titre¹⁴⁸. Cette disposition figure dans plusieurs législations de pays d'Afrique noire¹⁴⁹. Les filiations constituent un domaine du droit de la famille en ce qu'elle règlement la question des successions et héritages et celle de l'autorité parentale. Elle opère une distinction

¹⁴⁵Fernand EZEMBE, *L'enfant africain et ses univers*, Paris 1^{re} éd Khartala, 2003, p. 405

¹⁴⁶ Art 180 du coutumier du Dahomey

¹⁴⁷ Art 181 du coutumier du Dahomey

¹⁴⁸ Vincent MBAMBI. « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : cas des pays de l'Afrique subsaharienne », *Les cahiers de droit*. 2005. n° 1-2 vol. 46. p. 328

¹⁴⁹ Art 590 du code de la famille de la république démocratique du Congo ; art 264 du code de la famille du Congo Brazzaville

entre la filiation naturelle, la filiation légitime et la filiation adoptive. Les traditions béninoises, au-delà des liens de sang, accordent très peu de considération à cette distinction, car les enfants qu'ils soient naturels, adoptés ou légitimes, ils sont tous enfants d'une même famille. La législation sur la famille à ce niveau a pris en compte cet aspect de la tradition en reconnaissant que les enfants sont tous égaux en droit¹⁵⁰. Dans les modes africains de filiation, l'enfant se rattache à la famille de son père ou de sa mère selon le système de filiation de groupe social auquel il appartient. En Afrique Noire selon les peuples considérés, la filiation est soit matrilineaire ou patrilineaire. La filiation matrilineaire est celle qui a cours au sein de plusieurs peuples négro-africains¹⁵¹. Certains peuples d'Afrique Noire ne se réclament que par la succession, la filiation patrilineaire, rejetant tout lien physiologique qui pourrait exister entre une mère et son enfant. Plusieurs thèses soutiennent la théorie selon laquelle la famille de filiation patrilineaire est plus évoluée que la famille de filiation matrilineaire¹⁵². Mais aucune de ces thèses ne paraît susceptible d'expliquer la coexistence en Afrique Noire des deux types de filiation. Selon la théorie de la promiscuité primitive qui a reçu plusieurs partisans de grande notoriété¹⁵³ et celle de la corrélation nécessaire entre l'évolution économique et l'évolution des rapports interpersonnels, le type de famille le plus avancé est celle de la filiation patrilineaire. La parenté est une des notions qui permet de mieux cerner la conception africaine de la filiation. Une autre des notions auxquelles elle est liée, est la succession, puisque la succession par principe fait appel aux ayants droits possédant un lien de parenté avec un *de cuius*.

B. Le système successoral dans la famille traditionnelle au Bénin

L'un des problèmes cruciaux qui perdurent encore de nos jours malgré la démocratisation et le processus de modernisation du droit béninois, est celui des successions. En effet, le système successoral est l'un des points choc de la politique traditionnelle, et qui oppose les pratiques coutumières à la législation sur les successions. C'est une situation réelle qui s'observe dans presque tous les pays d'Afrique Noire francophone. On a vu des familles entières se diviser,

¹⁵⁰ Cf l'art 620 de la loi n°2002-07 portant code des personnes et de la famille en République du Bénin

¹⁵¹ Van-Den WIELE, « les systèmes familiaux et matrimoniaux au sein des sociétés négro africaines » *Rev juridique et politique*, P.U.F., 1953 n°3, p.429 et s.

¹⁵² Voir Auguste COMTE, *Cour de philosophie positive*, 50^e leçon et Frédéric LE PLAY, *La réforme sociale en France*, Paris, Plon, 1984

¹⁵³ Friedrich. ENGELS, *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*, L'esprit du temps, 2021 p. 25

s'entre-déchirer et rompre toutes les relations pour des questions succession. La gestion de la succession est donc un des points, à la fois épineux et complexes des traditions africaines que même la justice moderne a du mal à se faire et à y voir clair¹⁵⁴. Les successions traduisent à la fois, une transmission de biens (1) et une transmission de la fonction patriarcale (2).

1- Transmission de biens

L'héritage est probablement une pratique aussi vieille que l'humanité¹⁵⁵, et les sociétés anciennes ont mis en place des règles tendant à faciliter ce passage de témoin entre un défunt et son successeur. Depuis les années 1990, la transmission des biens par succession d'une génération à une autre, est devenue plus visible avec l'accumulation de richesses matérielles mobilier et immobilier. Les sociologues ont démontré que le développement du salariat a fortement contribué à faire de nos sociétés, des sociétés d'héritage. Les analyses d'Anne Gotman ont démontré qu'en France, plus de 70 % de la population héritait que par transmission de patrimoine : transmission de biens mobiliers et de biens immobiliers qui d'ailleurs représente une grande part dans les transmissions de patrimoine. Il faut bien notifier que cette transmission peut être soit pré ou post-mortem.

Dans les pratiques successorales béninoises, les coutumes béninoises développent la succession *ab intestat* ou la succession *testamentaire*. La succession porte à la fois sur les biens que sur les fonctions précédemment exercées par le *de cuius* dans la succession au bien, les coutumes distinguent les biens familiaux et les biens personnels. Les biens familiaux comprennent les palmeraies, les maisons familiales, les champs collectifs. S'agissant des biens propres, nous avons les champs personnels, de chaque ménage, les pécules, les armes, les ustensiles de ménage, les vêtements. De certaines pratiques relatives aux funérailles, et comportent partout un enterrement qui se faisait dans la case du défunt, sauf en cas de maladie contagieuse où l'on l'enterrait en brousse. Les rites des funérailles sont populaires et fondés sur des fêtes, les sacrifices, danses et chants. C'est à l'occasion qu'est connu le nom de l'héritier, celui qui va désormais assurer les fonctions laissées par le *de cuius*. C'est ce dernier qui, chez les *fons* doit offrir le pagne mortuaire. En milieu *bariba*, tous les chefs de ménages offrent chacun un pagne dont un est le salaire des fossoyeurs. Ces fêtes durent quelques jours (9 jours

¹⁵⁴ Koffi Martin YAO, Famille et parentalité en Afrique à l'heure des mutations sociétales, *op. cit.* p. 73

¹⁵⁵ Dieudonné MEYO-ME-NKOGHE. « Succession et héritage chez les fang du Gabon de 1841 à nos jours : un phénomène un phénomène social enraciné dans les mœurs », *op. cit.*, p. 167

chez les *gouns* pour un homme et 7 jours pour une femme). C'est alors que s'ouvre un délai de 3 mois chez les *Pila- Pila*, *Bariba* et *Mina*, à 1 an chez les *Nagot* et *Goun*, et 7 mois chez les *Fons*. Ce délai est un délai de deuil sauf chez les *Pedhas*, les *Peuhls* et les *Sombas*, dont les signes extérieurs sont généralement la tête rasée. À l'expiration de ce délai, la succession est ouverte et l'héritier peut en prendre possession, et le mariage des femmes avec le défunt est considéré alors seulement comme rompu. Les biens familiaux restent toujours indivisibles et c'est la collectivité tout entière qui en hérite, le chef de famille en assume la gestion¹⁵⁶. Dans l'ancienne coutume du palais, chez les *Fons*, les bijoux de la couronne, les sceptres, les palais passaient au successeur à la fonction, c'est-à-dire au nouveau roi. La législation moderne du droit de la famille n'a pas légiféré sur cette forme de succession qui paraissait d'ailleurs la plus préoccupante pour les traditions relevant des coutumes.

En ce qui concerne les biens particuliers du défunt, il existe un ordre de succession. Il existe une variance dans le mode de répartition, d'une coutume à autre. Mais la règle générale est que seuls les descendants mâles du défunt ont droit à l'héritage (les filles héritent toujours des pagnes, ustensiles de ménage et les parures). Chez les *Minas*, les frères cadets héritent de leur frère aîné en même temps que les enfants de ce dernier et les neveux héritent de leur oncle maternel. Les *Gouns*, les *Nagots* et les *Minas* admettent que les femmes héritent valablement de leur mère comme de leur père ; leur part peut consister en cocoteraies, kolatier, sans compter les parures, ustensiles de ménage. Elles peuvent alors garder ce bien en propre même après leur mariage et peuvent le transmettre elles-mêmes à leur fille. Cependant, elles n'hériteraient jamais de palmeraies, sauf si le père était mort sans laisser de fils ni de frères. Aujourd'hui, elles peuvent hériter d'immeubles et de palmeraies. En milieu *pila- pila* et *adja*, elles héritent avec les fils, mais seulement des biens meubles. Chez les *Peuhls* s'il n'y a pas de fils, les filles priment sur les autres héritiers et peuvent hériter de tous les biens. Après les descendants directs du défunt, viennent en succession les frères du défunt. Les *Aizos* placent les petits-fils avant les frères. L'ordre chez les *Fons* est le suivant : frères de même père et de même mère, et à défaut de même père, frère de même mère et de père de famille enfin à défaut la famille hérite. En coutume *bariba*, l'héritage passe s'il n'y a pas d'enfants ni de frères et sœurs du défunt. Il en est de même chez les *peuhls*. Les sœurs ont toujours, dans le cas d'héritage par les frères, droit à quelques cadeaux. Dans cette dernière coutume, la femme du défunt peut lui succéder, tant

¹⁵⁶ Cf. mode de succession dans le coutumier du Dahomey

pour les biens que pour les fonctions si le *de cuius* n'a laissé ni de frères ni de sœurs. Les *sombas* ont des règles particulières en raison du caractère de leur regroupement familiale, très restreint et du type de ménage. Le chef de famille est l'héritier des membres de la famille ; son héritier est son frère cadet puis son cousin cadet. Si cet héritier, qui succède aussi à la fonction de chef de ménage, est célibataire, et vit encore dans la *tata*¹⁵⁷ de son père, la famille du défunt vient vivre avec lui et le suit lorsque marier, il a construit sa propre *tata*.

Pour ce qui est des partages, il faut remarquer que le partage des biens est toujours inégal. Le fils aîné reçoit un peu plus. Chez les *fons*, c'est le plus jeune qui est privilégié. Il lui est accordé une part inaliénable, la maison, en plus de sa part. Lorsque les coutumes autorisent les femmes, elles reçoivent généralement des parts moins importantes. Mais chez les *pila-pila*, la répartition est égale. Le partage est fait par le successeur à la fonction ou dans certains cas le chef de famille comme chez les *minas*. La culture africaine organise, et de façon structurelle les pratiques de succession. C'est le cas par exemple des peuples *fangs* du Gabon. Comme dans les cultures béninoises les *fang* considèrent la famille comme sacrée et favorisent ainsi sa perpétuation. En ce sens, lors de la disparition d'un individu, la règle en matière de succession consiste en ce qu'un équilibre soit trouvé entre les vivants lors de la répartition des biens laissés par le *de cuius*.

Les pratiques successorales impliquent à la fois une transmission intergénérationnelle, mais aussi une transmission entre individus de la même génération. Cette précision faite, il faut relever qu'au sein de la transmission inter générationnelle, les transmissions personnelles entre grands-parents et petits-enfants. L'apport des grands-parents¹⁵⁸ à la famille en général et aux petits-enfants en particulier est mis en exergue par les différentes études psychologiques¹⁵⁹, historiques¹⁶⁰ et sociologiques¹⁶¹. En effet, dans les cultures africaines comme dans toutes les cultures occidentales et par le monde, les grands-parents sont des témoins de l'histoire familiale

¹⁵⁷ Les *tata somba* sont des habitats traditionnels du Nord-Ouest du Bénin, dans le département de l'Atacora, et sont classés au Patrimoine Mondial de l'Unesco.

¹⁵⁸ Jean HAUSER, « Rapport de synthèse : de petits hommes ou des petits d'hommes », *L'enfant dans les conventions international*, PUL, 1996, p. 485.

¹⁵⁹ Benoît SCHNEIDER, Marie-Claude MIETKIEWICZ et Sylvain BOUYER (Dir.) « Grands-parents et grand-parentalités », *in coll petite enfance*, Erès, 2005, p. 152.

¹⁶⁰ V. notamment, GOURDON, *Histoire des grands-parents*, Perrin, 2001

¹⁶¹ Claudine ATTIAS-DONFUT, « Les grands-parents en Europe : de nouveaux soutient de la famille », *Nouvelles figures de parentalité*, 2008, n°149, CNAF, Informations sociales, p. 54

et ont une certaine compétence qu'ils mettent au profit de leurs descendants¹⁶², ce qui passe nécessairement par une confiance réciproque entre eux et les parents des petits-enfants. La relation intergénérationnelle entre grands-parents et petits-enfants n'est d'ailleurs pas ignorée du droit. Le code civil accorde une charge précise aux grands-parents, celle de donner leur consentement au mariage en cas d'impossibilité par les parents du « promis »¹⁶³, devenir tuteur de l'enfant¹⁶⁴, maintenir le lien coûte que coûte, notamment par la possible revendication de relation personnelle, ou encore empêcher certaines procédures d'adoption dans les familles recomposées.

2- Transmission de fonction de la fonction patriarcale

La succession se pose de manière différente selon que l'on soit dans un système patrilinéaire ou matrilinéaire. Elle consiste en la transmission du pouvoir politique et spirituel. Les sociétés traditionnelles africaines pour beaucoup sont patriarcales, ou l'homme, chef de famille dispose des pouvoirs d'autorité sur tous les membres de la famille. Les grandes décisions de la famille sont prises sous son autorité. C'est le tout premier administrateur des biens de même que de tous les membres de la famille qu'il s'agisse de personnes âgées ou des enfants. Généralement, dans les coutumes béninoises, au décès du père, c'est le fils aîné qui assume les pouvoirs de direction de la famille. Chez les *fons* et dans presque toutes les cultures, au décès du père, aucune décision ne peut être prise, et même par le chef de la collectivité familiale en absence du fils aîné du *de cuius*, à défaut de son frère cadet. Si le *de cuius* est investi des pouvoirs de chef de collectivité ou de clan ou encore de roi, la transmission de la fonction n'opère pas toujours de père à fils. Une procédure spécifique fort semblable pour toutes les coutumes existe. On consulte le « *fa* »¹⁶⁵. Le *fa* peu après consultation désigner directement le petit-fils, le fils, un frère, un cousin du *de cuius* ou carrément tout autre personne appartenant à la famille au sens large, à la succession à l'exercice de la fonction de chef de famille ou de collectivité, bien que les ascendants directs de ce dernier soient là. En pareille situation, aucune contestation ne pourrait survenir au risque de subir la colère des ancêtres. Cette pratique se retrouve plus dans les ethnies *fons* et d'autres du sud-Bénin et par endroit dans certaines cultures

¹⁶² Sylvie MOISDON-CHATAIGNER, « La transmission personnelle entre grands-parents et petits-enfants », in *Les grands-parents et leurs descendants : quelles relations juridiques ?* Litec, p. 17

¹⁶³ Art 150 du code civil

¹⁶⁴ Art 402 du code civil

¹⁶⁵ Divinité prédire les faits ou événements future.

du nord-Bénin. Hors du Bénin par exemple chez les *fangs* du Gabon où la famille est aussi patrilinéaire, la transmission de la fonction patriarcale, c'est à dire le pouvoir politique et spirituel est fonction du lien de descendance et définit par rapport au père qui détient l'autorité suprême. Il s'agit d'un schéma privilégiant la progéniture selon laquelle le fils aîné succède à son père. C'est une transmission d'autorité par hérédité. Il faudra bien observer que la transmission du pouvoir politique est encore d'actualité dans des Etats africains noirs francophones modernes qui, bien que se disant démocratiques, s'accommodent toujours de la transmission de la fonction patriarcale par la succession au pouvoir. Au Togo Faure GNASIMGBE prend la succession de son père, au Gabon, Ali Bongo Ondimba à son père Omar Bongo. Il en est de même au Congo.

L'héritage (patrimoine objet de transmission successorale) contribue à la reproduction des inégalités sociales. Entrant dans les relations familiales, la transmission des biens implique chaque individu dans les relations qu'il entretienne avec ses descendants, ces ascendants paternels ou maternels, y compris les collatéraux. Dans un cadre plus culturel, on parlera de la relation que l'individu entretient avec ses ancêtres ce qui lui permet d'interroger son passé. C'est également l'héritage qui permet à l'individu d'établir les liens de communication avec les générations de sa famille à venir. Le patrimoine et l'héritage contribuent fortement à la structuration symbolique du corps familiale, car les biens matériels ainsi que les responsabilités sont porteur de charges symboliques qui constituent un lien puissant entre les vivants et les morts. On peut en conclure que la transmission familiale s'opère à travers les échanges entre ascendants et descendants. Ains, La succession des générations travail au maintien du statut social de la famille tout en assurant la continuité de l'héritage culturel, qui représente la vie et l'identité de la famille dans toutes les sociétés au monde, aussi classique que moderne qu'elles soit. Chaque société devra donc organiser au mieux en fonction de son évolution, de ses réalités les règles de transmissions, pour ne pas déstructurer ou fait disparaître les éléments qui assurent la pérennité de la famille.

Section 2 : La conception des normes applicables à la famille

Affranchis de la colonisation, le souci majeur des pays africains notamment noir francophone est de pouvoir mettre en place une législation efficace de la famille en particulier. Ceci passe donc par l'édiction de plusieurs lois applicables aux différentes structures et institutions familiales longtemps restées sous l'emprise des usages et pratiques relevant des

coutumes indigènes. Dans cette perspective, les Etats africains Noires francophones, pour ce qui concerne notre étude et celui du Bénin en particulier se trouvent confrontés à deux tendances contradictoires¹⁶⁶, dans la mise en œuvre de la liberté qu'ils ont recouvrée de construire par eux même leur propre législation à la suite de la décolonisation. La première tendance consiste au rejet radical de la colonisation, comme un retour à soi et au rejet du passé colonial¹⁶⁷. La seconde tendance consiste à rejeter purement et simplement leur identité propre traduite par les droits traditionnels perçus comme inaptés au développement¹⁶⁸ et rétrogrades¹⁶⁹. Elles constituent de ce fait un frein au développement surtout le régime de la dot et la conception trop large de la famille qui constituent des entraves au développement économique¹⁷⁰. Ainsi, pour le colonisateur il s'agit des institutions à une Afrique repliée sur elle-même, n'ayant que de vieux rapports des tribus vivants en économie fermée et qui ne devait pas se maintenir du moment où elle a pris contact direct avec des civilisations étrangères. Elle devra s'ouvrir au monde extérieur et s'intégrer au cycle économique et social universel¹⁷¹.

Comment opérer entre deux systèmes, un choix entre le moi et le monde extérieur ? Il se pose donc la question de la norme applicable à une famille marquée par ses pratiques spécifiques. Mais conscient du fait que chaque société s'identifie par son droit, et cette même pratique comporte certaines tares, il faut utiliser une approche normative pour la construction de ce nouveau droit (paragraphe 1) tout en prenant en considération les pratiques relevant des traditions (paragraphe 2).

¹⁶⁶ Joséphine BITOTA MUAMBA, *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique*, Thèse, t. 1-2, Université des sciences sociales de Toulouse, 2003, p. 11

¹⁶⁷ Cf Frantz FANON, *Les damnés de la terre*, Paris, Maspero, 1961 ; Jacques BERQUE, *Dépossession du monde*, Paris, Seuil, 1964 ; Georges BALANDIER, « Mythes politiques de la colonisation et de décolonisation en Afrique », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol XXXIII, 1962, p. 85 et s. ; Louis-Vincent THOMAS, « Panorama de la négritude », in *Actes du colloque sur la littérature africaine d'expression française*, Dakar, 1965, p. 45 et s. ; Léopold Sédar SENGHOR, *Négritude et humanisme*, Paris, Présence africaine, 1964.

¹⁶⁸ Claude LEVI-STRAUSS, *Race et Histoire*, Paris, Gonthier, 1961, p. 72

¹⁶⁹ Cf Circulaire de la République du Mali du 25 juillet 1962 sur l'application du code du Mariage.

¹⁷⁰ Kéba M'BAYE, « Droit et développement en Afrique francophone de l'ouest », *Revue sénégalaise du Droit*, 1967, p. 60.

¹⁷¹ Jean-François CHABAS, *Transformation du Droit local et évolution économique*, Annales africaines, 1962, p. 151.

Paragraphe 1 : L'approche normative dans la construction du droit de la famille

La conception d'une norme juridique, loi ou règlement, pour des raisons d'efficacité doit être soumise à un particularisme procédural. Elle doit pouvoir venir en réponse à un problème de droit clairement identifié dont la résolution est nécessaire pour la paix sociale. Mais une telle entreprise nécessite au préalable une prise de connaissance de l'état de droit existant en vue d'opérer les choix nécessaires à la solution envisagée. Cependant, en plus de la connaissance de l'état de droit, il faut également rechercher l'utilité et l'efficacité de la norme juridique à édicter. C'est la méconnaissance de cette démarche normative qui explique souvent l'inefficacité et la modification sans cesse de la règle de droit. Ainsi, l'élaboration d'une règle de droit nécessite pour son efficacité un certain nombre de préalables (A) et la recherche de l'efficacité (B).

A. Les questions préalables à l'édiction de la norme juridique

Toute entreprise de construction normative requiert nécessairement un certain nombre de préalables inconditionnel à la réussite du projet de construction et à l'efficacité de la règle qui y sera issue. Ainsi, l'édiction d'une loi requiert une expérimentation législative (1) et une étude d'impact du projet d'élaboration (2).

1- Une expérimentation législative

Toute entreprise de création d'une norme juridique par l'Etat doit faire objet d'une étude préalable, nécessaire à la recherche des problèmes de droit, les solutions recherchées à travers leurs résolutions, et les effets respectifs que pourrait engendrer la mise en œuvre de ces solutions. En effet, la société béninoise se fragmente en plusieurs ethnies. Environ une cinquantaine, celles-ci envisagées comme cercle de culture et il y en a autant que de coutumes distinctes. Il fallait donc dans le cadre de la mise en œuvre d'un droit commun, procéder au rapprochement des différentes coutumes. Ceci nécessitait donc une prise de connaissance et d'analyse des différentes pratiques familiales en usage dans chaque culture. Il était donc nécessaire de mener des démarches préalables visant à rechercher les spécificités propres à chaque culture, de même que les points de convergence des diverses cultures béninoises, avant toute entreprise de construction du droit de la famille au Bénin. Cela permettrait d'éviter

d'édicter des dispositions conflictuelles en raison de ce qu'elle favorise plus une culture que d'autres¹⁷². Malgré la grande diversité qui marque les coutumes africaines, il existe entre elles plusieurs ressemblances offrant la possibilité de les regrouper à l'intérieur d'un même système juridique, les diverses pratiques et usages. En effet, les coutumes africaines forment une unité au niveau de leurs origines, de la procédure, les principes, les institutions et les techniques. Les éléments de convergence de différentes coutumes contribuent à la détermination des caractéristiques du droit coutumier africain¹⁷³. C'est sur la base de ces caractéristiques qu'il faut construire le droit, un droit destiné à régir la famille.

La règle de droit à édicter est-elle adaptée aux réalités propres en vigueur en matière familiale ? La famille béninoise et en général négro-africaine est l'unité fondamentale, à travers laquelle s'exprime véritablement l'identité d'un peuple. Pendant la rédaction du projet du code des personnes et de la famille plusieurs questions avaient retenu les esprits et avaient attiré du coup l'attention du législateur. Parmi les plus en vue figurait la question de la dot, et de l'option matrimoniale. Le défaut d'analyse et certains choix peu rationnels ont conduit à des situations de fait, qui ne sont pas les finalités recherchées dans le vote de la loi¹⁷⁴. Si pour la question de la dot¹⁷⁵, le législateur a su tenir compte de l'attachement des coutumes béninoises à sa pratique en l'admettant, la question de l'option matrimoniale continue d'être mal acceptée jusqu'à ce jour, en raison de ce que le choix¹⁷⁶ n'a pas tenu compte des usages en la matière. La polygamie comme la monogamie sont des usages qu'on retrouve dans toutes les coutumes béninoises. Ainsi, aucune coutume n'obligeait quiconque à la polygamie ou à la monogamie. La démarche du législateur consistant, l'imposition exclusive de la monogamie, s'expliquant par la nécessité de garantir le droit d'égalité des sexes et la protection de la femme a rencontré une certaine résistance au point où elle a donné naissance à une prolifération des unions de fait par le plus souvent les époux à côté de leur mariage. Ceci est connu généralement sous l'expression « deuxième bureau »¹⁷⁷. La caractéristique polygamique du Bénin n'est pas, en effet, due à la dominance d'une certaine religion¹⁷⁸. Au contraire, le caractère laïc de l'Etat béninois influence

¹⁷² Art. 8 du code gabonais et 77 du code Centrafricain

¹⁷³ Sayon COULIBALY. *Essai sur le droit coutumier africain*. Mémoire de Master, RABAT, 2011

¹⁷⁴ Loi n°2002-07 portant code des personnes et la famille en république du Bénin

¹⁷⁵ Art 142 de la loi n°2002-07 portant code des personnes et la famille en république du Bénin

¹⁷⁶ Art 143 de la loi n°2002-07 portant code des personnes et la famille en république du Bénin

¹⁷⁷ Pour signifier l'existence d'une maîtresse hors le foyer conjugal.

¹⁷⁸ La pratique de la polygamie au Bénin est parfois attribuée à l'existence de l'islam.

plus la dominance de la polygamie dans le pays. Si la religion n'est qu'un prétexte de plus, où faut-il chercher les explications ?

Quelles que soient ses justifications, la polygamie a souvent un statut légal qui souligne sa reconnaissance comme un régime matrimonial au même titre que la monogamie par exemple. Si la polygamie est abolie en Guinée, en Côte d'Ivoire, dans d'autres pays la législation laisse une option, entre la monogamie et la polygamie¹⁷⁹. Mais même dans les États qui l'ont abolie, comme au Bénin, la polygamie reste importante (Klissou, 1992)¹⁸⁰. La polygamie est généralisée en Afrique de l'Ouest ; elle touche aussi bien les villes que les campagnes, quelles que soient les législations. Le cas du Sénégal est particulièrement intéressant dans la mesure où dans un pays relativement urbanisé et fortement islamisé, la proportion de polygames en milieu urbain est parmi les plus élevées d'Afrique. On peut noter une certaine avancée du droit de la famille au Bénin au regard du principe d'égalité (qui semble expliquer le choix de la monogamie par le législateur béninois) par rapport à d'autres législations d'États africains¹⁸¹, notamment le Sénégal¹⁸², le Gabon¹⁸³, le Cameroun¹⁸⁴ et le Burkina-Faso¹⁸⁵ où la polygamie est encore en vigueur. On doit cette avancée de la législation à l'audace du juge constitutionnel béninois. Ce faisant, il « *affilie l'État béninois à la modernité, mais surtout à la tradition universelle des droits de l'homme* »¹⁸⁶. Cependant, le point commun de presque tous les États d'Afrique est le rayonnement du concubinage. La polygamie clandestine peut être perçue comme le fait pour un homme d'avoir plusieurs partenaires ou concubines en dépit de son état d'homme marié légalement. Un ensemble de facteurs concourent à la multiplication de partenaires sexuelles par les hommes. Il s'agit du traitement égalitaire réservé aux enfants¹⁸⁷ et de l'absence de sanction de l'adultère¹⁸⁸.

¹⁷⁹ C'est le cas des pays tels que le Mali, Sénégal ou encore le Togo à côté.

¹⁸⁰ Par exemple selon une étude réalisée par Klissou en 1992, il y a plus de 24 % d'hommes polygames parmi les hommes mariés en Côte d'Ivoire en 1988

¹⁸¹ Athanase FOKO, « Survivance des pratiques coutumières et droit de la famille au Cameroun », *Cahiers juridiques et politiques*, 2009, p. 39 et s.

¹⁸² Article 133 du code de la famille sénégalaise.

¹⁸³ Article 375 du code de la famille gabonaise.

¹⁸⁴ Thérèse ATANGANA-MALONGUE, « Le principe d'égalité en droit camerounais de la Famille », *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, Vol.1, n°3, 2003, p. 171, v. également Athanase FOKO, *op.cit.*, p. 39 et s.

¹⁸⁵ Article 257-260 du code des personnes et de la famille du Burkina-Faso

¹⁸⁶ Léocadie Angèle BAF'A-TSAGUE, *op. cit.*, p. 249.

¹⁸⁷ Article 328 : « Lorsque la filiation est légalement établie, les enfants nés hors mariage ont les mêmes droits que les enfants légitimes, sous les réserves prévues au titre des successions ».

¹⁸⁸ Simone HONVOU, « Regard du juge constitutionnel béninois sur le principe d'égalité en droit de la famille », in *Mélanges en l'honneur de Maurice AHANZO-GLELE*, Paris, Harmattan, 2012, p.11

2- Étude d'impact du projet

Un projet de loi pour qu'il soit prospère, doit être précédé de l'exposé des éléments qui le motive et accompagné d'une étude d'impact. Cette étude doit permettre les consultations des décideurs politiques et des divers acteurs, d'améliorer le projet de loi, à travers une information sur les avantages et inconvénient des options envisagées, par l'examen des impacts potentiels. De même, l'étude d'impact doit permettre aux parlementaires de prendre connaissance de tous les éléments nécessaires à la compréhension de la proposition ou projet de loi, et d'apporter efficacement leurs amendements. L'étude d'impact n'a pas seulement pour but d'analyser les conséquences de l'économie sur les projets de réglementations visant à protéger l'environnement ou encore la protection des consommateurs, de la santé et de la sécurité des individus. Elle est aussi plus dans le cadre de l'élaboration d'une loi, axée sur l'amélioration de la qualité de la norme, gage d'efficacité et de l'utilité de cette dernière. L'étude d'impact permet de limiter le nombre de lois à voter à celles qui sont nécessaires et à en améliorer le contenu. Théoriquement, l'étude d'impact permet de mieux légiférer. Sa mise en œuvre fait appel à certaines conditions d'abord, il s'agit de s'interroger sur l'opportunité d'édicter une nouvelle loi. Il existe un élément assez important et nécessaire et primordial devant justifier la production d'une étude d'impact avant tout projet de loi. Il s'agit de l'étude d'option. Le renforcement de l'étude d'option a pour utilité d'améliorer la qualité de la loi et de simplifier le droit. L'étude d'option permet de relever les différentes pistes de solutions et d'orientation possibles pour l'élaboration d'un projet de loi et l'atteinte des buts et objectifs qu'il poursuit. Il convient de procéder à une étude d'impact pour s'informer sur la réceptivité de la règle. Cette étude pourrait consister à se renseigner sur les pratiques sociales en cours, son influence positive ou négative sur les individus de la société. Ce travail permettra de savoir les résistances éventuelles que peut provoquer la norme, les choix à opérer et à éviter, et les options envisageables, sans toutefois perdre de vue la conformité des choix opérés aux normes supérieures. L'étude d'impact doit recenser « *les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles* ». Il urge donc de rechercher de nouvelles alternatives qui pourraient apporter en tout ou partie des solutions aux difficultés rencontrées.

Le processus d'élaboration du code des personnes et de la famille a-t-il vraiment fait objet d'une étude d'impact ? La transposition juridique opérée dans la plupart des pays d'Afrique noire francophone a donné naissance à des législations de la famille taillée sur le modèle et les réalités du droit de la famille occidentale en particulier la législation de la famille

française. C'est à croire que l'étude d'impact réalisé dans la construction normative du droit la famille est valable pour les sociétés africaines. Les réalités socio-culturelles de la famille française ne sont pas les mêmes que celles des familles africaines, et c'est ce qui explique l'inadaptation à certains égards des législations de la famille des pays de l'Afrique noire francophone. Alors on peut bien douter de ce qu'il a eu des études d'impact dans le processus de construction des législations de la famille. Même s'il y en a eu, la qualité de ces études laisse à désirer. On pourrait donc affirmer que ce sont les politiques législatives qui ne sont pas appropriées. Aussi, la mise en œuvre d'une étude d'impact et de la légistique nécessite des moyens financiers que ces pays ont du mal investir. De toutes les façons, il vaut toujours mieux se donner les moyens et outils nécessaires pour avoir une législation efficace et utile, car elle participe au développement dans tous les sens.

En somme, légiférer en méconnaissance des pratiques sociales s'avère dangereux, de sorte que le droit élaboré pour rétablir un ordre social devient créateur de désordre social. Alors le législateur se doit avant tout se poser la question de ce que le projet de loi initié est adaptable aux réalités sociales. Toute activité législative, doit être précédée d'un diagnostic de la situation de fait et de droit. Une fois les problèmes à résoudre identifiés, on s'attachera à déterminer en quoi ils trouvent leur source dans une adaptation des pratiques en cours. La conception de la norme nouvelle doit obéir à un principe de proportionnalité, de sorte que seules les règles ayant strictement vocation à atteindre les objectifs recherchés et pour offrir aux administrés des garanties effectives doivent être contraignantes.

B. La recherche de l'efficacité de la norme

La loi a pour vocation dans une société l'instauration d'un ordre social, elle constitue un instrument de sécurité et de confiance des individus. Mais elle n'est efficace que lorsqu'elle obtient l'adhésion sociale (1) et à vocation à régler un problème dans la société.

1- Adhésion sociale

La notion de l'adhésion sociale à la loi est intimement liée à celle de la démocratie. Lorsque l'on évoque la question de la démocratie, c'est en quelque sorte la volonté du peuple que l'on place en avant-plan. Ainsi, c'est au peuple, qu'il appartient de définir les règles de bonne conduite, de gouvernance et de veiller également à leur respect, d'où l'expression « la

loi est l'expression de la volonté générale ». Alors on peut se poser la question de savoir s'il existe une construction normative sans l'implication et l'adhésion sociale ? La démocratie existe sous deux formes, l'une très classique, celle qui avait prévalu dans la Rome antique et la démocratie occidentale. La démocratie occidentale est celle qui est en vogue aujourd'hui dans les pays de l'Afrique, une démocratie transposée. De toutes les façons, il n'existe pas à proprement dit une démocratie rigidement directe, car le peuple donne toujours délégation à certains de ses membres pour agir en son nom et pour son compte. Ces personnes ont en retour le devoir rendre compte au peuple. C'est ce que les constitutionnalistes qualifient de démocratie représentative. Le pouvoir législatif appartient au peuple et donc par principe, aucune loi ne peut être votée sans la consultation du peuple. Lorsque l'on se positionne dans la cosmologie de l'univers sociopolitique des sociétés africaines, on perçoit une autre forme de démocratie que l'on qualifie de la démocratie de « *l'arbre à palabres* » ce qui explique que dans les sociétés africaines classiques, l'expression « la loi est la volonté générale de peuple » trouve son sens. Certains auteurs pourraient chercher une contradiction ici, en démontrant que dans les sociétés africaines classique la loi reste seul la volonté du roi. Cependant, il ne faut pas qu'ils perdent de vue, que le roi est choisi par le peuple et il reçoit tous ces pouvoirs du peuple.

Le pouvoir colonial pour imposer dans les sociétés africaines les principes de la démocratie occidentale, présente *l'arbre à palabres* comme un frein au développement social, économique, juridique et politique. Or le comportement du législateur aujourd'hui sous le régime de la démocratie occidentale présente à certains égards un mépris vis-à-vis du peuple auquel appartient le pouvoir législatif. Le peuple n'est pas toujours consulté sur une loi qui a vocation à lui être appliquée. C'est ici le cas de nombreuses dispositions relatives à la législation de la famille, qui ne sont pas toujours en phase avec l'expression de la volonté sociale qui se traduit ici par les pratiques traditionnelles et sociales. C'est là se retrouve la problématique de l'efficacité et de l'utilité des lois.

Ce qui caractérise l'efficacité d'une loi se trouve dans l'utilité et l'importance que la société à laquelle elle a vocation à s'appliquer lui accorde. En clair, une loi ne saurait pas être efficace si elle ne reçoit pas une adhésion sociale. Cette adhésion passe par le respect de la loi et par la soumission de la société à la loi. C'est pour cette raison que le législateur se doit de définir clairement le ou les objectifs visés, afin qu'elle soit mieux appréhendée par la société. Le plus souvent, l'objectif poursuivi par le législateur est de légiférer pour encadrer une pratique sociale, interdire une pratique négative, constituant un poids, un danger pour les individus. C'est

le cas au Bénin des violences faites aux femmes, où la loi¹⁸⁹ prévoit des dispositions punissant les auteurs de ces sévices. Car les violences faites aux femmes se traduisent par plusieurs pratiques. D'abord dans les traditions, la femme n'a aucun pouvoir juridique¹⁹⁰. Ainsi, pendant longtemps, la femme a été considérée comme une personne inférieure qui n'avait le droit de ne prendre aucune décision, même celle qui la concerne elle-même. Par exemple après le décès de son mari, elle doit être donnée en mariage soit à un beau-frère soit au fils aîné de son mari ; elle n'a pas à donner un consentement contraire à celui de son époux quand il faut donner sa fille en mariage. Les mêmes pratiques existent encore de nos jours, car il existe encore au Bénin des hommes qui continuent de battre leurs épouses. Ce sont donc les considérations qui soutiennent la répression des violences faites aux femmes au Bénin. Dans certains cas, l'objectif de l'édiction de la loi résulte simplement de l'application d'une norme dont il suffira de rappeler qu'elle existe, mais il s'est développé des comportements et pratiques sociales en méconnaissance de celle-ci. C'est encore ici que le législateur doit comprendre que son ignorance du milieu social lui ferait faire fausse route dans la recherche de l'efficacité de la règle de droit.

Qu'est-ce qui peut motiver une société au refus d'adhérer à une loi qui a été édictée pour elle. Soit la loi est en déphasage avec les mentalités sociales, soit elle leur retire un avantage déjà acquis par une autre norme, ou un intérêt particulier. Le législateur se doit de mettre en place une politique législative pouvant permettre d'éviter les résistances parce que la non-adhésion de la société rend inutile la loi. La finalité recherchée dans l'édiction d'une règle de droit étant son effectivité, qui passe bien sûr par l'adhésion du corps social à la règle. C'est en cela que se justifiât l'importance de l'expérimentation législative et l'étude d'impact du projet ou proposition de loi.

2- Le règlement d'un problème social

La mise en place d'une législation de la famille au Bénin, devrait à priori être guidée par un souci d'efficacité des règles à établir, c'est-à-dire la recherche de solution à un problème social. Aujourd'hui, la question que l'on se pose est de savoir si le code béninois des personnes et de la famille a permis de régler les problèmes générés par l'usage de certaines pratiques

¹⁸⁹ Loi n°2011-26 portant prévention et répression des violences faites aux femmes

¹⁹⁰ Art. 27 du coutumier du Dahomey

culturelles. En réalité, au terme de l'article 142 du code béninois des personnes et de la famille, « la dot à un caractère symbolique » une analyse faite de cet article, nous permet de dire que le législateur béninois a été plus réaliste qu'idéaliste, parce que la pratique de la dot est plus évidente dans la société béninoise. Par cet article, il autorise la pratique de la dot, donc reconnaît l'ampleur de sa pratique par les traditions béninoises et admet que sa suppression serait sans effet sur les usages en la matière. Aussi, il s'est abstenu de fixer un montant, cependant, il met un accent sur le caractère parfois excessif qu'elle peut avoir. Par l'expression « caractère symbolique », il exprime implicitement qu'il faut éviter les excès. En réalité, la fixation d'un montant ne serait pas respectée par les futurs époux et leur famille, encore que le législateur ne dispose d'aucun moyen de contrôle sur la valeur de la dot. Le législateur béninois n'a donc fixé aucun montant pour la dot contrairement à la législation sénégalaise¹⁹¹ et camerounaise qui semblent l'avoir fixé. En droit positif sénégalais, si la dot est définie comme une condition de fond du mariage, la terminologie utilisée semble laisser la dot au bon vouloir des futurs époux : « Les futurs époux peuvent convenir de la fixation d'une somme d'argent, ou la détermination de biens à remettre en partie ou en totalité par le futur époux à la future épouse sera une condition de fond du mariage. Cette dot ne peut dépasser la valeur maximum fixée par la loi ». Le verbe « pouvoir » utilisé par le législateur sénégalais se présente comme une possibilité laissée aux futurs époux, qui peuvent donc y renoncer. De toutes les manières, le législateur sénégalais n'a pas lui aussi écarté la dot parce qu'elle demeure une pratique, véritable identité culturelle. La dot n'a donc aucun caractère contraignant que ce soit en droit béninois qu'en droit sénégalais. Ainsi, la question de la dot requiert une certaine efficacité dont on peut se permettre d'apprécier la rationalité. Dans les obligations d'ordres pécuniaires par exemple, la femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari¹⁹² cette disposition est très identique aux pratiques coutumières. La femme mariée vit dans la famille de son mari, mais elle conserve sa place marquée au foyer natal, spécialement pour les fêtes rituelles¹⁹³. Dans le code des personnes et de la famille, le domicile légal des époux est : « le lieu choisi d'un commun accord par eux »¹⁹⁴. Dans la pratique africaine, la femme mariée réside chez son mari, à sa mort, elle est enterrée chez son mari, si la dot lui est versée. Le coutumier de même que le CPF révèlent la survivance de la puissance maritale. Ici encore, le problème de l'efficacité est

¹⁹¹ Article 132, al 1^{er} du code de la famille sénégalais

¹⁹² Article 108 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

¹⁹³ Art 129 du coutumier du Dahomey

¹⁹⁴ Art 156 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

réglé, car la règle de droit semble être en harmonie avec les pratiques coutumières. Remarquons cependant que le souci de la recherche de l'efficacité ne traduit pas forcément que la règle de droit aille forcément dans le même sens que les pratiques. En réalité, le souci d'efficacité traduit aussi que le législateur tienne compte de certaines pratiques pour définir la règle de droit surtout en matière pénale. On peut citer comme exemple les pratiques de mutilations sexuelles ou mutilations génitales féminines : ablation partielle ou totale des organes génitaux externes des personnes de sexe féminin et/ou toutes atteintes concernant ces organes¹⁹⁵. Cependant, le problème de l'efficacité se pose pour certaines dispositions du code des personnes et de la famille en raison du fait qu'elle ait toujours du mal à être acceptée jusqu'à ce jour. Faute d'étude législative certaines règles ont été adoptées sous l'influence émotionnelle de certaines femmes élites, qui ont avancé des raisons d'égalités entre l'homme et la femme, sans au préalable chercher à savoir quelle serait l'efficacité de leur choix. Il s'agit ici de la disposition établissant la monogamie exclusive¹⁹⁶. Au Bénin, il n'y a jamais eu une étude permettant d'évaluer la fréquence de la monogamie et de la polygamie. Les études effectuées par Philippe ANTOINE, Mamadou DJIRE et Jeanne NANITELAMIO sur la polygamie et le divorce, au cœur des relations hommes femmes¹⁹⁷, ont révélé que le divorce est la seule manifestation de contestation vis-à-vis de la polygamie. C'est une contestation cependant limitée, car elle ne remet nullement en cause la pratique de la polygamie elle-même. Il existe en quelque sorte entre le divorce et la polygamie un lien disons rotatif, car la plupart des femmes qui divorcent pour ce motif se retrouvent souvent par la suite dans un foyer polygamique "choisi" et non imposé, vécu selon les intéressées de façon plus sereine. La polygamie est souvent préconisée et acceptée, comme une solution permettant de "rééquilibrer" les relations dans le couple, plutôt que le divorce. Il est paradoxal de constater cependant que les familles sont à la fois des éléments de stabilisation et "d'évolution" du couple. Le législateur du code des personnes et de la famille doit donc rechercher en permanence toutes les fois qu'il s'agira de légiférer et de s'assurer de l'efficacité de la règle de droit à édicter¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Art 3 de la Loi n° 2015-08 portant code de l'enfant en République du Bénin.

¹⁹⁶ Art 143 de la loi n°2002-07 portant code des personnes et de la famille en république du Bénin

¹⁹⁷ Philippe ANTOINE, Mamadou DJIRE et Jeanne NANITELAMIO, « Au cœur des relations hommes femmes : polygamie et divorce », in *Trois générations de citadins au Sahel : trente ans d'histoire sociale à Dakar et à Bamako*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 147

¹⁹⁸ *ibidem.*, p. 177

Paragraphe 2 : Les pratiques familiales comme sources du droit de la famille

Quand il s'agit de définir la coutume¹⁹⁹, on se rapporte aux usages et au temps. Il est généralement admis que la coutume est un ensemble d'usages prolongés dans le temps et qui pour cette raison est établi comme une norme. Envisagée sous un angle juridique, la coutume entretient des relations fortes et complexes avec le droit et la société. C'est d'ailleurs dans les sociétés purement traditionnelles qu'elle est considérée comme le droit parce qu'elle définit les règles sociales à ne pas transcender. Or, du point de vue de la sociologie juridique, le droit ne représente que le produit de l'évolution d'un peuple. Ainsi, la coutume est intimement liée au droit qui ne peut exister sans elle. Seuls ceux qui ne recherchent que dans la règle de droit un caractère idéal trouve qu'il serait exagéré de dire que la coutume est la seule source du droit²⁰⁰. Pourtant, elle est à priori la première source du droit dans la mesure où il ne peut y avoir de droit sans société, or la coutume traduit l'expression de la volonté même de la société. Ainsi, la coutume représente une composante de la règle de droit (A) qui, malgré tout représente un produit de la coutume, parce que cette dernière y joue une fonction déterminante dans son élaboration (B).

A. La coutume une véritable source concurrente de la règle de droit

Les lois et coutumes sont deux notions retenues comme sources principales du droit. Le droit objectif est l'ensemble des règles de conduite dans la société, d'ont l'inobservation est sanctionné par la puissance publique. Il trouve son contenu dans la loi et la coutume. En effet, la loi et la coutume sont deux sources de droit qui se distinguent dans la mesure où le premier, qualifiée de source directe du droit, est entendu au sens strict comme toutes les règles élaborées et votées par le Parlement. Au sens large, elle est toute règle de portée générale et impersonnelle édictée par une autorité compétente. La coutume est une source non écrite du droit et définie comme les règles établies par un usage prolongé et qui sont conservées sans écrit par une longue

¹⁹⁹ *Inspiration, formation, expression de la coutume*, acte du congrès du cinquantenaire de la société, Mémoire de la société pour l'histoire du droit et des institutions des pays d'anciens bourguignons comtois et romands, 40^e fascicule, Dijon, 1984, p. 28 - 48

²⁰⁰ Henri Lévy-Bruhl, *Sociologie du droit*, Que sais-je ? 6^{ème} éd., 1981, p. 41.

tradition. Ce sont des règles de faits et pratiques qui se dégagent du milieu social en absence de toute intervention législative. Historiquement, c'est la coutume qui constituait une source première du droit, elle jouait un rôle capital dans les pays de droit coutumier. Dans les pays d'Afrique Noire francophone, la coutume se traduit par les pratiques et faits constants dans les traditions.

La théorie romano-canonique distinguait deux éléments qui entrent dans la formation de la coutume : un élément matériel et un élément psychologique. L'élément matériel consiste en la répétition constante observée dans un usage comme la pratique de la dot ou le port du nom de son mari par la femme mariée en droit béninois forge une illustration familière. En réalité, la coutume est ici une notion dont la formation est fonction du temps. Les comportements doivent d'abord relever d'un caractère habituel, c'est-à-dire avoir été suivis de façon répétitive. Il est vrai qu'aucune durée n'est prévue, mais il faut tout de même que l'usage ait une ancienneté suffisante. Aujourd'hui, la très grande rapidité des moyens de communication serait de nature à compromettre cette exigence traditionnelle de sorte qu'on assisterait à une coutume de formation rapide, quasi instantanée²⁰¹. Cette opinion reste isolée en raison de la position secondaire de la coutume en droit positif moderne qui ne permet guère de vérifier le bien-fondé de l'observation²⁰².

Le second élément, psychologique, entrant dans la formation de la coutume est relatif à son effectivité sociale. Ici, l'usage doit requérir une adhésion collective et accepter de tous comme étant une norme obligatoire. C'est la soumission de tous. La coutume doit être un élément à l'origine d'un phénomène d'imitation²⁰³.

Considérée comme une source secondaire du droit, la coutume est une règle de droit objectif fondée sur une pratique populaire, un ensemble de pratiques constantes et répétitives, et se prolongeant dans le temps, mais de caractère juridique contraignant. Généralement non écrite, la coutume n'est pas une émanation de l'Etat. Elle relève plutôt de l'adhésion collective de la société²⁰⁴. C'est une véritable source de droit et il convient de la distinguer des usages.

²⁰¹ Boris STARCK, « À propos des "Accords de Grenelle" : Réflexions sur une source informelle de droit », *J.C.P.* 1976. I. 2363, n° 22-26

²⁰² Jacques MOURY. *Le regard d'un juriste sur la tradition*, en ligne sur <https://www.cairn.info/revue-l-autre-2009-1-page-29.htm>

²⁰³ Gabriel TARDE, *Les lois de l'imitation*, 1890, p. 46

²⁰⁴ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadriga/PUF, 3ème éd., 2002, p. 241.

Contrairement à la coutume, les usages sont dépourvus de caractère juridique. En réalité, la coutume tient son caractère juridique de la répétition des usages, de leur constance, et de l'adhésion de toute une collectivité. Le caractère contraignant trouve ici son sens dans la soumission de tous les individus qui composent la société. Cette conception de la coutume fait appel à une autre clarification d'ordre sémantique, traduisant une réception par les phénomènes sociologiques du droit. À défaut d'une législation bien élaborée, la règle de droit se crée par la constance et la répétition progressive dans le temps dont le résultat en est la coutume. Il est un fait de constater que la loi source première du droit, a du mal à s'imposer même dans les domaines pour lesquels elle a été établie parce que la société à défaut de se soumettre à la loi, s'abstient de poser des actes juridiques auxquels elle a vocation à s'appliquer. C'est le cas du mariage au Bénin. En effet la disposition établissant la forme exclusive de la monogamie²⁰⁵ pour tout mariage, traduit une illustration dans la mesure où, à défaut de violer cette disposition les Béninois pour un grand nombre s'abstiennent de contracter un mariage civil pour demeurer concubins au regard de la loi civil. Dans le même temps, les concubins accomplissent spontanément toutes les formalités d'usage entrant dans le mariage traditionnel telle que : « la connaissance des parents, les cérémonies de remise de dot, les prières les conseils de famille pour ne citer que ceux-là ». Il n'existe presque pas de mariage au Bénin sans le moindre accomplissement de quelques-unes de ces formalités qui malgré la diversité culturelle existent dans toutes les traditions béninoises jusqu'à ce jour : c'est la force des coutumes.

« Tout droit est formé à l'origine de la façon dont il est dit, que s'est formé le droit coutumier ; c'est-à-dire par la coutume et la foi populaire, par les pouvoirs internes qui opèrent en silence, non par la volonté arbitraire d'un faiseur de lois » écrit Savigny. Il distinguait à propos, le droit politique du droit technique. Il appréhende le droit politique comme celui qui se confond avec l'existence générale de la communauté populaire, par opposition au droit technique qui relève de l'activité scientifique de juristes, qu'il traduit de façon épistémologique inférieure au droit politique. La théorie de Savigny sur la formation du droit, qu'il pense être à l'origine de la coutume et des savoirs populaires semblent être en harmonie avec la sociologie juridique qui recherche l'origine du droit dans la société. Puisque la coutume est une émanation de l'adhésion collective de la société à un usage vécu de façon constante dans le prolongement du temps, la coutume se pointe donc comme une source première du droit. Ainsi, le droit tire

²⁰⁵ Art 143 de la loi n°2002-07 portant code des personnes et de la famille en république du Bénin

son origine des usages prolongés dans le temps, usages qui ne sont rien d'autres que les faits et pratiques perpétrés dans le temps. Également, la coutume opère sous le regard impuissant des faiseurs de lois sans que ceux-ci ne s'en rendent compte de son effectivité. C'est seulement les conséquences liées aux effets que produit la coutume qui deviennent perceptibles. L'inadaptation de la législation de la famille n'est devenue perceptible qu'au moment où l'on s'est rendu compte de la persistance de certaines pratiques coutumières au mépris du droit. Une question tout simple : est-ce la répression du phénomène de deuxième bureau consistant à l'entretien de relation amoureuse hors foyer conjugal mettrait fin à cette sorte d'infidélité exposée au regard de tous ? La société trouve toujours son moyen de résistance à une loi tant qu'elle n'adhère pas à celle-ci. Or la coutume, elle crée le droit sans aucune résistance dans la mesure où elle est une émanation de la société. On pourrait donc affirmer que dans une certaine mesure la coutume représente la première source fiable du droit²⁰⁶.

Les pratiques et les faits relevant des coutumes existent fort longtemps avant la création de l'écriture. Ainsi, le droit écrit n'existe pas sans le droit coutumier. Elle est une émanation de la transcription des coutumes opérées au cours des XVe et XVIe siècles. Il convient de préciser également que la coutume n'est pas figée, elle évolue aux rythmes de la société. C'est le cas de la coutume de Paris qui écrite en 1510 a été réécrite en 1580²⁰⁷ et qui sera abolie plus tard par la rédaction du code civil. Mais cette abrogation ne traduit pas pour autant, l'abandon des coutumes comme source du droit, car certaines dispositions du code Napoléon subsistent encore aujourd'hui renvoient à la coutume²⁰⁸. Somme toute, on peut comprendre que la coutume, quel que soit le modèle choisi est toujours au rendez-vous dans la construction du droit. La coutume en Afrique Noire francophone et dans le cas du Bénin en particulier traduit un ensemble de pratiques, comme fondamentales dans la formation du droit et par conséquent le droit de la famille. Ainsi, tous les Etats presque de l'Afrique Noire francophone ont entrepris au lendemain des indépendances, une transcription des coutumes locales à travers les coutumiers, au Bénin le coutumier du Dahomey. Dans la construction du droit aujourd'hui, les pratiques y jouent encore une fonction déterminante, à défaut de concevoir une législation inutile parce que méprisée par la société même à laquelle elle a vocation à s'appliquer.

²⁰⁶ Yves JEANCLOS « Coutume et loi : une approche logistiquue du droit », in *mélanges wiederkehr*, Paris, 2008

²⁰⁷ Sur la place de la coutume dans l'Ancien Droit, v. André CASTALDO, *Introduction historique au droit*, Dalloz, 1ère éd., 1999, spéc. n° 414 à 456, 475 à 49.

²⁰⁸ V. infra avec la coutume *secundum legem*

B. Les fonctions de la coutume

La coutume joue un rôle important dans la formation du droit de la famille d'une part, mais elle entretient aussi de façon permanente des relations avec la loi d'autre part. Les juristes de droit privé ont entrepris de distinguer trois hypothèses dans lesquelles la coutume entretient des relations avec le droit. Pour ce qui est de la fonction de création du droit, une clarification préalable est nécessaire. La famille est le premier lieu où la coutume tire sa source. En effet, la famille représente la cellule fondamentale de la société. Ainsi, les pratiques et usages sociaux sont des faits de famille. Ces faits de famille sont relatifs aux mariages, succession, filiation... Ainsi, toutes ces institutions existent avant même la création de l'Etat, et donc sous forme de coutume. Comment peut-on donc parler de mariage de succession, du droit de la famille sans même imaginer le modèle de la société primitive ? L'évidence est d'abord qu'il n'y a pas de droit de la famille sans famille, pas de mariage sans pratique de mariage, pas de succession sans faits de succession. La coutume revient donc comme la première source du droit. Pour ce qui est des rapports permanents, trois hypothèses seront envisagées.

Dans la première hypothèse, la coutume est obligatoire en vertu de la loi elle-même. Il s'agit d'un mécanisme de renvoi dans lequel la loi donne force exécutoire à la coutume. Dans une telle hypothèse, la coutume est dite de coutume « *secundum legem* » mécanisme dans lequel la coutume renvoie à la loi. Elle est courante en droit civil en matière foncière notamment et en matière de droit des baux²⁰⁹ et en droit des contrats. La coutume étant alors dite *secundum legem*. Il se rencontre fréquemment en droit civil, tout particulièrement en matière foncière²¹⁰, mais aussi dans le droit des baux²¹¹ ainsi qu'en droit des contrats. Ainsi, en matière de l'interprétation des contrats, le code civil admet que ce qui est ambiguë soit interprété par les usages en cours dans le lieu de conclusion du contrat²¹², de même qu'il soit suppléé par ces usages les clauses du contrat bien que les parties n'aient pas exprimé cette volonté dans leur contrat. De même les conventions passées entre deux ou plusieurs parties les obligent non

²⁰⁹ L'article 1736 du code civil, notamment, dispose que, « si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par *l'usage des lieux* ».

²¹⁰ Ainsi et à titre d'exemples les articles 593, 645, 663, 671 et 674 du code civil, concernant respectivement l'usufruit, le régime des eaux, la hauteur des clôtures entre fonds voisins, la distance à respecter pour les plantations et certaines constructions.

²¹¹ L'article 1736 du code civil, notamment, dispose que, « si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par *l'usage des lieux* ».

²¹² Art 1159 et 1160 du code civil.

seulement aux causes auxquelles elles ont souscrit, mais également à tout usage ou équité auxquelles la loi y renvoie²¹³. Le mécanisme de renvoi n'est pas propre au droit civil. Il existe de même plusieurs autres disciplines juridiques dans lesquelles le renvoi de la loi à la coutume existe. C'est par exemple le cas en droit du travail français où les cas de résiliation unilatérale du contrat de travail par l'employeur ou par le salarié font renvoi aux usages en cours dans le milieu de travail et dans la protection sociale²¹⁴.

La deuxième hypothèse, l'invite expressément à faire recours à la coutume. La coutume est dite ici « *secundum legem* » et n'implique aucune difficulté dans sa relation avec la loi. La coutume, et la loi ont une même force obligatoire, reconnu *ipso facto* par le législateur. La conséquence de cette force obligatoire reconnue à la coutume est que sa violation est sanctionnée au même titre que la violation de la loi par la puissance publique. Cependant, cette force obligatoire n'est évidente que dans le cas d'un renvoi de la loi. Mais elle est traditionnellement admise lorsque la coutume est dite *Praeter legem*.

Signifiant que la violation de la coutume est sanctionnée, l'Etat y prêtant alors son concours au travers de son appareil judiciaire, exactement comme l'est la violation de la loi, cette force obligatoire est moins évidente à reconnaître en l'absence de tout renvoi de la loi. Elle est cependant admise traditionnellement lorsque la coutume, dite « *praeter legem* », vient combler une insuffisance de la loi. La doctrine privatiste dominante²¹⁵ n'admet pas cette objection constitutionnelle en vertu de laquelle le législateur est le seul détenteur de la souveraineté nationale. Portalis affirmait à ce propos : « A défaut d'un texte précis sur chaque matière, un *usage ancien, constant, et bien établi*, une suite ininterrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi ». Ces propos viennent confirmer le recours fait à la coutume lorsque les termes de la loi sont obscurs ou imprécis. Le recours à la coutume ne traduit pas forcément ici un renvoi de la loi à la coutume. C'est ainsi que la coutume s'invite à intervenir en présence d'une loi imprécise.

Répondant à cette coutume d'antiques règles énoncées sous forme de maximes et d'usages, comme celui précédemment rappelé voulant que la femme mariée porte le nom de

²¹³ Art 1135 du code civil.

²¹⁴ Arts L. 1234-1 et L. 1237-1 du code du travail français

²¹⁵ V. Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX, *op. cit.*, p. 447, n°502 ; François TERRE, *Introduction générale au droit*, 3ème éd., 1996, n° 211, p. 201

son conjoint, usage que le législateur ne consacrera implicitement par la loi du 6 février 1893. En droit civil contrairement aux coutumes *secundum legem*. Les hypothèses de coutume *Praeter legem* sont rares dans la mesure où le législateur peut toujours éditer une nouvelle loi dite loi interprétative pour interpréter les termes obscurs d'une loi dont l'application pose un problème, en raison de son imprécision. Il en est également de l'interprétation de la loi par le juge. Aussi, on peut toujours se servir d'une jurisprudence sur une matière pour contourner la loi obscure. Le rôle du juge n'est pas de fixer un usage ; il les constate simplement et l'applique si nécessaire. Mais il arrive des cas de figure où l'usage peut se prévaloir contre la loi.

Dans l'hypothèse où la coutume est en contradiction avec la loi comme c'est le cas en droit des baux²¹⁶, la coutume est dite « *contra legem* ». Elle est considérée généralement comme un principe absolu, où la coutume cède devant la loi, et surtout en face d'une loi impérative²¹⁷. Seules les institutions investies de pouvoir législatif et réglementaire sont autorisées par la Constitution pour édicter les règles de droit destinées à régir la vie de la société²¹⁸. Il existe cependant une nuance à ce principe ; une coutume contraire à la loi ne peut être abrogée, ce qui serait alors implicite de celle-ci. Mais ce principe n'a rien d'absolu, comme le confirme certains usages dont la valeur juridique est acquise au regard de la jurisprudence bien qu'ils soient contraires à la loi. Le don manuel donation faite de la main à la main, dont la validité est traditionnellement admise bien que l'article 931 du code civil exige un acte notarié pour toute donation en est une illustration. La mise en œuvre de l'adage « *Fraus omnia corrumpit* » donne une illustration particulière de ces tempéraments au principe déniait toute force obligatoire à la coutume *contra legem*.

Certains auteurs, comme Savigny, ont démontré la supériorité de la coutume sur la loi. Correspondant à la volonté du peuple en raison de ce qu'elle en est une émanation, la coutume

²¹⁶ L'article 1736 du code civil, notamment, dispose que, « si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre qu'en observant les délais fixés par *l'usage* des lieux ».

²¹⁷ Une loi interprétative de volonté peut en effet être écartée par une manifestation de volonté contraire de la part des intéressés, partis à un contrat notamment. Or, ce que peuvent faire des sujets de droit, le corps social peut à *fortiori* le faire.

²¹⁸ L'art. 3 de la Constitution française de 1958 dispose en ses al. 1 et 2 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum », puis : « Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ». Ce qui ne laisse pas *a contrario*, en dehors de ces deux modalités, la possibilité d'exercice direct de cette souveraineté nationale avec en l'occurrence la création de règles de droit par le peuple. Il s'agit là du fondement de l'argument qu'écarte la doctrine privatiste pour admettre la coutume comme source de droit. Mais l'argument peut ici difficilement être éludé, la coutume étant en conflit avec la loi.

répond au besoin d'évolution du peuple, ce qui garantit une sécurité juridique des individus. Cependant, dans un monde en mutation perpétuelle, la coutume a du mal à adapter la règle du droit en adéquation avec la rapidité constante de l'évolution. Bien que devenue secondaire et subsidiaire, elle n'en demeure pas moins un instrument d'adaptation du droit au corps social. Carbonnier observait que « les anciens regardaient couler les sources du droit, les modernes se disent assourdis par ses modes de production²¹⁹. Ce qui est peut-être aujourd'hui le poids sous lequel juristes comme justiciables subis, c'est le nombre grandissant sans cesse de lois, fonction de la très grande complexification des relations économiques, de même que la forte exigence très peu raisonnable au-delà d'un certain seuil de garantie de sécurité et de protection des acteurs sociaux. La société se force de solutionner ses difficultés avec une pléthore de loi et de règlement. Or, la coutume a encore vocation à suppléer des espaces, dans le droit formel, que législateur et autorité réglementaire seraient inspirés de laisser parfois vacants. Il n'en demeure pas moins que la coutume *praeter legem* ait encore, dans son rôle régulateur, des chantiers à explorer.

Comme on peut s'en rendre compte, l'éducation traditionnelle en Afrique est une éducation, dont les bases fondamentales se trouvent dans des pratiques où l'usage prolongé rappelle de façon constante la conduite de l'individu dans une société de vie collective. Cette vie communautaire présente beaucoup de différences avec un droit étranger dont la conception de la famille est une conception individualiste contrairement à celui des pays de l'Afrique Noire francophone où la conception est collective. C'est une éducation traditionnelle très séduisante qui regorge de beaucoup de valeurs dont fera l'objet du chapitre suivant, et qu'il importe non seulement d'identifier, mais aussi de sauvegarder et de préserver de la destruction, de la fragilité et du caractère mouvant des sociétés contemporaines.

²¹⁹ Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 131.

CHAPITRE 2 : LES VALEURS TRADITIONNELLES FAMILIALES BASES DE LA CONSTRUCTION NORMATIVE

Le continent africain comme l'Europe et tous les autres continents, est historiquement composé de groupes sociaux divers, linguistiquement, géographiquement et surtout culturellement²²⁰. L'évolution sociale, économique et culturelle de l'Afrique plus spécifiquement l'Afrique noire n'est pas restée en phase avec celle des autres continents, ce qui le fait souvent considérer par les Etats dites avancés comme sans civilisation, bafouant ses cultures et réalités propres, considérer comme n'ayant aucune importance. Se fondant sur la théorie évolutionniste, les partisans des courants idéologiques colonialistes, définissent même une hiérarchie dans les civilisations, « en se fondant sur les qualités morales et caractères physiques, une méthode traduisant le racisme, dans la mesure où elle perçoit l'évolutionnisme comme liée au positivisme et dégénérescence, plaçant la race blanche au-dessus des autres »²²¹. C'est cet état de chose qui explique la colonisation de tout le continent noir par l'Europe. En réalité, la position des partisans de la théorie de l'évolutionnisme guidés par les idéologies colonialistes s'explique dans la mesure où ils sont venus retrouver un continent Noir sans écriture, ou tous les modes de transmissions de connaissances sont basées sur l'oralité. Il est vrai que ce mode de transmission, ne donne pas trop d'ouverture à la connaissance du monde extérieur sur les réalités socio-culturelles et économiques, car l'individu peut perdre la mémoire, il peut disparaître, mais ses écrits demeurent. En revanche, cette absence d'écriture dans la transmission culturelle ne peut être perçue comme une inexistence de valeurs culturelles, dont les fondements se trouvent dans l'éducation familiale traditionnelle en Afrique noire, francophone, et particulièrement au Bénin.

Dans les anciennes contrées du Bénin caractérisées par l'existence des groupes sociaux, la vie continue toujours de s'organiser autour des coutumes ancestrales, qui font voyager dans les réalités culturelles et leurs grandes significations, témoins des valeurs qu'elles incarnent. Toutes les ethnies : *Fon, Dendi, Yoruba, Mahi, Bariba*, pour ne citer que ceux-là, font de la tradition une représentation de l'école de vie, une adhésion totale de l'individu. C'est à ce niveau que l'éducation traditionnelle enseigne à l'acteur social, qu'il soit grand ou petit, les

²²⁰ Elisabeth OYANE MEGNIER, *Cuentos negros de Cuba : aux sources de l'oralité bantoue*, PUP, 2013, p. 20.

²²¹ *Idem*, p. 22.

principes et règles à observer dans l'intérêt de tout le groupe. Il y a donc ici des valeurs contenues dans cette éducation traditionnelle, dont l'existence et la formation des règles juridiques et sociales ne peuvent se passer, à défaut de créer de résistances sociales. Cependant, il ne faut pas perdre de vue qu'une éducation basée sur une transmission orale, et d'autres pesanteurs sociales, n'est pas tout à fait sans des antivaleurs. L'objectif de l'étude des valeurs traditionnelles familiales base de la construction normative est de faire la lumière sur les valeurs fondamentales de l'éducation traditionnelle (section 1) et de démontrer que l'éducation traditionnelle contient tout de même aussi des antivaleurs qu'il faudra corriger (section 2).

Section 1 : Les valeurs fondamentales de l'éducation traditionnelle

La notion de valeur ne s'entend pas ici comme le prix d'un bien encore moins le coût de production du bien. Le terme valeur n'a pas non plus un sens juridique. Elle est perçue dans un sens beaucoup plus sociologique et culturel. Pris dans ce sens, les valeurs sont appréhendées comme des faits de société ou de cultures conformes à la raison et à la nature humaine. Elles répondent aux besoins fondamentaux de l'ensemble du groupe social, et de ce fait revêtent un caractère beaucoup plus dynamique. Cependant, il convient d'aborder la notion de valeur ici, avec beaucoup plus de relativité, car elle tient une relation très soudée avec les conditions de vie et les intérêts des sociétés qui les produisent. Cette relativité des valeurs auxquelles il a été fait allusion n'est pas toujours absolue, car il existe des données de base qui, au-delà des dimensions sociales, temporelles et culturelles, semblent sous-tendre l'organisation de la communauté universelle. Il faut distinguer les valeurs trans-temporelles, qui sont des acquis historiques, dont l'abandon est souvent générateur d'énormes dégâts sociaux. Ce sont des valeurs qui sont enracinées dans la conscience publique. Ensuite les valeurs de situation, que l'on peut aussi qualifier de valeurs conjoncturelles ou relatives. En revanche, rapprochant la valeur à l'éducation traditionnelle familiale, une distinction s'opère entre les valeurs liées à la nature de l'éducation familiale traditionnelle (paragraphe 1) et les valeurs transmises par l'éducation familiale traditionnelle (paragraphe 2).

Paragraphe 1 Les valeurs liées à la nature de l'éducation familiale traditionnelle

Les valeurs liées à la nature de l'éducation familiale traditionnelle sont celles qui relèvent de la nature même des pratiques culturelles, dans lesquelles l'individu acquiert les connaissances nécessaires, indispensables pour son intégration sociale. Ces valeurs se regroupent en deux catégories : les principes éducatifs (A) et les techniques éducatives (B).

A. Les principes éducatifs

Les principes éducatifs sont un ensemble de règles sociales perpétrées par les pratiques. Ce sont des principes qui indiquent la façon dont l'individu doit être éduqué. Ces principes comprennent : les liaisons intimes avec la vie, le caractère complet et polyvalent de l'éducation (1) ; les méthodes, cohérence interne, et continuité de l'éducation (2).

1- Liaison intime avec la vie, le caractère complet et polyvalent de l'éducation

L'éducation traditionnelle familiale escorte la vie de chaque individu au sein de la communauté, par la pratique des enseignements fondés sur des principes, qui assure l'ordre des lois et le maintien de l'équilibre social. L'éducation familiale entretient une liaison permanente de l'individu avec son existence. Ainsi, l'homme dans la vie traverse deux grandes phases, une première ascendante, et une seconde descendante²²². Dans la première ascendante qui part de 1 à 63²²³, distingue trois phases. La pré-initiation : l'enfant jusqu'à 7 ans reçoit les premières éducations. Dans un premier temps, il est intimement lié à sa mère jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de sevrage. En effet, intimement lié à sa mère depuis sa naissance, il reçoit le lait de sa mère qui le porte aussi sur son dos ce qui renforce le lien affectif. Ainsi, s'installe une communication définitive entre mère et enfant, aussi bien physique que sentimentale, générateur des manières d'être et de vivre. Une fois sevré, son univers s'élargit rapidement au-

²²² Liliane PREVOST, Isabelle de COURTILLES, *Guide des croyances et symboles, Afrique : Bambara, Dognon, Peul op. cit.*, p. 139.

²²³ Ibid.

delà du cercle familial²²⁴. Il rejoint les enfants de sa génération où il commence ses premières intégrations sociales. Regroupé autour des jeux, l'enfant apprend à connaître ses frères, les personnes avec qui il vit et partage des relations de familles ou de groupe. Animant les jeux par exemple, il fabrique souvent des instruments de musique avec des boîtes de conserves, jouant et dansant aux rythmes de la musique.

L'enfant conserve une très grande tendresse pour sa mère et suit les conseils de son père. Il apprend déjà l'obligation de respecter des aînés, l'obéissance envers les grandes personnes. Et comme le dit un proverbe africain, « tout ce que nous sommes et tout ce que nous avons sur cette terre, nous le devons une fois à notre père, mais deux fois à notre mère, aussi bien notre bonheur comme notre malheur »²²⁵. À partir de l'âge de 7 ans, l'enfant reçoit ses premières initiations, l'observation du monde, la prise de plus en plus de responsabilité, l'apprentissage des méthodes de culture. L'enfant intègre en suite la classe d'âge de l'adolescence. C'est ici que l'enfant reçoit l'enseignement et l'éducation de ses maîtres. L'aîné exerce une tutelle sur les classes d'âge plus jeunes et, en cas de nécessité, remplace, le patriarche de la famille. C'est une étape d'âge très sensible, car c'est la phase préparatoire à l'âge adulte. Il faudrait donc assurer ici la majeure partie de l'éducation morale et sociale. Sortie de l'adolescence, et de jeune adulte, le passage à la tranche de jeune marié et l'homme adulte, consacre l'initiation au mariage. Les cérémonies de mariages revêtent une grande importance, car ce sont elles qui sont à l'origine du groupe. Le respect des règles sociales en la matière est indispensable sous peine de sanction. À partir de la quarantaine, c'est la maturité absolue de l'individu, il peut prendre désormais seul des décisions, et les assumer avec conviction, mais en conformité avec les principes du groupe. Il est investi lui-même des pouvoirs de gestion de la famille et le devoir d'éducation envers les générations suivantes. Arrivé au-delà de la soixantaine, commence un autre cycle de la vie de l'individu : la descendance : c'est la vieillesse, moment de sagesse, où l'individu est détenteur de plusieurs expériences de vie et de vécus. Défenseur désormais du patrimoine culturel, il représente les ancêtres au cours des cérémonies d'initiation, des rituels et des sacrifices. Ainsi, les valeurs liées à l'éducation familiale trouvent leurs sens dans la relation qui lie l'individu avec sa vie en société.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Proverbe Bambara.

L'éducation familiale traditionnelle africaine, est caractéristique d'une éducation comportant tous les éléments nécessaires à la connaissance morale et intellectuelle de l'individu. La connaissance scientifique est loin d'être la seule composante de l'éducation²²⁶. Il faut une base, et cette base se retrouve dans l'éducation que les parents donnent à l'enfant. L'éducation familiale comporte à la fois, les valeurs morales, le respect de soi et du groupe le savoir vivre en société. Elle est donc une éducation complète, contenant tous les éléments nécessaires qui font d'un homme un modèle dans la société. En ce qui concerne les fonctions de l'éducation familiale en Afrique noire, elle est polyvalente. Elle fait acquérir à l'individu les connaissances, pour parfaire sa moralité, développer son sens culturel, et l'accompagne tout au long de sa vie sociale.

Les normes régissant le fonctionnement de la famille ce doit donc de définir ces éléments éducatifs de sorte à protéger non seulement la famille, mais aussi l'individu afin de lui éviter la dérive. Les dispositions des législations de la famille, mettent-elles l'accent sur ces principes éducatifs ? La réponse mérite d'être nuancée : dans les sociétés occidentales, on pourrait répondre par l'affirmative, car les règles modernes du droit de la famille sont conçues sur le modèle et les réalités de vie de la famille occidentale et ceci en fonction de l'évolution progressive des valeurs sociales. Mais dans les sociétés africaines les réalités socio-culturelles diffèrent beaucoup de celles occidentales. Or, les législations modernes de la famille conçues pour ces sociétés ne tiennent pas compte des réalités de vie des familles africaines et par conséquent sont en inadéquation avec les principes éducatifs sus visés. Ainsi, la réponse à la question précédente dans ce dernier contexte est négative. Il y a lieu de reconnaître que les pratiques et réalités culturelles jouent un rôle assez déterminant dans l'édiction des normes applicables à la famille en fonction de la nature de chaque société.

2- Méthodes, cohérence interne, technique d'enseignement

Les méthodes de l'éducation traditionnelle familiale en Afrique noire francophone sont à la fois pragmatiques et naturelles. L'éducation familiale est assurée par des praticiens de la tradition, des maîtres ayant des connaissances pratiques et spécifiques nécessaires à l'éducation. On distingue des hommes de traditions orales, le patriarce, les prêtres de culte, les hommes de

²²⁶ Sundara MUNGALA, « L'éducation traditionnelle en Afrique et ses valeurs fondamentales », *Revue socialiste de culture négro-africaine*, 1982, p. 57

pouvoir occulte, et les hommes de pouvoir magique²²⁷. Les hommes de traditions orales sont composés des traditionalistes qui sont gardiens de la tradition. Personnages âgés, ils assurent la transmission des valeurs traditionnelles, et assurent l'initiation par les pratiques, des jeunes ayant vocation à succéder à leurs fonctions. Ce sont des personnes ayant une grande aptitude, en histoire, en médecine traditionnelle. Ce sont eux qui éduquent la jeunesse sur les règles de déontologie, la morale comme : ne jamais mentir, ne jamais être parjure, ne jamais refuser son aide à quelqu'un, savoir que l'autorité est toujours conférée à celui qui sait parler avec sagesse, et avoir en tout un esprit de discernement. Les traditionalistes ont un devoir d'obligation de respect absolu des interdits sous peine de sanctions d'exclusion. Mis à part les traditionalistes, nous avons les griots, aussi hommes de tradition orale, ils sont maîtres de la parole²²⁸. De grandes éloquences, les griots demeurent à ce jour les piliers de la société traditionnelle. Ils ont pour mission de faire la panégyrie des dignitaires, les princes et princesses des chefferies traditionnelles. Ce sont eux qui assurent l'éducation morale le plus souvent des princes, et les préparent aux réalités de la royauté. On distingue plusieurs catégories de griots : les griots roi ; les griots généalogistes, historiens, compositeurs de textes oraux ; les griots musiciens compositeurs chanteurs.

En ce qui concerne le patriarche, aîné dès la classe des pères, il détient l'histoire et l'origine de la famille. Son pouvoir et autorité politique est le plus souvent complétés par la fonction du chef de culte, chef de terre. Il incarne le respect de toute la société, et assure par sa position un rôle d'intermédiation entre tous les acteurs sociaux. Par sa sagesse, il assure le respect des principes de la hiérarchie sociale²²⁹, afin d'indiquer aux générations suivantes la place et le rôle qui est la leur dans le groupe familial. Pour ce qui est de l'éducation religieuse, c'est le chef de culte, maître du pouvoir religieux qui détient les enseignements. Un personnage de troisième âge, il est celui qui assure l'intermédiaire entre les ancêtres, les divinités et les vivants. À son école le jeune élu approfondi ses connaissances au cours d'un long apprentissage, fait d'initiation, de la connaissance du monde visible et invisible et de l'expérimentation. Cet élève est celui qui a vocation un jour à assumer la succession aux fonctions de prêtre de culte. Ensuite, nous avons les praticiens de pouvoirs occultes, qui sont des voyants, intermédiaires entre les forces occultes et les vivants. Ils communiquent avec les divinités et sont révélateurs

²²⁷ Liliane PREVOST, Isabelle de COURTILLES, *op. cit.*, p. 23

²²⁸ Liliane PREVOST, Isabelle de COURTILLES, *op. cit.*, p.74

²²⁹ Liliane PREVOST, Isabelle de COURTILLES, *op. cit.*, p. 77

des faits futurs positifs ou négatifs, et les prédispositions à prendre pour conjurer un malheur à venir. Au Bénin, cet homme de pouvoir occulte est souvent appelé « *facanto* »²³⁰ qui consulte le « *fa* »²³¹. L'initiation au pouvoir divin se fait dans la plus grande discrétion possible et cet enseignement n'est ouvert qu'aux jeunes ayant les qualités recherchées et une finesse de connaissance des techniques et mythe. Quant aux hommes de pouvoirs magiques, ils sont des fétichistes animistes, ils tirent leur pouvoir de la magie tout en référence avec la mythologie et la cosmologie de leur ethnie. Ils assurent la protection de la santé publique, en communiquant avec les esprits qui perturbent les humains.

L'éducation familiale traditionnelle est aussi caractérisée par une grande cohérence. En effet, comme tout apprentissage, il faut suivre une échelle dans l'administration de la connaissance. Hors du cadre familial et coutumier, l'éducation scolaire pour ce qui est connue de tous, commence par une initiation primaire (la maternelle), les cours primaires, les cours secondaires et finit par les cours supérieurs. Il faut déjà savoir reconnaître en mathématiques, les chiffres de la numérotation décimale, sans quoi il serait impossible de faire une opération de calcul ; il faut connaître l'alphabet avant d'apprendre les syllabes, les syllabes avant de pouvoir lire des mots entiers. Il en est donc ainsi aussi pour l'éducation familiale traditionnelle coutumière. L'éducation de l'individu se fait suivant un processus dans lequel les étapes d'apprentissage sont classées dans une croissance de sorte que l'individu est bien formé. À tous ces principes éducatifs s'ajoute, le caractère attrayant et amusant de l'éducation qui se fait par les jeux, les contes et son caractère continue²³².

B. Les techniques éducatives

Il existe tout un processus, établissant les techniques éducatives traditionnelles spécifiques, qui entrent en jeu dans la formation de l'enfant. Ainsi, plusieurs pratiques interviennent dans l'éducation traditionnelle. Les plus utilisées sont, les contes, les devinettes et les légendes (1), les proverbes, la peur, et les rites d'initiations (2).

²³⁰ Personne ayant les pouvoirs occultes pour consulter le *fa*

²³¹ Art divinatoire en milieu *fon*, qui renseigne sur les faits futurs dont la survenance est certaine

²³² Sundara MUNGALA, « L'éducation traditionnelle en Afrique et ses valeurs fondamentales », Revue socialiste de culture négro-africaine, 1982, p 51

1- Les contes, les devinettes et les légendes

« Les contes et les proverbes, du point de vue didactiques semblent se rejoindre, car les deux récits se combinent et se complètent »²³³. Pratique éducative très connue en Afrique, les contes, ont une dimension pluridisciplinaire. Ils « instruisent sur les attitudes et les règles de conduites adaptées aux circonstances de la vie et son témoignage de la philosophie et de la sagesse africaine »²³⁴. Ils touchent à la fois les langues, les langages, les chants, la zoologie, la morale, et la psychologie²³⁵. Généralement, au clair de la lune et autour d'un feu, les enfants, même parfois les adultes, regroupés autour du patriarche ou d'une personne âgée, écoutent un récit chronologique, et cohérent, à la fois pratique, symbolique et philosophique qui se termine par un principe ou valeur à observer dans la société. C'est généralement un récit éveillé de conscience et de morale sociale, qui permet à l'individu de questionner son « moi », c'est-à-dire sa propre personne, lui permettant de retrouver sa propre image. Le conteur élabore un récit poétique basé sur l'imaginaire. Le conte est une école de nuit, car dit-on, que conter le jour pourrait avoir pour conséquence la sécheresse, et les mauvaises récoltes. Il est aussi dit que conter sous la pluie pourrait attirer la foudre²³⁶. Le conteur commence souvent son récit par l'expression : « mon conte graine » et se poursuit par le « conte chante ». Les contes participent donc comme techniques et valeurs cardinales dans l'éducation traditionnelle en Afrique noire francophone et dans le cas du Bénin. Ainsi dit un proverbe : « *vouloir étudier l'Afrique en rejetant les mythes, les contes et légendes qui véhiculent tous un antique savoir reviendrait à vouloir étudier l'homme à partir d'un squelette dépouillé de chair, de nerfs et de sang* »²³⁷.

Les devinettes sont des jeux d'esprit, qui permettent de travailler la capacité d'imagination, la mémoire, et l'esprit d'observation de l'apprenant. Les principes éducatifs établis par les devinettes sont à la fois égocentriques, émulateurs, et démocratiques. Du point de vue égocentrique, l'apprenant est lui-même l'agent principal de l'enseignement. Une fois qu'on lui donne les éléments nécessaires, il va lui-même à la recherche des solutions. C'est une sorte d'approche par compétence. Pour ce qui est du caractère émulateur, l'apprenant doit aller au-delà

²³³ Elisabeth OYANE MEGNIER, *Cuentos negros* de Cuba : aux sources de l'oralité bantoue, *op. cit.*, p. 89.

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Liliane PREVOST, Isabelle de COURTILLES, *op. cit.*, p. 76

²³⁷ Amadou HAMPATE BA, cité par Liliane PREVOST, Isabelle de COURTILLES, *Guide des croyances et symboles, Afrique : Bambara, Dognon, Peul*, *op. cit.* p.77

de ses propres capacités intellectuelles pour retrouver la bonne réponse. Cela lui demande plus d'effort, et permet à l'enfant de creuser et d'élargir ses capacités intellectuelles. Le caractère démocratique de l'enseignement par les devinettes réside dans le fait que cet enseignement est ouvert à tous les enfants sans distinction d'appartenance de caste. Prince, descendant de forgeron, de griot, etc... y participent. Les devinettes sont aussi pluridisciplinaires, car leurs enseignements touchent à la géographie, l'anatomie la zoologie, la botanique, tous se rapportant à l'éducation familiale traditionnelle. Les légendes ont aussi un contenu très riche et varié. L'enseignement donné par les légendes trouve le plus souvent son origine dans les contes, auxquels s'ajoute l'apprentissage de l'histoire de la famille, de l'ethnie, du clan, la localisation spatiale de celle-ci, les itinéraires suivis lors des migrations, les cours d'eau ou fleuves traversés, l'origine du monde, etc. L'apprenant apprend donc ici la généalogie de sa famille, son histoire sa situation géographique dans le temps, sa cosmologie. La pratique des jeux : véritable élément d'éducation, les jeux développent chez l'enfant, la curiosité, l'intelligence, l'expérimentation, le pouvoir d'invention. En jouant, l'enfant s'exerce à la construction d'une œuvre d'esprit (les petits garçons, éprouvant le désir de posséder une voiture se les fabriquent à l'aide des outils artisanaux, les petites filles fabriquent des poupées). Les jeux permettent aussi aux enfants, de s'exercer à la prise de responsabilité. Le jeu apprend également à l'enfant son intégration sociale, car il est appelé à jouer en groupe. Il apprend par lui-même, mais aussi partage la connaissance des autres de sa génération.

2- Les proverbes, la peur et les rites d'initiation

Les proverbes regorgent de plusieurs valeurs éducatives relatives aux bonnes conduites de l'individu dans la société. Ils sont utilisés pour prodiguer des conseils à l'enfant. Très variés, les proverbes s'utilisent dans plusieurs domaines que sont, le mariage, l'amour, l'entraide, les comportements à observer, la solidarité, l'amitié, la politesse, l'honnêteté. Ils sont aussi utilisés dans plusieurs domaines pour passer un message ou pour exprimer parfois une opinion. Comme proverbe, nous avons par exemple : « *Quand un vieillard meurt en Afrique, c'est une bibliothèque qui brûle* », c'est un proverbe utilisé par Amadou Hampâté Ba pour prévenir les jeunes générations sur le danger qui s'annonce sur une société africaine, lorsque les jeunes rejettent ses valeurs et traditions. Un interdit transgressé, des rituels bafoués... Un autre proverbe dit : « *vivre sans histoire, c'est être une épave sans racine, ou alors un arbre coupé* »

qui cherche à se brancher sur des racines étrangères »²³⁸. Les proverbes nécessitent aussi une grande capacité intellectuelle pour leur compréhension. Alors, dans la pratique d'apprentissage, l'apprenant se doit de faire un effort de réflexion pour mieux cerner la leçon, le conseil ou le message qu'on est en train de lui transmettre à travers le proverbe. « Les proverbes constituent un élément fondamental de la culture, mais aussi de l'histoire et de la géographie des peuples d'Afrique »²³⁹. Il existe aussi une autre technique utilisée dans l'éducation familiale pour obliger l'enfant au respect des règles de la morale, à la soumission aux codes de bonne conduite dans la société familiale. C'est ici une pratique qui consiste à définir des sanctions que parfois même, on qualifie de naturelle, comme ce qu'on pourrait subir en cas de violation des règles. La crainte de ne pas subir la sanction conduit l'enfant à une observation stricte des règles.

Les rites d'initiation sont constitutifs des pratiques très déterminant dans l'évolution de l'individu dans la société traditionnelle. L'éducation par initiation consiste à la transmission de connaissance nécessaire au passage de l'adolescence à l'étape d'adulte. La connaissance de certaines pratiques nécessite une certaine maturité. Ainsi, il existe des rites d'initiation qui consacrent cette maturité, qui permet de rendre l'adolescent capable de supporter certaines difficultés, et d'intégrer les secrets de la vie d'adulte. Il s'agit de dures épreuves fondées sur des pratiques rituelles, dont le but est de développer chez les sujets, une certaine endurance physique, mentale, et de responsabilité. En milieu « *somba* », il y a le rite de la circoncision. Dans cette culture, la circoncision marque la fin de l'adolescence et le passage à la vie d'adulte. Les manifestations rituelles sont organisées et un groupe de jeunes de même génération sont circoncis. Ils doivent faire preuve de courage et supporter la douleur de l'acte chirurgical, sans le moindre gémissement au risque de paraître ridicule et de faire la honte de sa fiancée et de toute sa famille. Ce rituel de circoncision représente tout un symbole, car l'initié en se débarrassant de son prépuce, a perdu le droit de marcher nu. La fin du rituel consacre l'entrée dans un nouveau statut d'homme, face aux responsabilités que ce nouveau statut engendre. Dans les coutumes « *fon* » de Ouidha, « *somba* » et beaucoup d'autre, il y a les rites de scarification pour marquer l'appartenance à un groupe ethnique. Les rites du mariage existent dans toutes les cultures béninoises. Le mariage est un acte sacré et sérieux, marquant l'union non seulement de deux individus, mais de deux familles, des ancêtres de deux familles. Elle fait

²³⁸ Joseph KIZERBO, *Histoire générale de l'Afrique, : Méthodologie et préhistoire africaine*, tome 1, Présence Africaine, 2000, p. 27

²³⁹ Liliane PREVOST et Barnabé LAYE, *Guide de la sagesse africaine*, L'Harmattan 1999, p. 38

donc objet de rites d'initiation qui diffèrent d'une culture à autre. À travers les rites d'initiation, les jeunes étaient initiés à la vie conjugale, à la solidarité et à l'entraide, au respect du droit d'aînés, à la discrétion, à la discipline sociale, etc.

Paragraphe 2 : les valeurs transmises par l'éducation familiale traditionnelle

L'éducation familiale est porteuse de plusieurs valeurs qui sont transmises dans un cadre traditionnel, sur la base des principes qui régissent la famille africaine. Comme valeurs, on distingue : la suprématie de la collectivité sur l'individu et la solidarité responsable (A) à ceux-ci s'ajoute le droit d'ainesse et l'esprit des lois (B).

A. La suprématie de la collectivité sur l'individu et la solidarité responsable

S'il existe des éléments qui caractérisent le plus les sociétés africaines, c'est le lien fort d'appartenance à un groupe familiale qui cimente les individus. Ce lien fait présumer donc comme valeur la suprématie de la collectivité sur l'individu (1) et créant donc ainsi une solidarité responsable (2).

1- La suprématie de la collectivité sur l'individu

Partir de la conception collectiviste de la famille africaine, l'individu ne dispose pas d'une existence propre hors de la collectivité familiale. La collectivité lui impose des droits et des obligations réciproques vis-à-vis des autres membres de la collectivité. La collectivité lui fait obligation de respect des principes établis les pratiques, règles et usages de la collectivité. C'est en fait établi par la notion de la puissance publique. La puissance publique est l'unité constituée par tous les individus d'un Etat, une unité dont la volonté prime sur toutes celles de chacun. En considérant le facteur de Nom, que porte l'individu, on comprend aisément qu'il n'existe sociologiquement ni civilement sans son groupe familial d'appartenance. En effet, il est de coutume générale, que dans toutes les sociétés humaines, qu'elles soient africaines ou occidentales, l'enfant porte non seulement son prénom, mais aussi un patronyme de ses

générateurs qui eux même l'ont hérité de leur ancêtre. Ceci explique donc que l'individu n'existe pas de lui-même sans le groupe familial.

Le principe d'attribution du nom dans les coutumes béninoises est jusqu'à ce jour fort identique à celui qui prévalait dans l'antiquité romaine, fondé sur le « système de triple nom »²⁴⁰ : « le *praenomen*, le *nomen* et le *cognomen*. Le *praenomen* est le prénom, qui est personnel à l'individu ; le *nomen* est le nom du groupe familial, qui détermine la famille d'appartenance de l'individu, ensuite le *cognomen* est le surnom »²⁴¹. Les coutumes béninoises attribuent le plus souvent un prénom africain en lieu et place du surnom. Le *praenomen* peut être africain soit chrétien soit musulman en fonction de l'appartenance religieuse de l'individu. S'il y a une chose qui est fixe dans l'attribution du nom, c'est le *nomen*. Tout individu hérite forcément un nom de sa famille et ce nom, qu'est le *nomen* reste supérieur à tous les prénoms que porte l'individu. C'est d'ailleurs le *nomen* qui définit la possession d'état de l'enfant et représente la première preuve de filiation de celui-ci vis-à-vis de ses parents. C'est donc ici une preuve de la suprématie de la collectivité sur l'individu. Cette suprématie est aussi consacrée par le code béninois des personnes et de la famille qui définit : « Toute personne s'identifie par un ou plusieurs prénoms et par un nom patronymique. Toutefois, un surnom ou un pseudonyme peut être choisi pour préciser l'identité d'une personne, mais ne fait pas partie du nom de cette personne »²⁴². Cette disposition du code mentionne bien un nom patronymique, pour signifier l'unicité du nom de famille et son importance. C'est en raison de cette suprématie que le nom de famille, nom de la collectivité familiale s'écrit intégralement en grands caractères. La suprématie de la collectivité se démontre également à l'égard de la notion du droit de propriété. La propriété individuelle n'existait vraiment pas dans la famille culturelle²⁴³. L'éducation familiale traditionnelle africaine ne prône pas l'individualisme dans la propriété des biens. De ce fait, elle semble ne pas reconnaître à l'individu tous les attributs du droit de la propriété. Ce dernier peut avoir l'*usus* et le *fructus*, mais l'*abusus* ne lui appartient pas. Il appartient à l'unité formée par tous les individus qui composent le groupe familial. C'est une sorte d'indivision, mais dans laquelle tous les individus sont condamnés à rester. L'éducation familiale fait donc obligation à l'enfant et à tous les membres de la collectivité, de respecter et de protéger les biens

²⁴⁰ Laura CRITICO, *Le choix dans la transmission du nom de famille : Un réel besoin ou simple leurre*, mémoire de master en droit, Université catholique Louvain, 2015-2016, p. 3

²⁴¹ Idem

²⁴² Art 5 du code béninois des personnes et de la famille

²⁴³ Mamadou DIA, *Contribution à l'étude mouvement coopératif en Afrique, Présence Africaine*, Paris, 1981, p. 5.

du groupe. Le respect du bien public, c'est une valeur qui est en train de disparaître de nos jours, car l'individualisme prend de plus en plus le pas sur le collectivisme de sorte qu'il n'existe plus aucun respect pour ce qui appartient au groupe. Les détournements de deniers publics, la mauvaise gestion du patrimoine de l'Etat, constituent un témoignage réel qui va contre les principes de la soumission à la puissance publique. Il urge donc de repenser l'éducation telle qu'elle est aujourd'hui en renouant avec les valeurs basées sur la suprématie de la collectivité sur l'individu, dans les principes du respect du patrimoine commun.

2- La solidarité responsable

Les sociétés africaines disposaient, longtemps et bien avant l'occupation étrangère par la colonisation dans leurs structures sociales traditionnelles de diverses associations de soutien et d'entraide mutuelle, dont le but était d'assurer le maintien des conditions de vie des groupes de populations. Ces groupements beaucoup plus préoccupés par l'intérêt du groupe et non l'intérêt personnel est fondé sur le système capitaliste et est caractérisé par un individualisme²⁴⁴. Il existait donc au sein des associations une sorte de socialisme communautaire. On peut donc comprendre que les pratiques, coutumes et traditions africaines précoloniales révélaient le système socialiste-communiste occidental.

La solidarité suppose une sorte de devoir de réciprocité entre les membres d'un groupe, dans lequel chacun de ses membres a donné sa volonté de vivre ensemble, et de partager les joies et les peines des uns et des autres. L'éducation culturel familial entretient cette solidarité, en enseignant à l'enfant les comportements et pratiques à observer. Dans le contexte des traditions béninoises, l'éducation des enfants ; l'accueil réservé au voyageur de passage ou à l'étranger ; la construction des habitations ; la protection des personnes malades et des personnes âgées, etc. sont des événements qui se produisent dans une grande mutualité. En effet, dans la famille en Afrique, l'éducation de l'enfant n'est pas seulement la chose de ses seuls géniteurs. Toute personne âgée, oncles tantes proches ou pas, même le voisin participe à l'éducation de l'enfant. Les orphelins sont pris en charge par tous les membres de la famille. Il n'existe d'ailleurs pas d'orphelinat en Afrique précoloniale. Étant donné qu'il n'y a pas de bien individuel, la terre n'appartient qu'au groupe familial. Ainsi, l'exploitation de la terre est une

²⁴⁴ John C. de WILDE, *Expérience de développement agricole en Afrique tropicale*, Paris, Tendances Actuelles, 1968, p. 54

exploitation collective. Tous les membres du groupe familial travaillent la terre ensemble. À la récolte, chaque famille nucléaire reçoit une partie ; ou même dans certains cas, il existe un grenier unique pour toute la famille, et chacun s'en procure au besoin. Aujourd'hui, l'individualisme hérité de la colonisation fait qu'il n'existe plus d'exploitation commune de la terre par le groupe familial. Les exploitations sont individuelles. Dans les traditions béninoises, la terre n'était pas une chose qui se vend. Elle se donnait. Ainsi, si un étranger venait dans un village, le chef de village ou le patriarche par preuve d'hospitalité lui concédait une portion de terre pour son habitation et pour son exploitation. Par ailleurs, pour la construction des habitations, toutes les personnes se réclamant appartenir au groupe familial y participent activement. En milieu *Somba* par exemple, lorsqu'un homme de la famille se marie et doit construire sa propre habitation, toute la famille élargie est informée. À la date prévue pour la construction tout le monde se rend sur le chantier de construction pour apporter sa pierre à l'édifice. Cette pratique existe encore à ce jour dans les agglomérations les plus reculées en milieu *Somba* au Bénin. Un autre exemple de la solidarité responsable est celui de la protection des personnes malades et les vieillards. Ces derniers sont pris en charge par la famille et reçoivent l'affection de tous dans la famille. C'est le devoir de soutien et d'entraide mutuelle qui caractérise ce soutien aux malades et personnes âgées. Les vieillards ne sont jamais séparés de leur famille. Ils y restent jusqu'à la fin de leurs jours. La preuve est qu'il n'existe pas à ce jour une maison de retraite au Bénin. Les familles béninoises n'entendent pas se séparer même de leurs malades mentaux. Elles préfèrent les garder à la maison et supporter leurs caprices plutôt que de les envoyer dans un centre. Les événements heureux comme malheureux réunissent tout le monde. Pour les décès par exemple, tout le monde participe aux charges funéraires. Petits fils, fils, alliés proche et collatéraux, les ascendants de tout rang disposent chacun d'une part de cotisation financière pour la prise en charge des cérémonies entrant dans le cadre des funérailles.

Il reste un fait « historique et légendaire, que la solidarité constitue en Afrique une valeur cardinale dans les relations sociales, et même économiques »²⁴⁵. Aujourd'hui, la solidarité africaine apparaît comme une anti-valeur parce que l'obligation de réciprocité laisse de plus en plus place à un parasitisme familial, dont certains membres font preuve. Cette attitude doit être découragée par une rééducation des mentalités. L'éducation des enfants de nos jours doit

²⁴⁵Muyisa LUSENGE, *Solidarité, famille et développement socio-économique en ville de Butembo*, Université catholique du Graben, Licence, 2008

renouer avec l'enseignement aux apprenants du sens de l'entraide et de l'esprit de rendre service. Ceci permettra de lutter contre les effets néfastes du monde moderne où le système capitaliste avec ses principes d'individualisme basés sur le profit personnel a détruit les valeurs sociales et perverti les rapports sociaux.

B. L'obligation de respect envers les aînés, l'esprit des lois et la moralité

Parmi les valeurs transmises par l'éducation traditionnelle, au-delà de la suprématie du groupe sur l'individu, elle comporte également le droit d'aînesse (1), la moralité et l'esprit des lois (2).

1- L'obligation de respect envers les aînés

Le droit d'aînesse consiste ici au respect dû aux aînés et aux personnes âgées et invalides. La génération, l'appartenance et l'âge sont des facteurs fondamentaux, établissant une hiérarchie dans toutes les sociétés africaines et fondamentalement noires. Il s'agit ici d'une obligation de respect et de devoir d'obéissance, que les plus jeunes doivent observer envers tous ceux qui sont supérieurs à eux. La hiérarchie des âges établit en échelle, la place à occuper dans le groupe par chacun, en fonction de son âge. Chaque individu se tenait à son rang et observait obéissance et respect à l'endroit de tous ceux qui se situaient à un niveau supérieur d'âge au sien. Il est par exemple inconcevable que dans un groupe, ou lors d'un événement, qu'un jeune soit assis sur un siège pendant que le vieux se tienne debout ou qu'un jeune regarde passivement un vieillard transporter une charge trop lourde sans qu'il lui vienne en aide. De même, il était pratiquement impossible de voir les jeunes se moquer des vieillards ou des invalides, même si ce phénomène est récurrent de nos jours ce principe de respect des aînés et personnes âgées n'a pas encore disparu dans l'Afrique en phase de modernisation, où les législations de la famille n'établissent pas des règles, qui punissent un jeune qui refuse par exemple de céder son siège à un vieillard qui se tient debout. Aucun code de famille en droit ne comporte à ce jour de dispositions véritables relatives à l'obligation de respect des personnes âgées, encore moins les législations modernes de la famille en Afrique noire. Or, en droits traditionnels africains, même si ces codes de conduite d'obligation de respect et d'obéissance sont oraux, ils existent et sont

enseignés dès l'enfance. Ceci répond à la problématique de la prise en compte des pratiques. Si le rôle du législateur est d'observer les pratiques sociales et de pouvoir tenir compte selon qu'elles soient positives ou négatives pour légiférer, pourquoi n'a-t-il pas tenu compte des valeurs établissant le respect et obéissance envers les aînés ? Où considère-t-il ceci comme une pratique négative, c'est-à-dire une anti-valeur ? La famille comme l'école devra aujourd'hui renforcer l'enseignement de cette valeur qui se meurt de plus en plus avec les principes établissant les droits de l'homme et l'évolution des nouvelles législations de l'enfant.

Abordant la question du respect des normes, l'exigence du respect de la règle de droit réside dans la définition de la règle de droit elle-même. La règle de droit désigne « toute norme juridiquement obligatoire, normalement assortie de la contrainte étatique, quelle que soit sa source, son degré et sa portée »²⁴⁶. Ainsi, la loi étant la volonté de la puissance publique, son respect est conditionnel. La règle de droit n'a pas à tenir compte des volontés individuelles. Elle s'impose à tous. Cependant, l'adhésion du corps social est nécessaire pour l'efficacité et l'utilité de la règle. Il est important de constater que les nouvelles législations modernes peinent à chercher leur légitimité car constamment violées par les assujettis. Ainsi en est-il des règles établies par le code des personnes et de la famille où à défaut de violer l'option de la monogamie, les citoyens s'abstiennent du mariage civil. Or, dans les droits coutumiers qui prévalaient longtemps avant l'avènement des droits modernes, les individus se conformaient aux traditions, aux mœurs, à la réglementation sociale de leur groupe. Il n'existait pas des groupes sociaux de centres pénitenciers ni de tribunaux tels que mise en place par le colonisateur et pourtant, il régnait dans le groupe un climat d'ordre et de justice estimable. Les habitations étaient presque sans portes. On ne se souciait guère de mettre en place tout un dispositif d'antivol. Il est vrai que tout ceci se passait dans une société peu évoluée et archaïque. Mais le sens du respect de la règle de droit était une valeur véritable de cette société. Tout enfant est éduqué au respect de la règle du groupe. Tous les dispositifs ingénieux que nous voyons aujourd'hui ne réussissent pas à toujours à lutter contre la violation de la règle de droit. Le sens du respect de la règle de droit qui prévalait dans l'ancienne tradition africaine a disparu aujourd'hui et a laissé place à une société entachée de désordre et d'anarchie où la règle de droit est violée en premier par ceux-là même qui ont l'obligation de garantir son respect. Le droit s'efforce d'exiger le respect de la règle de droit. Cette valeur de l'éducation traditionnelle devra

²⁴⁶ Cf. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2012.

être récupérée et l'école pourrait la renforcer en inculquant à chacun la conscience de ses devoirs et de ses droits de manière à favoriser l'acquisition d'une autonomie de la conscience personnelle et donc de la dimension de l'intériorité.

2- La moralité et le travail en groupe

La moralité implique l'observation d'un certain nombre de comportements que sont l'honnêteté, l'obéissance, la politesse, l'intégrité et le sens de responsabilité. La moralité est une notion qui va de pair avec les mœurs sociales. Considérée, dans un sens plus large, la moralité traduit une conformité aux bonnes mœurs, qui se caractérise par ses variantes. La morale s'occupe des obligations d'un individu envers lui-même, mais aussi envers ses partenaires sociaux, et qui est fondée simplement sur un devoir de conscience. Ceci n'est pas le cas de la règle de droit qui définit un comportement à observer dans les rapports de vie en société dont le non-respect entraîne des sanctions. En revanche, il existe une influence réciproque entre règle morale et règle de droit. La morale étant fondée sur les mœurs, une pratique, selon qu'elle soit contraire ou conforme aux bonnes mœurs dans une société peut déterminer l'orientation de la règle de droit. Si la pratique de l'homosexualité est devenue très courante dans une société et vue comme une chose normale donc pas contraire aux mœurs, l'Etat serait amené à l'autoriser par une loi. Si cette dernière pratique n'existe pas dans une société, elle serait très mal appréciée, car contraire aux bonnes mœurs. L'Etat serait donc amené à l'interdire par une loi. C'est le cas en ce qui concerne l'homosexualité où certains Etats l'interdisent en définissant dans leur législation, le mariage comme l'union entre deux personnes de sexe opposé. Ce qui est le cas du droit béninois. Ainsi, l'éducation traditionnelle africaine utilise cette réciprocité entre la morale et le droit, enseigne les valeurs mariales en même temps que la règle de droit à observer dans la société. Dans les cultures africaines et en particulier béninoises, la connaissance des règles régissant les comportements à observer implique également la connaissance des règles morales fondées sur l'honnêteté, l'obéissance, la politesse, le sens de responsabilité, l'intégrité et le courage. L'honnêteté : ici, l'éducation traditionnelle enseigne à l'enfant, les leçons de franchises, et le danger que représente le mensonge pour le groupe familial. Ceci fait appel au sens de responsabilité de l'individu. Il doit apprendre à assumer la responsabilité de ses actes, en avouant ses mépris vis-à-vis de la loi. C'est cela l'honnêteté. En réalité, ce qui conduit un individu à violer la règle de droit, c'est en partie la fuite devant ses responsabilités. Encore que l'irresponsabilité et le mensonge constituent déjà des violations à la loi. L'obéissance telle qu'abordé ici ne se limite pas à

l'obéissance envers les plus âgés. C'est l'obéissance en tout y compris vis-à-vis de la règle de droit en vigueur dans la société familiale. La désobéissance envers les personnes âgées implique aujourd'hui en droit moderne, la désobéissance à l'autorité ou au supérieur hiérarchique. Il en est de même du refus d'obéissance à la règle de droit en vigueur dans la société familiale, qui constitue une opposition à la loi. En ce qui concerne la politesse, dans la plupart des cultures béninoises et de celles des pays d'Afrique noire, il n'est pas de coutume de tutoyer les grandes personnes. Même la familiarité ne l'autorise pas. Les enfants ne tutoient pas leurs parents. Il faut tout de même remarquer que dans certaines cultures comme chez les *Baribas* du nord Bénin, les enfants tutoient leurs parents mais les gestes dans lesquels ils le font témoignent d'un très grand signe de politesse. De même la politesse exige que lorsqu'une personne âgée parle, on ne l'interrompe pas par une réponse, aussi, on ne le regarde pas dans les yeux lorsqu'il fait des reproches.

L'éducation traditionnelle regorge donc de plusieurs valeurs, qui participent à l'accomplissement d'un individu comme modèle dans la société. En revanche, il existe dans cette éducation traditionnelle, beaucoup d'aspects négatifs dont il faut tenir compte et en exclure dans la construction normative.

Section 2 : Les antivaleurs de l'éducation traditionnelle

La pensée positiviste exige ici une analyse objective, celle de présenter au-delà des valeurs contenues dans l'éducation traditionnelle, certains éléments négatifs constituant des contre valeurs de ladite éducation. Il s'agit des imperfections contenues dans ce système d'apprentissage dont il est nécessaire de réajuster et de parfaire. Ainsi certains éléments positifs de l'éducation dite « moderne » pourraient être intégrés dans les systèmes de valeurs traditionnelles soit pour les parfaire et ainsi les développer, soit pour se porter en rectification à certains de leurs effets néfastes. Les antivaleurs s'identifient en deux catégories distinctes : celles qui sont liées à la nature de l'éducation traditionnelle (paragraphe 1) et celles qui sont transmises par elle (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les antivaieurs liées à la nature de l'éducation traditionnelle

Les antivaieurs liées à la nature de l'éducation traditionnelle, peuvent être identifiées par l'absence de l'écriture, et de l'éducation par la peur (A), et un caractère ségrégationniste (B).

A. L'absence de l'écriture et l'éducation par la peur

Il existe dans la nature même de l'éducation familiale culturelle des sociétés africaines un certain nombre d'éléments caractéristiques qui ne sont pas forcément de nature à favoriser la transmission des valeurs propre à l'éducation. Ainsi en est-il de l'absence de l'écriture (1) et de l'éducation par la peur (2).

1- L'absence de l'écriture dans l'éducation traditionnelle

Le milieu culturel de la famille en Afrique est classiquement connu pour son mode de transmission de la connaissance qui repose sur l'oralité. Il n'existe pas de guide sous forme de support écrit, comme les livres et documents écrits divers, dans lesquels la connaissance est consignée. Le mode d'éducation contemporaine moderne repose à la fois sur l'oralité et sur l'écrit ; l'expression orale et l'expression écrite. L'enseignant utilise l'oral pour expliquer les notions et donne également le support pour faciliter l'apprentissage de l'apprenant. L'absence de l'écriture dans le système d'éducation traditionnelle pose à la fois la question de l'utilité de la loi et des insuffisances de la coutume dans la conservation de la règle de droit. En réalité telle que déjà abordé, les éléments de transmission des valeurs de l'éducation traditionnelle que sont les contes, les proverbes, les devinettes, les légendes, les pratiques d'initiations sont tous fondés sur l'oralité. Ces différents éléments ne sont pas des écrits que les apprenants pouvaient approprier et lire à titre de révision pour mieux entretenir leur culture personnelle. Les seuls supports étaient la mémoire des enseignants de ces valeurs. Le grand danger ici, c'est que le dépositaire de la connaissance disparaît avec la connaissance. Et c'est à juste titre qu'Amadou Hampâté Bâ disait : « *en Afrique, lorsqu'un vieillard meurt, c'est une bibliothèque qui brûle* ». Ainsi, les traditions africaines se meurent progressivement faute d'écriture. C'est ici l'une des insuffisances de la coutume. Contrairement à la loi qui est une règle de droit écrite, la coutume est le produit d'un corps social, auquel les membres se soumettent, et y trouvent une obligation.

Elle est non écrite, et se transmet d'une génération à autre par voie d'oralité. Comment conserver des paroles qui sortent de la bouche pendant longtemps alors que ces paroles ne sont ni écrites ni enregistrées. Si la conservation est possible, elle ne l'est que pendant la durée de vie de l'individu qui en a la déposition. Encore qu'il ne faille pas perdre de vue que ce dernier peut perdre la mémoire ou qu'avec le poids de l'âge, il commence par développer une incohérence dans ses idées. On peut encore aujourd'hui appréhender toutes les dispositions du code civil de 1804 telles qu'elles ont été définies. Or, on ne peut plus vraiment saisir avec beaucoup de précision un conte raconté par un aïeul en 1804. Il en est de même pour une ancienne pratique familiale qui daterait du XI^e siècle. Il n'est pas évident que son récit précise avec autant d'exactitude la façon dont elle se déroule avec les termes et langages réels dans lesquels elles ont été vécus. La transmission orale finit donc par déformer l'histoire. On ne peut pas toujours en vouloir aux partisans du discours sur l'inexistence de civilisation africaine. Dans la mesure où bien que riche l'inexistence de l'écriture tend à faire croire qu'il n'y a pas de civilisation. Or ces partisans ignorent qu'en dehors de l'Afrique il existe des droits non écrits qui ont prévalu avant l'existence de l'écriture comme ce fut le cas dans la common law. Claude Lévi-Strauss relate, dans « *Tristes Tropiques* » son vécu quotidien des faits et vies dans les sociétés traditionnelles. On ne saurait aujourd'hui appréhender son expérience de vie et de vécu avec autant de cohérence, s'il n'avait pas laissé sa mémoire dans un livre.

Au Bénin, comme d'ailleurs dans la plupart des pays d'Afrique noire francophone, le colonisateur a su conserver une grande partie de l'éducation traditionnelle en entreprenant la transcription des pratiques culturelles familiale à travers les coutumiers, dont le coutumier du Dahomey pour ce qui est le cas des coutumes béninoises. L'absence de l'écrit dans l'éducation traditionnelle a donc rendu difficile, et même impossible, la systématisation et la conservation des connaissances culturelles. Ce fait est à l'origine de la disparition véritable d'une grande partie du patrimoine culturel africain. L'écriture est donc une valeur positive, la seule capable de conserver et de restituer plus efficacement la mémoire des riches cultures dont l'éducation devra s'en servir pour étendre et généraliser à toutes les couches sociales des populations africaines grâce à la démocratisation de l'enseignement et aux actions d'alphabétisation.

2- L'éducation par la peur

L'éducation par la peur est une méthode qui consiste à menacer, influencer ou encore exercer une contrainte sur l'apprenant pour le persuader ou l'obliger à acquérir la connaissance. Cette menace ou influence peut prendre la forme d'une violence qui peut être physique ou

morale. C'est ainsi que naît la problématique de la violence et du châtement corporel dans l'éducation. Battre son enfant est une méthode éducative classiquement acceptée ; « ne ménage pas à l'enfant la correction, si tu le frappes avec la baguette, il n'en mourra pas »²⁴⁷. Philippe de Novare écrivait : « il faut faire plier la verge quand elle est encore grêle et tendre », pour signifier que la chicote peut encore à l'étape d'enfance permettre de corriger les erreurs durant l'éducation. L'éducation traditionnelle dans les pays d'Afrique noire francophone et en particulier au Bénin combine dans l'éducation de l'enfant, brutalité et douceur comme pratique pédagogique. Le châtement corporel est une méthode éducative utilisée par les parents dans les cultures. L'éducateur pédagogique proposait souvent cette méthode seulement dans le cas où l'enfant refuse de suivre les consignes de son éducateur. Ce châtement ne doit en aucun cas revêtir un caractère excessif²⁴⁸ ; il doit y avoir une modération. Au XIII^e siècle, Guibert Tournai, admettait aussi le châtement corporel lorsque l'enfant méprise les enseignements qu'on lui donne. À ce titre, il écrivait : « Il existe trois manières de réprimander : faire appel à l'intelligence, donner des ordres, par des mots, et corriger par des actes. » Le châtement corporel crée la peur chez l'enfant, et le trouble. La peur introduite dans l'apprentissage n'est pas toujours une bonne méthode. L'éducation par la peur est une éducation forcée et non voulu. Or, ce que l'on apprend volontairement demeure pour toujours dans la mémoire. Cependant, l'éducation par la contrainte donnera comme résultat une mémorisation instantanée, mais temporaire. Erasme rejette la politique d'éducation par la peur. Pour lui en effet, « il faut se faire aimer de son élève pour qu'il apprenne ». Un abbé particulièrement sévère et brutal se plaint à saint Anselme des enfants élevés dans le cloître, qu'il trouve « pervers et incorrigibles », alors qu'ils sont fouettés tous les jours. Saint Anselme lui confia que les procédés d'éducation fondés sur la correction à tout prix ne sont d'aucune utilité et d'efficacité. Il lui explique : « c'est parce qu'ils ne sentent en vous aucun amour, aucune pitié, aucune bienveillance ou douceur, parce qu'ils n'espèrent pas voir venir de vous quelque chose de bon, mais ils croient que tout ce que vous faites est provoqué par la haine et la colère. Et il arrive malheureusement que lorsqu'ils grandissent, la haine et la défiance grandit en eux, et qu'ils soient à jamais tournés vers les vices ». C'est malheureusement ce qui arrive dans l'éducation traditionnelle dans certains groupes de famille où certains jeunes parce que tout le temps ayant vécu dans la peur finit par développer des comportements de résistance, et qui ne sont plus de

²⁴⁷ Proverbe 23 : 13, *Bible*

²⁴⁸ Didier LETT, « Educations et conseils pédagogiques au moyen âge », *Revue des politiques sociale et familiale*, Persée 1999, n 57/58, pp. 85-89.

nature à favoriser le suivi de leur éducation. Pour d'autres, la peur traumatise l'enfant au point de le rendre parfois sot. En effet, les châtimements corporels perpétrés sur l'enfant pour en faire un être docile et obéissant provoquent des conséquences néfastes sur son devenir tant au niveau physique, psychologique, que criminologique. En ce qui concerne les conséquences physiques, à court terme, les sévices corporels de toute sorte sur les mineurs conduisent malheureusement à la mort de certains. Beaucoup sont ces enfants qui portent toute leur vie des préjudices esthétiques, soit des cicatrices ou des handicapés physiques.

Au point de vue psychologique, les mineurs sur qui on exerce constamment des châtimements corporels présentent des capacités sensiblement réduites de compréhension quand ils sont en face d'une information, et éprouvent de ce fait des difficultés à apprendre et à appliquer de nouvelles compétences. On parlera en l'espèce de « *trouble de l'intelligence* » la volonté de prise de risques, des dépressions et angoisses, des retards du développement, des troubles de l'alimentation et du sommeil, un sentiment de honte et de culpabilité, une hyperactivité, des mauvais résultats scolaires, une piètre estime de soi, des troubles de stress post-traumatique, des troubles psychosomatiques, des comportements suicidaires et des automutilations...

En ce qui concerne les conséquences d'ordre criminologique, Le comportement des parents et le milieu familial a une fonction essentielle dans la bonne éducation et l'épanouissement des jeunes enfant d'ils ont la charge. Plusieurs études ont montré que les châtimements corporels sévères pour punir les enfants au lieu de les incités à obéir, crée plutôt l'effet inverse. Ils finissent par se rebeller et parfois rejoignent des gangs. Ces enfants sont donc souvent contraints à se retrouver à la rue où ils s'exposent facilement à l'alcoolisme, la toxicomanie et la violence pendant l'adolescence et les premières années de l'âge adulte. C'est fort de cela que Giovanni CONVERSINI propose la suivante stratégie ; « Pour bien apprendre, l'affection est nécessaire entre le maître et son élève. Il faut que règne entre eux une douce coexistence »²⁴⁹. Maffeo VEGIO incite sur le danger que représente l'éducation par la peur quand il écrivait ; « C'est une erreur fréquente chez les parents que de croire que les menaces et les coups apportent une grande contribution dans l'éducation des enfants, alors que la peur qu'ils éprouvent est si forte qu'ils auront du mal à la vaincre même adulte. Il serait préférable

²⁴⁹ Ibid.

que les parents trouvent d'autres stratégies adéquates pour réprimander leur enfant. Les réprimandes trop violentes avec des coups rendent l'esprit servile. Il faut louer de temps en temps l'enfant de ses mérites, ignorer le plus souvent ses erreurs, et ne les corriger qu'avec plus de douceur, en mêlant les louanges aux reproches »²⁵⁰.

L'éducation par la peur reste donc une contre-valeur de l'éducation traditionnelle dans les cultures africaines comme c'est le cas dans les cultures béninoises et encrées dans les mœurs. Il faut tout de même remarquer que cette contre-valeur commence à disparaître dans tous ces pays d'Afrique Noire francophone avec l'enracinement des principes des droits de l'homme et des divers instruments de protection des enfants. C'est aussi le cas de la consécration par les différentes législations sur les enfants comme le code de l'enfant au Bénin²⁵¹ qui interdit toute sorte de violence à l'égard de l'enfant, et des lois interdisant les châtements corporels.

B. Le caractère ségrégationniste de l'éducation traditionnelle

Les cultures africaines en général ne considéraient pas une égalité entre le genre masculin et le genre féminin, de sorte que l'éducation donnée au jeune garçon diffère de celle de la jeune fille. Les coutumes ont tout le temps entretenu une domination masculine (1), dans le sens où la fille n'était pas sensée tout connaître, et donc est inférieure au garçon. À tout ceci, s'ajoutent d'autres anti-valeurs non moins négligeables qui sont liées aussi à la nature de l'éducation traditionnelle (2).

1- La domination masculine

Les cultures et traditions étaient des milieux de culture de l'inégalité entre l'homme et la femme. Les enfants, non seulement, observent cette inégalité dans les relations conjugales de leurs parents, mais ils y sont aussi éduqués à cela. La discrimination entre les sexes a été un phénomène qui a longtemps caractérisé la société humaine. Même si aujourd'hui, le droit et les pratiques nouvelles ont opérés une métamorphose des rapports sociaux entre homme et femme, dans le but constant de la recherche de l'égalité entre les sexes, la division entre les sexes paraissait être « dans l'ordre des choses », comme un fait normal, naturel, au point d'en être

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Loi n°2015-08 du 08 décembre 2015 portant code de l'enfant en république du Bénin

inévitables²⁵². Si la société occidentale a su très vite bannir ce phénomène, l'éducation traditionnelle dans les traditions africaines a longtemps incarné cette ségrégation en considérant l'éducation du jeune garçon comme une priorité, en réduisant celle de la jeune fille à l'apprentissage des travaux de ménage et au devoir de soumission absolu à son mari, et dont seule sa mère devrait s'en occuper. L'appréhension du monde social fondée sur la conception selon laquelle l'homme est au-dessus de la femme et de ses divisions arbitraires, à commencer par la division socialement construite entre les sexes, vue comme naturelle et évidente enfermant à ce titre une reconnaissance entière de légitimité²⁵³. C'est sur cette logique que repose le système d'enseignement de l'éducation traditionnelle. Dans son éducation, on enseigne au garçon sa supériorité vis-à-vis des femmes, et qu'il est fait pour diriger, donner des ordres, et qu'il doit démontrer sa force et sa témérité alors qu'au même moment, on enseigne à la fille son devoir de soumission à l'homme et qu'elle n'a vocation à rien décider sans l'homme. Cette domination masculine se passe de toute justification²⁵⁴, dans une société où la vision androcentrique n'a nullement besoin d'un discours de légitimation²⁵⁵. L'ordre social familial dans les traditions africaines noires « fonctionnent comme une machine symbolique tendant à ratifier la domination masculine sur laquelle elle est fondée »²⁵⁶ : « c'est une division sexuelle du travail, distribution très stricte des activités imparties à chacun des deux sexes, de leur lieu, de leur moment, leurs instruments ; c'est la structure d'espace avec l'opposition entre les lieux d'assemblée ou le marché, réservé aux hommes et la maison réservée aux femmes ou à l'intérieur de celle-ci, entre la partie masculine avec le foyer et la partie féminine, avec l'étable, l'eau et les végétaux ; c'est la structure du temps, journée, année agricole, ou cycle de vie, avec les moments de ruptures, masculine, et les longues périodes de gestation, féminines »²⁵⁷.

Ce qui est peut-être paradoxal, c'est le complexe d'acceptation de la domination que développent les sujets dominés elles même dans les traditions. Et même hors tradition jusqu'à ce jour dans les réalités pratiques, les femmes pour la majorité même instruites se rangent toujours sous l'autorité de leur mari, bien qu'instruit des théories et tout principe juridique fondé

²⁵² Pierre BOURDIEUX, *La domination masculine*, éd du seuil, 1998, p. 21.

²⁵³ Pierre BOURDIEUX, *La domination masculine*, *op. cit.*, p. 22

²⁵⁴ Dominique MERLLIE, « Le sexe de l'écriture », *In Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 83, juin 1990, Masculin/féminin-1. p. 40

²⁵⁵ Pierre BOURDIEUX, *Le sens pratique*, éd de minuit, Paris, 1980, p. 128.

²⁵⁶ Pierre BOURDIEUX, *La domination masculine*, *op. cit.*, p. 23

²⁵⁷ Pierre BOURDIEUX, *Le sens pratique*, *op. cit.*, sur la structure de l'espace intérieur de la maison : p. 441 - 461 ; sur l'organisation de la journée : p. 415 - 421 ; sur l'organisation de l'année agricole : p. 361- 409.

sur la lutte contre l'inégalité des époux. Pierre BOURDIEUX à juste fait là cette même remarque, exprimant que : « Lorsque les dominés appliquent à ce qui les domine des schèmes qui sont le produit de la domination, ou, en d'autres termes, lorsque leurs pensées et leurs perceptions sont structurées conformément aux structures mêmes de la relation de domination qui leur est imposée, leurs actes de connaissance sont, inévitablement, des actes de reconnaissance, de soumission ». Qu'est-ce qui pourrait expliquer une telle soumission des femmes en Afrique de façon générale et précisément dans le contexte de l'Afrique noire francophone. Si l'on considérait l'influence de la religion, l'islam favorise un peu cette soumission par les valeurs et préceptes que prône la doctrine musulmane. Mais cette domination acceptée ne peut trouver sa justification que dans le contexte des pays où domine le christianisme, dont la doctrine prône exclusivement le rejet de toute inégalité et de domination. Alors il faut aller au-delà de justifications fondées sur l'influence religieuse, qui ne donne qu'une explication partielle de cette soumission. Ainsi, le seul probable recours, est celui des traditions qui ont entretenu et imposé dans les mœurs.

Il est vrai qu'aujourd'hui, toutes les législations de la famille, définissent de façon claire et soutenue l'égalité entre genres, et entretiennent une lutte contre toute forme de domination fondée sur le genre. Mais la domination n'a pas pour autant changé. Ce qu'il faut corriger, ce sont les mentalités. Or, le droit n'est enseigné véritablement qu'à partir de l'enseignement supérieur dans les systèmes éducatifs comme celle du Bénin. La première éducation est celle de la première enfance, base de toute éducation, et elle n'est réservée qu'aux parents, donc à la famille. L'éducation traditionnelle doit donc être réaménagée dans sa nature même pour se présenter comme une éducation intégrante, unique et identique pour tous, sans ségrégation aucune. Car la domination masculine laisse très peu de marge de manœuvre et d'initiative à la femme, l'empêchant de penser et de développer une activité propre, gage de développement économique et social.

2- La grande permissivité et le sevrage

Il est vrai que l'éducation familiale dans les sociétés africaines est assez rigoureuse malgré son caractère oral. Aussi, il reste une bonne chose que l'individu soit protégé en tout par le groupe familial qui assure sa sécurité. Cependant, il existe par fois, une certaine tolérance à l'égard de l'enfant en raison de l'amour paternel et surtout de l'amour maternel qui conduise parfois à l'anéantissement des règles de la bienséance et de la morale qui sont en principe très cher au groupe. Dans la relation entre mère et enfant dans les familles africaines, il existe un

trop grand attachement de l'enfant à sa mère pour qui, son enfant n'est jamais suffisamment grand pour prendre de lui-même d'initiative personnelle. *Il s'agit ici d'une trop grande permissivité* qui tire sa source de l'indulgence et du soutien toujours inconditionnel de la mère aux exigences de l'enfant lors de la petite enfance. L'enfant grandit avec une passivité qui ne lui fait pas prendre conscience de ce qu'il devrait se soustraire de cette vie de parasite qu'il développe auprès des parents. La vie en communauté ne fait pas prendre conscience au jeune qu'il devrait se soustraire de ses parents et construire sa vie et satisfaire ses besoins personnels. Il naît dans la même concession familiale, y grandit, se marie dedans, vie avec sa femme et ses enfants dans la même concession familiale où cohabitent jour et nuit petits-fils, fils, parents et grands-parents. Ce mode de vie favorisé par l'éducation familiale fonde sur la pratique de vie en communauté familiale, rend l'individu indépendant, et limite son initiative personnelle dans la recherche de son indépendance. Ainsi, il passe tout son temps à rechercher sa sécurité de se retrouver dans la vie de dépendance qu'il mène dans la communauté familiale. Ce mode de vie est encore très remarquable dans la plupart des campagnes, et même dans de grandes villes au Bénin. Il s'agit d'une sorte de vie sédentarisée où tous les membres de toute une collectivité familiale vivent ensemble dans une même agglomération familiale. Vue dans ce sens, l'éducation traditionnelle encourage à une vie de facilité et de parasite dans laquelle certains jeunes se cachent pour vivre même mariés à la charge des parents. Incapables de prendre des initiatives personnelles et de pouvoir réaliser et construire une vie d'eux-mêmes. C'est donc ici une anti-valeur qu'il faut à tout prix corriger, pour ne pas faire la promotion de génération de paresseux. La vie en communauté, si elle a beaucoup d'avantages et de valeurs, favorise parfois une permissivité qu'il est nécessaire d'éliminer de son contenu.

Loin d'être nutritionniste encore moins un spécialiste du domaine, il faut bien remarquer que le retard et surtout la brusque rupture du sevrage se répercute sur l'état psychologique et somatique de l'enfant, de nature à provoquer des troubles de nutrition créant un sentiment d'abandon et d'insécurité chez l'enfant. Ce dernier favorise l'évolution et la structuration de la conscience personnelle de l'enfant, et favorisant cependant une socialisation intense qui développe l'esprit de dépendance et de besoin de groupe. L'éducation traditionnelle doit donc jouer à la fois une fonction stabilisatrice et une fonction formatrice, afin de jouer à l'apaisement des inquiétudes, souffrances et échecs qui surviendraient pour l'individu, et de lui offrir un climat de sécurité et de quiétude. Dans le même cadre, elle doit assurer l'épanouissement de l'intelligence, inciter l'enfant à des sentiments de volonté, et faire développer en lui des relations saines, toutes choses contribuant à la base de sa formation.

Paragraphe 2 : Les antivaieurs liées à la transmission de l'éducation traditionnelle

Les antivaieurs que contiennent l'éducation traditionnelle ne sont pas seulement liées à la nature de l'éducation. Ces antivaieurs sont aussi liées à la transmission de l'éducation. On peut distinguer deux catégories : le complexe de dépendance et le mysticisme (A), l'égalité entre les membres du groupe familial (B).

A. Le complexe de dépendance et le mysticisme

La vie en communauté, l'entraide et le travail collectif vécu au sein du groupe familial, développent le plus souvent chez certains acteurs du groupe un complexe de dépendance, caractérisé par une dépendance, dont le résultat est celui de l'attachement de l'individu au groupe, auquel il se soumet totalement. L'attachement au groupe et le travail collectif qui consiste en la réalisation ensemble des tâches, la planification ensemble de tous les projets par le groupe, ne permet pas à l'individu, d'apprendre à travailler seul. Cela crée une dépendance de celui-ci au groupe de sorte qu'il ne peut exécuter seul une tâche. La conséquence, c'est qu'il développe un certain vice notamment « le *conformisme*, *l'insuffisance d'initiative personnelle*, *l'absence d'esprit de compétition*, etc. » Ce complexe de dépendance crée en lui, un sentiment d'impuissance et d'incapacité de faire vis-à-vis du groupe et dont les manifestations sont la confiance que l'on place au groupe, la tendance à s'attendre à recevoir l'aide des autres, la fuite de responsabilité personnelle que remplace la tendance à rechercher la co-responsabilité, etc. Cet état d'esprit renforce et confirme la situation de dépendance culturelle et économique, dans la mesure où tout le produit, toute la richesse que possède l'individu ne provient pas de sa seule capacité de production, mais de la collaboration de tous les autres membres de son groupe familial.

En résumé le complexe de dépendance fait que l'individu ne dispose vraiment pas de biens propres. C'est en quelque sorte les dérives et inconvénients d'un système de vie socialiste. La communauté de vie impliquant le travail collectif et l'entraide mutuelle reste une valeur de l'éducation traditionnelle à promouvoir. Cependant, le complexe de dépendance qu'elle provoque chez l'acteur social qu'est l'individu se révèle comme un anti-valeur, que la famille

doit combattre en initiant les enfants à l'autonomie, à l'esprit d'initiative personnelle, en leur apprenant à compter d'abord sur leurs propres forces et en même temps en leur inculquant l'esprit d'entraide, toutes choses concourant au bien-être de la famille. L'un des problèmes réels qui freine beaucoup plus la connaissance dans les traditions africaines est celui du mythe. Tout enseignement sans démonstrations et sans preuves ne permet pas une compréhension réelle. L'éducation familiale apparaît parfois comme restrictive dans la mesure où, elle fait de certaines questions des sujets tabous. Ainsi en est-il de l'éducation sexuelle, où on estime que l'enfant ne doit rien savoir du sexe. Il est par exemple de ces interdits qu'on fait à l'enfant sans jamais lui dire pourquoi il devrait s'abstenir. Par exemple ne pas se laver dans la nuit profonde ; ne pas puiser de l'eau dans la nuit, ne pas balayer ni jeter des ordures la nuit. Parfois, on interdit à l'enfant, l'accès à un lieu sans pour autant lui expliquer pourquoi, et donc il obéit à cet interdit sans pour autant savoir pourquoi il ne devrait pas y accéder.

Le mysticisme est utilisé comme la principale pratique à laquelle recourt l'Africain pour expliquer, saisir et pénétrer les secrets de la vie et de la nature. D'où sa tendance à consulter les médiums, les divinités, à recourir aux forces occultes pour expliquer ou comprendre certains phénomènes naturels que l'Européen appréhende grâce à la science, à la technique. Les phénomènes que la science (la biologie, la physique, la psychologie etc.) peut expliquer, sont intégrés dans une dimension spirituelle et mystique en Afrique. Ainsi par exemple les phénomènes tels que la mort, la foudre et les maladies ne peuvent trouver d'explication que dans la pensée mystique. L'existence des enfants jumeaux ne s'explique pas comme le résultat d'un phénomène biologique, mais plutôt par un mythe ; les maladies ne sont pas provoquées par le manque d'hygiène, ou parfois d'une allergie que l'organisme peut développer par la consommation d'un aliment, mais plutôt d'un envoûtement de l'ennemi ou de la sorcellerie. Un accident ne s'explique pas par l'imprudence, un dysfonctionnement du moyen de transport, mais elle est provoquée par une ennemie. Ainsi, la mort, les accidents, la famine, les épidémies, la sécheresse, les inondations, les mauvaises récoltes, sont causées par les hommes, les sorciers²⁵⁸, « on impute aux sorciers, l'impuissance ou la stérilité et celui qui se croit victime doit faire des offrandes au sanctuaire du dieu et sacrifier au fleuve, où l'on pense que la sorcière a caché le double de l'organe qui lui fait défaut » (éros). On va même parfois associer l'invasion des cultures par les criquets, les piqûres de moustique, etc. à l'œuvre de la méchanceté humaine,

²⁵⁸ Liliane PREVOST, Isabelle de COURTILLES, *Guide des croyances et symboles, Afrique : Bambara, dogon, Peul, op. cit.*, p. 86-87

que l'on cherche à tout prix à démontrer à travers le mysticisme. L'éducation traditionnelle introduit dans la tête des enfants que la cause de tous les phénomènes qui se produisent autour de lui n'ont qu'une explication mystique et non scientifique. Pris dans ce sens, le mysticisme se présente comme une antivaleur dans la mesure où il provoque de la méfiance et de la suspicion constante chez l'individu dans son milieu social. Il est incompatible avec la mentalité scientifique basée sur l'objectivité, et une démonstration rationnelle. L'éducation traditionnelle doit intégrer un raisonnement scientifique, qui pourrait ainsi aider à passer du domaine de la subjectivité, de l'imprécision et de l'empirisme à celui de l'objectivité, de la précision et de l'action.

Le complexe de dépendance et le mysticisme ne sont pas les seules anti-valeurs de l'éducation traditionnelle. Il y a l'égalité mentale restrictive et possession égale qui en constituent aussi.

B. L'égalité mentale restrictive et la possession égale

L'égalité mentale restrictive et la possession égale sont deux principes qui soutiennent le principe de l'égalité entre les membres de la société. Il reste évident que dans une société humaine les principes soutenus par les droits de l'homme considèrent tous les individus sans distinction de sexe, d'âge²⁵⁹ etc. L'éducation traditionnelle a eu le mérite de promouvoir ce principe de l'égalité indispensable comme valeur à développer dans une société. Le principe d'égalité dans l'éducation traditionnelle est une égalité mentale restrictive des membres. L'égalité mentale restrictive tout en reconnaissant à l'aîné sa position dominante du point de vue de sa force vitale, et de sa sagesse, qu'il a de plus que ses plus jeunes, repose sur la croyance que « tous les individus sont semblables et possèdent les mêmes capacités mentales et que celles-ci se développent au fur et à mesure que l'individu avance en âge »²⁶⁰. Les traditions assimilent le plus souvent la connaissance et la sagesse à l'âge. En effet, c'est une conception des choses selon laquelle, le plus souvent un jeune n'est pas censé disposer une connaissance suffisante pour apporter de solution à un problème tant que l'aîné est là. L'aîné, reconnaît tout de même qu'il n'a pas toujours la bonne solution, sa décision prime sur celui du plus jeune qui

²⁵⁹ Cf, Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ; Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples

²⁶⁰ Sundara MUNGALA, *op. cit.* p. 65

semble avoir la solution. La sagesse n'est pas forcément liée à l'âge. C'est un état d'esprit, une capacité à gérer avec efficacité un problème ou une situation. Cette mentalité restrictive de l'égalité semble vouloir rechercher l'équilibre entre les moins doués et les plus doués en préconisant en quelque sorte la modération à ces derniers. Ceci est un fait qui n'encourage pas l'excellence de l'individu. Elle met en veilleuse la connaissance de l'enfant, avec le risque de les voir s'éteindre en lui. Aussi, l'individu se résigne-t-il à vouloir dépasser en connaissance et en sagesse ses semblables, c'est-à-dire tous ceux qui dans le groupe familial sont de la même génération que lui avec qui il partage quotidiennement ses jeux et ses idées. Cette mentalité restrictive qui en quelque sorte l'enferme dans la vie du groupe et l'empêche bien qu'il en ait les capacités nécessaires, de prendre des initiatives, à se lancer en aventure dans un domaine encore inexploré ou à s'engager dans des activités compétitives avec les autres, au risque de se voir reprocher, développer un instinct de supériorité envers les autres de sa génération. L'égalité mentale restrictive semble développer une notion d'égalité qui ne s'inscrit pas tout à fait dans la logique réelle de ce qui est défini aujourd'hui par les différents instruments des droits de l'homme. L'éducation traditionnelle développe ici une égalité des membres qui empêche certains individus de pouvoir développer leur talent. C'est plutôt une violation des droits de deuxième génération. Alors, l'égalité mentale restrictive se révèle comme une anti-valeur. Il faut donc repenser une égalité dans laquelle chaque individu disposera telle que définit en droit moderne, le droit au développement personnel et à son propre épanouissement. Le second principe, la possession égale établie également la même logique presque celle de la mentalité restrictive de l'égalité. Il s'agit ici d'une éducation de nature à insister sur une attitude restrictive à la création de richesse. On fait voir à l'individu, qu'il n'est pas une bonne chose de vouloir dépasser en bien ou en richesse ses semblables. Comment une société pourrait-elle envisager le développement si elle définit elle-même des principes contraires à la création de richesse et de la concurrence ? Car la logique de la possession égale expliquerait l'absence de la concurrence dans la recherche des richesses et justifiant la nécessité de distribuer, et de partager pour ne pas attirer sur soi les influences maléfiques des autres. Si tous les individus doivent observer la règle de non-concurrence en vertu de la possession égale, qui va produire en abondance et partager ? Et c'est encore ici le mysticisme dont on a parlé précédemment où on pense encore que la création de la richesse pourrait générer de conséquences maléfiques dont les semblables pourraient être auteurs. Et donc il faut s'abstenir de créer de la richesse et de demeurer en termes d'égalité avec tous les pauvres.

L'égalité dans la possession telle que définie dans l'éducation traditionnelle devient une antivaleur en raison du fait qu'elle est un frein à la création de la richesse gage de

développement économique. Elle empêche l'individu de se distinguer, de se singulariser et de s'épanouir. Ceci demeure vraiment un problème social véritable qu'il faudra solutionner dans l'éducation traditionnelle établie par les coutumes africaines. Cette suprématie du groupe familial sur l'individu est à l'origine de toutes les pratiques et coutumes qu'il est nécessaire de corriger par un rapprochement de certains mérites du droit occidental. La mentalité de possession égale fait que tous les membres d'une famille considèrent le patrimoine de leur enfant, frère ou parent comme les leurs, au point de déposséder les ayants droit de ce dernier de tout le patrimoine de leur *de cuius*, pour s'en approprier²⁶¹. Le collectivisme excessif doit sans se substituer totalement, laisser une place à la considération individuelle, prise ici non pas dans le sens de la valorisation de l'individu par rapport à la collectivité, mais permettant à l'individu de pouvoir évaluer ses propres capacités et ses limites, tout en appréciant celles des autres.

Au terme de la réflexion sur l'observation de l'omnipotence du droit coutumier dans la construction originelle du droit de la famille, il a été question de l'appréhension des diverses pratiques coutumières à travers l'éducation traditionnelle, de même que ses valeurs, comme constituant la base de la construction normative. Il faut retenir que l'éducation traditionnelle en Afrique et au Bénin en particulier est constitutive de plusieurs pratiques, définissant l'existence de toutes les composantes du droit de la famille : mariage ; divorce ; filiation ; successions et régimes matrimoniaux, etc. qui établissent, tout un corps de règles régissant les sociétés coutumières. Cette pratique culturelle comporte aussi bien des valeurs que des anti-valeurs qui exercent une grande influence sur la formation et l'évolution du droit de la famille. Les pouvoirs ayant pour rôle de légiférer en matière du droit de la famille doivent pour des questions d'efficacité et de spécificité du contexte social en présence, aménager une législation en conciliant traditions et modernité. Ainsi, il est préférable d'abandonner les pratiques contenant les anti-valeurs, tout en conservant celles de bonnes valeurs. Aussi, il faut prendre ce que le droit moderne a de positif, et les aménager aux contextes sociaux internes. En dehors de l'omnipotence du droit coutumier dans la construction originelle du droit de la famille, l'efficacité et le rôle des pratiques dans l'élaboration du droit de la famille est marqué aussi par un emprunt au droit coutumier étranger.

²⁶¹ Cf, Annexes 4

TITRE 2 : L'EMPRUNT DU LEGISLATEUR A L'ESPACE COUTUMIER POUR L'EVOLUTION DU DROIT DE LA FAMILLE

L'histoire du droit de la famille renseigne sur la nature et le type de famille en Afrique Noire et en Europe. Si en Europe elle est de conception réduite et individualiste, en Afrique, elle est d'une conception large et collective²⁶². Évoluant dans le temps, la famille vit sous l'influence de profondes mutations économiques, politiques et sociales profondes, provoquées par l'évolution des actes et pratiques sociaux, constituant le droit coutumier, qui est proche à chaque société. L'histoire du droit français de la famille comme exemple en Europe, témoigne de cette évolution, allant des origines antiques du droit français de la famille²⁶³ à nos jours, et celui du Bénin comme exemple de l'Afrique Noire francophone, allant de la période pré-coloniale à l'avènement du code béninois des personnes et de la famille, en passant par la période coloniale et post-coloniale. À travers ces différentes époques, on assiste à des formes d'arrangements, et à mainte redéfinition des rapports de famille. Aujourd'hui encore, le problème persiste au point où l'évolution des pratiques évolue à un rythme obligeant une perpétuelle révision des législations de la famille.

Près de dix-huit années d'application du code des personnes et de la famille consacrant une législation moderne, après l'abolition du coutumier du Dahomey par la cour constitutionnelle du Bénin. Quelles sont les difficultés rencontrées dans cette application ? Que sont devenues les pratiques coutumières ? Ont-elles totalement disparu ? Les pratiques culturelles n'ont pas disparu. Cependant, elles ont évolué, et rendent donc inefficaces certaines dispositions du code, obligeant parfois le législateur à prendre des dispositions palliatives. Mais en plus de cette situation, les usages étrangers en matière de la famille, dus au phénomène de brassage culturel en raison des immigrations influencent aussi fortement la législation. Il y a donc nécessité de redynamiser la législation de la famille au rythme de l'évolution des usages. C'est fort de cela que notre analyse se propose d'appréhender la révision du droit de la famille influencée par les pratiques coutumières internes (chapitre 1) et par les pratiques étrangères (chapitre 2).

²⁶² Fatou Binétou DIAL, *Mariage et divorce à Dakar, itinéraires féminins*, Dakar, éd Karthala, 2008, p. 7

²⁶³ Romuald SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille*, Paris, Dalloz 1995, p. 5

CHAPITRE 1 : LA REVISION DU DROIT DE LA FAMILLE INFLUENCEE PAR LES PRATIQUES COUTUMIERES

S'il est vrai, qu'aujourd'hui la plupart des Etats africains, notamment en Afrique Noire francophone se vantent d'avoir des législations modernes de la famille qui répondent aux normes des législations occidentales, notamment celle du colonisateur français, il ne faut pas perdre de vue le problème de l'instabilité des mêmes législations. Cette instabilité s'explique par l'influence réelle de certaines réalités sociales, rejetées par lesdites législations, et qui aujourd'hui évoluent et résistent aux lois modernes, ce qui expose la législation à l'inefficacité, au point de nécessiter une révision. La famille en Afrique étant de type collectiviste, les législations modernes de la famille taillées sur un type individualiste, ont du mal à s'accommoder avec les pratiques familiales. Le code des personnes et de la famille semble régler certaines situations notamment, les questions d'égalité de droit, de gestion des biens, les droits de la femme... Cependant, il souffre aujourd'hui de maux. On peut remarquer qu'après les dix-huit ans d'application, on constate l'échec de la fonction stabilisatrice du lien familial que devrait établir le code. Au contraire, l'application du code a contribué à désagréger la famille, en provoquant sa dispersion par la montée en puissance de l'individualisme. Sa mise en vigueur semble même avoir quelque peu ouvert la vanne des procédures de divorce, avec rupture du mariage que les traditions par leurs pratiques empêchent souvent. Ainsi, on remarque une famille africaine dénaturée en quête de nouveaux repères. Ce qui vient d'être évoqué n'est qu'un petit exemple des problèmes d'applications du code, avec une exigence de révision profonde. Notre analyse s'attachera ici à révéler l'évolution et l'influence des coutumes sous le règne de l'application du code des personnes et de la famille (section 1), et les motifs liés à la persistance des pratiques coutumières (section 2).

Section 1 : L'évolution et influence des coutumes sous le règne de l'application du code des personnes et de la famille

Le mariage est en Afrique un acte assez important dans la vie de tout individu, et donc occupe une place importante dans la vie et l'évolution de la famille. Elle fait objet dans les coutumes, d'une grande solennité accompagnée des rites, véritable symbole qui fait sa solidité. Le mariage est ici une obligation sociale. Il permet aux futurs époux de se soustraire de l'autorité parentale et d'accéder à une vie de couple, avec toutes les obligations que cela

implique. Le mariage établit l'homme dans ses responsabilités de chef de famille, qui généralement assure la direction matérielle des obligations du ménage. Toutes les pratiques que le mariage traditionnel comporte que sont, la dot, la parenté, le régime matrimonial et bien d'autres auxquelles on peut ajouter les successions, ont été bousculées par l'avènement du code des personnes et de la famille, dont le contenu rejette nombre de pratiques et usages courants de la famille culturelle. Plus d'une dizaine d'années d'application de ce code, n'a véritablement pas satisfait les problèmes de la famille béninoise. S'il y a eu le prix de régler certains problèmes, il n'en demeure pas moins que l'application du code a causé et amplifié d'autres. Les pratiques culturelles qu'on pensait voir reculer ont plutôt résisté en évoluant à travers les usages de mariage (paragraphe 1), les nouvelles pratiques générées par l'application du code (paragraphe2).

Paragraphe 1 : l'évolution des usages de mariages et des successions

La formation du mariage comporte en droit coutumier plusieurs usages, dont la pratique traduit une nécessité dans la conclusion de l'union, entre deux personnes, deux familles, deux ancêtres. Les plus fondamentales tournent autour du consentement, la pratique de la dot, très décriée dans la doctrine occidentale, la forme du mariage, de même que la qualité des célébrants. En dehors des pratiques originelles en la matière évoqué dans les chapitres précédant et qui ont prévalu lors de la rédaction du code des personnes et de la famille, il était important d'appréhender le devenir de ces pratiques après plusieurs années d'application du code. À cet effet, une étude d'interview a été réalisée en avril 2019 dans trois familles de différentes régions (*Aliborie, Donga et Atlantique*)²⁶⁴ du Bénin dont le rapport permet de prendre connaissance de l'évolution sur le contenu des pratiques intégrant le mariage, la dot et le consentement (A), mais aussi des successions (B).

A. Rapport sur l'évolution de la pratique du consentement au mariage et de la dot

Au Bénin, le mariage traditionnel se matérialise par la dot. C'est une cérémonie à caractère symbolique qui sacralise l'union de deux personnes et au-delà de cette union, celle de

²⁶⁴ Départements du Bénin.

deux familles. Si elle diffère par ses caractéristiques suivantes qu'il s'agisse d'une ethnie ou d'une telle autre, elle demeure toutefois une tradition dont l'importance est unanimement reconnue au Bénin. La dot est une pratique coutumière ancestrale qui renvoie à des réalités multiples et variées selon qu'on soit d'un espace géographique ou d'un autre, d'une époque ou d'une autre. Par conséquent, la conception de la dot et sa pratique ont évolué au fil du temps, conduisant aujourd'hui à une réalité bien différente de celle d'autrefois.

À l'origine, la dot consistait par elle-même en une tradition autonome et authentique consacrant le mariage. Cette pratique était le corollaire de certaines valeurs fondamentales qui en justifiaient le caractère onéreux : le respect de la femme mariée, sa vertu (virginité), l'honneur de la famille, etc. Ainsi, la femme devait conserver sa virginité jusqu'au mariage sous peine de jeter le déshonneur sur elle-même et sur sa famille. De façon parallèle, en représentation de la valeur de cette vertu, la dot peut coûter très cher à la famille de l'homme, impliquant des dons allant du simple cola aux lopins de terre et troupeaux de bœufs.

Chez les *Baribas* du nord-Bénin, et plus précisément dans la famille B²⁶⁵, les choses n'en vont pas autrement. Jadis, les *Baribas* déjà très jeunes étaient promis au mariage. À l'âge de maturité, cette union est matérialisée à travers un rituel particulier à trois étapes : les avances, les fiançailles et enfin le mariage proprement dit, consistant en la dot. C'est après l'étape des fiançailles que la dot intervient. Ce ne sont pas les jeunes qui font les avances. Si un jeune garçon est en âge de travailler, ses parents lui enseignent l'importance du don. Et chaque fois qu'il quitte son champ ou son travail, il donne une partie de sa recette journalière à l'une quelconque des dames du village, qu'il apprécie. Or, dans la tradition *Bariba*, il était difficile, voire impossible de refuser un don. Comme en réponse à cet acte du jeune garçon, cette dame se doit donc de trouver à ce jeune homme, une femme à marier. Elle observe alors dans sa famille ou dans une famille qui lui est proche une jeune femme, qui n'est encore promise à personne. Après l'avoir trouvé, elle négocie avec les parents de la fille. Une délégation se constitue ensuite par les soins de cette même dame (entremetteuse) pour rendre visite à la famille du jeune homme.

²⁶⁵ Cf, Annexes 4

Dès cet instant où les choses sont annoncées et acceptées de part et d'autre dans chaque famille, le jeune homme peut commencer à rendre visite à sa future épouse. À chaque rencontre chez la fille, celle-ci est désignée par ses parents parmi toutes ses sœurs pour servir ses beaux-parents et futur mari. Sa mère lui enseigne par la même occasion les manières d'une bonne femme au foyer. Alors, la jeune fille comprend progressivement que son mariage est proche. Les parents du garçon vont se charger pendant ce temps de l'observer jusqu'à ce qu'elle ait la maturité nécessaire pour se marier (l'âge est variable : allant généralement de 14 à 18 ans. La menstruation constitue souvent le signal). Une fois que la jeune fille a ses premières menstruations, la famille de son futur mari s'empresse d'apporter la dot. La belle-famille peut refuser de l'accepter si celle-ci n'est pas à la hauteur de la valeur de leur fille. C'est là qu'apparaît l'importance de la virginité. Aucune limite n'est fixée, la famille de la future mariée peut demander tout ce qu'elle désire. Cependant, s'il est avéré que la jeune fille n'est pas vierge, la dot reçue doit être purement et simplement restituée, avec tout le déshonneur que cela génère. Ce développement montre bien toute l'importance de la virginité dans le mariage traditionnel chez les *Baribas*.

Par cette même logique, le facteur sus-évoqué est déterminant dans les changements observés de nos jours. Par la force, des changements sociaux et du détachement culturel observés actuellement, la virginité n'est plus sur son piédestal d'antan. La conséquence directe reste bien évidemment la déstructuration de cette pratique traditionnelle qu'est la dot. Elle perd donc ce caractère très onéreux que l'on lui connaissait sans toutefois revêtir le caractère symbolique, exigé par la législation béninoise de la famille de 2004. Si l'objectif de la législation est de faire prédominer une société normative où le mariage légal dilue totalement l'importance de la dot, à défaut de l'enrayer, comme certaines législations²⁶⁶, qui ont été révélées aussi inefficaces sur la question, il faut remarquer que grand-chose n'ont pas changé sur la pratique de la dot au point de lui conférer un caractère symbolique.

Quand on se penche sur la question chez les *Fons* de Ouidah, la dot paraît être plus onéreuse que dans le cas précédant évoquer chez les *Baribas*. Ci-après, se trouvent les résultats d'une enquête menée à propos de la composition de la dot dans une famille X. Il est important

²⁶⁶ Droit gabonais et ivoirien de la famille

de noter qu'ici, la dot se désagrège en deux parties. La petite dot encore appelée « connaissance des familles » et la « grande dot ».

Chez la famille X²⁶⁷ de Ouidah :

- Connaissance (petite Dot)

C'est la première étape. C'est le moment où l'homme et sa famille vont rencontrer officiellement la famille de la future mariée munie de certains cadeaux bien déterminés, pour la petite Dot : quatre (04) différentes liqueurs et une enveloppe contenant de l'argent (montant au choix). La façon de recevoir l'homme et sa famille ou de ne pas les recevoir dépend de la famille de la fille. C'est à ce moment qu'intervient le premier contact des deux familles celle de la fille, à qui celle du jeune homme rend visite. Cette étape permet d'avoir une idée sur le consentement préalable des parents

- Grande Dot

C'est pour donner suite à la « connaissance des familles » si celle-ci a été positive que la famille de la fille obtient de sa grande tante paternelle généralement, la liste des éléments composants de la grande Dot qu'elle va présenter à la famille de l'homme. Dans la famille X, la liste de la Dot se présente en général comme suit :

- « *Gbébiobio* », signifie en langue Fon : permission d'entrer dans la maison : une enveloppe d'argent (montant variable).
- « *Atchossou* », les jeunes de la maison : quatre (04) liqueurs et une enveloppe d'argent (montant variable)
- « *Tangninon* », les femmes de la maison : quatre (04) liqueurs et une boîte d'allumette plus une enveloppe d'argent.
- Oncles et tantes paternelles : une liqueur et une enveloppe d'argent.
- Oncles et tantes maternelles : une liqueur et une enveloppe d'argent.
- Frères et sœurs de la mariée : une enveloppe d'argent.
- Cousins/cousines paternels : une enveloppe d'argent.
- Cousins/cousines maternels : une enveloppe d'argent.
- Les épouses de la maison : un sac de sel (25 kg) et une enveloppe d'argent.
- Père de la mariée : une pièce de pagne *Vlisco* et une liqueur plus une enveloppe d'argent.
- Mère de la mariée : 1/2 pièce de pagne *Vlisco* et une liqueur plus une enveloppe d'argent.

²⁶⁷ Cf Annexes 4

- 3 types de Colas *Ata*²⁶⁸, *Ovi*²⁶⁹, *Ahoe*²⁷⁰ : 21 ou 41 de chacun plus une enveloppe d'argent.
 - Une Valise constituée pour la mariée elle-même, contenant parures, pagnes, bijoux, chaussures, sacs, produits de beauté, etc. des ustensiles de cuisine (séries de casseroles, bols, marmites, bouteille de gaz, plats, cuillères, fourchettes etc....), une malle plus 8 ou 12 liqueurs (inclus GET 27 ou DUBONNET plus une enveloppe d'argent).
 - Si les résultats des enquêtes fournies jusqu'ici ne semblent par revêtir le caractère symbolique défini par le code Béninois des personnes et de la famille, il ne l'est pas non plus chez les *Dendis* de Djougou dans le sud du Bénin. On constate nettement par l'analyse de la liste de dot obtenue auprès de la famille Y, que la dot n'est pas vraiment symbolique telle que voulu par le code.
 - Pour doter une femme chez les *Dendis* de Djougou, les choses se présentent généralement ainsi :
- La dot proprement dite : unealebasse de colas accompagné d'une somme d'argent allant de 20 à 50.000 francs CFA.
 - Le trousseau de la femme mariée : en ce qui le concerne, le trousseau est au moins constitué ainsi dans la famille Y : huit (08) à dix (10) pagnes de luxe, quatre (04) à six (06) pagnes beaucoup moins onéreux. Des hijabs²⁷¹ en raison du “walima²⁷²”, des vêtements pour femme, des accessoires de beauté, et même de la lingerie.
 - En complément à tous ces objets, une somme conséquente est également versée à la belle-famille.

Il ressort comme constat pour donner suite à ces diverses enquêtes que la dot de plus en plus aujourd'hui est une pratique qui ne présente en rien un caractère symbolique tel que le code des personnes et de la famille la définit en son article 142 car s'il faut se donner à un petit exercice d'estimation la valeur de la dot plus celui de la petite dot pour certaines cultures va au-delà d'une centaine de mille franc CFA. Mais elle toutefois garde une importance notoire dans la culture béninoise. Il est vrai que certaines familles trouvent des aménagements pour pallier les grandes dépenses.

²⁶⁸ Cola à deux tranches de couleur rouge ou blanc

²⁶⁹ Noix de cola produit par le cola *acuminata*

²⁷⁰ Cola sans tranche encore appelé cola mal, connu sous le nom de *Garcinia cola*

²⁷¹ Voile que les femmes musulmanes portent pour se couvrir de la tête jusqu'au cou.

²⁷² Cérémonie de remise d'attestation de fin de lecture du coran

B. Rapport sur l'évolution des pratiques successorales

Un autre point d'intérêt non moins lié à la question du mariage dans la culture béninoise reste la question de la succession. Nous nous sommes plus particulièrement intéressés à cette problématique au regard du traitement réservé aux enfants naturels dans la succession de leurs parents. Sont-ils considérés de la même manière que les enfants légitimes ? Également s'est-on intéressé à la discrimination qui prévalait entre les filles et garçons dans les successions en tradition ?

La conclusion générale qui s'impose à l'issue des différentes enquêtes menées démontre que traditionnellement, l'enfant naturel est traité de la même façon que celui issu aussi bien du mariage légal que du mariage coutumier. Culturellement, aucune discrimination n'est faite par rapport aux enfants, qu'ils soient légitimes ou adultérins. Ainsi, un enfant naturel aurait droit à l'héritage de son parent décédé au même titre que l'enfant légitime. La seule discrimination fort longtemps remarquée se situe au niveau du sexe des héritiers. Mais cela indépendamment du fait qu'ils soient enfants adultérins ou issus du mariage. Mais aujourd'hui nous ont-elles confié, que cette discrimination disparaît progressivement. Ainsi, les filles héritent au même titre que les garçons.

Cependant, si la coutume a depuis toujours reconnu, acceptée et traité également enfants naturels et légitimes, il n'en a pas toujours été ainsi en Droit positif Béninois. Pendant longtemps et par souci de protéger et sauvegarder la famille légitime, la naissance des enfants naturels n'était pas souhaitée, ni considérée au même titre que celle de la progéniture issue du mariage. C'est dans la même veine que le législateur avait d'ailleurs imposée à ces enfants, une situation juridique assez défavorable qui se résume en une forte inégalité de traitement entre enfants naturel et légitimes sur la base de l'origine de leur filiation.

Pourtant, ces méthodes pensées par le législateur pour décourager ce genre d'acte, n'ont pas été probantes. Il n'a été noté aucun relâchement dans les vices tels que l'adultère et l'inceste qui sont à l'origine de l'existence de ces enfants ; pendant que le traitement qui était réservé à ces derniers était rigide et surtout contraire à la Constitution du 11 décembre 1990 qui prône l'égalité de tous devant la loi.

C'est donc une situation qui était devenue de plus en plus difficile à ignorer ou même de combattre en continuant de défavoriser des enfants qui, en réalité, ne sont pas responsables de l'origine de leur filiation. Il s'avérait alors indispensable que cet état de choses soit corrigé et que d'autres mesures soient prises afin de mettre fin aux discriminations.

C'est ainsi que, prenant exemple sur le droit traditionnel où tous les enfants sont traités de la même manière, les rédacteurs du CPF se sont préoccupés de la question des enfants naturels et ont essayé de réaliser l'égalité des filiations par le Code des Personnes et de la famille du 24 août 2004 (loi n° 2002-07) toujours en vigueur au Bénin. Les normes qui régissaient donc jusque-là le statut juridique des enfants naturels ont été réexaminées et modifiées pour essayer de prendre en compte les divers objectifs visés. Ces nouvelles normes, édictées et contenues dans le CPF en vigueur en République du Bénin reflètent bien le souci d'égalité entre enfants légitimes et naturels recherchés par le législateur, même si ces dispositions sont en pratique difficiles d'application.

Nos informateurs nous ont confiées quelques remarques bien importantes, qui ont retenu notre attention sur l'évolution des pratiques de successions. La première concerne les successions. Le recul de la discrimination fondée sur le sexe dans les coutumes mérite d'être nuancé. Ce recul ne concerne que la succession des biens patrimoniaux. S'agissant de la succession aux fonctions, la pratique de la discrimination est toujours d'actualité. Les femmes héritent des fonctions de leurs ascendantes femmes et les hommes de leurs ascendants hommes. Ainsi, par exemple, une femme ne peut pas hériter des fonctions du *pater familias*, ou du patriarche, et un homme, des fonctions par exemple d'une grande tante qui exerce des fonctions particulières dans la tradition. Cet aspect des successions qui n'est pas moins important dans les coutumes, a échappé totalement au législateur du code béninois des personnes et de la famille de 2004. Il en est ainsi de même pour les autres législations des autres pays de L'Afrique noire francophone. Dans le second cas, pour ce qui est des enfants incestueux, à ce jour, aucune nuance n'existe les concernant, et il n'est pas question de considérer qu'ils ne peuvent hériter que d'un parent. En réalité, certains types de mariage surtout en milieu fon existent encore entre cousins et cousines par exemple de degré proche et sont vus comme légitimes et donc le problème ne se pose guère tout fonctionne comme dans une famille normale. C'est le problème de reconnaissance qui se pose quand les deux parents ne sont pas mariés. En pareilles situations, l'enfant n'est relié qu'à sa mère. Le père ne peut pas le reconnaître. On revient donc à la réalité établie par le code des personnes et de la famille.

Paragraphe 2 : Les nouvelles pratiques générées par l'application du code des personnes et de la famille

L'analyse portera particulièrement sur les unions de fait comme un moyen d'abstention au mariage civil exige exclusivement la monogamie²⁷³ comme forme de mariage. Les unions de faits se présentent généralement sous deux formes. La première consiste pour les époux à vivre maritalement sans jamais se décider à se marier civilement. La seconde consiste pour un homme marié civilement, d'entretenir même sous le regard de son épouse des relations amoureuses avec une autre femme hors foyer conjugal : c'est le phénomène dit de « deuxième bureau », une sorte d'adultère, considérée comme un fait banal pour tous les béninois. Ainsi, les deux formes d'unions constituent, le concubinage (A) et le phénomène de deuxième bureau, auquel s'ajoute celui du divorce (B).

A. Le concubinage

La famille est un phénomène sociologique qui évolue au fur et à mesure que la société se transforme à travers des mutations progressives. De la famille totémique, on n'est pas passé successivement à la famille patriarcale et à la famille conjugale. Cette dernière repose sur le concubinage, qui retient ici notre attention. Étymologiquement, le terme concubin veut dire « qui couche avec ». Ce terme a été pendant longtemps considéré comme ayant un caractère péjoratif. Le concubinage (Union libre) est « une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »²⁷⁴. Le concubinage est un mode de conjugalité qui est fortement lié au mariage civil ; lorsque l'on se place dans le cadre juridique établi par le droit moderne. Il en est de même au point de vue religieux et au point de vue des coutumes et tradition définies par le droit coutumier. Le concubinage était dans l'ancien droit romain permis à ceux qui restaient célibataires, mais aussi à ceux qui étaient mariés, mais ne voulant pas se remarier par considération de leurs enfants du premier lit. Le Christianisme et l'Islam, même si l'un n'autorise pas la bigamie et l'autre oui, ces deux religions sont unanimes sur la question du concubinage. Les principes religieux établis par lesdites religions sont

²⁷³ Cf Art 143 du code béninois des personnes et de la famille.

²⁷⁴ Cf. Art 515-8 et 721 du *C. Civ.*

inconciliables avec le concubinage. Demeurer dans le concubinage, c'est aller à l'encontre de la volonté Divine. Le concubinage ne permet pas de communiquer au monde, les valeurs que Dieu communique à travers le mariage²⁷⁵. En faisant allusion à la fornication, le saint Coran interdit toute relation sexuelle en dehors du mariage, ce qu'il désigne ici par la « *zina* ». La *zina* est désigné dans le saint Coran comme un péché grave une abomination et un chemin plein d'obstacle²⁷⁶. En ce qui concerne les religions endogènes des sociétés africaines noires ou magrébines, elles n'encouragent non plus guère le concubinage. C'est pourquoi la question de mariage est au centre de la vie familiale en Afrique et reste l'élément fondamental constitutif de la famille. Aucune famille en Afrique ne laisse ses membres dans une situation maritale sans les préalables que sont la connaissance des parents, la dot, et les rites consacrant l'union des familles des deux époux. À l'occasion de la rédaction du code civil, Napoléon prononça cette célèbre formule « puisque les concubins se désintéressent du droit, le droit se désintéressera d'eux ». On pourrait considérer sans doute déjà depuis l'or, du mépris que le droit français donnait déjà au concubinage. Sans toute foi interdit de façon express le concubinage, le droit français le considère comme illégale et ne confère à aucun des concubins des effets juridiques que confère le mariage. Malgré toutes les évolutions connues par le code civil, cette position classique n'a pas véritablement changé.

S'il faut s'en tenir à la situation actuelle de conjugalité au Bénin, c'est plutôt l'imposition de la monogamie comme forme exclusive de mariage, imposée par la volonté législative qui se trouverait à l'origine des situations qui pourraient porter atteinte aux bonnes mœurs, alors que le souci était de palier à l'inégalité que l'on observait dans la polygamie. En effet, les coutumes et les croyances religieuses, n'ont pas pour autant exigées de façon spécifique, une option. Bien que cette liberté fût donnée par les coutumes, de faire le choix de l'option, il existait historiquement et sociologiquement un ordre harmonieux conforme à la morale sociale. Ainsi, au nom de la nécessaire hiérarchisation du modèle conjugal, le législateur a préféré définir, une option matrimoniale sans en principe et en fait se soucier des réalités sociales propres à la société béninoise. C'est à raison que Frédéric GRANET relevait il y a quelques années que « le pluralisme croissant des formes de conjugalité soulève la question de savoir quel est actuellement le sens du mariage »²⁷⁷. La réalité au Bénin, aujourd'hui, est que

²⁷⁵ Cf, Ephésien 5 de la Bible.

²⁷⁶ Cf. Verset 32 / Sourate 17 Coran.

²⁷⁷ Frédéric GRANET, « Convergence et divergence des droits européen de la famille », *in Perspective de reformes en droit de la famille*, Drt. Fam. n° hors-série, 2000, p. 6.

dans la mentalité de beaucoup de jeunes en âge de se marier, et même pour un bon nombre qui sont déjà en relation de couple, le mariage se résume à : faire la connaissance des parents, et procéder à la cérémonie de la dot. À cela, s'ajoute le mariage à l'église ou à la mosquée, pour les croyants selon que le futur époux soit chrétien ou musulman. Cette conception du mariage traduit donc la prolifération du concubinage, une union de fait qui permet aux époux, d'échapper aux contraintes du mariage civil. Il ne s'agit pas du tout dans ce présent cas forcément d'une inégalité parce que d'ailleurs la plupart des couples qui vivent le concubinage sont des couples monogames.

En 2012, Hospice AHOUCANDJINOUC avait déjà réalisé une étude au terme de laquelle il avait recueilli des données dans 14 centres d'état civil de la commune de Cotonou et dans ceux de la commune de Porto-Novo²⁷⁸, pour expliquer la désaffection des citoyens béninois pour l'institution du mariage civil. De l'analyse de ses travaux, il ressort que, depuis l'avènement de la loi n°2002-07 du 24 août 2004 portant code des personnes et de la famille en république du Bénin, seulement 5036 mariages ont été célébrés de 2006 à 2011 sur une population cotoquoise estimée à l'époque à plus d'un million cinq cent mille habitants avec environ plus de 80/100 de population juvénile. Pour Porto-Novo, 560 mariages sur une population urbaine d'environ 500 000 habitants. Ces chiffres expliquent que le nombre de mariages célébrés est très insignifiant par rapport aux effectifs des populations. Mais cette analyse de AHOUCANDJINOUC-DJOSSILOUC ne portant que sur deux villes à statut particulier, sur les trois que compte le Bénin et toutes deux situées au sud du Bénin, il a été procédé à une autre étude de même nature, mais cette fois-ci à Parakou la troisième et la seule ville à statut particulier située au nord du Bénin, en mai 2019²⁷⁹.

De toutes les façons, il n'y a pas d'illégalité parce qu'aucune disposition de la loi n'oblige quiconque à contracter le mariage civil. S'il y en arrive, le principe de consentement au mariage se trouverait violé. Qu'est-ce qui pourrait donc expliquer un tel attachement au concubinage et aux pratiques de mariage culturelles au mépris du mariage civil, qui pourtant accorde plus de liberté, de justice et de sécurité matérielle aux individus ? Le mariage apparaît dans le contexte social de l'Afrique Noire francophone comme un contrat social, où

²⁷⁸ Hospice. AHOUCANDJINOUC DJOSSILOUC, « Le mariage monogame dans le droit positif béninois : intérêt et perspectives » in, *La dot et le mariage en Afrique*, PUT, Droit béninois n°2-2013, p. 26 et 27.

²⁷⁹ Les données statistiques recueillies dans les deux arrondissements se résument dans le tableau à la p. 136 à 139

l'affirmation de ROUSSEAU selon laquelle « l'homme est né libre, mais partout se trouve dans les fers »²⁸⁰ y trouve tout son sens. Évidemment, le législateur, doit procéder à une étude approfondie des pratiques afin de savoir dans quelle mesure légiférer pour donner plus d'efficacité à la norme juridique. À défaut, on assistera à une prolifération de normes juridiques sans cesse, à la recherche d'une efficacité de la loi.

B. La pratique du phénomène du deuxième bureau et la croissance du divorce

Le problème dans le couple monogame est généralement lié à l'infidélité, source de toute instabilité de la famille monogame aujourd'hui au Bénin. Il faut reconnaître en effet qu'il n'est pas facile d'avoir jusqu'à ce jour des données statistiques justifiant la prévalence de l'infidélité étant donné le secret qui entoure cette activité très peu souhaitable. Généralement, les époux monogames sont le plus souvent tentés par des partenaires hors mariage. Cette habitude est plus fréquente chez l'homme. Les fréquentations des maitresses par les époux, produit une certaine conséquence. En premier, ces fréquentations sont à l'origine de la violation de certaines obligations qui incombent aux époux dans le foyer conjugal. L'époux passe désormais peu de temps avec sa conjointe au profit de sa ou ses maitresse(s). Ce ci traduit une violation du devoir de cohabitation. Désormais, les liens de fraternité qui existent dans le couple diminuent. Cette fréquentation des maitresses crée également une diminution de la participation aux charges du foyer par l'époux. Car ce dernier devra désormais céder une partie de ses revenus pour entretenir sa maitresse.

Aujourd'hui, les problèmes du couple ont évolué dans une société béninoise où l'adultère dans un couple légalement marié ne constitue plus un sujet tabou ni touchant les mœurs. Le divorce de nos jours prend de ce fait une proportion grandissante de sorte qu'il peut survenir par le consentement mutuel des parties²⁸¹. Dans un contexte de droit comparé, il existe une grande différence de pratique en matière de divorce dans les pratiques occidentales de divorce et de celle des Etats Africain Noire francophone. Cependant, il faut bien remarquer que, pour toutes les anciennes colonies françaises, leurs législations sur le divorce traduisent le reflet

²⁸⁰ Cf, Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, p. 24

²⁸¹ Cf. Art. 221 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

du droit français²⁸². En effet, la prolifération des unions de fait principalement celui lié au phénomène de deuxième bureau conduit à l'adultère dans les quelques couples ayant contracté²⁸³ le mariage civil. Et puisque l'adultère est une cause de dissolution du mariage, ce type d'union de fait conduit à la prolifération aussi des divorces.

Contrairement à la législation moderne, les pratiques dans les traditions en Afrique constituent en elle-même un frein aux divorces. En réalité, les pressions familiales, les consentements et l'unions des familles autour de la dot font barrière au divorce, considéré comme un échec, non pas seulement du couple, mais beaucoup plus des familles. Ainsi, pour sauvegarder l'honneur des familles, la famille travaille à consolider le mariage. Cependant, il faut remarquer que si le divorce n'est pas aussi fréquent dans les familles coutumières jusqu'à ce jour, c'est le sens de soumission inconditionnelle au mari que développent les femmes en Afrique. Aussi, elles préfèrent subir l'infidélité de leur mari que de divorcer et d'abandonner leurs enfants dont elles n'obtiendront certainement pas la garde en cas de divorce sauf si l'enfant a moins de sept ans, encore que ce dernier soit récupéré par le mari après l'âge de sept ans. Cette situation est encore plus perceptible dans les pays de forte pratique de la religion musulmane où la soumission est très exigée par la religion. Il n'en est pas aussi autrement chez les familles chrétiennes. Les africains sont très attachés à la religion et puisque le mariage est un sacrement où la doctrine chrétienne est inconciliable au divorce, dans les couples chrétiens mariés légalement, la femme au nom de sa croyance accepte parfois de subir l'infidélité de son mari que de transgresser les prescriptions de la religion²⁸⁴. Mais par ailleurs, la situation économique de la femme mariée aujourd'hui en Afrique ayant changée, ajouter à l'égalité que leur confère la législation de la famille, les femmes ne supportent plus l'infidélité des hommes, et puisque l'infidélité est une cause de divorce, elles préfèrent en faire usage. Pour ce qui est des conséquences, elles ne s'en soucient guère, car la loi définit toutes les modalités de partage des biens, mais aussi de la garde des enfants. Au cours d'une enquête réalisée à Dakar, certains hommes ont apprécié la possibilité qui est donnée à la femme aujourd'hui d'exercer une activité économique, car ceci permet aux femmes de satisfaire leurs propres besoins. D'autres cependant préfèrent que la femme reste à la maison sans activité, car pour eux donner une possibilité d'autonomie financière à la femme, risquerait de leur faire perdre tout contrôle sur

²⁸² Fatou Binétou DIAL, *Mariage et divorce à Dakar, itinéraires féminins*, op. cit., p. 19

²⁸³ Cf. art 234 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

²⁸⁴ Fatou Binétou DIAL, op. cit., p. 29

le foyer conjugal. Mais curieusement, ceux qui ont été favorables à l'autonomie financière de la femme, pour la plupart ont leur femme qui ne travaille pas et ceux qui sont moins favorables ont tous leur femme qui exercent une activité rémunératrice²⁸⁵. Le meilleur mariage pour les Africains Noires francophones est celui dans lequel la femme aurait dans le foyer conjugal assumé avec beaucoup d'intérêt et d'enthousiasme son devoir d'obéissance et de soumission. Aujourd'hui, au Bénin comme ailleurs en Afrique noire francophone les hommes développent de plus en plus un complexe de méfiance aux femmes intellectuelles en lesquelles ils trouvent une très grande indépendance. Ils préfèrent donc se marier aux femmes analphabètes, soit moins instruites ou bien qu'instruite n'ont pas les mêmes niveaux intellectuels qu'eux. Il est très rare de trouver une sur 100 couples où la femme est plus instruite que son mari.

Il faut reconnaître, que la dépénalisation de l'adultère en droit français de sorte que cette dernière n'est considérée que comme une simple cause de dissolution du mariage serait la conséquence de toutes les diverses situations du divorce. Car l'adultère n'encourt aucune sanction s'il a fait l'objet d'un consensus dans le couple²⁸⁶ ou s'il y a eu réciprocité des fautes. Dans le premier cas, cela se justifierait selon Laetitia ANTONINI-COCHIN, par le fait que la fidélité serait « une obligation supplétive de volonté »²⁸⁷. En revanche, le cas de la réciprocité des fautes, consistera soit en des excuses en tant que moyen de défense²⁸⁸.

Il en sera ainsi par exemple, lorsque la liaison adultérine de l'épouse est postérieure à son mari et de ce fait, elle ne serait pas fautive²⁸⁹. Ce sera aussi le cas lorsque l'adultère de l'épouse intervient trois ans après celui de son mari et justifié par la recherche d'un réconfort affectif²⁹⁰. Enfin, le fait d'avoir une relation adultère stable depuis de nombreuses années excuse le comportement adultère de l'épouse qui arrive plusieurs années après l'infidélité du mari²⁹¹. Ces différentes jurisprudences françaises qui ne peuvent rester d'ailleurs sans aucune influence sur le droit positif béninois, et justifient le caractère fragile du couple monogamique dans la mesure où les différents actes d'infidélité seraient dus au fait du régime monogamique.

²⁸⁵ Idem, p. 95

²⁸⁶ Moctar ADAMOU, « Nouvel éclairage sur l'adultère au regard de l'évolution du droit positif béninois » in *Le contentieux familial*, Colloque sur la décennie du CPF, 2004,

²⁸⁷ Laetitia ANTONINI-COCHIN, « Le paradoxe de la fidélité », *D.* 2005, Chr., p. 23

²⁸⁸ Cf. art. 245 du C. civ. français de 2004

²⁸⁹ CA. Grenoble, 30 avril 1996, *Juris-data*, n° 042964.

²⁹⁰ CA, Chambéry, 29 mai 1984, *JCP*, 1985, II, 20347, note R.L.

²⁹¹ CA, Nancy, 6 mars 1995, *Juris-Data*, n°042964.

C'est d'ailleurs de cette fragilité de couple monogamique qu'émergera le rayonnement de la polygamie hors la loi dans les pays d'Afrique noire francophone, où les usages résistent malgré tout à la législation.

Section 2 : Les motifs liés à la persistance des pratiques coutumières.

Il est une erreur de pouvoir justifier les succès et les mérites du code des personnes et de la famille en ne se fondant que sur les quelques mariages ou preuve d'application du code, lorsque l'on peut s'apercevoir qu'il existe un pont entre les données juridiques et les pratiques familiales réelles en vigueur, que l'on se retrouve soit en milieu urbain ou en milieu rural au Bénin. Tous les travaux et enquêtes effectués pour évaluer l'application du code n'ont pris en compte que les chiffres et statistiques recueillis dans les centres d'état civil sur le mariage, les naissances déclarées, le nombre de divorces, connu par les tribunaux, de même que les successions. En revanche, à ce jour, aucune enquête qualitative ou socio-démographique véritable n'a été menée directement dans la population béninoise elle-même pour évaluer la réalité des pratiques. Or très peu sont des Béninois qui portent les affaires de famille vers les juridictions. Nombreux sont des naissances non déclarées. Il est tout à fait normal, que pour démontrer l'effectivité d'une législation, que l'on se penche sur les données juridiques. Mais sans toutefois se confondre dans une analyse sociologique, il faut admettre que toute analyse de l'effectivité d'une législation ne peut exclusivement se fonder sur des données juridiques. Il faut également faire un emprunt aux données sociologiques, que l'on ne peut recueillir que dans la société elle-même. Dans la réalité, il existe une très grande reconnaissance en la légitimité des coutumes (paragraphe 1). Au même moment, on constate une difficulté d'application du code par les juridictions (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La très grande reconnaissance en la légitimité des coutumes

L'existence et la vulgarisation de législations nouvelles modernes n'ont pas réussi à faire disparaître les habitudes culturelles et usages dans les sociétés africaines noires francophones. Il y a une sorte d'inflexibilité des coutumes devant le droit moderne de la famille. On peut bien remarquer une certaine évolution du droit moderne certes. Cependant, des majeurs qui relèvent des coutumes n'ont nullement régressé. Ainsi en est-il de celui de la dot, avec sa notion du caractère symbolique non avéré dans la pratique. Il en est de même des pratiques de

succession, de la polygamie de fait et bien d'autres questions. Ainsi, au Bénin, cette situation liée à la persistance des coutumes prévaut. Le coutumier du Dahomey longtemps aboli avant même l'avènement du code des personnes et de la famille, n'a plus aucune force légale. Mais son contenu reste fort en usage avec une certaine évolution et adaptation aux nouvelles situations établies par le code béninois des personnes et de la famille. Ceci explique donc la reconnaissance par les citoyens de la légitimité des coutumes. Cette reconnaissance de légitimité peut s'apprécier sous deux angles ; une reconnaissance en la légitimité des pratiques de mariage (A) et la complicité de l'Etat dans la reconnaissance en la légitimité des coutumes (B).

A. Une reconnaissance en la légitimité des pratiques du mariage

La notion de « caractère symbolique » de la dot définie par le code béninois des personnes et de la famille²⁹², établit une certaine imprécision, et donc peut prêter à des interprétations diverses, lorsqu'on se détache des circonstances ayant conduit le législateur à prendre une telle disposition. En effet, deux éléments majeurs étaient à l'origine de la prise de cette disposition sur la dot. Il y a la valeur trop élevée considérée comme un motif d'abstention au mariage des jeunes démunis, et en fondamental, le fait qu'elle est considérée comme la vente de la femme²⁹³. Ces considérations ont conduit certaines législations à supprimer la dot ainsi, en est-il du droit gabonais. Mais le législateur béninois en parlant de caractère symbolique, pensait voir réduire la valeur de la dot, et plus tard sa disparition. Alors les interprétations sont plus souvent subjectives. Pour certains, parlant de caractère symbolique le législateur l'encourage, et laisse la valeur à l'appréciation de chacun. On peut exagérer, car la loi ne détermine aucun montant. Le contenu donc de l'article 142 est imprécis et superflu. Si aujourd'hui tous les béninois reconnaissent la légalité du mariage défini par le code, ils pensent aussi qu'il ne peut y avoir de mariage civil sans au préalable la dot. Or, il faut le préciser la

²⁹² Art 142 du code béninois des personnes et de la famille

²⁹³ André CABANIS, « Le statut de la dot coutumière à l'épreuve de la colonisation : contribution à une théorie des ruptures et des continuités juridiques en Afrique francophone subsaharienne », in *La dot et le mariage en Afrique*, Presses de l'université de Toulouse 1 Capitole, Droit béninois, n°2-2013, p. 39.

cérémonie de la dot représente le mariage coutumier. Dans la pratique actuelle, pour organiser un mariage au Bénin, deux étapes entrent dans la procédure : dans un premier temps, les aspirants aux mariages organisent la cérémonie de la dot en famille, après, le marié retourne à la mairie pour la célébration du mariage civil. Cette procédure, c'est pour ceux qui accordent une importance au mariage civil. Si non, le mariage se fait seulement par la dot accompagnée de certains rites qui lui donne toute sa solennité. La dot requiert donc une très grande légitimité que le mariage de légal au Bénin. Beaucoup sont des béninois instruits surtout qui trouvent que le mariage coutumier n'a plus raison d'être parce que dépassé par le droit moderne. Cependant, ils se déterminent à démontrer le caractère primordial de la dot dans la mesure où elle renforce les liens entre les familles des époux. Quel paradoxe ? Si cet enthousiasme des populations pour la dot est en phase avec le droit positif, parce que la dot est autorisée, le législateur doit donc revoir le contenu de l'article 142 afin que celui-ci soit plus explicite afin que la grande légitimité reconnue à la dot puisse être relevée explicitement par la légalité.

Sur la question de légalité des époux dans le ménage : la doctrine actuelle démontre les réussites et le mérite du code des personnes et de la famille sur la question, mais sans cependant toucher du doigt les faits et pratiques réels de fond encours dans l'intimité des ménages. Il y a des non-dits. La famille est l'embryon fondamental de toute société dont le droit ne peut s'en désintéresser. En Afrique Noire, la famille est le lieu où se vivent toutes les intimités que chacun, parents comme enfants, se donnent le devoir de sauvegarder jalousement, afin de ne pas exposer ses problèmes et ses sals dessous à l'extérieur. C'est ce que consacre cette affirmation de Carbonnier : « A chacun sa famille, à chacun son droit. »²⁹⁴. Devant l'officier d'état civil, au cours de la célébration du mariage, ce dernier rappelle aux époux, les obligations qui incombent réciproquement à chacun dans le mariage. Il s'agit notamment du devoir de fidélité, de cohabitation, de secours et d'assistance. Or, il ne faut pas le perdre de vue, le mari est partout en Afrique le seul chef de famille. Ainsi, contre les dispositions du code civil, il s'adonne à une certaine violation qui crée d'office une inégalité. En effet, le phénomène de deuxième bureau précédemment évoqué, traduisant les unions de faits auxquelles s'adonnent les hommes est constitutif d'adultère. Ceci implique par conséquent un manquement aux devoirs de fidélité, de cohabitation. En plus, le mari se sert d'une partie des revenus du ménage pour entretenir son foyer illégal construit hors mariage. Ce sont des situations constantes

²⁹⁴ Jean CARBONNIER, *A chacun sa famille à chacun son droit. Essais sur les lois*, Defrénois, 1979, p. 167

actuelles source d'inégalité entre les époux dans le mariage, sans même tenir compte des violences physiques exercées parfois sur la femme. Mais curieusement, les personnes extérieures à la famille ne sont pas informées de la plupart de ces situations d'inégalité parce que les femmes en Afrique n'aiment pas exposer les problèmes de la famille et préfèrent subir. Mais comment peut-on donc parler de réussite quand on parle d'inégalité sans maîtriser certaines de ces situations ? D'ailleurs, l'infidélité par la prolifération des unions de fait est bien perceptible.

Le droit béninois comme la plupart des législations de la famille des pays d'Afrique noire francophone définit l'adultère comme un motif de divorce²⁹⁵. Cependant, ces différentes législations pour tous, traitent différemment l'adultère de la femme et de l'homme. Elles punissent sévèrement l'adultère de la femme que celui de l'homme qu'elles considèrent comme moins grave. Il y a donc une discrimination, établissant une violation du principe d'égalité. Le devoir de fidélité apparaît aujourd'hui comme un principe inutile, ayant perdu tout fondement. Certaines législations ont maintenu la polygamie, au même moment, ils insistent sur le devoir de fidélité et d'égalité des époux dans le mariage. Où se trouve l'égalité si deux femmes sont amenées à partager un mari ? Par ailleurs, d'autres législations comme celui du Bénin ont opté pour la monogamie avec tout rejet de la bigamie. Mais au même moment, elles autorisent les hommes à reconnaître leurs enfants adultérins. On en conclut donc une tolérance de la polygamie de fait en violation du devoir de fidélité, et par conséquent du principe d'égalité des époux. Le code des personnes et de la famille n'interdit pas les unions plurielles, mais elle ne peut qu'être des unions de fait. Il existerait donc une sorte de contrariété favorable à la violation du principe de l'égalité des époux. La position actuelle des législations de la famille des pays d'Afrique Noires francophones sur la discrimination de l'adultère de la femme et de l'homme est historiquement liée au système patriarcal, et au danger que représente l'adultère de la femme dans la famille. Son adultère pourrait apporter un sang nouveau dans la famille, et qui viendrait concourir à la succession des biens d'une famille avec laquelle il n'a aucun lien de consanguinité. Il s'agit beaucoup de la protection des biens de la famille. Avec le déclin aujourd'hui du patriarcat sur lequel est fondé la plupart des législations modernes de la famille, associé à la reconnaissance en la légitimité de coutumes fondées sur le système patriarcal, il y a une influence forte des pratiques coutumières sur le droit moderne de la famille.

²⁹⁵ Art 234 du code béninois des personnes et de la famille

En ce qui concerne les successions, les familles béninoises pour beaucoup sont réticentes au règlement des successions par voie judiciaire. L'imaginaire et les représentations communes du monde juridique peignent les notaires comme falsifiant les testaments et bradant les biens des héritiers, avec la complicité de certains héritiers ; les avocats eux comme, cherchant à tout prix leur profit en faisant trainer exprès les dossiers. Les magistrats y sont décrits comme corrompus et les greffiers comme trop mal payés pour résister aux mêmes « tentations ». Et pourtant, beaucoup d'entre eux font recours au juge. Autrement dit, les Béninois recourent en masse à cette justice tant décriée. Ce sont généralement les motifs qui sont avancés par certaines familles qui opèrent le choix de procéder à une succession extra judiciaire. Le droit béninois protège les droits successoraux du conjoint survivant contre lequel il n'existe pas un jugement de séparation de corps passe en force de chose jugée²⁹⁶. Il en est de même pour les descendants et les ascendants successibles²⁹⁷. Intéressons-nous particulièrement à la succession de la veuve du *de cuius*. Le législateur béninois a rehaussé les droits de la conjointe survivante pour répondre à l'arbitraire et l'injustice dont cette dernière fait objet dans les pratiques de successions coutumières. Historiquement, dans les traditions, la veuve n'était pas considérée comme successible donc elle n'avait pas le droit à l'héritage de son défunt époux. C'est d'ailleurs elle-même qui constituait un héritage. Cette pratique malgré plusieurs années déjà d'existence demeure encore d'actualité. Le conseil de famille s'auto désigne comme liquidateur et assure comme bon lui semble l'administration du patrimoine. Le conseil de famille dans la pratique assure la désignation des héritiers et fixe la part qui revient à chacun. Cette immixtion du conseil de famille crée une certaine méfiance des héritiers qui parfois semblent laisser faire au risque de s'attirer des ennuis. Car il faut le reconnaître, les questions de succession que ce soit par voie judiciaire ou gérées par les familles elles-mêmes, requièrent de la part des héritiers beaucoup de méfiance parce qu'ils disent ne pas vouloir être victime d'envoutement. Certaines familles continuent à ce jour de mépriser les droits de succession de la veuve en l'écartant de la succession de son défunt mari. Les coutumes africaines sont défavorables à la vocation successorale de la femme africaine. En réalité, c'est la succession de la veuve qui est la plus visée dans les traditions parce qu'en réalité, presque toutes les coutumes béninoises laissent une part d'héritage aux filles. Ainsi, les coutumes africaines pour la plupart, considèrent que la femme appartient à ses parents si elle n'est pas mariée. Si elle l'est, elle appartient à son mari et si son mari décède, elle revient à la famille de son défunt époux. Les questions de réserves

²⁹⁶ Cf, art 630 et svt. du code béninois des personnes et de la famille.

²⁹⁷ Cf, art 604 du code béninois des personnes et de la famille.

héréditaires ne sont nullement prises en considération par la plupart des cas, et les droits des héritiers bafoués. Tout ceci est vécu comme un fait banal. Si ces pratiques continuent d'avoir cours malgré toutes les dispositions du code des personnes et de la famille de même que sa vulgarisation, c'est qu'ils ont eu le temps pendant plusieurs siècles de forger leur légitimité, au point d'être considérées comme logique.

A côté de la très grande reconnaissance en la légitimité des coutumes, il sied de remarquer une complicité de l'Etat dans cette reconnaissance de légitimité.

B. Une complicité de l'Etat dans la reconnaissance en la légitimité des coutumes

À côté du droit moderne, les peuples Noir africains sont très jaloux et assez fiers de leurs traditions et valeurs culturelles. Ainsi, les pouvoirs publics sont parfois poussés à la conservation de l'empreinte des usages et coutumes, identité réelle de leurs existences. Les pouvoirs législatifs et exécutifs sont donc poussés à la recherche de la valorisation des croyances et de la protection du patrimoine culturelle. Or, la famille est le siège des usages et croyances coutumières. Dans le cas du Bénin, le ministère en charge de la culture a pour attribution de veiller à la promotion des cultures endogènes et de leur valorisation.

La valorisation du patrimoine culturel des religions endogènes au Bénin a coïncidé avec l'avènement du premier régime démocratique ayant succédé au régime d'inspiration marxiste-léniniste. Le premier président de l'ère démocratique, Nicéphore Dieudonné SOGLO a procédé à la valorisation institutionnelle des cultes vodun. Dans ce contexte, la qualité d'« endogène » a été attribuée à des phénomènes rituels et à des savoirs oraux conçus comme constitutifs d'un système de pratiques, de croyances et de connaissances préexistantes à la période coloniale. Le processus de transition vers un régime démocratique et la mise en œuvre d'une décentralisation administrative ont contribué à l'institutionnalisation de relations nouvelles entre des responsables politiques et les autorités traditionnelles. Ainsi, le vodun a été rétabli et réinvesti dans ses valeurs culturelles, par des logiques économiques et électorales associant des instances allogènes et des dignitaires locaux. Pour concrétiser cet élan de valorisation des croyances traditionnelles et endogènes, une date a été retenue en 1997 par le président SOGLO pour fêter le vodun. Ainsi, le 10 janvier de chaque année a été institué comme jour de la *Fête nationale du vodun*. L'enracinement et l'engouement suscités par cette fête a

fait qu'elle est devenue par la suite la *Fête nationale des religions endogènes*. Au cours d'un discours, le président SOGLO a laissé entendre : « *C'était en 1990 que j'ai lancé en tant que Premier ministre, l'idée de l'organisation annuelle d'un festival des religions traditionnelles par la fête du seul vodun comme se plaisent à dire certains esprits mal informés. L'idée a murit et a pris de la consistance avec la tenue en février 1993 du festival « Ouidah 92 » au cours duquel nous avons célébré ensemble avec la diaspora, la densité et la valeur humaniste des religions traditionnelles, fondement du spiritualisme africain. Je me suis résolu à cette époque à donner substance à cette quête permanente de l'identité de l'homme Noir, sur cette terre nourricière et pétrie d'histoires et de cultures, de notre cher pays, parce que j'estimais qu'après quatre siècles de traite négrière, et un siècle de colonisation qui avait chosifié l'homme noir, le temps était enfin venu de revendiquer avec Aimé Césaire et Léopold Sédar Senghor, notre personnalité, notre dignité et notre négritude, car, on ne peut trainer indéfiniment notre âme d'esclave et de colonisée. Nous devons être fiers de notre culture, de notre histoire, de notre peuple, de notre race. L'Afrique est le berceau de l'humanité et la source des origines, c'est une terre d'accueil, une terre de tolérance, de respect des indifférences. Le christianisme et l'islam ont plusieurs jours de fête pour commémorer des personnalités ou des moments de leur histoire. C'est donc une question d'équité que d'accorder aux religions endogènes pratiquées par une large frange de la population béninoise, ne serait-ce qu'un jour de fête aucun défit, encore moins une animosité contre d'autres religions. Pourtant, c'est malheureusement que certains ont voulu y voir, en se lançant dans de vives critiques contre la fête du 10 janvier et son initiateur que je suis. Or, il s'agissait tout simplement d'une démarche de reconnaissance de nos valeurs traditionnelles »²⁹⁸. L'institutionnalisation de la fête nationale des religions endogènes donc des pratiques relevant des coutumes peut s'analyser comme une reconnaissance des coutumes et de leurs légitimités par les pouvoirs publics garants du respect des législations modernes. Aujourd'hui, on observe même une forte implication des autorités publiques dans la conservation de l'empreinte des pratiques culturelles, héritage des ancêtres.*

Depuis lors, les deux mandats présidentiels effectués par le président KEREKOU et ceux de son successeur Boni YAYI, on constate une implication des pouvoirs politiques dans une entreprise d'édification d'un héritage culturel connecté à l'institution des pratiques culturelles. À l'occasion des fêtes de religions endogènes que l'on peut encore qualifier de fête

²⁹⁸ Atouma NKEUSSI, *Fête nationale du Vaudou au Bénin: une célébration spirituelle*, en ligne sur <https://www.nofi.media/2018/02/fete-nationale-vaudou-benin/46771>

de pratiques culturelles, les autorités politiques y sont toujours représentées et ceci à l'occasion de cérémonie inaugurale et le plus souvent cachés sous le prétexte de la laïcité de l'Etat. Il s'agit pour notre part d'un prétexte dans la mesure où la fête des cultes traditionnels regroupe à la fois chrétiens, musulmans et toute confessions religieuses autour de rites familiaux auxquels chaque individu réclame son appartenance. En raison de la très grande diversité culturelle existante, les rites cérémoniaux présentent des spécificités, allant d'une ère culturelle à autre. Les rites de l'ère culturelle fon regroupent les dignitaires de coutumes fons avec tous les individus se réclamant de l'aire culturelle fon. Il en est ainsi pour les aires culturelles *Bariba, Peulh, Nago*, etc... L'institution de la fête des croyances endogènes traduit de nos jours une recherche des valeurs culturelles en déperdition dû à l'implantation de système juridiques et valeurs étrangères dans les sociétés traditionnelles. L'Etat semble ne pas trop s'impliquer, mais au fond, il l'encourage le plus souvent par son concours qu'il apporte le plus souvent à l'organisation des manifestations, qu'il autorise en Conseil des ministres. En dehors de la fête des religions endogènes, il existe également plusieurs autres événements relevant de la valorisation des coutumes. L'un des plus célèbres au Bénin est l'organisation chaque année dans toutes les chefferies *bariba* de la « *Gaani* ».

La *Gaani* une fête traditionnelle *bariba* qui a lieu dans toutes les chefferies *bariba*. La principale est celui qui siège à Nikki, une localité *bariba* située au nord du Bénin dans le département de l'Alibori. Elle se tient selon le calendrier *bariba* dans le troisième mois lunaire en début de chaque année. C'est une fête identitaire qui rassemble les peuples ayant une même expression culturelle et linguistique et un destin commun. Elle dure deux jours au cours de laquelle le roi effectue un mois à l'avance une tournée auprès des chefs de province pour recueillir leurs contributions. Deux semaines après cette visite, se tient le « *Donkonrou* »²⁹⁹ (le jet de feu). La veille du *Donkonrou*, les tambours sacrés sont installés avec une petite lampe dont le rôle est de veiller toute la nuit sur les tambours. Le lendemain, les festivités débutent par la sortie de l'empereur, le *Sinaboko*³⁰⁰, accompagné de sa garde rapprochée pour entreprendre un parcours rituel comprenant sept sites. Après ceci, il s'installe dans la case ronde à côté de la *Gnonkogui*³⁰¹, d'où il suivra la fantasia et le passage des dignitaires devant les

²⁹⁹ Le jet du feu, fête qui consacre des sacrifices et cérémonies nécessaires pour que tout se déroule dans les meilleures conditions possibles

³⁰⁰ C'est le roi du palais central de Nikki qui est en quelque sorte au-dessus de tous les autres rois des contrées *bariba* du Bénin. C'est d'ailleurs pourquoi on lui donne le titre d'empereur

³⁰¹ La reine du palais

tambours sacrés. Par la suite, ce sera le tour des délégations et des invités de passer pour présenter leurs vœux de nouvel an et offrir des cadeaux au *Sinaboko*. L'organisation de cette fête reçoit toujours une grande délégation d'autorités politiques, ministres, parlementaires et beaucoup d'autres personnalités d'Etat autour de pratiques culturelles.

Le second jour de la fête sera consacré au *Kayessi*³⁰² qui consiste pour les autres rois de faire allégeance au *Sinaboko*. Il s'en suit la danse des groupes folkloriques au rythme des chants des griots et des tambours sacrés étape qui vient marquer la fin des festivités. Une semaine après, la *Gnonkogui* organise sa *Gaani*³⁰³ au cours de laquelle elle poursuit le rasage avec le soutien du *wasankpè* et le baptême des princes *wassangari*³⁰⁴. Les autres royaumes sont autorisés à organiser la *Gaani* mais dans un intervalle de deux semaines après celle de Nikki.

Ce sont autant d'éléments qui expliquent ce que nous qualifions ici de complicité des pouvoirs publics représentants de l'Etat, dans la reconnaissance en la légitimité des coutumes. En dehors de la très grande reconnaissance en la légitimité des coutumes, il existe aussi une difficulté pour les juridictions béninoises dans l'application du code des personnes et de la famille, qui constitue également un motif dans la persistance des coutumes face à la loi.

Paragraphe 2 : La difficulté pour les juridictions béninoises dans l'application du code des personnes et de la famille.

L'histoire du droit des peuples africains Noirs francophones renseigne sur une immensité de richesses et de valeurs familiales. Il s'agit des sociétés familiales assez structurées établissant des règles juridiques et morales dont la mise en œuvre et l'application sont tenues par des structures familiales bien organisées. Mais à certains égards, il existe des pratiques et usages dans les coutumes qui en dehors de celles qui sont porteurs de grandes valeurs, comportent un certain nombre d'imperfections et d'injustices, mais sont aussi inconciliables au

³⁰² Collectifs des autres rois venus assistés aux manifestations de la *Gaani*

³⁰³ Fête traditionnelle, annuelle *bariba* de deux (02) jours, célébrée chaque année au Bénin dans toutes les contrées *bariba*

³⁰⁴ Maîtres Danseurs des Chevaux de Prestige

développement économique et social. Le droit moderne établi par le code des personnes et de la famille dans le cas du Bénin est venu apporter dans ce système tenu par les droits traditionnels, apporté de nouvelles règles familiales pour suppléer aux pratiques des coutumes en usages depuis fort longtemps. Le Code béninois des personnes et de la famille a eu du mérite à réussir tant bien que mal à imposer un cadre légal approprié dans les relations juridiques qui se développent au sein de la famille. Cependant, il n'a pas réussi véritablement à réussir sa mission stabilisatrice de la famille en raison de certaines difficultés des juridictions béninoises dans la mise en œuvre et l'application du code. Il est important, de faire une analyse du contexte actuel établi par l'application du code (A), ceci permettra de mieux apprécier les difficultés rencontrées par les juridictions dans la mise en œuvre du code (B).

A. L'analyse du contexte actuel établi par plus d'une décennie d'application du code

Après près de dix-huit ans d'application du code des personnes et de la famille, on peut constater sans doute un impact significatif sur le renforcement de la cellule familiale³⁰⁵. Les conditions économiques difficiles expliquent généralement le découragement des jeunes hommes à former une famille et donc caractérise le fort taux de célibat chez ces derniers. Ainsi donc on remarque qu'il y a autant de femmes que d'hommes qui vivent en union libre au Bénin. La doctrine occidentale pourrait comme d'habitude lier ce fait à l'obligation de dot que les pratiques de mariage en Afrique imposent, et dont le coût est généralement élevé³⁰⁶. Cependant, ce n'est pas toujours le seul motif. Se marier, fonder une famille, et gérer cette dernière sont trois éléments qui sont liés, et impliquent beaucoup de responsabilités. Il est évident que certains facteurs, sociologiques favorisant la persistance des pratiques coutumières constituent des motifs valables. En revanche, ceux-ci ne sont pas exclusifs. Il faut aussi relever la fébrilité de l'environnement économique qui n'est pas non moins important. Ne disposant pas de moyens de revenu pouvant permettre de faire face aux obligations pécuniaires nécessaires à la gestion des charges du ménage. La loi à elle seule ne suffit pas pour encourager le mariage et favoriser le renforcement de la famille. Ainsi, l'environnement sociologique et économique est constitutif

³⁰⁵ Cf. Rapport d'atelier des 10 ans d'application du code des personnes et de la famille organisée par l'AFA-Bénin

³⁰⁶ André CABANIS, « Le statut de la dot coutumière à l'épreuve de la colonisation : contribution à une théorie des ruptures et des continuités juridiques en Afrique francophone subsaharienne », in *la dot et le mariage en Afrique, op cit*, p.39

d'obstacles à l'efficacité du code. Dans le contenu même du code, il existe par endroits des flous juridiques qu'il faut dissiper. Ainsi en est-il du raccourcissement du délai de déclaration de naissance, organisé par l'article 60 du Code béninois des personnes et de la famille à côté de la possibilité de prorogation de ce délai à trois (03) mois jusqu'à l'installation effective des organes décentralisés, comparé au délai de deux mois prévus par la réglementation précédemment applicable. Ceci mérite d'être revu sinon le caractère obligatoire et systématique de cette déclaration prescrite par la communauté internationale et résultant des instruments internationaux et régionaux que le Bénin a librement ratifiés risquait de ne jamais être respecté. Le contenu du deuxième livre du code³⁰⁷ est riche de plusieurs dispositions, qui participent tant bien que mal à la consolidation des rapports familiaux. Il s'agit de dispositions relatives au mariage, aux régimes matrimoniaux, les règles organisant la dissolution du mariage et de la séparation de corps, la filiation. En plus de ces règles, s'ajoutent ceux relatives à la parenté et de l'alliance, de l'autorité parentale et les incapacités. A travers ces dispositions le code a apporté de nombreuses solutions, qui malgré la persistance de plusieurs autres pratiques relevant des coutumes, ont impacté significativement la famille dans son ensemble, allant de sa constitution jusqu'à sa dissolution, en passant par sa gestion de même que les rapports entre ses membres. Le code des personnes et de la famille un principe de la liberté matrimoniale qu'il faut à bien d'égard saluer dans la mesure où, il a réussi à imposer de façon solennelle, le consentement personnel et obligatoire des époux au mariage³⁰⁸. Que les futurs époux soient mineurs ou majeurs. Ce faisant, le code entend à la fois légitimer et légaliser aux yeux des futurs époux afin qu'ils prennent conscience de leur propre engagement et de la maîtrise véritable de leur union³⁰⁹. Ainsi, le code limite le rôle des parents à la seule délivrance de l'autorisation parentale et seulement dans le cas du mineur. Cette autorisation n'est donc facultative que dans le cas du mariage des majeurs. Il s'agit de l'une des réussites du code, car même si les coutumes prévoyaient l'autorisation personnelle des futurs époux, qu'ils soient majeurs ou mineurs, elle devrait être subordonnée au consentement obligatoire des parents, qui d'ailleurs prime ici sur celui des époux³¹⁰. Aujourd'hui, les mariages coutumiers respectent de plus en plus le consentement personnel et obligatoire des futurs époux. En ce qui concerne la gestion du

³⁰⁷ Cf . Livre deuxième de la loi n°2002-07 du 14 juin 2004 portant code des personnes et de la famille en république du Bénin

³⁰⁸ Art. 119 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

³⁰⁹ Hospice AHOUANDJINO DJOSSINO, « Le mariage monogame dans le droit positif béninois : intérêt et perspectives » in *la dot et le mariage en Afrique, op cit*, p. 23

³¹⁰ Cf, le consentement au mariage dans *Le coutumier du Dahomey*.

ménage, on observe de plus en plus une cogestion du ménage par les deux époux. Les rapports entre époux dans le ménage sont de plus en plus des rapports de droit et d'égalités. Les biens communs, généralement ceux qui entrent dans la gestion du ménage, sont gérés ensemble par les époux. Les décisions qui engagent ces biens ne sont pas prises de façon unilatérale, mais de façon consensuelle³¹¹. Le régime de la séparation des biens choisi par le code permet d'éviter les injustices dont les femmes sont souvent victimes au décès de leur conjoint, ou la belle-famille confond tous les biens du couple. Chaque époux dispose de ses biens propres et les gère comme bon lui semble. La possibilité pour la femme d'exercer une profession au même titre que l'homme constitue quant à elle, une donnée essentielle qui donne désormais la possibilité au ménage d'accroître sa capacité de gain, chose de nature à relever la situation économique des familles.

Il existe dans le code Béninois des personnes et de la famille une donnée très remarquable qui, il faut oser le dire, traduit une particularité. La combinaison séparation des biens et monogamie est une originalité du droit de la famille au Bénin. Toutes les législations de la famille des pays d'Afrique Noire francophone qui ont opté pour la monogamie, définissent la communauté des biens comme régime matrimoniale légale, pour rester conforme à la vision législative du colonisateur. Cependant, les législations qui ont autorisé la polygamie, l'accompagne de la séparation des biens. Monogamie et communauté de biens ; polygamie et séparation de biens sont tout à fait une logique de commodité. Mais comment pourrait-on expliquer le choix du législateur béninois de combiner monogamie et séparation des biens ? Deux éléments pourraient être utilisés comme motif : l'application du principe de l'indépendance des époux et du traitement égalitaire des époux dans le ménage, de même que la reconnaissance dans l'environnement béninois du poids de la tradition et la survivance de la famille étendue. Le régime de la séparation des biens choisi comme régime matrimoniale légale est un régime qui garantit à chaque époux, l'administration unilatérale de ses biens propres dont seul, il dispose de la jouissance et de l'administration, tout en assumant sa contribution aux charges du ménage³¹². Il s'agit donc dans le choix de ce régime de protéger les droits de propriété de chaque époux sur ses propres afin d'éviter les abus. Par ailleurs, dans les sociétés africaines en particulier béninoises ; l'existence de la famille étendue fondée sur une filiation

³¹¹ Art 180 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

³¹² Art. 185 du code béninois des personnes et de la famille

patrilinéaire³¹³ crée une certaine solidarité ne permettant pas à un des membres une fois marié de se désolidariser. Il garde toujours ses liens avec sa famille d'origine. Ainsi, la séparation des biens permet à chaque époux de faire face facilement à ses obligations envers les membres de sa famille d'origine par devoir de solidarité. C'est ce qui pourrait expliquer à notre avis le choix de la séparation des biens à côté de la monogamie dont le choix est guidé par un souci d'égalité et de protection de la femme vis-à-vis de son conjoint.

En matière de filiation, on peut évoquer également une satisfaction pour le fait que le code fait bénéficier aux enfants naturels dont la filiation est régulièrement établie ou ceux ayant fait l'objet d'une adoption plénière, les mêmes droits et obligations alimentaires que les enfants légitimes. De même, l'exercice commun de l'autorité parentale par les époux contribue au renforcement de la cellule familiale. De même il y a eu aussi des avancées pertinentes, en matière successorale à ce titre, on peut évoquer la portée abrogatoire du Code des personnes et de la famille des pratiques coutumières, la priorité et la protection des droits successoraux des enfants, la vocation successorale du conjoint survivant, la reconnaissance du principe de la non-discrimination fondée sur le genre en matière d'état civil.

Deux décennies, d'application d'une législation est suffisante pour faire un bilan afin de pouvoir apprécier son efficacité et penser au besoin à une éventuelle révision. La législation béninoise de la famille a démontré ses atouts, mais aussi ses insuffisances. Il a été précédemment évoqué les réussites du code. S'agissant des insuffisances, elles sont liées notamment à l'efficacité de certaines dispositions du code. Une analyse au fond permet de comprendre que la plupart des dispositions du code dont l'application pose des problèmes, sont des dispositions qui touchent des réalités et données à caractères sociologiques. L'observation de ces dispositions législatives rencontre une résistance des usages, pratiques et coutumes liées à la sociologie de la famille des peuples africains en l'espèce celui du Bénin. L'existence de la législation, à défaut de faire reculer ces pratiques, a contribué à leur évolution, en créant de nouvelles autres, afin de mieux résister. C'est ce qui explique une fois encore l'influence des pratiques dans la construction du droit de la famille. Réviser donc le code des personnes et de la famille nécessitera donc un exercice d'observation des pratiques afin de pouvoir édicter des normes efficaces. Par ailleurs, il faut aussi apprécier le dispositif mise en place pour veiller à la

³¹³ Abdou TIDJANI SERPOS, « Notes sur le mariage au Dahomey », in études dahoméenne, 1952, p. 58

mise en œuvre et à l'application du code pour comprendre les difficultés des juridictions béninoises dans l'application et la mise en œuvre des procédures.

B. Les difficultés des juridictions béninoises dans l'application et la mise en œuvre des procédures.

La quinzaine d'années d'application du code des personnes et de la famille permet de constater que des insuffisances subsistent dans le Code. Celles-ci découlent aussi bien de son contenu que des erreurs d'appréciation ou d'interprétation commises dans son application. L'interprétation de loi, en dehors du législateur, appartient au juge. Il est aussi du rôle du juge non seulement d'appliquer la loi, mais aussi de veiller à son application. Ainsi, le juge civil dans son entreprise rencontre parfois des difficultés dans l'appréciation ou l'interprétation, et l'application du code des personnes et de la famille. En effet, il existe des disparités dans la mise en œuvre et la gestion des procédures dans les juridictions ; à ces disparités, s'ajoute une absence de suivi des procédures en matière des successions, des défaillances dans la conduite des procédures d'autorisation de vente d'immeubles individuels. Restons toujours en droit des successions pour remarquer par exemple qu'en matière d'indignité successorale, le juge éprouve également certaines difficultés. En effet, l'indignité successorale est une sanction civile avec des prémisses du droit pénal qui, lorsqu'elles sont réunies, conduisent à l'éviction d'un héritier d'une succession à laquelle il devrait pourtant prétendre. Le principe de cette sanction se comprend aisément. Cependant, sa mise en œuvre se révèle très délicate en raison des difficultés et du caractère particulier de chaque cas d'espèce. Si le législateur béninois n'est pas allé très en profondeur dans les détails, on convient que c'est par souci de clarté et de précision³¹⁴ que toute règle de droit doit revêtir. Le législateur, s'est donc contenté de vague énonciation dont il revient au juge d'en assurer l'adaptation en fonction de la particularité que peut relever toute situation d'indignité successorale. Le problème d'interprétation réside aussi dans la condamnation à une peine correctionnelle en cas d'indignité successorale. C'est l'article

³¹⁴ « Le législateur ne serait-il pas, en toutes circonstances, tenu de parler en législateur, en souverain ? L'art d'écrire la loi ne serait-il pas dans l'entière soumission de celui qui l'édicte à sa fonction ? L'art législatif n'est-il pas sous la loi de la fonction législative ? Le juge raisonne et tranche ; la loi dispose, elle érige une règle, elle parle en général, [...] l'art législatif n'est pas un art formel mais, fondamentalement, un art de concevoir, une aptitude à saisir l'essentiel, élan qui emporterait tout le reste, comme si, le génie normatif produisant son langage, la hauteur des vues de la loi lui donnait d'exprimer beaucoup de choses en peu de mots. Ainsi, en législation comme en fait d'adages, l'économie serait tout à la fois le fruit la sagesse et la loi de l'écriture ». Gérard CORNU, L'art d'écrire la loi, Pouvoirs N° 107, 1990, p. 7.

596 du code des personnes et de la famille qui définit les cas dans lesquels il peut y avoir indignité à succéder³¹⁵. Il faut remarquer en cette matière que le législateur béninois a laissé subsister un flou. Contrairement au code civil, le code des personnes et de la famille a dans un ensemble regroupé les causes qui peuvent conduire à une indignité facultative. « Cette économie³¹⁶ » de détails risque de provoquer des difficultés d'interprétation au juge, quant à ces actes répréhensibles. On peut également relever des défaillances du Parquet dans la tenue de l'état civil. S'agissant des décisions rendues en matière d'état civil, par les juridictions de droit civil, on note une absence de notification. Les chefs de juridictions ont aussi du mal à surveiller l'état civil.

Par ailleurs, en matière de filiation, les règles de procédure appliquées sont celles définies par le code des personnes et de la famille et le Code de procédure civile commerciale administrative et des comptes. Mais paradoxalement, les Cours d'Appel ont continué de faire référence à la chambre traditionnelle, en se référant aux coutumes tout en statuant en matière civile, en matière d'état des personnes. Elle continue de se référer à des assesseurs bien que ces derniers ne siègent plus. De plus, il faudra remarquer également que certains acteurs ne se sont pas approprié les procédures, surtout en matière d'adoption où il n'y a pas de suivi réel à l'égard des enfants adoptés en ce qui concerne l'adoption internationale, où le sort des adoptés est négligé. Et les conditions d'identification de l'enfant à adopter ne sont pas toujours bien appréhendées du juge dont les pouvoirs ne permettent pas, en l'état actuel de la loi, de procéder à sa propre enquête, par l'intermédiaire d'un service social. L'absence de suivi de l'adoption internationale explique, la non-effectivité de l'ordonnance de placement de l'adoption internationale dans le cas des couples ne résidant pas sur le territoire national. À ces défaillances, s'ajoutent le débordement des chambres d'état des personnes, l'insuffisance du personnel magistrat et de greffiers, les défaillances du greffe en matière de gestion des décisions, le défaut d'exercice des pouvoirs propres du président du tribunal et du procureur de la République en matière d'état civil ; la non harmonisation des dispositions du Code autorisant la vente d'immeuble individuelle³¹⁷ et les exigences d'immatriculation préalable prescrites par le Code foncier et domanial.

³¹⁵ Cf art 596 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

³¹⁶ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2012. p. 6

³¹⁷ Art 781 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

Il existe deux catégories de décisions pour lesquelles les juridictions procèdent par une application incertaine de la loi en ne faisant aucune référence à la disposition légale qui fonde la solution donnée au litige, et celles pour lesquelles il est fait référence à l'application de la loi. Relativement, à la première catégorie, il faut relever qu'une appréciation objective sur l'effectivité de l'application du Code est difficile puisqu'en l'absence de toute référence à ces dispositions, il n'est pas évident que la juridiction saisie a appliqué la règle de droit telle que définie par le Code et conformément à l'esprit du législateur. Cette démarche, à notre avis ne permet pas à la juridiction de cassation, si un pouvoir devait d'être élevé contre l'arrêt, de contrôler l'application qui est faite de la règle de droit par les juridictions de fond. S'agissant de la deuxième catégorie de décisions, comme celui de l'homologation des procès-verbaux de conseil de famille, des décisions d'incompétence, des décisions d'adoption...

Il est évident que les populations fassent recours de plus en plus aux juridictions en fondant leurs demandes sur les règles établies par le code des personnes et de la famille. Cependant le point de l'application du Code par les juridictions béninoises reste mitigé. Fort de cela, il est difficile de savoir s'il a eu une réelle avancée dans l'application des dispositions du Code par les juridictions.

Au terme de ce chapitre, on peut conclure que l'application pendant dix-huit ans du code civil n'est pas restée sans impact. Il y a eu des avancées remarquables. Cependant, les pratiques coutumières que l'application du code devait faire disparaître demeurent. L'application du code a par endroit renforcé leur évolution et a même créé de nouvelles formes de pratiques. Ce qui peut expliquer cette évolution, réside dans le contenu même du code, dont certaines dispositions présentent des imprécisions ou dont le contenu présente un caractère flou. Ce sont donc des motifs qui viennent expliquer les difficultés des juridictions dans la mise en œuvre de l'application du code et de l'interprétation de ses dispositions. Il faudra donc pour réviser le code afin de le rendre plus efficace s'appuyer sur les pratiques notamment dans le contexte évolué.

CHAPITRE 2 : LA REVISION DU DROIT DE LA FAMILLE INFLUENCEE PAR LES PRATIQUES COUTUMIERES ETRANGERES

Les juristes romains et médiévaux³¹⁸ dans leurs analyses sur la notion de coutumes, ont défini un certain nombre d'éléments comme constitutifs de la coutume. Il s'agit de la durée et de l'adhésion réitérée à la règle de droit. La notion de durée et d'adhésion dans le contexte des pays d'Afrique Noire francophone est liée à la persistance et à l'évolution dans le temps des pratiques culturelles. Comme toute normes fondamentales, on distingue deux niveaux de construction dans le droit de la famille : nous avons la construction originelle et la construction dérivée. À chaque niveau intervient l'influence des pratiques. Dans le contexte de la formation des droits de la famille dans les pays de l'Afrique Noire francophone, la colonisation et la religion ont concouru au côté des coutumes dans la construction originelle du droit de la famille. En droit béninois, il s'est agi donc d'un conflit de choix qui a débouché en général sur le choix de nouvelles règles, celui du colonisateur, malgré la très grande influence des pratiques indigènes. Depuis lors, la nouvelle législation de la famille s'est heurtée à une résistance des pratiques culturelles délaissées au profit de la modernité. Cette situation a très tôt révélé l'inefficacité du code des personnes par endroit, et sa difficulté à s'imposer. Cette difficulté se traduit également par l'évolution et la naissance d'autres pratiques. Dans ce nouveau contexte, il faudra donc envisager une révision de la législation de la famille, en tenant compte des situations pratiques actuelles. Cependant se limiter seulement aux pratiques culturelles pour réviser le droit de la famille ne donnera certainement pas les résultats recherchés. En réalité, le droit coutumier du monde occidental, d'une part et les pratiques héritées du brassage culturel entre les Etats africains Noires francophones impacte aujourd'hui la législation béninoise de la famille et également celle de tous les Etats Africains Noires francophones. Ainsi, les pratiques dérivées de ces droits coutumiers étrangers doivent être prises en compte dans la révision. Relevons que cette incursion du droit coutumier étranger dans l'ordre juridique interne provient des faits d'immigrations croisés. Ainsi, le présent chapitre tentera d'analyser l'influence du droit coutumier étranger dans la révision du droit de la famille en droit béninois, exemple de pays d'Afrique Noire francophone. Cette révision sera analysée comme une révision sous

³¹⁸ Robert JACOB, « Les coutumiers du XIIIe ont-ils reconnu la coutume ? », in *La coutume au village dans l'Europe Médiévale et moderne*. Toulouse, 2001, p. 118.

influence du droit occidental (section 1), et comme une révision sous influence des droits coutumiers voisins (section 2).

Section 1 : Une révision sous influence du droit occidental

Notre analyse de l'influence du droit coutumier, occidental s'appuiera beaucoup plus sur le droit coutumier français de la famille pour démontrer en quoi le droit occidental influence la révision du droit de la famille dans le contexte du droit positif de la famille des pays d'Afrique Noire francophone. Le premier élément qui justifie le choix du droit coutumier français est lié au fait que la France est le pays colonisateur de tous les Etats auxquels notre étude faite référence, mais aussi la grande partie des immigrations sont orientés vers la France, la métropole. On observe aujourd'hui deux sortes de migration : la première est l'immigration familiale, et la seconde très observée aujourd'hui est celle de l'immigration de beaucoup de jeunes apprenants en Europe comme ailleurs pour des raisons d'études. L'organisation de la famille Occidentale, les comportements sociaux de même que les valeurs familiales étant très différents des comportements africains Noires, les nouvelles familles et jeunes en études pour des raisons d'intégration développent les habitudes et pratiques familiales de la société occidentale. Une fois de retour au pays, ils exposent les faits et pratiques familiales copiés au cours de leur séjour dans la société occidentale. C'est ainsi que se produit l'immigration des droits coutumiers occidentaux dans l'ordre interne. Cette immigration constante du droit occidental influence totalement la législation, obligée de se mettre au pas de l'évolution désormais des pratiques qui parfois sont en avance sur la législation de la famille. Cette réorganisation de la législation est importante dans la mesure où l'intégration de nouvelles pratiques du droit coutumier provoque non seulement une déformation du modèle de la famille Africaine (paragraphe 1) mais aussi une grande transmutation des valeurs familiales (paragraphe 2), qu'il est nécessaire de réorganiser constamment par des révisions législatives.

Paragraphe 1 : Une déformation du modèle de la famille africaine

L'introduction du droit coutumier de la famille occidentale, en particulier le droit coutumier de la famille française dans l'ordre juridique familial des pays d'Afrique Noire

francophone en particulier le Bénin a provoqué une profonde désagrégation de la famille³¹⁹ en Afrique, en raison de l'observation des comportements modernistes de personnes immigrées en occident, et qui sont de retour dans leur pays d'origine. Ainsi, la famille africaine en profonde transformation, elle passe d'une famille de type large (A) à une famille réduite (B).

A. D'une famille africaine de type large

Les rapports de parenté ne sont pas seulement de nature, mais de culture. La famille est la cellule où sont vécues avec intensité ces relations de parenté. Si de nombreuses générations restent groupées autour d'un patrimoine commun, d'un culte, et seul d'un chef, la famille pourra se dilater à la taille d'un village et être la seule cellule sociale importante. Ailleurs, la famille élémentaire est celle constituée de la mère, du père, et des enfants et qui moins chaleureuse, s'insère dans des collectivités plus vastes. En Afrique, le système de la famille étendue est le plus fréquent, dans les conditions de l'habitat traditionnel, tout au moins, et le repli de la famille élémentaire n'est pas encouragé par les usages anciens. Effet pour mieux appréhender la famille en Afrique, il faut se référer à deux formes. La famille dans sa forme la plus simple est composée d'un père, d'une mère et des enfants. Mais il existe une autre forme, la plus répandue et connue de l'Afrique qui est la famille dans sa forme complexe et plus commune : « *la famille large* », qui au-delà de père, mère et enfants, inclus grands-parents, oncles, tantes, frères et sœurs, qui à leur tour peuvent avoir leurs propres enfants ou d'autres parents proches, le tout formant une unité, le groupe familial. Même dans ce groupe familial se trouve l'enfant confié, adopté, et même les domestiques et leurs enfants. C'est le cas dans les familles béninoises traditionnelles.

Dans la société traditionnelle, la polygamie était pratiquée, et cette forme de mariage contribuait à l'élargissement des relations familiales, regroupant de nombreuses personnes. La famille large comprend aussi les personnes défuntes, de même que les enfants à naître, car ce sont eux qui assurent la survie et la continuité de la famille. La famille est donc en Afrique un

³¹⁹ Romuald SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille*, op. cit., p. 11

vivre en commun, une collectivité de personne, qui partage au quotidien les mêmes réalités de vie, de culture, de conviction.

Le groupe familial constituait, et constitue encore la base de toute coopération et responsabilité sociale. La famille large dans la société traditionnelle africaine était le lieu principal où l'individu assurait sa propre liberté. L'individu existait par rapport à un groupe plus important, qui comprenait sa famille restreinte, cette dernière vue ici comme la petite cellule comprenant père mère et enfants. Il acquiert l'identité du groupe et dépendait du groupe pour sa survie physique et sociale. À travers différents rites de passage, il devenait progressivement et plus pleinement membre de la société dans laquelle il assumait son devoir vis-à-vis du groupe pour assurer la survie de ce dernier à travers le mariage et la procréation. Dans le milieu de vie traditionnelle, l'individu n'existe pas et ne peut exister tout seul, si ce n'est que de manière corporative. Il n'existe que par les autres membres, la communauté, qui crée ou produit l'individu et ce n'est qu'en termes d'autres personnes que l'individu devient conscient de ses devoirs, de ses privilèges et de ses responsabilités à l'égard des autres et de lui-même. La famille large assure donc de ce fait à l'individu une identité personnelle et physique. L'on était assigné à une communauté particulière, avec l'attribution de fonctions claires dans les diverses étapes de la vie sur la base du statut social, de l'âge, du sexe. Les règles, culturelles, et morales de la communauté, qui étaient appliquées dans la famille large, aidaient l'individu à devenir un membre productif et respecté de la communauté. Ces règles lui sont utiles dans la réalisation de projet de vie. La famille large demeure aussi la première communauté religieuse d'appartenance de l'individu. C'était à travers les parents, les grands-parents et les autres membres, autrement les plus âgés que l'on apprenait à connaître l'héritage religieux et spirituel. C'était là que probablement l'on apprenait à connaître Dieu, des esprits, des ancêtres et la vie après la mort. La famille large demeure aussi un moyen de soutien réciproque. Le principe qui guide les relations est celui de l'*ubuntu* : « tu es parce que nous sommes », et ainsi, la famille large devient un moyen de soutien social, psychologique, moral, matériel et spirituel dans le bonheur et dans les épreuves.

Les familles en Afrique subsaharienne sont des familles nombreuses, régies par la séniorité, la solidarité, les classes et les fraternités d'âge³²⁰. Cette famille est caractérisée par

³²⁰ Edwige RUDE-ANTOINE, *Des vies et des familles. Les immigrés, la loi et la coutume*, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 145.

l'existence de plusieurs systèmes de filiations. La filiation peut être patrilinéaire ou matrilinéaire. Dans le premier cas, les enfants appartiennent à la famille de leur père. Dans le second, le système matrilinéaire, l'enfant appartient à la famille de sa mère et donc ici, l'autorité paternelle est exercée par le frère de la femme, l'oncle maternel. Le père biologique exercera de même l'autorité paternelle sur ses neveux, les enfants de sa sœur à lui. Nombreux sont les pays de l'Afrique Noire francophone dont le système de filiation est patrilinéaire. La législation de la famille béninoise établit une filiation patrilinéaire, insistant sur le fait que l'enfant porte le nom de famille de son père³²¹. Cette position du code est-elle conforme à la réalité établie par la famille africaine de type large ? Dans la famille large, tous les membres de la famille sont sous l'autorité du patriarche. Alors il faut remarquer que l'autorité du chef de famille exercée par le patriarche, s'étend à tous les membres de cette famille large, quel que soit le nom de famille que porte tout membre du groupe familial. C'est pourquoi parfois, on retrouve des individus appartenant à une même famille, mais dont les noms de famille diffèrent. A partir de ce constat, on peut bien comprendre que le code établit un système « patrilinéaire restreint » si on peut se permettre l'expression qui ne correspond qu'à la conception occidentale de la famille, la famille restreinte. En effet, le père dans le système traditionnel est plus un père collectif qu'un père individuel. Partant donc de cela, il représente une figure ancestrale, sans pour autant se confondre avec elle, et tournée vers le passé, vers une filiation ascendante plutôt que vers les fils. Irremplaçable, tant qu'il vit, sa place est unique et il la détient par héritage. Dans ce milieu familial, il reste seul le père et aucun des fils même mariés et ayant des enfants ne peut se prévaloir du titre de père en présence. Il reste donc un père protégé, à l'abri de l'incertitude et à l'abri des défis inhérents au père géniteur. Ce père, le patriarche est l'affirmation de la patrilinéarité au niveau symbolique du fondateur. Il est donc un principe incarné de la paternité et de son autorité dans la famille³²². Comparaison faite avec la patrilinéarité évoquée dans le code des personnes et de la famille béninoise, cette dernière ne rentre pas du tout dans la logique de la conception de la famille large. Le code vient donc établir un système de la famille propre au droit coutumier français, qui vient établir une modernité à côté des traditions.

La famille de type large s'identifie aussi par le mode de vie sédentarisé. Ce mode de vie présente la notion et le choix de domicile conjugal autrement que celui du droit moderne établi

³²¹ Art 6 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

³²² Fethi BENSLAMA et Gilbert GRANDGUILLAUME, « Transformation de la figure du père et fonction paternelle », in *Père-Métaphore paternelle et fonction du père : l'interdit, la filiation, la transmission*, 1989, Paris, p. 349.

par le code des personnes et de la famille. En effet, en ce qui concerne le domicile conjugal, le droit moderne mentionne que son choix incombe aux époux et que c'est seulement en cas de désaccord qu'il est fixé par le mari³²³. La sédentarisation que l'on pouvait observer dans la famille traditionnelle, considérait-elle le domicile conjugal comme d'office le cadre familial de la famille large. C'est d'ailleurs pourquoi l'expression « *maison familiale* » est très usitée dans le langage béninois. Ainsi, le domicile conjugal reste la maison familiale du mari, puisque c'est lui qui définit de façon exclusive le domicile conjugal. On observe donc clairement que dans la famille large toutes les notions, convergent vers la collectivité.

Aujourd'hui, la forme large de la famille rencontre des difficultés en raison de l'influence de la conception occidentale de la famille. La famille occidentale est une famille de taille réduite où l'on appréhende que les liens limités entre un couple marié et leur enfant qu'il ont eu en commun. Il ne faut pas oublier aussi les formes recomposées de la famille comme par exemples les familles monoparentales. Ces familles sont de taille vraiment réduite, avec une vie familiale solitaire, séparée de toute considération de vie commune regroupant oncle, tantes, cousin ou cousines... dans un même cadre de vie. C'est ce modèle de famille que les législations modernes africaines de la famille ont adoptée. Cette adoption provoque aujourd'hui une déstructuration de la forme large de la famille, déstructuration ayant pour conséquences l'apparition de familles de taille réduite. C'est le phénomène d'individualisation de la famille africaine, sur lequel notre analyse reviendra plus explicitement.

B. La famille réduite

La notion de famille réduite est utilisée ici par opposition à la famille large pour montrer la nuance qui existe entre les deux types de famille et l'influence de la montée en puissance de la notion de famille réduite dans les sociétés noires africaines notamment francophones pour ce qui rentre dans notre champ d'étude. La famille réduite est la famille contemporaine dont la sociologie a été étudiée par François DE SINGLY dans ses « domaines et approches ». L'histoire du droit français de la famille renseigne sur les origines l'évolution et les profondes mutations du droit de la famille³²⁴. Des origines antiques jusqu'à la période contemporaine, la

³²³ Art 156 du code béninois des personnes et de la famille

³²⁴ Cf. Romuald SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille, op cit* ; Marie-Hélène RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, Paris, 2^e éd Ellipses 2012, 118 p.

famille a fait objet de profondes mutations, dont l'aboutissement est le produit de la famille occidentale actuelle. Désagrégation et individualisation sont diverses situations dont la famille occidentale, en particulier la famille française a fait constamment l'objet. L'actualité sur la famille présente un tableau où la famille traditionnelle, fondement de la société semble être remise en cause. Les unions légalement constituées deviennent de plus en plus éphémères avec une diminution du taux de natalité. Les compositions familiales sont de plus en plus ambiguës avec des dénominations telles que familles éclatées, familles décomposées, familles recomposées, familles monoparentales³²⁵. Il faut remarquer que c'est l'individualisation poussée qui est à l'origine de la dégradation de la famille, du moins, celui du sens réel de la notion de famille. C'est pourquoi il est important de revisiter le contenu de la notion de famille afin de mieux éclairer l'analyse du phénomène d'individualisation. En droit des personnes et de la famille, de manière aussi simple, la famille est considérée comme un ensemble de personnes liées entre elles par l'existence d'un ancêtre commun³²⁶. Cette définition paraît assez simple mais profonde dans la mesure où elle ne définit pas seulement la famille réduite, mais beaucoup plus la famille au sens large telle qu'elle est perçue en Afrique Noire. Car la notion d'ancêtre commun ici fait appel à une communauté de personnes qui ne se limite pas aux grands-parents, père, mère et enfant. Elle prend en compte les cousins, cousines, tantes, oncles, toute une collectivité de personnes. Mais au-delà, il faut remarquer que le lien de famille importe très peu ici³²⁷. Il peut s'agir d'un lien de parenté direct ou indirect³²⁸. Ce qui importe, c'est la référence à l'ancêtre commun. Il demeure assez complexe de donner une définition juridique précise de la notion de la famille. Mais loin de toute considération juridique, la famille est un ensemble de personnes qui en raison des relations interpersonnelles ou patrimoniales qu'elles entretiennent font qu'elles forment une unité. Il est vrai que le droit ne donne à la famille aucune personnalité juridique cependant, il est courant d'utiliser le terme patrimoine familial. Or, il n'est pas à ignorer que le patrimoine est une émanation de la personnalité³²⁹. Considérant donc les relations interpersonnelles, on pourrait considérer, en rapprochant la notion de la famille de celui de la parenté, pour définir la famille comme le produit de la reconnaissance d'un ensemble de relations psycho-sociales, mais aussi religieuse. En somme, lorsque l'on parle de la famille,

³²⁵ M-H. RENAUT, *Histoire du droit de la famille*, 2^e éd Ellipses 2012, Paris, p.3

³²⁶ Rémy CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2016, 7^e éd, LexisNexis

³²⁷ Dominique FENOUILLET, et René. SEVE, *La famille en mutation, archives de philosophie du droit*, Paris, t 57, Dalloz, 2014, p. 157.

³²⁸ V, art 213, 215, 220-1 et 1397 du code civil

³²⁹ Cf la théorie d'Aubry et RAU

il s'agit d'un groupe, d'un intérêt commun. Mais le souci de la protection de l'individu et ses droits personnels en tant que personne physique, qui est malgré tout une nécessité a influé fortement sur la famille, dans la mesure où les droits de l'individu prévalent avant tout.

En effet, les droits de l'homme ont favorisé la naissance de droits spécifiques, comme les droits de l'enfant, les droits de la femme et beaucoup d'autres, auxquels on peut associer les droits de première génération³³⁰. Tous ces droits ont été transposés en droit de la famille, toujours dans le souci de préserver les intérêts personnels de chaque individu dans la famille et de le mettre à l'abri de tout acte d'inégalité. Cette protection a contribué malheureusement au sein de la famille à une affirmation de soi, au détriment du « nous ». Ceci, serait à l'origine du phénomène d'individualisation qui caractérise aujourd'hui les familles occidentales. Ces dernières se démarquent de la famille africaine qui demeure pour une part importante, une famille traditionnelle, vue et vécue comme un groupe social, un clan, une tribu contrairement à la famille contemporaine occidentale de plus en plus réduite et caractérisée par une individualisation très avancée. Cette individualisation qui détruit constamment le ciment qui unit les membres de la famille et par conséquent contribue à sa dégradation.

En effet, le développement économique, l'urbanisation de la société de même que la croissance des moyens de communication, ont permis aux individus de se décharger des contraintes engendrées par les règles des milieux les plus proches. La vie commune et le sentiment de communauté se sont réduits au fur et à mesure. La famille et les relations intrafamiliales ont subi des transformations, car les individus qui composent la famille changent eux-mêmes de nature sociale. Il s'est produit une sorte de fragilisation de ce qu'on pourrait appeler le « communisme familial », pour désigner la vie communautaire, induite par une montée en puissance de l'individualisme. Il se dégage de plus en plus du cadre domestique, la personnalité de chaque individu qui compose la famille³³¹. Les points de vue et convictions personnels de même que les droits de la personnalité deviennent toujours aussi grandissants et plus importantes. Contrairement à la famille antérieure de l'époque prémoderne et même de l'époque de la première ère de modernisation, la famille d'aujourd'hui est devenue un groupe avec des membres dont l'individualité prévaut sur la collectivité que représente le groupe. C'est d'ailleurs ce qui explique certaines analyses de certains juristes et bien d'autres. Ce qui

³³⁰ Cf les droits civils et politiques du pacte des droits de l'homme de 1966 relative aux droits civils et politiques

³³¹ François DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, 5^e éd Armand Colin, 2014, p. 14

caractérise la famille en Afrique ce sont des principes et règles collectives qui priment sur les individualités. C'est par exemple ce qui pourrait expliquer les propos du professeur André Cabanis, lorsqu'il utilise l'expression « médiocrement originale par rapport aux règles d'origine occidentale »³³², dans sa contribution à une théorie des ruptures et continuités juridiques en Afrique francophone subsaharienne. Pour revenir à l'analyse de la famille contemporaine, les divergences deviennent de plus en plus accentuées et se consolident. Chaque membre de la famille affiche davantage sa propre manière de se sentir, de penser. La vie commune familiale se rétrécit davantage en raison de cette individualisation des membres de la famille, car il faut bien remarquer que le communisme familial suppose au contraire l'identité, la fusion de toutes les consciences au sein d'une même conscience commune qui les embrasse. Durkheim voulait expliquer les règles collectives qu'au sein de la famille, prime sur les individualités c'est-à-dire sur les sujets.

L'indépendance et l'autonomie de l'individu qui décharge ce dernier en partie des contraintes propres à la logique d'une famille plus communautaire, n'ont pas manqué de produire des conséquences assez importantes sur le fonctionnement interne du groupe familial domestique. Il s'agit de nos jours de moins en moins d'un ciment de la société domestique ce sont plutôt les relations entre l'homme et la femme, entre les parents et les enfants qui font vivre aujourd'hui la famille. Ce qui explique cet état de choses est que, au sein de la famille où le capital économique à transmettre constitue le premier objectif, le rôle fondamental est occupé par le patrimoine, et comme le souligne Karl Marx : « Le bénéficiaire du majorât, le fils le premier-né, appartient à la terre. Elle en hérite³³³ ». En revanche, dans la famille moderne, c'est-à-dire la famille occidentale, les liens de parenté reposent moins sur la propriété, les biens communs au groupe, car dans cette dernière famille, les biens sont plus individuels que collectifs.

L'Etat a joué un rôle fondamental dans ces profondes mutations et transformations de la famille, non seulement par sa neutralité vis-à-vis de la prolifération des diverses formes de familles, mais aussi à travers la garantie qu'il accorde à l'individualisation³³⁴. Depuis les années 1980, le pluriel de la famille semble être admis du fait à la fois des diversités des formes

³³² Cf. Georges Barnabé GBAGO et Olivier DEVAUX, *La dot et le mariage en Afrique*, op. cit. p. 40.

³³³ Karl Marx, cité par Pierre BOURDIEU, « la terre et les stratégies matrimoniales », *Le sens pratique*, Paris, Minuit, 1980 p. 249

³³⁴ François DE SINGLY, *op cit*, p. 52-53

familiales et des luttes pour l'absence d'une hiérarchie. La plupart des travaux scientifiques sur la famille contemporaine, commencent à décrire l'évidence de cette pluralité, en distinguant familles classiques, familles monoparentales³³⁵, familles recomposées par ordre d'apparition historique de la forme. La gestion laïque ou religieuse de la famille sous la modernité s'est déclinée³³⁶. Le but poursuivi par l'Etat n'est pas de « peser sur les choix orientant les comportements privés mais de se pencher davantage sur les conséquences sociales, et sur les situations sociales dérivant de ces choix³³⁷. Un autre élément stimulateur a été celui des politiques familiales devenues de plus en plus sociales.

La plus grande neutralité de l'Etat dans sa politique familiale, réside dans l'ordre juridique par une offre de pluralisme juridique. Le concubinage bien que non reconnu par le droit civil, se trouve validé par les lois sur la protection, la jurisprudence, et le logement. Cette reconnaissance du pluriel a été démontrée au cours de l'investiture à la magistrature suprême du Président Nicolas SARKOZY, entouré de sa famille recomposée, et a été publié à la « Une » d'un magazine sous le titre, « Une famille d'aujourd'hui à l'Elysée ». La neutralité de l'Etat a joué un rôle assez important dans les catégories de famille que nous avons aujourd'hui, qui se sont totalement écartées du modèle classique de la famille. Sous la pression de sociologues et juristes féministes, le choix du terme famille monoparentale trouve son origine dans le regroupement des mères célibataires, les veuves et les divorcées qui ont des enfants, les familles biologiques sans couples, les familles dont la direction est assurée par une seule femme sans conjoint. Le plus de considération qui était accordée à la femme mariée avec son enfant légitime comparativement à la mère célibataire, la fille mère avec son enfant illégitime est aujourd'hui dépassée dans le contexte actuel établi par l'évolution de la famille et les règles du droit positif contemporain de la famille qui la régissent. Devenue de plus en plus une variable d'Etat autour de laquelle les acteurs publics que sont les organismes publics construisent le monde social, le terme familles monoparentales vient limiter les obstacles sociaux associés au divorce et la maternité célibataire et indirectement la légitimité de l'institution sur le mariage³³⁸.

³³⁵ Familles d'ont le chef est une seule femme ou un seul homme c'est-à-dire, familles composées seulement de mère et enfants ou seulement de père et enfants.

³³⁶ Rémi LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, Paris, Seuil, 2003, p. 185

³³⁷ Jacques COMMAILLE, « Misères de la famille, question d'Etat », *Droit et Société*, Paris, Presses de science Po, 1998, p. 450

³³⁸ François DE SINGLY, *op cit*, p. 54

En ce qui concerne la garantie que l'Etat accorde à l'individualisation : il s'agit ici d'une mutation des catégories normatives en catégorie de gestionnaire, du droit civil au droit social. Emile Durkheim l'explique à travers cette affirmation : « Le rôle de l'Etat n'a rien de négatif. Il tend à assurer l'individualisation la plus complète que de permettre l'Etat social. Bien loin qu'il soit le tyran de l'individu, c'est lui qui rachète l'individu de la société³³⁹ ».

L'Etat a une grande responsabilité dans la construction de la famille moderne de type individualiste, à travers le rôle qu'il joue. En France, ce rôle se perçoit à la fois sur le plan juridique, économique et politique. En effet, sur le plan juridique, l'Etat détenteur du pouvoir législatif pour renforcer par exemple l'individualisation de la femme vis-à-vis de son mari, édite des lois sur le divorce, la contraception, l'interruption volontaire de grossesse. Sur le plan économique, l'investissement de l'Etat dans la sécurité sociale, dans la gestion des retraites, de même que l'octroi des allocations au parent isolé, permet soit de gérer les effets négatifs de la séparation des époux, soit desserrent la dépendance vis-à-vis de la parenté. Sur le plan politique, l'Etat définit les limites de l'individualisation des adultes en tant que parents, et ceci par les politiques de médiation familiale, l'autorité parentale, l'attention portée à la bienveillance, l'apprentissage à la responsabilité parentale. En somme, l'Etat encourage l'individualisation, tout en gérant les conséquences que cela pourrait produire sur chaque individu composant la famille. C'est au-delà de tout une réussite dans la mesure où l'individualisation libère l'individu de toute contrainte et lui permet d'assurer sa propre personne.

C'est ainsi que l'introduction donc des comportements de vie de la famille de type individualiste vient changer la structure de la famille en Afrique, tout en l'exposant à l'éclatement, et l'intégrant dans le processus de l'individualisation. L'influence du droit occidental ne réside pas seulement dans la dégradation de la famille en Afrique, mais aussi dans la transmutation des valeurs culturelles.

³³⁹ Emile DURKHEIM, *Leçon de sociologie*, 1^{re} éd, PUF, 1950, Paris, p. 96

Paragraphe 2 : La transposition des valeurs familiales occidentales dans la famille africaine

Aussi bien que dans les droits de tradition africaine, l'éducation familiale issue des droits de traditions modernistes regorge de beaucoup de valeurs, qui font d'elles des modèles en terme non seulement du respect des principes des droits de l'homme, mais aussi contribuent au développement de la famille dans maints domaines. L'intégration du droit de la famille occidentale dans le droit de la famille africaine par le jeu de transposition juridique, de même que l'usage des pratiques familiales modernes en cours dans la famille occidentale, due au phénomène de migration précédemment évoqué, ont induit une transposition de valeurs familiales occidentales dans les familles africaines au point de rivaliser avec les valeurs familiales dans l'éducation familiale africaine. Cette transposition n'est pas sans doute, une influence sur la révision des législations de familles en Afrique noire. Il faudra le souligner, pour ce qui est des pays d'Afrique noir francophone, ce qui est normal d'ailleurs, que ce sont beaucoup plus les valeurs familiales françaises qui sont en jeu. Avant de faire la lumière sur les conséquences de la transposition des valeurs familiales occidentales dans la famille africaine (B), on s'attachera à définir le contenu de ces valeurs (A).

A. Les valeurs familiales occidentales

Le droit occidental de la famille notamment le droit de la famille française a, par sa nature, le mérite de regorger d'un certain nombre de valeurs qui ont fondamentalement pour vocations de protéger l'individu de même que ses droits au sein de la famille. Ces valeurs sont multiples et variées. Les plus perceptibles et déterminants sont : la liberté et légalité des époux dans la jouissance des droits et les rapports familiaux (1) ; la reconnaissance de l'identité personnelle et la critique à la liberté individuelle dans la famille (2), contrairement à la famille africaine où c'est le groupe familial qui est au-dessus de l'individu.

1- Liberté et égalité des époux dans la jouissance des droits et des rapports familiaux

La question de la liberté des époux est aujourd'hui assez déterminante en droit de la famille. Elle intervient déjà au début de la fondation de la famille par le mariage, à travers son

exigence dans la rédaction de la convention matrimoniale, et placé au premier rang des conditions de validité du mariage. Cette liberté fait intervenir la notion de l'égalité des époux, qui est une exigence dans les rapports entre époux. L'exigence de la forme monogamique et l'interdiction de la bigamie, sont au fond guidé par le souci du respect du principe de l'égalité des époux, qui définit les mêmes conditions équitables à la femme comme à l'homme. En effet, puisqu'il s'agit des valeurs de la famille, donc les relations post mariage, l'analyse ici s'attachera particulièrement à la reconnaissance de la liberté individuelle des époux durant le mariage³⁴⁰.

« *Le mariage n'emporte pas absorption d'une personnalité par l'autre : même lit, rêves différents* »³⁴¹ Le mariage ne peut donc consister à une aliénation de la liberté de l'un ou de l'autre des époux. Les règles qui l'organisent font droit aux époux de conserver leur liberté, leur droit d'action et leur façon d'être et de penser. La loi définit cette liberté et la préserve contre toute violation. Le principe de liberté et d'égalité sont deux différents principes fondamentaux régissant les rapports conjugaux entre époux, qui garantissent pour ces derniers, leur autonomie durant le mariage. Les deux principes vont de pair dans la mesure où, le principe d'égalité appréhendé parfois comme un principe de non-discrimination en droit international, permet la réalisation des libertés³⁴². Il faut également observer que la lutte contre toute discrimination entre les hommes et particulièrement entre les époux tire ses motivations du même principe de l'égalité, qui est proclamé par des dispositions à valeurs constitutionnelles³⁴³.

La notion d'égalité des époux dérive directement du principe de la liberté individuelle, dans la mesure où la liberté traduit indiscutablement une égalité de tous les individus, et par conséquent une élimination de toute discrimination faite à la femme. Ainsi, dans la gestion de la famille, la femme et l'homme participent également dans la prise des décisions, qui concerne : l'éducation des enfants, le choix du domicile conjugal, et de toutes les décisions qui doivent impacter la vie et la gestion de la famille. L'égalité interdit donc toute considérations selon

³⁴⁰ Mariem BOUZEKRI, *Mariage et liberté ; une étude comparative entre le droit français, tunisien et musulman*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 217

³⁴¹ Jean CARBONNIER, *Droit civil, la famille, l'enfant, le couple*, Tome II, 21^{ème} édition, PUF, 2002, p. 483

³⁴² Principe affirmé en droit français par les articles 1^{er} et 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il est également affirmé par le préambule de la constitution française de 1946 et l'article 1^{er} de la constitution du 4 octobre 1958.

³⁴³ L'article 1^{er} de la déclaration de droit de l'homme et du citoyen de 1789, affirme que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits »

lesquelles l'homme est le seul chef de la famille, et seul lui décide de tout et pour tous dans le ménage. De même en raison de l'égalité, les charges du ménage sont de la responsabilité commune des époux. Chacun d'eux participe aux charges et en fonction de ses facultés contributives. C'est d'ailleurs ce qui a notre avis justifie en partie la liberté accordée à la femme mariée d'exercer une protection de son choix. Ceci lui permet sans doute de se donner les moyens de participer aux charges du ménage, afin de ne pas voir sa liberté aliénée par son mari, car si ce dernier assure seul les charges du ménage, il serait excité à vouloir tout décider, et tout imposé dans le ménage. Les principes de liberté et d'égalité sont venus abolir en quelque sorte la notion de puissance maritale. D'origine romaine, la conception patriarcale de la famille établie une famille patriarcale, désignant un groupe d'individus uni par la parenté et soumis à la puissance d'une même personne, le « *pater familias* », le père de famille, qui selon Ulpien est celui qui exerce la maîtrise de la maison. Mais il s'agissait d'une maîtrise à la fois sur les personnes³⁴⁴ et sur les biens³⁴⁵, et absolue³⁴⁶. La puissance maritale traduit donc « l'ensemble des obligations et droits du mari auxquels correspondent des obligations de la femme »³⁴⁷. Cette notion autrefois contenue dans l'ordre juridique familial français et qui établissait clairement une inégalité absolue dans les rapports entre époux³⁴⁸, et ceci par la domination masculine sur la femme.

Les multiples réformes et évolutions du droit de la famille française, ont permis, en raison de la libéralisation des mœurs, à l'émancipation de la femme et à la promotion de l'égalité des sexes, d'écarter définitivement toute forme d'inégalité entre les époux. Ainsi, toutes les diverses lois inégalitaires³⁴⁹ ont été supprimées de la législation de la famille.

Aujourd'hui, les règles relatives à l'égalité et à la liberté individuelle des époux sont totalement ancrées dans les pratiques familiales occidentales. La liberté et légalité des époux dans le mariage restent de très grandes valeurs, qui permettent à l'individu de s'affirmer et de ne pas se retrouver dans une sorte d'otage vis-à-vis de son conjoint. C'est l'absence de cette

³⁴⁴ Le *pater familias* disposait un droit de vie et de mort sur toute sa famille et aussi sur sa femme

³⁴⁵ Le mari restait le seul détenteur de droit de propriété sur tous les biens de la communauté.

³⁴⁶ René SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, 2^{ème} éd LDGJ, 1963, p. 79

³⁴⁷ Jean CARBONNIER, *Droit civil, famille, les incapacités, op cit.*, p. 353

³⁴⁸ Denise BEGE-SEURIN, « Le droit de correction maritale » in *Histoire, théorie et pratique du droit, étude offerte à Michel Vidal*, LDGJ 2010, p. 143

³⁴⁹ Loi sur l'incapacité de la femme mariée, celle sur le choix du domicile conjugal qui était de la seule prérogative du mari...

liberté et égalité dans les relations entre époux et favorisée par les règles coutumières, qui explique les propos des modernistes, qui considèrent les traditions comme barbares et dépassées. Aujourd'hui, sans doute l'intégration des pratiques familiales occidentales et notamment dans les pays d'Afrique noire francophone, en particulier au Bénin, exerce une grande influence dans les pratiques familiales Béninoises, et participe au processus de construction d'un droit moderne de la famille.

2- La reconnaissance de l'identité personnelle et la critique à la liberté individuelle dans la famille

La notion de l'identité personnelle est devenue d'actualité avec l'individualisation poussée de la famille. Historiquement considérée comme une propriété abstraite, la notion de l'identité personnelle a fortement dominé la structure de la famille au point de la déstructurer. Les traditions africaines avec leurs coutumes ont pendant longtemps protégées la famille des effets de l'identité personnelle sur la forme collective et groupée de la famille. L'identité du groupe familiale prédomine largement celui de l'individu.

La famille classique française d'origine romaine, était une forme de famille dans laquelle la liberté de chaque individu était subordonnée à celui du *pater familias*, dont la seule personnalité était au-dessus de tous les autres membres. La liberté de tous était confiée au *pater familias*. Il y a une sorte de contrat social comme le dit ROUSSEAU, dans lequel le pater dispose d'un pouvoir contractuel divin sur tous les individus de la famille. Dans un tel contexte, aucun individu ne pouvait se prévaloir d'un droit ou d'une opinion personnelle en présence du *pater familias*. Cette structuration familiale d'origine romaine est fort identique à celle de la famille classique africaine de type collectif. Dans cette dernière famille, le lien étroit entre les diverses générations impose du point de vue des coutumes une certaine dépendance des individus les uns des autres avec une soumission aux règles du groupe sans lequel l'individu en tant que personne physique n'existe pas. Aujourd'hui, la famille a évolué, et dans sa forme moderne, elle accorde une personnalité propre à chaque individu. Le but poursuivi ici, est d'éviter que la jouissance de la vie commune, viole certains droits inhérents à la personne. Notamment l'égalité des époux, le droit à l'intégrité physique. La puissance maritale, la polygamie, sont des éléments créateurs d'inégalité entre les époux, et c'est généralement la femme qui subit l'inégalité. C'est pourquoi le droit français interdit la bigamie, et la punit. En ce qui concerne l'intégrité physique, l'absence de consentement de la femme dans la jouissance par son conjoint de certains droits que confère le mariage, peut lui porter atteinte. C'est le cas

de la jouissance du droit au lit par le mari et du viol dans le couple. Ce qui peut poser un problème ici, c'est l'abus que peut engendrer le droit à l'intégrité physique. Ici, la femme peut à tout moment prétexter de son droit à l'intégrité et empêcher son conjoint de jouir de son droit au lit, et ceci en refusant simplement le lit à son mari. Il y a donc jouissance d'un droit, d'une liberté mais violation d'un autre, le droit au lit de son conjoint, qui peut toujours être nuisible à la vie commune.

Le droit reconnaît à chaque individu, enfant comme parents, à sa propre personnalité, qui prime sur celle de la famille. C'est ce qui explique l'existence des droits spécifiques à l'enfant, des droits spécifiques à la femme, et que chacun pouvait mettre en avant de tous les droits de la famille. Ainsi donc autant de membres que compte la famille, autant de vie privée ou de vie personnelle. La demande de temps à soi est plus forte que celle de la vie commune engendrée par la famille³⁵⁰. Le conjoint ou la conjointe qui cherche constamment à se défaire de la vie conjugale parce que, devenue trop contraignante et enfermant pour lui. La conjointe, elle passant son temps à exiger dans le foyer conjugal ses droits spécifiques que lui confère son genre. Les enfants se prévalent eux aussi des droits et des libertés spécifiques que leur confère le code de l'enfant. Il faut donc comprendre, qu'il existe une vie privée commune établie par la famille, qui cohabite avec plusieurs vies privées personnelles. Cette cohabitation semble difficile à concilier car elle a une conséquence sur le ciment familial. Il y a lieu donc de constater que la reconnaissance de l'identité personnelle n'est pas sans conséquence sur l'institution de la famille, famille devenue assez fragile en raison de l'individualisme. C'est là se trouve les limites des principes de liberté et de d'égalité dans les rapports de famille. La famille est devenue le lieu de différentes revendications de libertés qui influencent la réalisation et les modalités de l'alliance, sa rupture, sur la procréation, la filiation, l'éducation, la distribution des ressources, des soins, des tâches, des décisions, en somme, les différents aspects de la vie familiale. La liberté individuelle exclusive représente un frein à la préservation de l'unité de la famille. Or, les règles régissant le mariage font obligation aux époux, en raison de l'unité du couple, une obligation de cohabitation, un devoir de fidélité, un devoir d'assistance, un devoir de respect et un devoir de vie commune. Mais comment la vie commune et les autres devoirs et obligations peuvent se réaliser si la liberté individuelle et l'exigence en toute légalité sont en avant de toute relation et rapports conjugaux ? Comment pourrait-on mieux assurer l'éducation

³⁵⁰ François DE SINGLY, *op. cit.*, p. 104-105

et l'orientation des enfants si en raison de certains droits qui leurs sont attribués se doivent d'éviter d'exercer toutes pressions sur eux au risque de violer leur liberté individuelle ? Il faut donc définir des limites à la liberté individuelle afin d'assurer la préservation de l'unité de la famille. Ceci permettra sans doute, d'éviter l'injustice et l'anarchie que peut engendrer la liberté sans limite³⁵¹. La liberté individuelle doit donc se revendiquer dans le respect des droits et obligations du mariage. Pour le doyen CARBONNIER, « Le mariage créé, une réserve, une obligation particulière de réserve dans l'exercice de la liberté : un époux avant d'agir, doit se souvenir qu'il n'est pas seul »³⁵². Les valeurs familiales ne sont pas sans influence sur la vie de la famille en Afrique noire et par conséquent l'évolution du droit positif de la famille

B. Les conséquences de la transposition des valeurs familiales occidentales dans la famille africaine

Les valeurs familiales occidentales s'invitent aujourd'hui dans la plupart des pratiques familiales dans tous les pays de l'Afrique Noire francophone en raison de la transposition du droit occidentale française dans presque toutes les législations africaines de la famille, et par conséquent des valeurs familiales. Les conséquences de la transposition des valeurs familiales sont non seulement juridiques (1), mais aussi économiques et sociales (2).

1- Les conséquences juridiques liées à la transposition des valeurs

Avant la colonisation, le droit de la famille en Afrique, noire francophone en ce qui concerne notre analyse était un droit de tradition orale fondé sur la croyance et coutumes fortement pratiquées. Ainsi, il était inconnu du colonisateur. Même si ce dernier observait les pratiques il ne comprenait pas grand-chose. Le colonisateur entreprit donc de mettre en place un droit moderne qui n'est rien d'autre que son droit, le droit occidental français. Depuis l'or, il a commencé un mouvement de création d'un droit moderne de la famille dans tous les pays d'Afrique noire francophone. Ce mouvement a abouti à la mise en place de nouvelles législations. Il est donc évident qu'il a exercé une grande influence juridique de la transposition des valeurs familiales dans la construction même du droit de la famille. L'influence juridique s'observe fondamentalement au niveau de la reconnaissance des droits et de l'émancipation

³⁵¹ Pour les époux, la liberté doit se faire dans le respect des devoirs et droits du mariage.

³⁵² Jean CARBONNIER, *Droit civil*, tome 2, *op. cit.*, p. 484.

juridique de la femme, au niveau de l'autorité parentale et beaucoup plus en ce qui concerne les pratiques relatives au mariage.

Sur la reconnaissance des droits et de l'émancipation de la femme : les coutumes africaines et ses pratiques établissent à son égard une certaine discrimination, qui fait d'elle une personne de second rang dans la famille. Par exemple en ce qui concerne son consentement au mariage de sa fille son avis avait très peu d'importance. Elle ne se contentait que de la volonté de son mari. Le droit au consentement au mariage de la fille aussi était violé. Ici d'ailleurs les futurs mariés n'avaient un droit réel au consentement. Si le jeune homme était consulté il ne pouvait pas non plus déshonorer aux parents par son refus. La transposition des valeurs occidentales Françaises est venue arranger et corriger cette violation de droit au consentement, indiquant que les futurs mariés, le marié aussi bien que la mariée devrait consentir personnellement. De même les principes de liberté et d'égalité des époux, non seulement ils ont permis à la femme mariée de disposer de la jouissance de sa liberté de consentir ou non à toutes les questions liées aussi bien à sa propre personne, que celles qui entrent dans la gestion et la direction du ménage qui, autrefois destinées à l'homme seul maître et directeur de la famille. C'est en raison de l'égalité que par exemple le droit français interdit la bigamie, et la punit comme un délit, ce qui évidemment rejette le mariage polygamique. Même si à ce jour on continue d'observer des situations de polygamie elle ne se résume qu'à des unions de fait car dans la législation de la famille béninoise par exemple la polygamie qui établit une inégalité entre l'homme et la femme dans le mariage n'est plus autorisée³⁵³.

En matière des successions par exemple le problème de la vocation successorale de la femme mariée est aussi réglé. Les coutumes et pratiques écartaient la femme mariée de la succession de son défunt mari. La question est totalement tranchée aujourd'hui et donne pleine capacité à cette dernière d'hériter de son mari défunt. Le même problème en ce qui concerne les enfants filles. En effet dans le contexte établi par les traditions, la fille ne disposait pas de façon équitable les mêmes droits de succession que les enfants garçons. Aujourd'hui ces droits sont identiques et égaux pour tous les enfants sans distinction fondés sur le genre.

³⁵³ Cf art 143 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

En ce qui concerne la question de l'autorité parentale l'enfant est forcément né d'un père et d'une mère. Ainsi, ses derniers disposent en principe d'une autorité sur l'enfant. Mais la forme des familles, selon que celles-ci soient matriarcales ou patriarcales, viole parfois le droit au père ou à la mère de la jouissance de son autorité parentale. En matière de divorce, les enfants sont généralement confiés à leur mère³⁵⁴, et c'est le père qui est l'autorité parentale. Aujourd'hui, les devoirs parentaux sont de plus en plus valorisés et permettent au père d'assumer ses devoirs vis-à-vis de l'enfant. La généralisation donc aujourd'hui de l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les pères et mères, ne vise pas en premier la protection d'un droit aux parents, mais beaucoup plus la protection de l'éducation de l'enfant et son droit d'être éduqué par ses parents³⁵⁵.

La loi protège donc l'enfant et lui reconnaît des droits. L'enfant dispose aujourd'hui des droits spécifiques, qui répondent à sa propre situation particulière et font de lui une personne individuelle, libre et pouvant lui-même opérer ses choix. Les parents n'ont qu'à le protéger en raison de leur devoir d'autorité parentale. Ils n'ont pas le droit de lui imposer lui choix mais plutôt l'orienter et l'accompagner dans ses choix.

Ces valeurs liées à la question de l'autorité parentale, ont intégré aujourd'hui la famille en Afrique Noire, de sorte qu'aujourd'hui les pesanteurs sociales de la famille sur l'éducation des enfants sont de plus en plus abandonnées. L'enfant n'avait pas de choix personnel le choix des parents demeure ses choix et en raison du devoir d'obéissance aux parents, il ne pouvait s'opposer. La transposition de valeur familiale du droit français de la famille a permis sur ce point beaucoup d'évolution dans la construction du droit de la famille des pays d'Afrique Noire francophone. Le Bénin a inscrit aussi dans son droit positif, un code spécifique relatif à la protection et aux droits des enfants³⁵⁶. Sur la question, on peut aussi désigner le droit du consentement obligatoire au mariage des mineurs. Même si celui des parents est obligatoire, il reste cependant complémentaire.

³⁵⁴ Rapport de la commission présidée par Irène THERY, Couple filiation et parenté aujourd'hui : le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Paris, p. 49 et 263.

³⁵⁵ Laurent LEVENEUR, Renforcé l'autorité parentale et promouvoir les droits des enfants ? : L'autorité parentale en question, Paris, Presse Universitaire du Septentrion, 2003, p. 53.

³⁵⁶ Loi n° 2015-08 du 8 Décembre 2015

En ce qui est des pratiques du mariage, la bigamie³⁵⁷ est interdite en droit français. Le droit béninois l'interdit également et la monogamie comme option matrimoniale exclusive. Légiféré à l'article 143 du code béninois des personnes et de la famille, les unions aujourd'hui au Bénin sont de plus en plus fondées sur la monogamie. Il faut cependant reconnaître que l'imposition de la monogamie à amplifier une pratique d'infidélité ou phénomène dite « deuxième bureau ». En revanche sur la pratique de divorce, cela ne semble pas trop être une valeur ajoutée aux pratiques de divorce dans la famille en Afrique, Mais une contre-valeur. Le divorce est, en droit français un des modes de rupture du mariage³⁵⁸. Le divorce peut être demandé de façon unilatérale³⁵⁹, soit de façon conjointe par les époux³⁶⁰. En Afrique Noire, et en particulier comme précédemment évoqué, la préservation des unions légalement formées au point de vue coutumière reste et demeure à ce jour une préoccupation des deux familles, celle de l'époux et celle de l'épouse, qui intervient en qualité de médiateurs ou de conciliateurs, pour concilier les époux afin d'éviter une rupture qui serait considérée comme un échec des familles. Mais aujourd'hui avec le droit moderne d'inspiration française, les familles sont presque écartées des conflits et mésententes entre les époux, de sorte que les difficultés du couple se tranchent en divorce devant le juge.

2- Les conséquences économiques et sociales liées à la transposition des valeurs

Les influences de la transposition du droit de la famille occidentale et ses valeurs n'exercent pas des influences seulement juridiques. Ces influences sont aussi économiques et sociales car elles contribuent non seulement au développement économique de la famille, mais aussi à l'équilibre des rapports entre les individus au sein de la famille. En effet, l'évolution du droit de la famille et des mœurs dans les sociétés africaines noires, favorisées par la pénétration du droit moderne de la famille, ont permis une libéralisation des époux dans les rapports conjugaux. Ceci est de nature à libérer chacun des époux dans la jouissance de leur capacité

³⁵⁷ Acte qui consiste à contracter un autre mariage, sans auparavant rompre un précédent.

³⁵⁸ Patrick COURBE, et Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Sirey, 6^e édition, 2013

³⁵⁹ Divorce pour faute de l'un des conjoints, par violation par exemple d'une des obligations du mariage. C'est une séparation de faite qui se fait sur intervention du juge, à la suite de la demande de divorce formulé par l'un des époux. Le juge est invité donc à prononcer une séparation de corps pouvant débouchée sur une décision de rupture définitive.

³⁶⁰ Divorce par consentement mutuel. Elle peut donc se faire sans l'autorisation du juge, mais sous réserve du respect des règles définis pour.

d'exercice. Cette analyse porte fondamentalement sur la femme car c'est elle qui était privée de sa liberté d'exercice. Ainsi, désormais la femme a accédé à plus de liberté et de droit au sein du mariage. La transposition a permis, d'effectuer, dans la construction du droit positif béninois, de nombreuses réformes allant dans le sens de la libéralisation de la femme des contraintes et poids de la tradition, qui la considéraient comme un être inférieur, et qui de ce fait la place sous l'autorité et la puissance maritale où, elle subit le poids de la domination masculine. La gestion des intérêts patrimoniaux de même que leur direction était assurée tout seul par le mari³⁶¹. La femme mariée un peu donc dans le contexte des pratiques africaines noires, ne peut poser aucun acte sans l'autorisation de son mari. Il en est ainsi pour toute opération pécuniaire, et aussi pour l'exercice d'une activité professionnelle. La femme n'avait donc aucune autonomie financière. En réalité, la femme en Afrique noire francophone n'est jamais restée sans exercer une activité économique. Elle a toujours travaillé pour contribuer à l'économie et à la participation aux charges du ménage. Les activités exercées par la femme relèvent généralement du domaine agricole, et du commerce informel de survivance. Cependant, elle exerce ses activités sous un statut indépendant, c'est-à-dire que son activité est considérée seulement comme une aide qu'elle accorde à son conjoint. La conséquence en est que ses efforts sont comptabilisés dans la part du revenu de son mari. Ainsi, malgré son intense activité qui contribue véritablement à l'économie de la famille et à la survie du ménage, elle est demeurée tout le temps invisible économiquement au foyer.

Les pays d'Afrique noire francophone ne sont pas les pays où l'activité professionnelle de la femme est traditionnellement sous-estimée, contrairement à l'image couramment présentée par les médias et certaines publications scientifiques, qui présentent la femme comme celle à qui on dénie toute activité et contribution productive, alors qu'elle s'écroule sous des tâches économiques³⁶². De toutes les façons, depuis l'avènement des principes de la liberté et d'égalité dans la législation de la famille en Afrique noire francophone, l'activité professionnelle exercée par la femme est devenue plus visible et on peut s'apercevoir clairement des gains et de son implication dans l'amélioration de l'économie familiale.

³⁶¹ Mariem BOUZEKRI, *op. cit.*, p. 149.

³⁶² Jacques CHARMES, *Femme africaine, activité économique et travail : de l'invisibilité à la reconnaissance*, *Revue Tiers Monde*, 2005, n° 82, p. 255

En effet, la formation du droit moderne de la famille en Afrique Noire francophone est venue opérer une grande révolution législative, qui vient impacter fortement la question de l'autonomie financière de la femme. En droit béninois, les règles relatives aux régimes matrimoniaux, viennent mettre fin à l'autorité mariale³⁶³. Les régimes matrimoniaux³⁶⁴ établissent aujourd'hui le principe de l'autonomie de la volonté, qui donne libre choix à la femme d'exercer une activité professionnelle de son choix sans avoir besoin de l'autorisation de son mari. Dans la pratique aujourd'hui, les femmes dans les pays d'Afrique noire, disposent pleinement d'une autonomie financière qui leur permet d'exercer plusieurs métiers. La conséquence à ce jour est qu'elles contribuent contrairement au passé, aux dépenses liées à la gestion des charges familiales. Dans beaucoup de cas, elles supportent concurremment au mari à une part considérable des dépenses.

Section 2 : Une révision sous influence des droits coutumiers voisins

La notion de droits coutumiers voisins évoqués ici est relative aux droits coutumiers familiaux des pays africains qui partagent un même espace régional. Qu'ils soient francophones ou anglophones, la très grande proximité parfois frontalière ou non, crée une interférence dans le mode et comportement de vie, les pratiques culturelles, et par conséquent les pratiques culturelles et règles relatives au code de conduite de la famille.

La majorité ou la plupart des droits coutumiers africains, étaient de tradition orale donc ne comportant généralement pas de supports écrits. L'absence d'écriture n'est pas le seul élément qui caractérisait ces droits coutumiers. Il y a aussi une très grande diversité des pratiques et des us, mais qui cohabitent dans une très grande proximité géographique. La diversité évoquée ici ajoutée aussi à la proximité, constituait déjà un facteur déterminant une influence réciproque de règles et pratiques entre les divers droits coutumiers en présence.

A l'époque, les différentes sociétés africaines n'étaient pas encore érigées en Etats. Mais à la suite de la conférence de Berlin, ayant consacré, le partage arbitraire de l'Afrique en des territoires géographique, représentant pour chacun des Etats, sans aucune considération

³⁶³ Cf. Les dispositions générales et communes aux régimes matrimoniaux dans le code béninois des personnes et de la famille.

³⁶⁴ Ensemble de règles ayant pour objet de gouverner les rapports pécuniaires entre époux

d'appartenance ethnique sociologique, de langues ou autres, les données ont totalement changé. Plusieurs sociétés traditionnelles se sont vues divisées et se retrouvant désormais dans différents Etats, ce qui explique aujourd'hui l'influence réciproque des droits coutumiers voisins dans la construction de même que la révision du droit moderne de la famille en Afrique particulièrement, l'Afrique Noire francophone.

Il importe donc, avant de clarifier la manifestation réelle de l'influence des droits coutumiers voisins (paragraphe 2), d'analyser les conditions favorables à cette influence (paragraphe 1).

Paragraphe 1 : les conditions favorables à l'influence des droits coutumiers voisins.

L'influence des conceptions des droits coutumiers voisins entre les pays d'Afrique noire francophone explique par la très grande similarité des pratiques que l'on pourrait observer d'un pays à l'autre. Les pratiques familiales en matière de mariage, de succession, de filiation... présentent beaucoup de points identiques et de convergences. C'est par exemple le cas des pratiques de la dot, du choix de l'option matrimoniale. Mais à tout ceci, on peut aussi relever la nature orale de toutes les règles établies par ces pratiques. En dehors de la nature identique des règles établies par les pratiques, il faut également remarquer qu'en termes de valeurs, les droits coutumiers en Afrique noire francophone développent les mêmes valeurs, du point de vue morale sociale et d'éducation sociale. Il est donc important de reconnaître avant toute analyse relative à la question de l'influence des droits coutumiers voisins dans la construction du droit de la famille, qu'il existe des conditions qui l'ont favorisé. Il s'agit, des liens de familiarité entre divers groupes sociaux voisins (A) et le partage des valeurs et convictions communes des pratiques familiale (B).

A. Les liens de familiarité entre divers groupes sociaux voisins d'un pays à un autre

La définition des ethnies de même que leurs frontières n'est pas figée et donc se construisent et se déconstruisent au rythme des interactions permanentes entre les groupes. Elles ne procèdent pas d'une logique interne, mais leur existence procède d'une logique d'opposition /inclusion avec des groupes voisins. La plupart des ethnies africaines retrouvent aujourd'hui toute une autre configuration en raison de la colonisation qui a procédé à l'éclatement des groupes ethniques sur divers territoires géographiques du fait de la délimitation de l'espace géographique des Etats moderne, constitutif des pays actuels de l'Afrique. L'histoire de l'origine des différentes ethnies dans les pays d'Afrique noire francophone démontre ou présente une grande relation et de lien de parenté, qui démontre aujourd'hui, la très grande proximité et l'influence des pratiques et culture des uns sur celle des autres et vice-versa. Les recherches effectuées dans les différentes sociétés d'Afrique noire francophone permettent de bien expliquer cette parenté entre les différents groupes sociaux³⁶⁵. L'histoire des *Sénoufo* peut en être par exemple une illustration. Les *Sénoufo* sont un groupe ethnique, regroupant près d'une trentaine de sous-groupes sociaux, dispersés dans plusieurs pays d'Afrique noire. En effet, on retrouve les *Sénoufo* dans le sud-ouest du Burkina Faso, dans la région nord de la Côte d'Ivoire, et au sud du Mali. On pourrait donc comprendre, qu'à quelque exception près les pratiques et les valeurs de ses différents sous-groupes seront presque identiques.

Au Bénin, plusieurs sont les groupes ethniques que l'on retrouve également sur le territoire des Etats voisins, comme le Nigéria, le Burkina Faso, le Togo, le Niger, le Cameroun, le Ghana... choisissant pour cibles, les ethnies *Yorouba*, *Haoussa*, *peulh*, *Fon*, *Mahi* et *Mina*, l'analyse démontre que tous ces ethnies présentes au Bénin se retrouvent encore dans plusieurs d'autres pays voisins et/ou frontaliers. En effet, les *Yoroubas* sont une grande ethnie que l'on retrouve en dehors du Bénin, fortement présent au Nigéria, au Ghana, au Togo, en Côte d'Ivoire et même sur la rive du fleuve Niger. La très grande proximité frontalière entre les divers pays en question pourrait servir d'élément d'explication à la présence des *Yoroubas*. C'est aussi la

³⁶⁵ Fatoumata OUATTARA, « Une étrange familiarité », *Cahiers d'études africaines*, EHESS, 2004, n° 175, p. 636

conséquence de la conférence de Berlin qui a consacré le partage arbitraire de l’Afrique, partage ayant provoqué l’éclatement des groupes sociaux ethniques sur plusieurs territoires. Loin de faire un procès à cette conférence de Berlin, il faut remarquer que le partage de l’Afrique en plusieurs territoires n’a tenu compte d’aucune considération sociale, culturelle ni religieuse. L’ethnie *Yorouba* est liée à plusieurs autres ethnies, telles que les *Fons*, et les *Mahi* que l’on retrouve aussi hors du Bénin. Les *Mahis*, peuple du Bénin sont un groupe social, sédentarisé au nord d’*Abomey*³⁶⁶, à l’ouest de la frontière togolaise, et s’étend jusqu’au fleuve *Zou*³⁶⁷, et entre le fleuve *Ouémé*³⁶⁸ et le fleuve *Zou* et son affluent. Objet de la traite négrière avant la colonisation française³⁶⁹, les *Mahi* ont installé leur royaume à la fin du XVIIe siècle. L’histoire enseigne que les *Mahi* sont un sous-groupe ethnique fon, qui dans leur fuite du commerce d’esclave, aurait quitté le plateau d’*Abomey* pour s’installer au nord des collines de *Dassa*³⁷⁰.

L’ethnie *Fon* quant à elle, représente le plus grand groupe ethnolinguistique du Bénin. Les *Fons* sont localisés dans la région du sud du Bénin, en très grande majorité. Répartis en plusieurs sous-groupes, on retrouve certains qui sont établis particulièrement au Togo. Selon leur histoire, les *Fons* seraient venus de *Tado* au Togo pour s’installer dans le sud du Bénin où ils ont fondé leur royaume.

Les *Haoussas* sont un grand groupe social ethnique en Afrique. Peuple du sahel, ils sont essentiellement établis en grand nombre au Nigéria³⁷¹, au Niger et dans le Tchad. De nombreuses communautés *Haoussa* se retrouvent aussi dans le nord du Bénin, au Cameroun, au Ghana et dans la partie orientale du Mali. On retrouve également quelques minorités dispersées dans d’autres contrées de l’Afrique de l’Ouest et même de l’Afrique centrale. C’est le cas par exemple des *Haoussas* du Nord du Gabon. Ces derniers seraient venus du Cameroun pour conquérir le nord du Gabon. Leurs arrivés remontent à la période de la crise économique de 1930³⁷². Ce fut d’abord une installation provisoire à des fins de commerce. Mais avec l’accueil et l’hospitalité des *Fans* autochtones, les *Haoussas* ont fini par se sédentariser, ce

³⁶⁶ Qualifier de capitale historique du Bénin en raison du fait qu’elle a abrité le siège de l’ancien royaume du Danxomè, qui veut dire dans le ventre de Dan.

³⁶⁷ Cour d’eau appartenant au bassin fluvial du Bénin.

³⁶⁸ Idem

³⁶⁹ Sylvain ANIGNIKIN, « Histoire des populations Mahi », in *Cahier d’étude Africaine*, n° 162, éd 2001.

³⁷⁰ Ville du Bénin où on retrouve des collines.

³⁷¹ *Collectif, Atlas des peuples*, Le Monde hors-série, octobre 2018, p. 54-55

³⁷² Callixte ENGONE NDONG, *La communauté Haoussa du Gabon, 1930-1990 : Le commerce et l’islam dans la Construction de son identité en région d’Oyem et sa marginalisation*, th. Philosophie, Québec, 1998, p.121.

qui explique aujourd'hui leur présence au Gabon. Dans le grand groupe social ethnique *Haoussa*, on distingue plusieurs catégories ou sous-groupes sociaux. On peut distinguer, les *Afnus*, les *Arnas*, les *Aussas*, les *Aznas*, les *Gambaris*, les *Hausaawaas*, les *Gambarus* qui sont eux situés au Bénin, et beaucoup d'autres catégories.

Les *Haoussas* développent des relations culturelles avec plusieurs groupes ethniques. Ainsi, culturellement et historiquement, ils ont des affinités avec les *Peuls*, les Songhaïs, les Touareg, les *Mendès*, et également les groupes nilo-sahariennes et afro-asiatiques. Les *Haoussas* développent une culture antique, étendue sur une grande aire géographique, longtemps liés aux peuples d'Afriques de l'ouest comme les *Mandingues*, les *Peuls* et les *Wolofs* du Sénégal.

Encore appelés *Foulani* ou encore *Fellata*, les *Pheuls* sont une ethnie de l'Afrique de l'Ouest et au-delà la bande sahélo-saharienne. Les peuls se retrouvent dans au moins quinze pays différents de l'Afrique noire³⁷³. Les peuls sont particulièrement nombreux dans les pays que sont : le Nigéria, le Niger, le Cameroun, le Mali, le Sénégal et la Guinée. On retrouve aussi plusieurs minorités dans les autres pays³⁷⁴.

Les peuls sont en majorité des musulmans³⁷⁵ et nomades. En effet, il faut faire une nuance entre les groupes pastoraux, nomades et « païens », appelés « Peuls rouges », et Peuls sédentaires et islamisés, dits « Peuls noirs ». On rencontre également des communautés remarquables au Mali, surtout dans la région du *Macina*, de même que dans le nord du Burkina Faso leurs principales zones d'implantation sont les provinces du *Soum*, du *Senno*, du *Yagha* et partiellement celle de l'*Oudalan* »³⁷⁶. On en recense aussi, en Gambie, dans le nord du Nigeria, au Niger, en Guinée-Bissau, au Tchad, au Sierra Leone, et dans le nord du Cameroun, toujours dans la partie sahélienne de ces pays, là où la vie pastorale est possible. Il existe aussi plusieurs communautés peules au Bénin. On les retrouve dans toutes les localités du pays, à la recherche

³⁷³ Atlas des minorités dans le monde, 2008 ; Roland BRETON, Cartes de la répartition géographique des Peuls, 2008

³⁷⁴ Jean SCHMITZ, « Les peuls, islam, pastoralisme et fluctuations de peuplement », *Cahier des sciences humaines*, vol. 4, n° 26, 1990, p. 502

³⁷⁵ Idem

³⁷⁶ Maurice BAZEMO, « L'affranchissement chez les Peuls de la région sahélienne du Burkina Faso : la réalité » in *Actes des colloques du Groupe de recherche sur l'esclavage depuis l'antiquité*, vol. I, Besançon, Presses universitaires de Franche-Comté, 2008, p. 155

de pâturage pour leurs troupeaux. Ainsi, leur mobilité et itinérance induisent une facilité dans les relations culturelles avec d'autres groupes ethniques africaines.

En ce qui concerne le groupe ethnique Mina, ce sont des peuples situés au sud du Bénin et au sud du Togo généralement confondus au Gins. Les Mina auraient émigré du Ghana pour venir s'installer au Togo. La très grande proximité frontalière du Togo et du Bénin fait que cette une partie de ce peuple se retrouve au Bénin et l'autre au Togo³⁷⁷. Allant d'une ethnie à une autre, on se rend compte que du point de vue géographique, le même peuple se retrouve sur plusieurs territoires. La règle de droit donc qui du point de vue traditionnel tiré sa source des pratiques qui se révèlent donc identiques dans plusieurs pays. Ainsi ces règles et pratiques apportent des modifications dans les faits et pratiques culturelles, de sorte qu'il y a parfois nécessité de réviser la législation pour pourvoir gérer les faits et actes nouveaux que toute entreprise de construction de droit se doit de prendre en considération.

B. Le partage des valeurs et convictions communes des pratiques familiales.

En Afrique noire d'une façon générale et en Afrique noire francophone, la conception générale de la famille comme dit précédemment, en termes des pratiques familiales, et leurs valeurs, de même que les fonctions familiales et sociales qui permettent de déterminer l'individu, ne sont pas identiques à celles du monde occidental. Contrairement au monde occidental qui développe la notion de personne juridique, les droits originellement africains relatifs au us et coutumes accordent plus d'importance au statut individuel de l'individu, qui varie à mesure qu'il avance dans les étapes de sa vie (mariage, avoir des enfants, diriger une collectivité... Ici, l'être est ci peut stable qu'il peut facilement passer d'une forme d'être à autre. Ceci pose par exemple le problème de la pratique de la sorcellerie, selon laquelle l'individu peut revêtir la forme d'un oiseau soit d'un chat ou en général d'un autre être vivant. En conséquence, la personne morale n'existe aussi pas dans la logique des traditions. Mais l'Etat,

³⁷⁷ Divine Edem Kobla AMENUMEY, *Les Éwé aux temps précoloniaux : une histoire politique des Anlan, des Guin et des Krépi*, Paris, L'Harmattan, 2011, 181 p.

le village, le lignage, ont des statuts variés et variables qui découlent des fonctions qu'ils assument.

Les droits originellement africains ne connaissent pas plus de rapports d'êtres indépendants des fonctions. Déterminant les êtres, la fonction détermine donc le rapport entre les êtres. On mesure ici la différence avec une sorte de structuralisme, qui tendrait à la production des rapports absolus. La division sexuelle est l'une des grandes divisions fonctionnelles des droits originellement africains : chaque société établit une fonction maternelle et une fonction paternelle bien séparées. Ainsi, on ne pourrait pas parler de fonction parentale. Mais l'expression fonction parentale, se justifie bien en droit moderne d'origine occidentale, avec l'apparition des familles monoparentales où c'est une seule personne qui assume toutes les fonctions c'est-à-dire la fonction paternelle et la fonction maternelle à la fois.

Dans les droits de la famille originellement africains, il y a une pluralité de père et de mère pour un seul individu, contrairement à la logique des droits européens. Il est de considération générale que tous les oncles paternels sont considérés comme père, et sont tenus eux aussi au même titre ce qui concerne la fonction maternelle. La conception occidentale de la famille³⁷⁸ n'accorde pas de place aux oncles et tantes divers. Le rapport paternel ou maternel va aussi au-delà dans la mesure où, toutes les tantes paternelles assurent la fonction de père à l'enfant, et tous les oncles maternels assurent la fonction de mère. La conception large de la famille fait que parfois même on considère que tous les ressortissants du village du père sont tenus par une obligation morale d'assumer la fonction paternelle. Il en est de même que chez la mère pour la fonction maternelle. Il est important de remarquer que la fonction paternelle et la fonction maternelle varient compte tenu de la société dans laquelle on se retrouve, mais demeurent des fonctions complémentaires. Dans les sociétés matrilineaires, les pères et les parents paternels supportent les fonctions quand les mères et les parents maternels n'accordent pas à l'enfant une sécurité suffisante. Dans les sociétés patrilineaires c'est l'inverse.

Cependant, qu'il s'agisse de fonction paternelle ou de fonction maternelle, la fonction prime sur toute considération liée au sexe et même de l'inscription dans une génération supérieure. L'autre élément qui est aussi important que détermine la fonction reste les liens de

³⁷⁸ Contrairement en Afrique où la famille est une famille large, car inclut oncles tantes nièces, neveux, la famille en Europe est une famille réduite qui se limite de plus en plus aux père, mère et enfants.

fraternité. Ce rapport de fraternité est une caractéristique des systèmes parentaux africains, et non pas trop ceux des systèmes parentaux occidentales. En effet, dans les considérations culturelles, qui à ce jour d'ailleurs reste actuelle, les enfants, il suffit qu'ils appartiennent à une même famille large et ils sont tous des frères. Puisque les oncles et les tantes qu'ils soient paternels ou maternels sont tous au même titre que les géniteurs, pères ou mères selon que la famille soit patriarcale ou matriarcale. Pour éviter toute confusion, les terminologies, « fils et/ou filles de même père » ou « fils et/ou filles de même mère » sont utilisées pour distinguer la progéniture propre d'un père ou d'une mère de ces neveux et nièces.

Dans le mariage également, la structuration de la société par l'alliance des lignages, ainsi que la perpétuation des lignages, dont la première est la fonction première et le second, la fonction seconde, déterminent les rapports qui lient les époux et les lignages. Cette prépondérance de la fonction pourrait expliquer la grande fréquence des coutumes et traditions africaines de mariage avec une absence réelle de consentement des époux, en raison des contraintes imposées par les lignages, véritables identités des époux. Ce contexte établi par les coutumes et traditions africaines de mariage, ou s'invitent les notions de lévirat³⁷⁹, sororat³⁸⁰ et de mariage préférentiel³⁸¹, ne peuvent s'accommoder avec le droit occidental du mariage où le consentement des futurs époux l'emporte totalement sur l'effet structurant du mariage qui reste déterminant dans les droits traditionnels en Afrique noire.

À un autre niveau, la fonction de structuration s'impose aux lignages eux-mêmes. Le devoir de structurer la société à laquelle on appartient fait que, consciemment ou non, c'est au sein de l'ethnie, de la tribu, du village ou du groupe de villages, que s'effectue par mariage les alliances entre lignages. Sauf cas exceptionnels, les alliances interethniques qui confirment qu'il s'agit encore de structurer la société sont assez rares : « mariages intégrant l'étranger, mariages de lignages commerçants assurant des alliés aux diverses escales caravanières, mariages politiques entre ethnie conquérante et populations conquises ou entre lignage impérial et populations soumises, mariages de gens de castes pour qui le rattachement à une ethnie est

³⁷⁹ Type particulier de mariage que l'on retrouve dans les traditions africaines généralement, où le frère d'un défunt épouse la veuve de son frère, afin de poursuivre la lignée de son frère.

³⁸⁰ Pratique du remariage d'un veuf avec la sœur de son épouse, en particulier lorsque cette dernière laisse des enfants en bas âge.

³⁸¹ Règles de mariage qui détermine, selon les structures de parenté et les modalités d'alliance spécifiques du groupe social.

moins important que la similitude de caste »³⁸². En dehors de ces particularités évoquées, « l'ethnie apparaît souvent comme un ensemble de lignages liés par le droit et plus encore le devoir d'intermariage. »³⁸³

Il y a lieu de relever que l'obligation de la dot ici tient sa source de la fonction structurante du mariage par alliance entre lignages. La pratique établit ici une institution particulière. Dans le cadre de la célébration du mariage entre lignages, la dot (cauris, biens dotaux, animaux...) qui est donnée à la femme est utilisée souvent par la suite pour de nouveaux mariages au sein de la même ligné. Ces pratiques de mariage viennent expliquer que les sociétés africaines noires sont structurées par alliance entre lignés et non érigées en une juxtaposition de matrilignage qui conserve les enfants qui naissent. Il y a des cas où il n'y a pas de dot. Dans pareilles situations, c'est que le lignage qui devrait en bénéficier ne veut recevoir de dot des filles qui naîtront du mariage.

La fonction de structuration en matière de la famille évoquée caractérise presque tout le pays d'Afrique noire par conséquent les pays d'Afrique noire francophone. Ainsi, on note une grande similitude dans les pratiques et faits culturels relatifs aux questions de règles relatives à la famille. Cette similitude n'est rien d'autre que le résultat de la rencontre de cultures voisines, et qui crée constamment une évolution des pratiques, à côté d'une règle de droit étatique transposée, et non évoluée. Et puisque c'est la règle de droit qui a vocation à s'appliquer, il est nécessaire de le repenser, de la réviser au rythme de l'évolution des usages.

En conclusion, pour ce qui est des conditions favorables à l'influence des droits coutumiers voisins, il faut retenir que la colonisation, avec le morcellement de l'Afrique, qui est d'ailleurs à l'origine de la très grande proximité des peuples ayant une histoire commune, de pratiques et traditions communes et partageant de ce fait des valeurs culturelles et familiales communes. Les facteurs de l'influence appréhendée, il est important les manifestations de l'influence elle-même.

³⁸² Michel ALLIOT, « La coutume dans les droits originellement africains », *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 7-8, 1985, p. 82

³⁸³ Idem

Paragraphe 2 : La manifestation réelle de l'influence des droits coutumiers voisins

La cohabitation entre les individus appartenant à des communautés culturelles de pays différents favorisée par les mouvements de migrations et de proximité des groupes sociaux culturels d'Etat différents favorise les influences réciproques sur les coutumes au point de les reconstituer, ou de les aménager, ce qui n'est pas sans conséquences sur la révision du droit moderne de la famille car ce dernier lui-même subit l'influence des traditions internes. C'est donc qu'à mesure où les coutumes internes subissent l'influence des coutumes étrangères, l'influence se répercute sur la législation moderne de la famille. Fondamentalement, l'influence des droits coutumiers voisins se manifeste par les brassages inter coutumiers (A), générateur d'une nécessité d'adaptation du droit positif de la famille (B).

A. Une manifestation par brassages inter-coutumiers

Les brassages inter-coutumiers sont généralement provoqués par les mariages entre individus appartenant à des groupes sociaux différents par les pratiques et usage relevant des coutumes familiales. En ethnologie comme en sociologie, il se pose toujours une confusion au point de vue de terminologie lorsqu'il s'agit d'évoquer le mariage entre deux individus de cultures différentes. Alors que certains parlent de mariage mixte, d'autres préfèrent le terme hétérogamie. De toutes les façons, les deux termes se retrouvent quand on parle d'« *intermariage* ». L'intermariage peut se définir comme c'est une union matrimoniale conclut entre deux personnes de religions différentes, où l'un abandonne sa religion pour embrasser celle de l'autre. Mais lorsque l'on ramène la notion d'intermariage dans un contexte social et culturel, c'est l'union entre deux partenaires appartenant à des groupes sociaux qui se définissent comme différent par le droit ou par l'éthique³⁸⁴. L'intermariage regroupe donc ainsi toutes les unions hétérogènes. On distingue les mariages mixtes, et l'hétérogamie. Le mariage mixte est celle qui unit deux conjoints dont les groupes sociaux sont ressentis comme radicalement et même en situation potentielle d'antagonisme ; l'hétérogamie est une union entre deux conjoints ne relevant pas de groupes très différents mais qui sont séparés par une

³⁸⁴ Jean-Paul POIRIER, et R. ECHES, « Vocabulaire et grammaire de la parenté », *Dossier d'histoire et de méthode*, 1974, 24 p.

certaine distance sociale et/ou culturelle. Que ce soit le mariage mixte ou l'hétérogamie, les deux formes d'unions participent à des mutations dans les coutumes. Ces deux types d'union créent en quelque sorte un « *droit coutumier international privé* » car met en jeu deux personnes de deux Etats différents, par les coutumes. Ainsi, le mariage met en opposition deux coutumes différentes. En principe, dans la mise en œuvre des rites et usages en ce qui concerne la célébration, en fonction du statut personnel, chaque coutume se donnerait vocation à s'appliquer. Cependant, les choses en ce qui concerne les coutumes, sont un peu particulières. Deux cas de figure peuvent se présenter :

- Celui où nous sommes en présence de l'hétérogamie où les deux futurs conjoints ne relèvent pas de groupes très différents mais sont séparés par une certaine distance sociale. Ici, les choses sont plus simples dans la mesure où il existe déjà généralement une grande similarité entre les coutumes, sauf quelques spécificités, dont la gestion ne pose pas vraiment de problème majeur. C'est l'exemple d'un mariage entre un *Mina* du Bénin avec un *Mina* du Togo ; entre un *Kabiè* du Bénin et un *Kabiè* du Togo ; entre un *Yoruba* du Bénin et un *Yoruba* du Nigéria. Ayant déjà en commun certaines institutions comme la dot, avec beaucoup de similarité dans les rites de mariage la célébration du mariage se déroule tout comme si l'on se retrouve dans le mariage de deux individus partageant le même groupe et les mêmes coutumes, donc comme un mariage entre deux *Mina* du Bénin ou entre deux *Mina* du Togo. Il faut relever que les systèmes étant pour la plupart patrilinéaires, la très grande considération de la femme fait que généralement il revient à la famille d'un homme qui veut d'une femme en mariage, de céder aux exigences des coutumes de la famille auxquelles la femme appartient. Cela étant, les quelques spécificités des coutumes, dans l'hétérogamie sont gérées souvent en tenant compte des coutumes du groupe auquel appartient la future conjointe.

- En ce qui concerne le cas des mariages mixtes, les choses vont un peu différemment. Ici, deux individus dont les cultures sont assez éloignées les unes des autres décident de s'unir. Pour la plupart du temps les familles ne s'accordent pas car cette union fait intégrer dans la famille une tradition étrangère. Dans ce cas de figure, si au-delà de toute opposition culturelle, les familles doivent céder à la volonté et au consentement de leur enfant, c'est la coutume de la femme qui prend généralement le dessus car rappelons le, en termes de mariage en Afrique noire généralement il revient à un homme qui décide de se marier de céder aux exigences des coutumes de la femme et surtout dans un système patriarcal. Dans un système matriarcal cela peut être l'inverse.

Il serait de toutes les façons difficile aujourd'hui du point de vue des traditions, de penser à l'existence d'une famille qui serait encore une famille coutumière original, c'est-à-dire unitaire, du moment où l'histoire des peuples Africains en général nous renseigne sur la cohabitation de plusieurs systèmes familiaux de coutumes différentes, voir contradictoire et qui ont généré plusieurs unions mixtes, qui ont été à l'origine de plusieurs interférences et brassages entre différentes coutumes bien que parfois contradictoires. Entre les régimes matrilineaires et les régimes patrilineaires par exemple, les mariages étaient difficilement concevables. Lorsqu'il devrait y en avoir, ce n'était que par la force ou par assimilation. La raison en était qu'il est difficile, voire coutumièrement impossible de prendre en compte deux régimes de filiation opposés. Mais avec l'avènement de la famille urbaine et nucléaire, les systèmes traditionnels ont commencé par s'assouplir et s'estomper, et qu'un système moins différencié commence par rendre ces unions concevables³⁸⁵. Dans le cas du Bénin du Togo et du Gabon par exemple, on pourrait aujourd'hui aller jusqu'à contester, l'existence d'une « *famille béninoise* » d'une « *famille togolaise* » ou d'une « *famille gabonaise* » au singulier en mettant en avant, le fait que l'histoire de ses peuples démontre même à travers leur structuration ; présente l'existence d'une pluralité de modèles familiaux, qui s'explique par la très grande diversité ethnique présente sur chacun de leur territoire. Mais il est possible de dire aujourd'hui que la famille dans ces différents pays, quoique partant de diverses origines et de cultures différentes, est en train de s'uniformiser, par les relations d'alliance généralisée entre toutes les ethnies, par contiguïté territoriale irréversible. On ne pourrait sans doute aujourd'hui dire qu'il existe un modèle familial qui serait typiquement béninois, gabonais, togolais, sénégalais... et qui se soustrait aux lois de ce que l'on conçoit couramment comme étant la « famille africaine » bien qu'il existe des spécificités propres à chaque pays. Même dans la société occidentale, où la famille française diffère de la famille anglaise, italienne, allemande, grecque... il existe une conformité apparente de toutes les familles à un même modèle. Cependant, bien que l'on raisonne en termes de famille africaine, on parle de coutumes africaines. Cette expression plurielle est utilisée pour signifier qu'il existe une diversité culturelle au sein de ce que nous appelons ici « famille africaine ».

Parler de famille béninoise, de famille sénégalaise ou bien d'autres dans le contexte de brassage entre différents peuples de différentes cultures, on peut dire que la famille béninoise

³⁸⁵ Mariel NYANGUI N'NA SANTIA, *op. cit.*, p. 25.

par exemple est l'histoire de nombreux ethnies et groupes sociaux qui ont longtemps coexisté avant de se connaître, malgré leur différence, et qui progressivement unissent leur pratique de vie familiale, leur coutume. Cette unification influence les coutumes des uns et des autres. Cette influence des coutumes et pratiques influence aussi progressivement la construction du droit moderne de la famille.

B. Une nécessité d'adaptation du droit positif de la famille

L'avènement du code béninois de la famille de même que celui des autres pays d'Afrique noire francophone et en général de tous les peuples d'Afrique, que ce soit de l'Afrique noire ou du Maghreb, semble avoir mis fin au pluralisme juridique qui a existé depuis l'époque coloniale jusqu'à l'avènement des divers codes de la famille, pour mettre en place un système juridique unique. Mais au fond, cela ne demeure que formel et textuel, lorsque l'on s'aperçoit que dans la réalité il continue d'exister dans tous ces pays un système traditionnel, désormais informel mais vu toujours comme légitime par les populations, et qui coexiste de façon permanente avec le droit moderne de la famille. Si aujourd'hui on constate l'inadaptabilité du droit moderne, c'est bien évidemment à cause de l'influence et de la pression exercée par les droits coutumiers. Dans la pratique, les principes et pratiques établis par les coutumes en ce qui concerne le mariage, la parenté, les successions, bref l'état des personnes en général sont toujours en cours sous le regard impuissant de la puissance publique. En droit gabonais par exemple, la formulation du droit de la famille telle qu'elle est faite, « démontre l'existence de pluralisme juridique dans l'esprit des acteurs »³⁸⁶. Evoquer la formation du droit de la famille amène à considérer les sources du droit de la famille dont les principales sont la loi et la coutume. Mais les coutumes³⁸⁷ ne sont pas connues de manière formelle. Elle est seulement constatée par le juge à travers ce qui lui en est dit par les assesseurs qui l'assistent. Bien que les droits positifs actuels aient canalisé et réglementé par certaines pratiques relevant des coutumes par imposition de règles complètement étrangères, imposition d'ailleurs génératrice de leurs inadaptabilités, les mutations constantes des coutumes avec l'apparition de nouvelles pratiques sociales vient les rendre encore plus inefficaces. L'évolution et

³⁸⁶ Mariel NYANGUI N'NA SANTIA, *op. cit.* p. 237

³⁸⁷ Le singulier et le pluriel est évoqué pour la coutume, en raison de la diversité des groupes ethnolinguistiques qui existent.

l'enracinement de l'institution de la dot, développent d'autres formes d'unions informelles, sont ici quelques exemples.

Le mariage est une union dont le régime juridique est le plus sécurisé. Cette sécurité qui existe au point de vue civile l'est plus en ce qui concerne les mariages célébrés dans les coutumes car comme précédemment évoqué, le mariage selon les coutumes, est non-l'union de deux individus, mais de deux familles. Et la séparation de deux familles étant beaucoup plus difficile que de deux personnes, donc le divorce est difficilement concevable. Si le mariage civil, qui est une institution moderne du droit occidentale est aujourd'hui en perte de vitesse et connaît donc aujourd'hui un déclin au sein même de la société occidentale³⁸⁸. Il ne serait donc pas du tout étonnant de constater qu'il a du mal à prospérer dans une société africaine comme le Bénin par exemple où il a été importé et imposé. En France, les pratiques de multiples formes d'union de fait développée au profit du mariage ont fait qu'à un moment donné, le législateur, a été obligé de légaliser plusieurs autres formes d'union plus souples et moins contraignantes que le mariage. En Afrique également, dans presque tous les pays qui ont écarté de leur législation la polygamie, on observe une prolifération de relations hors foyer conjugal des unions plurielles communément appelé « deuxième, ou troisième bureau », très remarquable en milieu urbain³⁸⁹. Observons d'abord que la polygamie est une institution qui existe dans les coutumes et est considérée comme à la fois légale et légitime par ces dernières.

Ce que pense protéger le législateur béninois en supprimant la polygamie et en instituant exclusivement la monogamie n'est pas toujours à l'abri des unions plurielles. C'est en réalité la femme que le législateur veut protéger en rejetant la polygamie. Mais les unions de faits offrent encore moins de protections que la polygamie. Dans la polygamie, la femme peut connaître au moins sa coépouse et même ses enfants, et peut avoir une idée de la gestion des acquis, et du patrimoine familial, ce qui n'est pas évident avec le cas des unions plurielles de son époux hors le foyer conjugal. Ce qui est déplorable, c'est qu'il arrive que ce ne soit qu'à la mort de son mari qu'elle découvre des enfants adultérins. Et puisque la loi fait droit à tous les enfants quel que soit leur statut, d'hériter de leurs parents, dès que la preuve de paternité de l'enfant adultérin est établie. Il faut aussi ajouter qu'il arrive que par fraude que le mari fasse sortir une bonne

³⁸⁸ Nicolas FREMEAUX, « Mariage et patrimoine quelles évolution récentes et quelles conséquences ? », *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, PUG, 2020, p. 78

³⁸⁹ Eliezer NIYIRORA, *Le problème de concubinage au Rwanda*, Mémoire, Université du Rwanda, 1988, p.44

partie de ses biens propres de son patrimoine, au profit du deuxième ou troisième bureau, ce qui diminue non seulement la masse à partager et empiète parfois sur la réserve héréditaire.

Traditionnellement, ces unions plurielles étant des unions libres, elles sont définies comme le fait pour un homme et une femme d'entretenir des relations sexuelles d'une certaine durée de stabilité comme des gens mariés alors qu'ils ne le sont pas³⁹⁰. Ce sont des unions caractérisées le plus souvent par une véritable communauté de vie, proche du mariage en tant que véritable institution. Les unions libres ne sont pas du tout à rapprocher de la cohabitation entre époux en séparation de corps.

L'analyse des différentes sortes de pratiques d'unions libres et de polygamie informelle qui ont largement cours aujourd'hui dans les pays d'Afrique noire en particulier le Bénin, ont provoqué le déclin du mariage civil par la désaffection des citoyens de cette dernière. On pourrait sans doute affirmer qu'il y a une nécessité de révision de certaines dispositions du code des personnes et de la famille. Car le droit français qui est considéré comme la référence des législations de la famille des pays d'Afrique noire francophone, légalise certaines unions comme les Pacs à côté du mariage civil, où les citoyens sont libres de recourir à l'un ou à l'autre selon leur choix. Cependant, dans un contexte africain, les Pacs ne sont pas trop acceptés du point de vue de la morale et des mœurs. Alors légaliser la polygamie à côté de la monogamie pourrait être plus accepté car faisant déjà partir des mœurs, des coutumes et des traditions africaines. Dans ce dernier cas de figure, il est souhaitable de prendre exemple sur des législations comme celle du Sénégal qui offre la possibilité de choisir entre la polygamie ou monogamie au cours de leur union. Mais ce choix est irréversible contrairement au droit gabonais³⁹¹ où les époux peuvent revenir sur leur choix à tout moment dès que le besoin se ferait sentir.

S'agissant de l'institution de la dot, jusqu'à ce jour il n'y a jamais eu de mariage sans que la dot. Et pourtant, beaucoup de pays l'ont écarté de leur dispositif législatif certains de façon expresse, et d'autres de façon tacite. D'autres législations sont restées ambiguës comme le Bénin, qui s'est contenté simplement de dire que la dot a un caractère symbolique³⁹². Il ne le

³⁹⁰ Alex WEIL et François TERRE, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapables*, Paris, 28^e éd, Dalloz, 2010, p. 587.

³⁹¹ Loi gabonaise n° 18/89 du 30 Décembre 1989, portant adoption de la première partie du code civil

³⁹² Art 142 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

supprimé pas, et il ne l'autorise non plus formellement. Il faudra bien être plus réaliste sur la question et cela fait donc partie des questions que les législateurs africains doivent traiter dans le cadre d'éventuelle révision de leur législation de la famille. Autrement, on continuerait à avoir des législations inutiles car non adapté en raison de leur manque de réalisme.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Au terme de cette première partie consacrée à l'efficiencia et rôle des pratiques dans l'élaboration du droit de la famille dans les pays d'Afrique Noire francophone, il faut retenir que la construction des législations de la famille des pays de l'Afrique noire francophone, en particulier du Bénin a été entreprise sans tenir compte des pratiques et usages en cours dans les sociétés africaines. Ce sont plutôt les pratiques et usages modernes du colonisateur qui ont été transposés comme normes applicables aux familles africaines noires francophones. Le résultat de cette opération se révèle par les échecs et l'inadaptabilité de ces législations qui en général sont demeurées assez inefficaces. En conclusion, les coutumes africaines, réalités et identité de la famille africaine jouent un rôle déterminant dans la construction des règles ayant vocation à s'appliquer à la famille. Ce rôle est pourtant ignoré ou minimisé par les législateurs de ces pays africains, cela sera démontré par nos analyses dans la deuxième partie.

SECONDE PARTIE : LE ROLE MINIMISE DES PRATIQUES DANS LES ETATS DE L'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

De façon classique, la famille est vue comme une cellule où l'on vit de façon très soutenus les rapports de parenté. Elle voit, regroupée autour d'un culte, de nombreuses générations, sous la direction d'un chef, et d'un patrimoine commun³⁹³. En Afrique noire francophone, comme au Bénin, c'est la conception de groupes qui prévaut, de sorte que la famille constitue un gage de sécurité pour tous les individus qui s'y rattachent. Elle est constituée à la fois, des vivants et des morts. Cette conception de la famille a prévalu dans l'ancien occident, où la famille large existait. Ce qui est le plus marquant dans les idéaux de la famille africaine est la notion de communauté de vie. L'existence de la famille est marquée par la filiation le mariage, les successions, les régimes matrimoniaux, le tout vécu à travers les pratiques, au sein des traditions et coutumes. La colonisation est venue créer dans ce système de vie familiale un dualisme juridique par l'implantation à côté des coutumes de normes nouvelles totalement étrangères. C'est donc ici le début de profondes mutations dans l'existence et les vécus de la famille en Afrique.

Les règles de filiation, de mariage, de succession, des régimes matrimoniaux, en vigueur aujourd'hui au Bénin et dans la plupart des pays de l'Afrique noire francophone sont le fruit de l'imitation du droit français de la famille. Le Bénin avant les indépendances³⁹⁴ était régi avant la colonisation par le droit traditionnel essentiellement fondé sur les coutumes orales, animistes, qui présentaient une conception assez différente de celle du droit français, en faisant prédominer le groupe familial sur l'individu et en accordant une valeur sociale à l'individu. À la suite de la colonisation, c'est ajouté le droit français imposé par le colonisateur, ce qui a créé une dualité juridique ayant prévalu jusqu'à la colonisation. La dualité juridique qu'a connu le Bénin depuis son accession à l'indépendance a inévitablement créé un bouleversement des pratiques coutumières, entraînant de profondes mutations de l'ordre politique, sociale et économique au sein de la famille. Au lendemain des indépendances les pays de l'Afrique noire francophone se sont retrouvés dans une situation de tourmente législative dont l'explication, selon le

³⁹³Mariel NYANGUI N'NA SANTIA, *Le droit gabonais de la famille entre tradition et modernité*, thèse, Université de Perpignan, 2014, p. 4

³⁹⁴ Le Bénin a accédé à l'indépendance le 1^{er} août 1960.

colonisateur, résident dans le fait que ces pays vivaient sous l'emprise de traditions jugées lacunaires et retardataires, bâtis de religiosité, de croyances mythiques et de traditions cristallisées incapables d'évoluer et constituant un frein au développement. Le colonisateur avait eu le temps d'imposer ses propres institutions juridiques et administratives dans les colonies, mandats et protectorats, permettant, cependant dans la mesure du possible, et parallèlement le maintien de structures locales.

Le législateur béninois guidé par le souci de mettre fin à cette dualité juridique hérité depuis la colonisation, a décidé de mettre en place une législation de la famille digne et moderne. Mais l'absence de politique législative cohérente a conduit très tôt au principe du mimétisme juridique. Ce principe a consisté au recopiage du droit de la famille français pour la mise en place d'un code des personnes et de la famille qui peine toujours par endroit à retrouver son efficacité par-ce qu'édicte des dispositions inadaptées aux réalités de la société africaine. Était-il opportun d'abolir totalement le coutumier du Dahomey ? Le législateur béninois n'a pas su rechercher un équilibre entre la tradition et la modernité. Il a tout simplement abandonné les pratiques dans la construction du droit de la famille (section 1) il était nécessaire de prendre en compte certaines pratiques dans la construction du droit de la famille (section 2).

TITRE 1 : L'ABANDON DES PRATIQUES PAR LE LEGISLATEUR DANS LA CONSTRUCTION DU DROIT DE LA FAMILLE

Le procès fait aujourd'hui au colonisateur est celui d'avoir maîtriser ses colonies en imposant des règles juridiques inconciliables aux traditions et pratiques culturelles vécues depuis plusieurs siècles, par les différents groupes sociaux que sont les ethnies³⁹⁵. Toujours dans son entreprise coloniale, le colonisateur s'est assuré avant son départ d'introduire dans la norme fondamentale de chacun des Etats colonisés. Ainsi en est-il des constitutions rédigées en Afrique occidentale française (AOF) en 1958 à la veille des indépendances de la plupart des pays de l'AOF. La constitution du 04 décembre 1958, avait été foncièrement guidée par la vision du général de Gaulle des relations entre les Etats de l'AOF et la métropole française, créant la communauté franco-africaine³⁹⁶. Derrière cette volonté de laisser les colonies devenues indépendantes de gérer leur propre affaire cachait le souci d'imposer l'implantation de nouvelles institutions juridiques conforme à sa vision et à sa politique.

Les nouveaux dirigeants africains ayant reçus les pleins pouvoirs pour élaborer les nouvelles législations en mettant fin au dualisme juridique (coexistence entre droits traditionnels non écrits, et droit moderne écrit du colonisateur) longtemps vécu, n'ont pas toujours su à travers une politique législative adéquate rechercher un équilibre entre les traditions et la modernité. Ils ont simplement donné priorité aux droits modernes de la métropole. Les incidences ne sont pas les mêmes, allant d'un pays à l'autre. Il est évident que le souci d'opérer un changement demeure la même, mais les modalités de réalisations diffèrent d'un pays à autre. Certains pays ont fait des concessions même si provisoires aux coutumes, comme le droit sénégalais de la famille et d'autres plus audacieux comme le Bénin qui ont entrepris même une abrogation pure et simple du coutumier du Dahomey et ceci même avant le vote du code béninois des personnes et de la famille, ouvrant donc la voie à une transposition des normes juridiques héritées de la métropole dans la construction du droit béninois de la famille (chapitre1), caractérisées par leurs inadéquations avec les réalités socio-culturelles béninoises (chapitre2).

³⁹⁵ André CABANIS, Olivier DEVAUX, « La stratégie du colonisateur dans sa volonté de subordonné la validité du mariage au consentement des époux » *in la dot et le mariage en Afrique*, droit béninois n°2-2013, Presse Universitaire de Toulouse I Capitole, 2012, p. 55.

³⁹⁶ Guy- Adété KOUASSIGAN : *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit de la famille en Afrique noire francophone*, op-cit. p. 92.

CHAPITRE 1 : UNE TRANSPOSITION DES RÈGLES ÉTRANGÈRES

L'approche sociologique de la construction du droit est basée sur la littérature sociologique relative à la construction sociale, de la réalité et sur la position du post-structuralisme voulant que les relations de pouvoir soient productives des institutions sociales et des pratiques et non exclusivement répressives. Le droit est un construit social et les acteurs du système juridique sont engagés perpétuellement dans l'édification sociale de règles juridiques formelles : la législation, les règlements, les normes administratives, la jurisprudence, etc. Ces sources, il faut le mentionner, sont le résultat d'un processus décisionnel appartenant à des entités distinctes, mais interdépendantes dans le domaine du droit de la protection de l'individu, mais aussi de la réglementation des relations sociales. Ainsi, « le recours à l'analyse externe du droit permet d'étudier son élaboration en dépassant l'explication formelle selon laquelle le droit émane du législateur³⁹⁷ » et d'avancer que tous les acteurs législatifs, judiciaires et sociaux participent à la construction des problèmes juridiques, reflets des problèmes sociaux. A contrario, le droit loin d'être le seul reflet, des problèmes sociaux, est aussi le construit des réalités sociales³⁹⁸. Cette considération sociologique et la construction normative semblent être totalement ignorées des législateurs africains du droit de la famille.

Le mimétisme juridique à conduit dans la banalité à une transposition des normes législatives qui ont révélé très tôt leur inadéquation avec les principes sociaux de vie et de fonctionnement de la famille en Afrique. Exploitée dans le cadre de la construction du droit, la transposition s'entend comme non seulement légiférer suivant le modèle d'un système juridique, mais aussi reproduire presque à l'identique une législation étrangère. C'est cette dernière logique de la transposition qui a prévalu dans la rédaction des législations africaines de la famille en particulier celui du code béninois des personnes et de la famille. Un phénomène juridique se développe dans un espace géographique d'une société déterminée, de sorte que la règle de droit élaboré pour cette société ne saurait produire les mêmes effets juridiques lorsqu'elle se trouve transposée dans un autre espace social lui aussi caractérisé par son

³⁹⁷ Guy ROCHER, « Le droit canadien : un regard sociologique », in *Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, Ottawa, Centre d'édition du gouvernement du Canada, vol. 46, 1986, p. 158.

³⁹⁸ Clifford GEERTZ, *Local Knowledge*, New York, Basic Books, 1983, p. 232

phénomène juridique propre. Ceci s'explique par le fait que les réalités sociales diffèrent toujours d'une société à autre.

En effet, les pays africains, au moment de procéder à la rédaction de leur différente législation, parce que désormais indépendant, ont décidé de procéder à une transposition des législations de leur puissance coloniale sans même se soucier de rechercher si ces législations sont en phase avec les réalités culturelles propres. La cause de ce phénomène de transposition est l'absence de politique législative qui caractérise la plupart de ces Etats. En réalité, il existe plusieurs politiques législatives logiques. Mais en raison du mimétisme législatif, les lois sont adoptées sans aucun souci de prise en compte de politique sociale conforme aux réalités de l'évolution sociale. Les critiques actuelles à l'égard du code béninois des personnes et de la famille sont dues à une certaine inadéquation de certaines dispositions avec les réalités sociales qui n'ont pas été prises en compte au cours de l'élaboration du code. Une lecture attentive de la constitution béninoise du 11 décembre 1990, la norme fondamentale qui sert de repère à toutes les autres législations qui devraient s'y conformer, démontre par endroit un recopiage de la constitution française de 1958³⁹⁹. Ainsi en est-il par exemple des articles 68 de la constitution béninoise et 16 de la constitution française de 1958. Cette situation est encore plus remarquable en droit de la famille où, le code béninois des personnes et de la famille⁴⁰⁰ apparaît comme un code civil français longtemps archivé en France. Les réalités de la société béninoise ne traduisent pas exactement celles de la société française, et les questions ayant prévalu lors de la rédaction du code civil ne sont pas identiques à celles qui prévalaient dans la rédaction du code béninois des personnes et de la famille. Il fallait pour le mieux opérer un diagnostic sociologique en vue de pourvoir à la rédaction d'un code cohérent et adéquat⁴⁰¹. Il est important de comprendre les mécanismes ayant conduit à une telle transposition de législation. Il s'est produit d'abord une réception du droit étranger de la famille (section 1) et par la suite une consécration d'institutions familiales nouvelles dans l'ordre traditionnel (section 2).

³⁹⁹ Cf art 68 de la constitution béninoise du 11 décembre 1990, et 16 de la constitution française de 1958 ; 147 de la constitution béninoise et 55 de la constitution française de 1958

⁴⁰⁰ Loi N° 2002-07 du 24 Août 2004 portant Code des Personnes et de la Famille en République du Bénin

⁴⁰¹ Jean CARBONNIER, *Droit et Passion du droit sous la VI^e république*, Flammarion, 1996, p. 144

Section 1 : La réception du Droit étranger de la famille

Les liens de diverses natures survivent encore entre l'Afrique noire francophone et son passé colonial. L'organisation administrative et politique des Etats de l'Afrique noire francophone s'est inspirée fortement du modèle du colonisateur qui avait institué un ordre juridique interne conforme à sa philosophie, à ses objectifs⁴⁰² et aux peuples de la puissance colonisatrice. On aurait pu croire qu'à l'accession à l'indépendance au cours des années 1960 pour la plupart des Etats sous domination coloniale, il y aurait une remise en cause de l'ordre juridique imposé par le colonisateur et un retour à l'ordre juridique interne établi par les usages traditionnels propres à l'histoire des peuples africains noirs. Dans un sens courant, la réception désigne un fait matériel de recevoir un objet, une communication. Consacrée par une théorie en droit des contrats, la réception traduit dans le cadre d'une vente à distance l'acceptation d'une offre de vente par courrier qui ne devient effective qu'à la date de réception du courrier par le destinataire⁴⁰³. Mais dans le cadre de la présente réflexion, la réception désigne plutôt l'acceptation d'une offre de vie, de fait et de cultures, mais impliquant à la fois un abandon de soi. La plupart des panafricanistes entreprennent toujours de démontrer la responsabilité totale du colonisateur dans les problèmes d'inadaptation actuelle que connaissent les législations des pays de l'Afrique noire francophone, surtout à l'égard de l'ineffectivité de certaines lois. L'expression "imposée" revient souvent lors des discours pour exprimer que les Etats de l'Afrique noire francophone disposent à ce jour, contre leur gré de lois inadaptées n'ayant pas reçu l'adhésions des populations. Même s'il faut s'attaquer à cet héritage colonial, il ne faut pas perdre de vue qu'à un moment donné, l'Afrique à l'accession des indépendances avait eu la possibilité de réorganiser son ordre juridique et de mieux l'adapter à ces réalités propres, en puisant dans l'ordre juridique dual issue de la colonisation⁴⁰⁴. Mais malgré cette exaltation de la liberté retrouvée, la tendance s'était nettement dégagée en faveur du "statut quo ante" avec ses problèmes et ses solutions. Les Etats africains recueillaient par voie de succession l'ordre juridique colonial et par là même consacraient la dualité du droit privé et la diversité des statuts personnels avec leurs conflits internes. En réalité, la réception du droit de la famille étrangère

⁴⁰² Guy-Adété KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit de la famille en Afrique noire francophone*, op-cit, p. 91

⁴⁰³ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd, 2012

⁴⁰⁴ Ahonagnon Noel GBAGUIDI, « Droit applicable et application du droit en république du Bénin », *Bulletin de droit et d'information de la cour suprême*, n°01, 1997, pp. 12-21, et B. D. I.-c. S., n°02, 1997, pp. 12-24.

au Bénin a été le résultat d'une occupation étrangère (paragraphe 1) et de celui des débats ayant prévalu lors de la rédaction du code des personnes et de la famille (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une réception par occupation étrangère

La découverte des côtes africaines par les européens aura marqué à jamais l'histoire de l'humanité. Les Européens sont longtemps restés aux frontières de l'Afrique, sur les côtes océanes, ne s'aventurant pas à l'intérieur des terres, mis à part quelques aventuriers audacieux. Ce n'est qu'à partir de la fin du XIX^e siècle qu'ils s'engagent dans la conquête territoriale du continent. Si en 1880, à peine un dixième du continent noir était sous contrôle européen, vingt ans plus tard, seuls l'Ethiopie, le Maroc (conquis en 1912) et le petit Libéria y échappaient. Entre temps, les puissances occidentales lors de la conférence de Berlin (1884 - 1884) se sont entendues sur le morcellement de l'Afrique en territoire géographique. C'est ainsi que la France a bénéficié des territoires aujourd'hui connue sous le nom de l'Afrique francophone. Les facteurs liés aux avancées techniques et au contexte économique de l'époque expliquent ces nouvelles relations Europe-Afrique au tournant des années 1880.

A. L'influence religieuse

La religion⁴⁰⁵ est parfois en proie à certaines critiques lorsque certains de ces faits donnent lieu à s'interroger sur son rôle social. Il est évident que la religion avait contribué à la colonisation en jouant un rôle fondamental dans les sociétés colonisées, et qui mérite d'être prouvée. L'histoire retient que dans un passé lointain avant la colonisation, les peuples africains du moins noir Africain étaient animistes. Aujourd'hui, la grande partie de ces peuples pratiquent le christianisme et l'islam. Ce qui nous intéresse ici n'est nullement la pratique de la religion, mais plutôt le rôle auquel le christianisme a servi dans la colonisation.

La foi chrétienne est parfois mise en accusation à cause de son histoire. Les efforts déployés par les chrétiens pour transmettre leur foi auraient servi voire auraient été motivés par l'intérêt des pays colonisateurs. Les missionnaires auraient également méprisé et détruit les

⁴⁰⁵ Koffi Martin YAO, *Famille et parentalité en Afrique à l'heure des mutations sociétales*, op. cit., p. 189

cultures locales au cours de leur entreprise⁴⁰⁶. Ainsi, dans son précis d'histoire des missions, Blandenier démontrait ce que l'on pouvait qualifier de complicité des missions religieuses avec la colonisation. Il développe une conception selon laquelle le poids de la législation coloniale occidentale n'a pas été le seul facteur déterminant dans les transformations de même que les changements de pratiques culturelles et sociales observés dans les pays de l'Afrique noire. Les grandes religions⁴⁰⁷ notamment la religion chrétienne, ont joué aussi un rôle assez important dans cette mutation sociale culturelle comme le souligne MOULARE. Il explique qu'avec les colonisateurs français les Etats africains noirs ont subi une influence religieuse du christianisme dans l'élaboration de leurs systèmes juridiques⁴⁰⁸. La colonisation et la mission⁴⁰⁹ étaient fortement liées. Le colonisateur avait besoin de convertir les peuples colonisés à une civilisation occidentale pour servir ses intérêts. Il a donc fait appel au missionnaire pour une collaboration et un approfondissement de leur action colonisatrice⁴¹⁰, conscient de ce que, l'œuvre d'évangélisation provoque inévitablement une modification de la vision du monde. Le message biblique entraîne une approche de la réalité profondément différente de celle que véhicule l'animisme. La désacralisation de la nature, le refus d'une compréhension magique de l'enchaînement des causes et des effets (entre autres) ne sont pas d'abord un produit de la pensée occidentale, mais l'effet d'une approche biblique du monde et de l'histoire⁴¹¹. Autant l'action missionnaire exerce une influence culturelle, autant elle compose concrètement avec celle qui résulte de la pénétration occidentale⁴¹².

Au Dahomey⁴¹³, les premières missionnaires ont franchi les côtes vers 1861 avec le missionnaire Borghero François, prêtre du diocèse de Gênes. C'est ainsi que débute la mission au Dahomey, l'actuel Bénin. La conception de la religion étant une conception

⁴⁰⁶ Jacques BLOCHER et Jacques BLANDENIER, *L'Evangélisation du monde, Précis d'Histoire des Missions*, volume I, Emmaüs et Institut Biblique de Nogent, 2011, p. 12 ; Jacques BLANDENIER, *L'Essor des Missions protestantes*, volume II, mêmes éditeurs, 2e édition, 2003, p.1

⁴⁰⁷ Le Christianisme et l'Islam, les deux grandes religions importées en Afrique noire francophone et qui sont beaucoup plus pratiqués

⁴⁰⁸ Ahioua H. MOULARE., *L'évolution de la famille ivoirienne*, Abidjan, Fraternité saint Dominique, 1968, p. 7

⁴⁰⁹ Jacques BLOCHER et Jacques BLANDENIER, *op. cit.*, p. 318 ; Jacques BLANDENIER, *op. cit.*, p.18

⁴¹⁰ Il faut noter que déjà en 1637, les pères Capucines avait fait une tentative de missions en Côte d'Ivoire qui malheureusement ne portant de fruit à cause de la violence des maladies tropicales comme la fièvre jaune. Ce qui fait que l'on date officiellement le début de la mission en terre ivoirienne en 1895 à travers une tentative de la reprise des missions SMA d'on le fondateur est monseigneur Marion DE BRASILLACHE

⁴¹¹ Jean René MORET, La foi chrétienne est-elle un obstacle à la science ? En ligne sur <https://urlz.fr/gqzw>

⁴¹² Charles COUTURIER, *Mission de l'église*, éd. L'Orante 1957. p. 64.

⁴¹³ Missionnaires des Diocèses de Laon et Soisson, *Annales de la Propagation de la Foi*, Tome XXXIII, mars 1861, p. 151.

multidimensionnelle, les religions traditionnelles et culturelles de l'Afrique, noire à l'époque précoloniale étaient fondées sur l'adoration des divinités, considérées comme une représentation des ancêtres, mettant en relation le monde des humains avec Dieu. La plus fondamentalement connue au Dahomey est le « vodoun »⁴¹⁴. C'est une pratique religieuse qui consiste au culte d'un Dieu créateur (Mahou) au-dessous duquel se trouvent d'autres dieux inférieurs (Sakpata⁴¹⁵; Ogoun⁴¹⁶; Mami Wata⁴¹⁷, hèbiosso⁴¹⁸...). Ces derniers servent d'intermédiaire entre l'homme et Dieu. Dans la cosmogonie de l'aire culturelle au nord du Bénin (Natamba, Bètamaribè, Gourmantché...) à la grande différence du sud, les intermédiaires sont plutôt les ancêtres ou les morts qui ne sont jamais considéré comme morts. D'autant plus que pour cette société, ce qu'on appelle la mort n'est que la séparation du corps et de l'âme de l'homme. Le corps étant matériel et l'âme immatérielle, l'âme reste donc éternelle⁴¹⁹. Ce qui revient à dire qu'elle s'inscrit, quelque part, en droite ligne dans la philosophie de la transcendance⁴²⁰. Selon la philosophie de la transcendance, la vie humaine apparaît « amphibie », une vie double, développant deux sphères réductibles l'une à l'autre celle de la subjectivité de la vie et celle des objets du monde⁴²¹. Cette conception de l'existence de Dieu est totalement contraire à la conception chrétienne de Dieu enseignées par les missionnaires. Le christianisme, religion des missionnaires, enseigne l'existence d'un **Dieu-providence**, menant l'univers avec sollicitude et **Dieu-révéléteur**, se communiquant à l'homme sur le plan et par les voies de l'intelligence⁴²². Les leçons de catéchèse ne donnent pas une définition exacte de Dieu ; Dieu c'est tout simplement un mystère. Ainsi l'enseignement missionnaire enseigne les pratiques religieuses indigènes comme contraires aux commandements de Dieu⁴²³ « 1^{er} Tu n'auras pas d'autre Dieu que moi, 2^{em} Tu ne te feras pas d'idole »⁴²⁴. En cas de mariage ; la conception du christianisme enseignée par les missionnaires touchait fortement les usages traditionnels. C'est d'ailleurs l'Eglise qui interdit la polygamie et

⁴¹⁴ Religion traditionnelle et culturelle d'origine Béninoise.

⁴¹⁵ dieu de la variole.

⁴¹⁶ dieu du fer.

⁴¹⁷ La Déesse des eaux.

⁴¹⁸ dieu du tonner.

⁴¹⁹ Eric KRISTENSEN, *Bénin, le berceau du vaudou*, <http://www.slateafrique.com/693/benin-berceau-vaudou>

⁴²⁰ Michel HENRY. « Philosophie et subjectivité », in *Encyclopédie philosophique universelle* Paris, éd. A. Jacob, PUF, 1989, p. 274

⁴²¹ Jean Michel LONGNEAUX, « D'une philosophie de la transcendance à une philosophie de l'immanence », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 2001/3, Tome126, p. 305

⁴²² Pierre Teilhard DE CHARDIN, *Le Phénomène humain*, Points, 1955, p. 303

⁴²³ Comprendre la Bible, en ligne sur <https://www.atoi2voir.com/spiritualite/bible-et-evangiles/dossier-comprendre-la-bible/1785-les-10-commandements-dans-la-bible/>

⁴²⁴ Livre du Deutéronome ch.5 v.7 à 21 (traduction « Semeur ».

prônait la monogamie exclusive. Ainsi, le mariage par une autorité traditionnelle selon les rites culturels était déjà découragé par les missions d'évangélisation précoloniales et coloniales.

Selon la théorie de BOUCHAUD, c'est un fait d'histoire avéré que la mission a été, même si c'est inconsciemment, complice du colonisateur⁴²⁵. Cette opinion peut être analysée comme l'existence d'un lien étroit entre le fait colonial et l'Évangélisation. Il en ressort que l'une des notions n'existe pas sans l'autre. Mais il faut tout de même reconnaître que la mission, a joué de toute manière un rôle de soutien pour leurs fidèles contre certaines exagérations de la mission coloniale. En revanche, comparant les périodes de l'arrivée dans le temps, de la colonisation et de celle des missionnaires, on comprendrait que la religion a été comme un instrument qui a été au service de la colonisation. La coexistence dans le temps de la mission d'évangélisation et de l'œuvre de colonisation est un élément qui pourrait renforcer cette opinion. L'évangélisation serait venue après la colonisation et donc dans le contexte actuel d'État indépendant que sont les ex-colonies africaines, une telle critique de complicité entre la mission chrétienne et la colonisation serait insensée. Encore que, bien entendu l'on considère le christianisme comme la religion pratiquée par le colonisateur. Si on s'entend donc sur la collaboration entre la mission et le colonisateur, il y a donc lieu de constater l'influence de la religion chrétienne dans la réception d'un droit de la famille occidentale. Selon la doctrine chrétienne, la polygamie est un fait contraire à la volonté de Dieu et donc seul le mariage monogamique était autorisé et accepté par Dieu. Ainsi, la polygamie était illégale. Si le rôle de l'évangélisation consistait à éduquer les peuples africains sur certaines de ces notions et qu'aujourd'hui, on retrouve dans la législation des États indépendants que sont devenus les ex-colonies, certains des enseignements reçus des missions d'évangélisation à l'époque coloniale, c'est donc sans doute une preuve de réception évidente. L'article 143 du code béninois des personnes et de la famille⁴²⁶ en témoigne quand elle établit exclusivement la monogamie comme option matrimoniale.

⁴²⁵ Joseph BOUCHAUD, « Évangélisation et colonisation », *Revue d'histoire d'outre-mer*, 1967, n°194-197, p. 41

⁴²⁶ Cf. loi n°2002-07 portant code des personnes et de la famille en république du Bénin.

B. Imposition de système juridique par colonisation

La période coloniale fut celle au cours de laquelle est intervenue la manifestation même de la réception du système juridique colonial. Cette manifestation a provoqué de profondes mutations juridico-sociales à l'origine de ce qu'on pourrait appeler une érosion des usages et cultures africaines et spécifiquement celle du Bénin, au profit d'une sédimentation d'un système juridique importé par la colonisation⁴²⁷. Le processus a commencé par la désorganisation de la structure sociale, l'instauration de la politique d'assimilation pure et simple du droit commun colonial, la désacralisation de la chefferie traditionnelle.

Avant la colonisation, la société africaine était constituée par de groupes sociaux, dont les individus étaient liés par des affinités religieuses, culturelles linguistiques et autres. Il s'agissait des groupes sociaux très organisés et homogènes. C'est le cas des groupes sociaux comme les yoruba, les Gons... Mais le morcellement géographique du territoire africain en colonie, qui a fait suite au traité de Berlin, ne s'est soucié guère des groupes sociaux existants. Ainsi, ces groupes ont volé en éclats, laissant place à des colonies caractérisées par l'existence d'un mélange de sous-groupes sociaux de différentes réalités culturelles. La conséquence ; dans chaque colonie, il n'existait plus de règles de droit commun pouvant régir efficacement les colonies. C'est un scénario qui a permis au colonisateur l'imposition d'un nouveau droit commun toute entreprise législative ou réglementaire du colonisateur cache toujours une volonté d'unifier les colonies à un système juridique à celui de la métropole⁴²⁸. La diffusion des valeurs propres était le souci de la métropole. Il réalise une conformité de droit fondé sur un principe d'égalité de tous citoyens français y compris toutes les colonies françaises. Cette égalité traduisait un mépris au droit de la métropole et en même temps que des hommes dans la mesure où les colonisés avaient quand même leur propre vision de la conception que la colonisation méprise en positionnant le système juridique de la métropole comme supérieur à celle des peuples colonisés⁴²⁹ Même si l'administration coloniale a un moment donné un caractère trop excessif de sa politique d'assimilation forcée⁴³⁰, en concédant par exemple au

⁴²⁷ Chubaka BISHIKWABO. « Institutions coutumières et modernisation au Zaïre », *Histoire de l'Afrique de l'est (XIXe-XXe)*, Paris, éd KARTHALA 1991, p. 33

⁴²⁸ Guy Adjété KOUASSIGAN, *op-cit.*, p. 26

⁴²⁹ Rémy PAUTRAT, « Les vicissitudes du statut personnel » *Annales africaines*, Institut des hautes études de Dakar, 1957. p. 335

⁴³⁰ Décret du 20 Mai 1857 donnant compétence à certaines coutumes sénégalaises

Sénégal l'application des coutumes en matière d'état des personnes, de mariage, des successions des donations et testaments, il n'en demeure pas moins que ceci était une mesure d'ordre dérogatoire au droit commun qui était le code civil français. Cette reconnaissance étant, ces coutumes n'ont pas pu recouvrer leur compétence obligatoire⁴³¹. Néanmoins, plusieurs textes viendront confirmer les coutumes en ce qui concerne le statut réservé aux biens pour toutes les colonies françaises⁴³².

La volonté d'assimilation législative a cédé une place à l'attachement aux droits traditionnels des peuples négro-africains. Ce fut un véritable compromis, mais la loi civile française ayant toujours pleine compétence. C'est-à-dire que les droits traditionnels n'ont vocation qu'à s'appliquer dans certaines matières et seulement dans les cas où l'option n'est pas faite en faveur de la loi française. C'est une dualité juridique précaire, car ce compromis n'a pas été presque possible. En réalité, dans la coexistence de la loi française et des coutumes de droit privé, le domaine foncier est soumis à la souveraineté française. Les relations interpersonnelles qu'impliquait la vie en société et qui conféraient des droits et des obligations, n'étaient soumises à aucun droit uniforme et donc créait une diversité de statuts juridique, devenue générateur de conflits. Ces conflits pouvaient trouver leurs solutions dans le droit international privé, mais qu'aucun recours ne pouvait manifestement justifier. Les conflits étaient devenus plus manifestes à l'intérieur d'un même système juridique⁴³³. Les solutions apportées par la doctrine et la jurisprudence étaient fondées sur la supériorité de la loi française avec une restriction des droits traditionnels coutumiers du point de vue personnel et matériel⁴³⁴. La conclusion, c'est qu'en cas de conflit de norme c'est la loi française qui est compétente⁴³⁵. Alors dans une telle situation, la très grande soumission au droit français au détriment des coutumes finit par créer deux situations corrélatives : l'habitude et la réception du droit français ; perte d'usage et ignorance des coutumes et traditions.

⁴³¹ Anani SANTOS, Option des indigènes en faveur de l'application de la loi française en Afrique occidentale française et au Togo, thèse, Paris 1943 p. 218

⁴³² Il est surtout question des textes relatifs à l'organisation de la justice en Afrique Noire francophone

⁴³³ Pierre LAMPUE, « Les conflits de loi internationaux et interpersonnels dans le système juridique français » *Revue critique de droit internationale privé* n°2 avril-juin 1954, p. 249

⁴³⁴ François LUCHAIRE, « le champ d'application des statuts personnels en Algérie et dans les territoires d'outre-mer », *Revue juridique et politique de l'union française*, Paris, LGDJ, 1955, p. 13

⁴³⁵ Guy Adjété KOUASSIGAN *op-cit.*, p. 53.

En ce qui concerne l'ordre public : dans sa théorie de l'ordre public colonial, fondé sur la mission civilisatrice, M. Solus⁴³⁶ définit un principe selon lequel tout ce qui était contraire aux règles morales et juridiques contenues dans les coutumes devrait être systématiquement écarté. Selon sa théorie, les usages et traditions négro-africaines relèvent de civilisation non-idéale et il faut rééduquer les peuples négro-africains à une civilisation idéale qu'est celui de la métropole. Il remarqua que l'ordre public des colonies ne devrait en aucun cas être différent de l'ordre public métropolitain. Cette théorie ne fait que révéler la très grande ambition d'imposition d'un système juridique dans l'ordre traditionnel coutumier des colonies. Cette théorie ne conçoit pas l'établissement d'un système juridique dual, mais plutôt un seul, celui de la puissance coloniale.

Le rétablissement de l'ordre public a donc consisté à l'éradication pure et simple malgré les résistances de certaines institutions négros - africaines. La première était la dot. En effet, il est reproché à la dot d'être un moyen par lequel le père de famille violait le droit du consentement au mariage de leur fille. Il en est de même pour le lévirat où ce consentement est également violé pour la veuve qui serait contrainte à se marier à un de ses beaux-frères. La dot et le lévirat étaient donc à bannir, car ces deux pratiques sont contraires aux bonnes mœurs et au principe de la liberté individuelle qui est le fondement même de la civilisation française. Et pourtant, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent ces deux pratiques comme n'ayant rien de contraire à l'ordre public⁴³⁷. Autre institution la bigamie : la bigamie étant prévue et réprimée par le code civil français, il était inconcevable pour la métropole de la maintenir. Cette pratique est en contradiction avec le principe de l'égalité des sexes et de l'égalité des époux. Mais ici également cette pratique était jugée compatible avec l'ordre public colonial.

Ainsi, la colonisation avait instauré un dualisme juridique qui a prévalu toute la période coloniale jusqu'à la veille des indépendances des colonies qui consacre la rédaction des constitutions des nouveaux Etats à naître. S'il est vrai que les pratiques et usages relevant des coutumes africaines noires comme celles du Bénin ne sont pas très favorables au développement, est-ce une substitution sans bénéfice d'inventaire des coutumes permettrait la mise en place d'une bonne législation ? Le colonisateur a non seulement imposé un modèle de législation, mais il a permis de toutes les façons, la coexistence de son système juridique avec

⁴³⁶ Henry SOLUS, Traité de la condition des indigènes en droit privé, Paris, 1927, n° 186, p. 329

⁴³⁷ Cour d'Appel d'AOF, 30 juin 1914, Daresté, 1915, p. 38.

les coutumes indigènes. Mais ce qui est étonnant les législateurs africains ont choisis d'abandonner eux-même les coutumes qui traduisent la réalité de leur vie sociale.

Paragraphe 2 : les débats sur l'élaboration du code des personnes et de la famille

Depuis le décret de 1910 qui consacre le territoire du Dahomey comme colonie française, intégrant l'Afrique occidentale Française (AOF) la civilisation occidentale faisait son entrée dans les us et coutumes béninoises. Cette irruption de la civilisation étrangère a causé, et même provoqué beaucoup de bouleversements dans les structures familiales traditionnelles, en modifiant l'ordre social béninois par son orientation dans le sens des principes en vigueur dans la métropole. La rencontre des deux cultures a provoqué le choc des civilisations. Les structures familiales ont été modifiées malgré la résistance de certaines dispositions traditionnelles. Avec la colonisation, l'idée d'urbanisation et de modernité est devenue donc une nécessité dans les villes est apparue dans les mentalités. Celle-ci a réussi à ébranler la mentalité autochtone des africains, à introduire l'idée d'égalité ; de justice sociale et d'équité et de genre⁴³⁸. G. PENE dira qu'au nom de la liberté de mariage du droit moderne, les fiançailles sont consenties à volonté des futurs époux⁴³⁹. Cette situation a conduit après les indépendances à la construction de nouvelles législations. La législation sur la famille a fait au Bénin objet de vifs débats. Si les parlementaires étaient guidés par une ambition décolonisatrice (A), la cour constitutionnelle chargée de la constitutionnalité des lois, sur les fondements dits d'égalité de genre à réussir à effréné cette ambition (B).

A. Un élan de prise en compte du législateur des traditions

La législation béninoise de la famille, est l'aboutissement d'une œuvre de codification restée infructueuse. Depuis plus de quarante ans, toutes les questions liées au droit de la famille étaient réglementées par le système juridique dual, dont l'existence remonte à la période coloniale. Ce dualisme juridique vieux des temps coloniaux était devenu un instrument

⁴³⁸ Elisabeth FOURN-GNANSOUNOU, « Genre et évolution des valeurs familiales en Afrique : cas du Benin », *CEDEAO/ECOWAS Bénin*, 2009, p. 19

⁴³⁹ Cf. Révolution Ivoirienne de droit, N°2-1971.

juridique compromettant l'activité du praticien de droit qui se livrait à un exercice difficile quand il s'agissait de dire le droit. Le droit traditionnel est matérialisé par le Coutumier du Dahomey qui date des années 1930, a été une œuvre du colonisateur consistant à la compilation dans un document les coutumes et traditions indigènes pour servir comme normes écrites. Le Coutumier se caractérise par son caractère discriminatoire en l'endroit des femmes. Ainsi, des pratiques telles que le lévirat, les rites du veuvage, les mutilations féminines génitales, le mariage forcé y sont légitimés. Quant au droit dit moderne, il a été hérité de la colonisation et date de 1958. Depuis **lors, ce** droit n'a jamais été révisé dans notre ordonnancement juridique alors qu'il est largement en déphasage avec l'ordonnancement juridique français actuel puisque c'est du droit français qu'il s'agit.

Dans cet ordonnancement juridique dual, il y avait pour les justiciables une option de choix de la règle qui vous sera appliquée. Il vous sera appliqué le code civil français de 1958 ou le coutumier du Dahomey en fonction bien sûr de l'option choisi : statut moderne ou traditionnel. Cette liberté de choix n'est sûrement pas sans conséquence dans la mesure où une application diversifiée ne conférait plus à la règle de droit son caractère obligatoire et contraignant et général. On ne pouvait pas contraindre un citoyen à l'application du droit moderne ou du droit traditionnel et l'un ou l'autre des statuts n'a pas vocation à s'appliquer à tous les citoyens. Il s'agissait donc d'une sorte de liberté sélective dans le choix de la règle de droit à appliquer cela a créé par la suite une discrimination entre les citoyens béninois. Deux citoyens dans un même pays, pour la même situation juridique se voient appliquer deux règles différentes ; ce fait rend complexe l'activité juridique du juge, car favorise une certaine injustice au sein de la société. Le principe d'égalité des citoyens devant la loi n'avait plus son sens. Par ailleurs, et le coutumier et le code civil de 1958, était obsolète, désuet et ont créé une situation de vide juridique. La situation était devenue plus complexe quand la cour constitutionnelle du Bénin a dépouillé le coutumier du Dahomey de 1931⁴⁴⁰ de toute sa force exécutoire. Il y a alors désormais en plus de la situation précédente un vide juridique à combler. Dans la quête d'une solution, un projet de loi de code des personnes et de la famille a été initié et envoyé à l'Assemblée Nationale en 1995. Trouvant une occasion d'affirmer les valeurs et traditions

⁴⁴⁰ Décision DCC 96-0063 du 26 septembre 1996

béninoises, les députés entendaient décoloniser le droit de la famille béninoise non pas pour rejeter tout ce qui est moderne mais ou à s'y référer avec intérêt⁴⁴¹.

Le projet de code de 1995 entendait mettre fin au système juridique dual instauré depuis la colonisation⁴⁴², en procédant à une uniformisation du droit applicable en matière civile, car ce système juridique dual était générateur de grandes difficultés quant à l'application effective de la règle de droit⁴⁴³. Pour une législation plus efficace, le codificateur se propose d'harmoniser les règles, de relever les incertitudes et de la rendre impartiale. Il se donne pour tâche, d'éliminer les incohérences liées à la disparité des coutumes et à l'inadaptation aux réalités nationales du code civil français de 1958 qui est en vigueur au Bénin, et qui ne répond pas toujours aux problèmes contemporains⁴⁴⁴. La démarche du codificateur était de construire un droit nouveau combinant à la fois les aspects et valeurs de la famille béninoise, et celles positives issues de la colonisation. Sa démarche n'était pas de donner la primauté aux coutumes indigènes ni au droit du colonisateur, mais de s'affranchir d'un droit purement colonial qui avait déjà du mal à s'acclimater avec les pratiques culturelles béninoises. Ainsi, le projet de code de 1995 s'engageait résolument dans une option de code moderne, marqué par une spécificité propre. Il entend s'inspirer de législations européennes et africaines⁴⁴⁵. Les acteurs de cette réforme législative ont su prendre en compte les divergences sociales dans l'élaboration d'un nouveau droit, en conciliant tradition et modernité⁴⁴⁶. L'objectif était de permettre une cohabitation paisible de deux systèmes sociaux en conflit. Cette ambition du législateur était déjà traduite dans le projet du code par des dispositions phares comme celui de l'article 142 sur le caractère facultatif de la dot et 143 sur l'option matrimoniale qui laissaient le choix de la monogamie ou de la polygamie aux futurs époux.

⁴⁴¹ Stanislas MELONE. « Introduction », in encyclopédie juridique de l'Afrique, tome 6 « Droit des personnes et de la famille » p.19

⁴⁴² Pierre LAMPUE. « Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone », *Penant*, n° 765, juillet-Aout-Septembre 1979. p. 245

⁴⁴³ Décret n°95-236 du 5 septembre 1995. Portant transmission à l'Assemblée Nationale du projet de loi portant code des personnes et de la famille en république du Bénin, *Petites Feuilles Juridiques*, n°001-Décembre 1996

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ *Ibid.* « Les emprunts ont été naturellement nombreux : code civil français, suisse la loi ivoirienne, sénégalaise, congolaise, camerounaise ou togolaise notamment »

⁴⁴⁶ Stéphane BOLLE. « Le code des personnes et de la famille devant la cour constitutionnelle du Bénin : décision DCC 02-144du 223 décembre 2002 », *Afrilex* n°4, 2004, p. 330, disponible en ligne : [http:// www. afrilex. u- bordeaux4. fr.](http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr)

Toute la classe politique béninoise était d'accord à la conférence des forces vives de la nation organisée en février 1990⁴⁴⁷ sur le principe d'un code des personnes et de la famille. Néanmoins la deuxième législature, celle de 1995-1999 et le second mandat présidentiel de 1996-2001 du renouveau démocratique s'est achevé sans que le Bénin ne soit doté d'une législation de la famille. La responsabilité de ce blocage était attribuée à l'Assemblée Nationale et aux députés à qui on reprochait un conservatisme affiché. Les opposants au projet du code de 1995 dénonçaient une duplication des normes occidentales et l'abolition implicite des institutions coutumières comme le lévirat et la polygamie. Ainsi, il y a des contestations relatives à ce projet, et les mêmes contestations qui ont entraîné l'abandon du projet de codification entrepris en 1965 et en 1973. Les contestations sont donc évidentes. Il y a un refus du rejet de certaines coutumes, pratiques et usages familiaux. Les abandons à maintes reprises des différents projets de code expliquent sans doute aujourd'hui les commentaires sur le contenu actuel du code béninois des personnes et de la famille, commentaires sur lesquels nous allons y revenir.

Le processus de codification après son échec en 1995 reprit en 2002, sept ans après. Les mêmes contestations et divergences sont revenues. Malgré ces contestations et reports⁴⁴⁸ la loi⁴⁴⁹ a fini par être adoptée. Sur un total de 83 députés qui composait le Parlement béninois, seulement 44 députés ont voté cette loi. Prenant en compte, l'effectif des députés ayant voté la loi, même si la majorité est requise, il y a lieu de se poser des questions sur son adhésion sociales en raison de l'objet auquel elle a vocation à s'appliquer. Il n'est donc pas question d'être surpris des commentaires que suscite actuellement l'application du code béninois des personnes et de la famille après déjà dix-huit ans d'application⁴⁵⁰.

Le projet de 1995 a eu du mérite dans la mesure où, largement amendé, elle relevait les questions, qui donnaient vraiment place aux réalités propres et aux coutumes béninoises :

⁴⁴⁷ Conférence des forces vives de la nation 19-28 février 1990, synthèse des travaux de la commission constitutionnelle et des décisions prise en séance plénière, p. 6.

⁴⁴⁸ Bruno AMOUSSOU, président de l'Assemblée Nationale, lors de l'ouverture de la première session ordinaire de l'année 1997. Nation, 9 avril 1997, synthétise l'attentisme parlementaire à l'égard du projet du code : « les problèmes abordés dans le projet de code touchent aux fondements de notre société. Aussi devons-nous faire preuve de réalisme et de prudence pour éviter les réactions qui rendraient socialement difficiles l'application de la loi ».

⁴⁴⁹ Loi n° 2002-07 portant code béninois des personnes et de la famille

⁴⁵⁰ Wilfried Léandre HOUNGBEDJI, *Code des personnes et de la famille : quelles avancées après 10 ans*. La Nation, 4 septembre 2014, en ligne sur <http://news.acotonou.com/>

l'attribution à l'époux du nom de son mari, parce que par le mariage, la femme intègre la famille de son mari en raison du système patriarcal ; la suppression du caractère facultatif de la dot ; l'option obligatoire des futurs époux, pour la monogamie ou la polygamie ; la possibilité de célébrer un mariage religieux avant le mariage civil ; le choix de la séparation des biens comme régimes matrimoniaux de droit commun... Ces modifications expriment la volonté des députés « d'intégrer les valeurs traditionnelles positives relevant des pratiques et coutumes béninoises », de refuser « un code conçu à partir de la famille outre atlantique »⁴⁵¹ ; de conserver une partie au moins de l'ordre familial patriarcal⁴⁵². Une telle version parlementaire du projet de code témoigne d'un souci de mettre en place une législation de la famille caractérisée par :

- un souci d'adaptation d'une législation répondant aux aspirations et aux valeurs culturelles qu'incarne la société à laquelle elle a vocation à s'appliquer. C'est une démarche légistique guidée par le souci de la mise en place d'une législation efficace et utile dont l'application ne devrait pas souffrir d'une abstention.

- l'abandon des usages, pratiques culturelles négatives et la conservation de celles positives, et la prise en compte sous bénéfice d'inventaire des normes et cultures étrangères, c'est-à-dire combiner avec les pratiques étrangères utiles, n'ayant pas pour vocation de supprimer les valeurs culturelles propres.

Le législateur béninois pouvait s'appuyer sur l'exemple de certains Etats voisins comme le Sénégal. En effet, le code sénégalais de la famille a été le fruit d'une œuvre consensuelle et de synthèse entre droit traditionnel et droit moderne hérité de l'école juridique coloniale. C'est à ce sujet qu'Ousmane Camara indiquait que l'élaboration d'un droit de la famille unique était

⁴⁵¹ La plupart des commentaires ignore le positionnement des députés sur le contenu des lois et surestime le mimétisme législatif. Jérôme SAKA KINA, *dans le matinal*, 11 juin 2002, V. aussi Djibril ABARCHI, « Problématique des réformes législatives en Afrique, le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Penant*, n° 842, Janvier-Mars, 2003, p. 88

⁴⁵² Kafui ADJAMAGBO-JOHNSON, « Inégalité de droit, coexistence de droit : coutume moderne pour un contre égalité ? » Communication au *colloque internationale Genre population et développement en Afrique*, 2001, p. 17. Démontre que l'utilisation sélective de la règle moderne et coutumière conforte la domination masculine. Cette situation tranche avec les traditions précoloniales marquées par le matriarcat, si l'on en croit Fatou Kiné Camara et Saliou Samba Malaado Kanji, *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*. Paris. L'Harmattan, 2000, p. 205

nécessaire pour celui d'un code civil sénégalais dont il constituait un instrument indispensable pour l'unité de la nation⁴⁵³.

Au lendemain des indépendances soit un an après, le Sénégal a très tôt enclenché la rédaction de son code de la famille. À cet effet, une commission avait été mise sur pied pour le recensement de toutes les différentes coutumes⁴⁵⁴. Une synthèse a été faite. Après plusieurs travaux réalisés par les différentes commissions, un projet de code a été élaboré et envoyé à l'Assemblée nationale⁴⁵⁵. Ce projet a suscité une grande mobilisation au Sénégal⁴⁵⁶ en ce que le vote du code en 1973 venait de mettre fin à 142 années de présence du code français et une très longue présence du code musulman. Il est donc clair que la démarche du législateur béninois relève d'un manque de démarche légistique dans la construction du droit de la famille au Bénin, de sorte que le code Béninois des personnes et de la famille, même si l'on se forge à valoriser ses mérites au regard, des questions fondées sur l'égalité, elles comportent beaucoup d'insuffisances sociales. En somme, on pouvait penser que les pratiques culturelles béninoises ne comportent aucune valeur et donc qu'il faut forcément imposer d'autres. L'abolition du coutumier du Dahomey en reste une illustration⁴⁵⁷.

B. Un élan effréné par la constitution

Les années 1950 - 1960 ont été marquées par l'entrée sur la scène internationale de la plupart des nouveaux Etats africains ayant accédé à la souveraineté internationale. Ces Etats, pour presque tous, se sont dotés faute de politiques législatives des institutions largement calquées sur celle de leur métropole. Héritage tant politique qu'intellectuel, ces institutions ont été conçues avec l'assistance du colonisateur, que les législateurs africains ont eux-mêmes pérennisé par leurs mimétismes législatifs.

En Afrique noire francophone, à la suite des indépendances, les nouveaux Etats se devaient de rédiger chacun une constitution qui devrait marquer chaque nouvelle république.

⁴⁵³ « Code de la famille et ... 794 mille tonnes d'arachides », *Afrique nouvelle*, n° 1284, 30 avril 1972.

⁴⁵⁴ 79 coutumes ont été au total recensé

⁴⁵⁵ Le projet de loi sur le code de la famille sénégalaise a été élaboré en mai 1972

⁴⁵⁶ G. J. GOMIS., « Les députés ont commencé à examiner les 854 articles du code de la famille », *Le Soleil*, 31 mai 1972.

⁴⁵⁷ Décision DCC 96-0063 du 26 septembre 1996

L'année 1960 fut celle de l'avènement des pays Africains d'expression française sur la scène internationale. Tout était mis en œuvre pour manifester ce grand changement : des emblèmes et hymnes nationaux... mais aussi des constitutions pour la plupart fortement inspirées de la constitution française du 04 octobre 1958, organisant les nouvelles institutions. Les droits traditionnels seront-ils pris en considération, que deviendront -ils⁴⁵⁸ ? Faudra-t-il un retour à soi avec une conservation des coutumes ou une continuité de l'œuvre du colonisateur avec l'application exclusive du code civil français de 1958 ? C'est la continuité qui a été observé dans son principe et renforcée dans ses conséquences au regard des droits traditionnels⁴⁵⁹. Il est normal que soit observé un moment de transition sur le plan juridique et institutionnel avant la fin de la colonisation. Mais cette transition qui se devrait d'être temporaire est devenue pérenne par la consécration de diverses constitutions issues du mimétisme constitutionnel⁴⁶⁰. Ainsi, dans la plupart des textes de constitutions rédigés pour les indépendances se retrouve une transposition des dispositions de la constitution de 1958. Ainsi par exemple, selon l'article 2 de l'ordonnance française du 6 octobre 1958 définissant les modalités d'applications de l'article 76 de la constitution du 04 octobre 1958, dans les Etats membres de l'AOF, les dispositions législatives et réglementaires en vigueur à la date prévue à l'article 76 de la constitution restent applicables⁴⁶¹ en leurs dispositions non-contraires à la constitution tant que leur modification ou leur abrogation n'ont pas été prononcées par les autorités compétentes en vertu de la constitution et du nouveau statut desdits Etats. Dans cet état de choses, la constitution qui constitue la loi fondamentale de chaque Etat Africain a été élaborée. Sans doute, c'est une transposition de constitution coloniale que le Bénin comme d'autres Etats de l'Afrique noire francophone a bénéficié. Ceci nous permet de déduire que le droit de la famille qui doit être conforme à la constitution se révèle donc être un droit mimé. C'est là que le rôle de la pratique dans la formation du droit trouve son sens. La pratique de la vision coloniale pendant toute la période coloniale a influencé fortement l'élaboration des constitutions africaines par les africains eux-mêmes. Étant donné que l'influence peut être positive ou négative, dans le cadre de l'élaboration des normes constitutionnelles, législatives, réglementaires, l'influence n'a conduit qu'à un mimétisme.

⁴⁵⁸ Guy Adjété KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 93.

⁴⁵⁹ Ibid.

⁴⁶⁰ Guy Adjété KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 94

⁴⁶¹ Ibid.

Revenant dans le contexte spécifique du Bénin, l'histoire constitutionnelle fut très mouvementée par les multiples changements de régime orchestrés par plusieurs coups d'Etat tout au long de la période de 1960 à 1990, bouclé le renouveau démocratique. Le Bénin à la faveur de la Conférence des forces vives de la Nation, s'est engagé pour la démocratie et le multipartisme intégral consacré par la constitution du 11 Décembre 1990. Ratifiant la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, il s'est engagé à protéger la femme contre toute formes d'inégalités⁴⁶². Le signe annonciateur du rôle effréné de la constitution béninoise du 11 décembre 1991 est la suppression de la force obligatoire du coutumier du Dahomey⁴⁶³ et ceci même sans bénéfice d'inventaire. Cet acte de la cour pourrait être analysé comme un rejet systématique des coutumes et traditions, et faisant barrage à toute entreprise législative ayant vocation à légiférer en prenant en compte les pratiques culturelles, bases des cultures béninoises en matière familiale. Cette analyse se justifie par le fait que c'est encore, la seule constitution qui autorisera toute législation familiale.

La Cour constitutionnelle du Bénin n'est pas seulement arbitre du jeu démocratique et censeur des violations des droits et libertés que la doctrine cite en exemple⁴⁶⁴. Elle joue également un rôle essentiel dans la construction dans la chaîne d'élaboration d'une loi. Toutes les lois votées par le Parlement ne peuvent être promulguées sans la vérification de constitutionnalité par la cour constitutionnelle, comme c'est le cas de la législation sur la décentralisation au Bénin⁴⁶⁵. En droit de la famille, droit qui participe à la constitution sociale du Bénin⁴⁶⁶, la cour y a joué un rôle remarquable, à travers ses examens de mise en conformité avec la constitution. La course vient effréné l'ambition du parlement de restaurer aux coutumes béninoises la place qui leur convient. Ainsi, la déclaration d'inconstitutionnalité la plus

⁴⁶² V., le préambule de la constitution béninoise du 11 décembre 1990

⁴⁶³ Décision DCC 96-0063 du 26 septembre 1996. *op. cit.*,

⁴⁶⁴ Gérard CONAC, « Succès et crise du constitutionnalisme africain », *in les constitutions africaines publiées en langues française*, Tome 2, Paris, Bruylant, La documentation française, 1998. p.15; Maurice GLÈLÈ-AHANZO, « Le renouveau constitutionnel du Bénin : une énigme ? » *in mélanges Michel ALLIOT*, Paris, Sorbonne, 2000, p. 328 ; Gilles. BADET, *Cour constitutionnelle et régularité des élections au Bénin*, Cotonou, Friedrich Ebert Stiftung, 2000, p. 24 ; Albert BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *Revue française de droit constitutionnel*, n°52, 2002, p. 740 ; Albert Bacon FALL, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », *Revue électronique Afrilex*, n° 03. Juin 2003. p. 316, V. aussi Jean Du Bois de GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, n° spécial, octobre-décembre 1996, p. 251

⁴⁶⁵ Charles Nach MBACK, « La lente décentralisation de l'Etat de droit au Bénin : dynamiques politique et régulation constitutionnelle », *Afrique contemporaine*, n° 204. p. 87

⁴⁶⁶ Jean CARBONIER, *Essais sur les lois*, 2^e éd. Paris, Répertoire du Notariat Défrénois, 1995, p. 57.

spectaculaire est celle par laquelle la cour déclare l'inconstitutionnalité de la polygamie, et comme une pratique dérogeant à la règle de l'égalité entre l'homme et la femme. C'est une déclaration remarquable parce que la première en Afrique en droit de la famille⁴⁶⁷. C'est une décision qui traduit la très forte implication de la cour d'un chantier législatif majeur⁴⁶⁸. En effet, à la suite de la transmission par l'Assemblée nationale de la version parlementaire du projet de code, le réseau WILDAF/ BENIN⁴⁶⁹ déclare son intention, aussitôt le code promulgué⁴⁷⁰, de saisir la Cour constitutionnelle pour violation du principe de l'égalité de tous devant la loi⁴⁷¹. Mais avant, le 20 juin, le Président de la République fait introduire à la cour constitutionnelle une demande d'une décision de conformité avec la constitution, de la loi n°2002-07 portant code des personnes et de la famille⁴⁷², mais sans aucun grief d'inconstitutionnalité, se conformant ainsi à l'interprétation du juge constitutionnelle⁴⁷³. Le 24 juin, une autre saisine a été effectuée par le député Rosine SOGLO, saisine par laquelle elle défère à la Cour cinq articles du code en reprenant sommairement la plupart des griefs d'inconstitutionnalité énoncée par le réseau WILDAF/BENIN. Après un long moment de délibération, la Cour constitutionnelle a choisi de faire dos aux coutumes traduites dans le projet par les députés. Ainsi, par décision DCC 02-144 la cour déclare 32 dispositions contraires à la constitution, des dispositions qui pour la plupart inspirées du coutumier du Dahomey.

L'orientation législative guidée par un souci de construction d'une législation moderne n'a toujours conduit qu'à une transposition de système juridique de la métropole. C'est une situation due à une absence de politique législative et de stratégie légistique, de la part des élites administratifs formées au cours de la période coloniale de même que celles formées après les indépendances, mais qui sont plus portées vers la civilisation occidentale, abandonnant ou

⁴⁶⁷ Wildaf west africa New letter. N°14 Avril 2003.

⁴⁶⁸ Décret n° 95-236 du 5 septembre 1995 portant transmission à l'Assemblée Nationale du projet de loi portant code des personnes et de la famille, *petites feuilles Juridiques*. n° 001-Décembre 1996.

⁴⁶⁹ ONG regroupant plusieurs associations de femmes, défendant les droits de la femme. Ces associations pour la plupart encadrée par certaines femmes Elites.

⁴⁷⁰ Une action en inconstitutionnalité de ce type visant une loi en vigueur pour violation des droits et libertés est régit par la constitution *art 3 al 3 in fine* « tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la cour constitutionnelle contre les lois... » et « tout citoyen peut saisir la cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des loi... directement ou par exception d'inconstitutionnalité... », et par la loi organique n° 91-009 du 4 mars 1991, modifier par la loi du 31 mai 2001, art 22, « De même sont transmis à la cour constitutionnelle... par toute association ou organisation non gouvernemental de défense des droits de l'homme, les lois... censé portées atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et des libertés publiques... »

⁴⁷¹ Wildaf west africa New letter. N°11 juillet 2002.

⁴⁷² Tel est l'objet indiqué dans la lettre n° 203-C/PR/CAB/SP du 20 juin 2002. Source. Cour constitutionnelle

⁴⁷³ Art 17 de la constitution béninoise du 11 Décembre 1990

ignorant les réalités sociologiques et culturelles propres et comportant aussi bien de valeurs plus adaptées dans la mesure où elles représentent un produit social identitaire. Beaucoup plus guidés par les intérêts politiques personnels, les législateurs béninois méprisent la délicatesse de la mission législative. À eux confiés par les citoyens. Le recours à des techniques juridiques éprouvées a été d'autant plus systématique qu'il apparaissait de nature à consolider la centralisation et à renforcer l'autorité d'un pouvoir (constitutionnel et législative) qui avait naturellement hérité ces caractères de l'administration coloniale elle-même, longuement vécus et intégrés par les nouveaux dirigeants.

Section 2 : La consécration de nouvelles institutions familiales en droit positif béninois

Il ne fait aucun doute que l'histoire du droit de la famille et de la colonisation retient la grande opposition qui existe entre les droits de la famille de traditions africaines et les droits modernes, occidentaux de la famille héritée de la romanité et du christianisme⁴⁷⁴. Les droits de familles de traditions Africaines désignent ici l'ensemble des pratiques et usages qui gouvernent la famille et qui relèvent purement des coutumes. Le droit colonial de la famille, au sens générique du terme est perçu comme l'ensemble des actes légaux édictés dans le cadre de la colonisation destinés à régir les familles africaines et ayant vocation à donner naissance à leur droit moderne de la famille⁴⁷⁵. Deux systèmes juridiques totalement opposés par leur conception de la famille, ont été amenés par le fait de la colonisation, à coexister dans un même espace géographique à priori marqué par l'existence d'une société africaine fortement sous l'emprise de pratiques de droit de famille de tradition africaine. Ainsi, le droit colonial était donc un droit étranger. Cette coexistence a donné naissance à un système juridique dual, marqué par le coutumier du Dahomey⁴⁷⁶, et le droit moderne reposant sur le code civil, napoléonien de

⁴⁷⁴ André CABANIS, « Le statut de la dot coutumière à l'épreuve de la colonisation : contribution à une théorie des ruptures et des continuités juridiques en Afrique francophone subsaharienne », *in la dot et le mariage en Afrique, op. cit.*, p. 40.

⁴⁷⁵ Dominique ETOUGH, Justice indigène et essor du droit coutumier au Gabon, la contribution de Léon M'BA-1924-1938, Harmattan 2007, Paris, p. 17

⁴⁷⁶ Abdou TIDJANI SERPOS, Note sur le mariage au Dahomey, op. cit. p. 7.

1804 en sa version de 1958⁴⁷⁷. Cette dualité a existé depuis l'époque coloniale jusqu'en 2004, où le Bénin s'est doté d'une nouvelle législation. D'un système de droit civil dual à un système de droit civil commun, quelle a été l'option faite par le législateur béninois ? A-t-il donné priorité à son seul droit traditionnel ou au seul droit de la métropole ou encore les deux ensembles ? La réponse se lit à travers le contenu du code béninois des personnes et de la famille, présenté dans son contenu comme une photocopie du code civil de 1958. L'activité législative ayant conduit à l'obtention de ce code, se révèle comme une reproduction des règles du mariage défini dans le code civil (Paragraphe 1) de même que celles définissant les rapports de droit dans la famille (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : une reproduction des règles du mariage défini dans le code civil

La législation relative à la famille a été élaborée depuis les indépendances en 2004 au Bénin et depuis lors elle n'a cessé de faire objet de critiques sur beaucoup de ses dispositions en raison du fait qu'elle a du mal à s'accommoder avec la conception béninoise de la famille⁴⁷⁸. Qu'est-ce qui peut expliquer cette inadaptation ? En réalité, il s'agit ici d'un cas de figure où c'est simplement une transposition de disposition d'une législation conçue pour une société dont l'évolution des phénomènes sociaux sont très différents et plus en avance par rapport à celles de la société béninoise. Une analyse comparative de certaines dispositions du code civil français édition 2004 avec celles du code des personnes et de la famille élaborées en 2004 également permettra d'expliquer une transposition des règles de fond (A) et de forme (B) du mariage.

⁴⁷⁷ Hospice AHOUCANDJINO DJOSSINO, « Le mariage monogame dans le droit positif béninois : intérêt et perspectives » *in la dot et le mariage en Afrique, op. cit.*, p. 19

⁴⁷⁸ Mohamed COULIBALY, « Le droit du mariage en Côte d'Ivoire, contribution à l'analyse d'une utopie législative à l'épreuve des us », *Revue ivoirienne des sciences juridiques et politique – RISJPO*, n°4 p. 162

A. Les règles de fond du mariage

Les dispositions régissant les conditions de fond du mariage sont relatives notamment au consentement, l'âge, les mariages prohibés et la bigamie. L'analyse des conditions de fond prendra en compte les dispositions sur l'âge et le consentement au mariage (1) et sur celles relatives aux mariages prohibés et de la bigamie (2).

1- Les dispositions relatives à l'âge et au consentement au mariage

En ce qui concerne l'âge au mariage, le droit béninois est unanime avec le code civil français en ce qui concerne l'âge requis pour contracter un mariage chez les hommes qui est de 18 ans révolu⁴⁷⁹ cependant, le droit béninois retient 18 ans chez la femme⁴⁸⁰ et le droit français 15 ans⁴⁸¹. Les dispositions de l'article 123 du code béninois des personnes et de la famille définissent les mêmes conditions que la législation togolaise, qui retient également 18 ans révolu pour l'homme et pour la femme, comme condition d'âge⁴⁸². En revanche, la législation burkinabé définit une disposition différente que tous les autres et fixe l'âge au mariage à 20 ans révolu pour l'homme et 17 révolu pour la femme⁴⁸³. Pour la législation sénégalaise, elle définit exactement les mêmes conditions d'âge⁴⁸⁴ que le code civil français. Il est donc aisé de constater que la majorité des articles du code civil ont été recopiés soit intégralement ou reformulés par les législations des Etats africains noirs francophones, sur les questions relatives aux conditions de fond du mariage.

C'est la doctrine consensualiste qui conduit à faire de la volonté des époux l'unique élément constitutif du mariage. Les fiançailles ne sont plus qu'une simple promesse de mariage et seules les paroles du présent ont une valeur. Elles expriment la véritable intention matrimoniale. À partir du XVI^e siècle, on juge une facilité excessive pour contracter un mariage puisque le simple échange des consentements suffit. Plusieurs témoins vont devoir assister au mariage pour s'assurer du consentement et le formalisme va être renforcé et le consentement des parents exigés.

⁴⁷⁹ Art, 123 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF et 144 du code civil français.

⁴⁸⁰ Art, 123 *Idem*

⁴⁸¹ Art, 144 du code civil français.

⁴⁸² Art, 43 du code de la famille togolais

⁴⁸³ Art, 238 du code des personnes et de la famille burkinabé.

⁴⁸⁴ Art 111 du code de la famille sénégalais.

C'est ainsi que la validité du mariage suppose que les futurs époux aient la capacité de s'exprimer. La capacité d'expression de ces derniers reste une condition nécessaire à la validité du mariage. Cependant, il arrive que l'un de ces époux soit en état d'incapacité. Dans une pareille situation le seul consentement de l'époux incapable est insuffisant pour la validité du mariage. Il faut en plus le consentement de celui qui exerce à égard de l'incapable, la tutelle ou la curatelle avant que le mariage ne soit valide. Deux cas de figure sont distingués. Le cas où le futur marié est mineur : celui qui exerce à son égard l'autorité parentale doit aussi donner son consentement. Il faut mentionner que le mineur même s'il est émancipé, il doit obtenir le consentement de celui qui exerce l'autorité parentale. Le droit d'accorder à celui qui exerce l'autorité parentale est un attribut de l'autorité parentale. Il faut noter que l'autorisation requise est spéciale, discrétionnaire et révocable. En principe, l'autorisation est donnée oralement lors de la célébration du mariage. Elle peut néanmoins être donnée avant la célébration devant un notaire, ou devant un officier de l'état civil ou encore un agent diplomatique ou consulaire compétent. Dans le second cas, celui du majeur incapable. Il doit obtenir aussi une autorisation s'il est placé sous un régime de sauvegarde (la curatelle ou la tutelle). Les époux doivent pouvoir donner librement leurs consentements dès lors qu'ils disposent de la pleine capacité de contracter le mariage. En revanche, le consentement doit revêtir certains critères inconditionnels dont la non-observation est sanctionnée par la nullité du mariage. Le consentement au mariage est donc obligatoire pour la validité du mariage. Étant donc un acte de volonté, il est utile de veiller à l'intégrité et à l'existence du consentement.

Ainsi, le consentement au mariage, réside fondamentalement dans la volonté des futurs époux et aussi des personnes qui répondent d'eux pour contracter le mariage. Ce consentement implique la saine faculté mentale des époux avant et au moment de la célébration et ne doit en aucun cas être vicié sous peine de nullité du mariage⁴⁸⁵. Les promesses de mariage de même que les fiançailles ne peuvent être requises comme consentement au mariage⁴⁸⁶. Au terme de l'article 119 du code béninois des personnes et de la famille, « chacun des futurs époux, même mineurs, doit consentir personnellement au mariage ». Cette disposition se retrouve identique à l'article 146 du code civil français au terme duquel, « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » On pourrait comprendre que du point de vue de la conception

⁴⁸⁵ Francis LEFEBVRE, *Droit de la famille, mémento pratique, 2014-2015*, Paris, 2014, p. 16. ; Cass 1^{er} civ 2- 12-1992 n°91-11.428 : Bull. civ. n° 299

⁴⁸⁶ Francis LEFEBVRE, *Droit de la famille, mémento pratique, 2014-2015, op. cit.*, p. 17

occidentale d'individualité du mariage, le seul consentement des futurs époux majeurs suffit. Or, prenant en compte la conception collectiviste du mariage en Afrique et au Bénin en particulier, cette disposition pourrait poser un problème dans la mesure où jusqu'à ce jour il n'y a pas de mariage au Bénin où les deux familles des époux ne soient impliquées. C'est une pratique qui perdure, et se révèle même comme l'enracinement de la dot quelle que soit la valeur symbolique de cette dernière. Il convient de rappeler que la même disposition se retrouve identiquement dans diverses législations africaines⁴⁸⁷ sans qu'aucune de ces législations ne puissent spécifier, mentionner cet aspect du consentement des parents à l'égard des futurs époux majeurs. Le paradoxe, c'est que toutes les unions même les unions de fait font tous objet du consentement des futurs époux ou concubins. Dans la pratique, quand les deux futurs époux ou concubins commencent par se fréquenter au point d'envisager une union, ils décident de faire connaître leur relation à leur famille respective quitte à obtenir leur consentement puis recevoir leur bénédiction et c'est donc pour donner suite à cela que la cérémonie de connaissance des parents est organisée de commun accord par les deux familles à fins de consolider les liens. Pour ce qui est du consentement des parents à l'égard du mariage de leur enfant mineur : les articles 121 du code béninois des personnes et de la famille rejoignent article 148, 154 et 155. Ces différents articles posent le problème du défaut de consentement unanime des pères et mères à l'égard du mariage de leur enfant mineur. Ici, en cas de désaccord des parents, le parent qui oppose son refus de consentement devra apporter la preuve de ce que son refus est guidé par un souci de protection d'un intérêt de l'enfant qu'il faut à tout prix sauvegarder. Le juge saisi peut statuer par ordonnance. Cette décision du juge est sans recours. L'article 148 du code civil français, traduit qu'en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte le consentement. Le droit béninois n'en donne aucune précision, mais se contente simplement de l'application qui est faite en droit français. La législation togolaise a semblé être plus précise ici sur la question, en notifiant dans l'article 45 de son code de la famille que le dissentiment entre les ascendants emporte carrément le refus de consentement, c'est-à-dire qu'il n'y aura pas d'autorisation de mariage si les ascendants n'ont pas un consentement unanime. La plupart des familles en Afrique noire francophone français sont patriarcales et à supposer que c'est le père du mineur qui refuse de donner son consentement. Le mariage sera célébré, mais le mineur peut être rejeté par toute sa propre famille. Ainsi, sociologiquement, ce mariage pose un problème dans un contexte comme celui du Bénin. Le législateur pourrait essayer de sauvegarder

⁴⁸⁷ Art 44 du code togolais de la famille ; 240 du code de la famille burkinabè ; art 108 du code de la famille sénégalais

l'autorité parentale jusqu'à l'arrivée à l'âge de la majorité des futurs époux. Mais il a opéré un choix facile celui de la transposition de la disposition du code civil en la matière. L'article 125 du code béninois des personnes et de la famille est aussi une appropriation de l'article 147 du code civil. Cet article est une réciproque de la situation établie par l'article 143 du code béninois.

2- Les dispositions relatives à la bigamie et aux mariages prohibés

Le rejet de la polygamie constitue une ancienne situation, profondément ancrée dans l'histoire et dans la pensée juridique occidentale. Assez marqué par des choix et considération religieux, ou de civilisation, le rapport du droit à cette pratique est à la fois bien éclairé dans sa position et ambigu quant à ses fondements. Au XVIII^e siècle, l'Abbé Jaquin, en se fondant sur Ferrières, la polygamie est le mariage d'un homme avec plusieurs femmes ou d'une femme avec plusieurs hommes en même temps. Les lois romaines la punissaient de la peine d'infamie. Elle était autrefois punie de peine de mort dans certains parlements de France. Mais avec l'évolution, la bigamie n'est punie que de la peine de bannissement ou des galères. Ainsi, dans l'héritage des pays européens le rejet de la polygamie, un héritage conservé depuis les racines antiques. Toutefois, notamment à partir de l'affirmation du mariage comme sacrement par l'Eglise, religieux et juristes, ont dû résoudre dogmatiquement la question de l'exemple des patriarches bibliques qui contredisait le rejet de la pratique de bigamie dans le monde chrétien. Il est donc clair que la doctrine chrétienne est fondamentalement opposé la bigamie. En revanche, certaines religions autorisent la bigamie. C'est le cas de l'Islam qui autorise un homme à avoir quatre femmes.

C'est en réalité la bigamie qui est interdite et punie par le droit français. Or, le problème relatif à la bigamie demeure à ce jour un problème sociologique. S'il est vrai que la loi aujourd'hui ne permet pas la célébration d'un second mariage, il faut tout de même remarquer que la loi n'a pas interdit les unions libres au côté d'une union légalement formelle (le mariage). Plusieurs sont donc des couples qui vivent dans une telle situation, de sorte qu'en réalité ce que le législateur pense protéger est évincé. Il faut remarquer que si cette disposition est efficace en droit français, c'est en raison du fait que depuis longtemps la bigamie n'a pas trop existé en France et n'est vraiment vécue de la société française ce qui n'est pas le cas dans une société où la bigamie se vit paisiblement comme une pratique culturelle et curieusement les femmes elles s'y soumettent. Le législateur béninois devrait en tenir compte pour légiférer ce qui n'a vraiment pas été le cas. Sur la question le législateur sénégalais de même que Togolais semblent

être plus rationnel en donnant la possibilité aux époux de contracter un autre mariage civil bien que le précédent ne soit pas dissous.

En ce qui concerne les mariages prohibés : le constat de la transposition est le même, en ce qui concerne l'article 122 du code béninois des personnes et de famille et les articles 161, 162 et 163 du code civil. Au terme de l'alinéa de l'article 122 du code béninois, « est prohibé pour cause de parenté ou d'alliance, le mariage de toute personne avec : ses ascendants ou ceux de son conjoint ; ses descendants ou ceux de son conjoint ; jusqu'au troisième degré, les descendants de ses ascendants, ou de ceux de son conjoint ». Cette disposition est à la fois la jonction des articles 161, 162 et 163 du code civil français ; « en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les descendants et ascendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne (art 161) ; en ligne collatérale, le mariage est prohibé entre frère et sœur légitime ou naturel 'art 162⁴⁸⁸) ; le mariage est prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, que la parenté soit légitime ou naturelle (art 163). Il faut remarquer que le législateur béninois a même été imprécis, même en s'appropriant la disposition du code civil. En réalité, il n'a pas été précisé s'il s'agit de parenté légitime ou de parenté naturelle. L'alinéa 2 de l'article 122 du code béninois est également une reprise de l'article 164 du code civil. Les prohibitions définies pour certains mariages ne sont pas nécessairement une mauvaise chose. D'ailleurs, toutes les législations des pays d'Afrique noire francophone, ont des dispositions presque tous unanimes à celui du droit français. Mais avait-on toujours besoin de recopier ou de paraphraser à la limite les dispositions du code civil lorsque le législateur sait qu'il existe des mariages avec des spécificités allant d'une culture à une autre, qui malgré le code des personnes et de la famille ont toujours cours sous le regard impuissant de la loi. Le plus important n'est pas d'édicter une loi ce qui importe plus c'est l'efficacité de cette loi dans la société où elle a été édictée sans quoi la loi demeure inutile.

En ce qui concerne l'âge au mariage, le droit béninois est unanime avec le code civil français en ce qui concerne l'âge requis pour contracter un mariage chez les hommes qui est de 18 ans révolu⁴⁸⁹ ; cependant, le droit béninois retient 18 ans chez la femme⁴⁹⁰ et le droit français 15 ans⁴⁹¹. Les dispositions de l'article 123 du code béninois des personnes et de la famille

⁴⁸⁸ Cet article a été abrogé par la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975

⁴⁸⁹ Art, 123 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF et 144 du code civil français.

⁴⁹⁰ Art, 123 *Idem*

⁴⁹¹ Art, 144 du code civil français.

définissent les mêmes conditions que la législation togolaise, retient également 18 ans révolu pour l'homme et pour la femme, comme condition d'âge⁴⁹². En revanche, la législation burkinabé définit une disposition différente que tous les autres et fixe l'âge au mariage à 20 ans révolu pour l'homme et 17 révolu pour la femme⁴⁹³. Pour la législation Sénégalaise, elle définit exactement les mêmes conditions d'âge⁴⁹⁴ que le code civil français. Il est donc aisé de constater que la majorité des articles du code civil ont été recopiés soit intégralement ou reformulés par les législations des Etats africains noirs francophones, sur les questions relatives aux conditions de fond du mariage.

B. Les dispositions relatives aux conditions de formes du mariage

Le mariage est défini comme une convention par laquelle un homme et une femme s'unissent devant un officier d'état civile. Elle peut aussi suivant certaines législations comme la législation française définie comme une union entre deux personnes de même sexe. Si seules les questions de consentement suffisent de la validité de l'union, il faut remarquer qu'après le consentement il y a l'accomplissement de certaines formalités qui confère aux mariages son caractère solennel. Ainsi outre les conditions de fonds certaines conditions de formes sont aussi nécessaires. Il s'agit ici de dispositions relatives aux choix de l'option matrimoniale (1) et de même que les dispositions relatives à la dot et à l'autorité compétente pour la célébration (2).

1- La disposition relative à l'option matrimoniale

La question de l'option matrimoniale bien que représentant une condition de forme du mariage, elle fait objet de contradiction à la fois sociologique et juridique. Le mariage à travers ses formes, ses rites posent le problème du choix de la monogamie ou de la polygamie selon que l'on se retrouve dans différentes sociétés. Si certaines sociétés notamment les sociétés occidentales et du monde arabe ont été influencé par le choix de la religion. D'autre en

⁴⁹² Art, 43 du code de la famille togolais

⁴⁹³ Art, 238 du code des personnes et de la famille burkinabé.

⁴⁹⁴ Art 111 du code de la famille sénégalais.

revanche, notamment les sociétés africaines sont influencées par les coutumes et traditions indigènes. Historiquement, la question du choix de la polygamie ou de la monogamie a évolué depuis les sociétés classiques jusqu'aux sociétés contemporaines. Aujourd'hui, il est clair que la plupart des sociétés occidentales notamment le droit français ont opéré le choix de la monogamie exclusive. Mais en Afrique, le choix adopté par les législations modernes de la famille est par en droit tranchés par le choix de la monogamie, option du colonisateur. Cependant, nombreux sont ces législations africaines qui ont adopté une position mixte conciliant la polygamie et la monogamie au choix des époux. Mais il faut reconnaître que sur la question il y a eu par en droit du mimétisme conduisant à transposer les dispositions relatives aux choix de l'option matrimoniale dans leur droit internes.

La question du mimétisme législatif touche beaucoup de dispositions du code des personnes et de la famille. Les plus perceptibles sont celles qui touchent à des questions liées aux usages les plus importantes, fondamentalement la question de la monogamie et de la polygamie. Revenant à l'article 147 du code civil français, « on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier mariage ». Une interprétation de cette disposition traduit un rejet systématique de la polygamie autrement seul le mariage monogamique est reconnu en droit français. L'article 143 du code béninois des personnes et de la famille, se retrouve la même disposition en termes de : « Seul le mariage monogamique est reconnu ». Cette disposition est toute identique à celui de l'article 147 du code civil français. La polygamie est une institution du droit coutumier qui permet à un individu, un homme de se marier et de vivre avec deux ou plusieurs épouses⁴⁹⁵. Longtemps vécue, la pratique de la polygamie a commencé par être décriée, mais seulement par un groupe de femmes élites regroupées au sein de l'association des femmes juristes⁴⁹⁶, alors que la pratique n'a jamais cessé. La constitution béninoise de 1977, amendée par la loi n° 84 - 003 du 06 mars 1984 a essayé de régler en son article 124 cette inégalité établie par la polygamie, qui était en quelque sorte une autorisation d'adultère de l'homme, sans que la femme n'en ait la possibilité. La constitution du 11 décembre 1990, énonçant le principe de l'égalité entre l'homme et la femme oppose un refus de la polygamie⁴⁹⁷. Jusque-là, la législation de la famille n'était pas encore votée, et la pratique

⁴⁹⁵ Stanislas MELONE, « Le poids de la tradition dans les droits africain contemporain », *Rev. Penant*, 1971, n° 4, p. 423

⁴⁹⁶ Société civil béninoise animées par l'association de femme juriste.

⁴⁹⁷ Hospice AHOANDJINO DJOSSINO, « Le mariage monogame dans le droit positif béninois : intérêt et perspectives » *in la dot et le mariage en Afrique, op. cit*, p. 20

de la polygamie malgré les maintes consécutions de la constitution, n'a nullement régressé. Après le vote du code des personnes et de la famille, en 2004 la polygamie a été abolie⁴⁹⁸. Mais cette abolition n'a été qu'une pure théorie. Dans la pratique, pour montrer la désaffection à la monogamie, le nombre de mariages civils a sensiblement chuté et les unions de fait sont devenues plus nombreuses et diversifiées sous plusieurs formes⁴⁹⁹. L'une des principales causes de la persistance de la polygamie et du refus de la monogamie trouve son fondement dans les coutumes qui restent impénétrables sur la question, à l'évolution des mentalités. Il faut tout de même observer que l'étonnante résistance de la polygamie aux législations modernes n'est pas en fait l'attachement des hommes à un privilège, mais beaucoup plus de l'attachement d'une société à une organisation sociale⁵⁰⁰. Le professeur Stanislas MELONE le souligne bien que les croyances et pratiques ne peuvent pas se transformer subitement, sous l'action législative et réglementaire du législateur ou des gouvernants, elles n'évoluent que lentement et chacune à leur rythme propre. Il est une illusion de penser que la contrainte de la règle juridique peut tout changer, elle conduit d'ailleurs à l'échec⁵⁰¹. Il ne s'agit donc pas de transposer une institution d'une législation à une autre ; il faut tenir compte des réalités en cours dans chaque société, car les problèmes juridiques n'ont pas toujours les mêmes solutions dans toutes les sociétés. Sur cette question relative à l'option, les législations Sénégalaise⁵⁰² et togolaise⁵⁰³ ont été plus rationnelles qu'idéalistes, car elles donnent la possibilité de choix entre la polygamie et la monogamie aux futurs époux.

2- Les dispositions relatives à la dot et à l'autorité célébrant du mariage

S'il existe une institution qui fait la particularité des législations africaines de la famille, c'est la dot. Totalement retiré du droit français le code civil français n'accorde plus une place à la dot dans le mariage. Malgré les critiques sur la façon dont la dot est pratiquée, dans les Etats africains noirs francophones, on aurait pu croire que les législateurs africains du droit de la

⁴⁹⁸ Art, 143 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁴⁹⁹ Hospice AHOUCHE DJOSSINO, « Le mariage monogame dans le droit positif béninois : intérêt et perspectives » *in la dot et le mariage en Afrique, op. cit.*, pp. 26-27

⁵⁰⁰ Mariel NYANGUI N'NA SANTIA, *op. cit.* p. 105

⁵⁰¹ Stanislas MELONE, *op. cit.*, p. 423

⁵⁰² Art 133 du code de la famille sénégalais.

⁵⁰³ Art, 42 du code de la famille togolais

famille rejetteraient de leur ordonnancement juridique la dot. Certaines législations africaines ont tenté de l'interdire⁵⁰⁴ comme en droit français, mais ce qui est regrettable, l'institution est restée toujours en usage dans la population de sorte que cette disposition législative est tombée en désuétude⁵⁰⁵. C'est là encore l'inconvenant d'un mimétisme ayant pour but parfois de rechercher forcément un conformisme de la législation à celui de la métropole. La législation béninoise a eu sur ce point le mérite de se démarquer du droit français, tout en préservant les pratiques d'une part et tout en éduquant sur la surenchère observée dans cette pratique par le rappel du caractère symbolique de la dot. Ainsi, l'article 142 du code béninois des personnes et de la famille a échappé à la transposition observée, en ce qui concerne plusieurs dispositions de la législation béninoise de la famille. Aujourd'hui, cette surenchère diminue de plus en plus en raison de deux facteurs. Le premier réside dans l'adhésion des familles au principe de consentement obligatoire des futurs époux. Le second consiste au fait que les parents craignent de voir leur fille abandonnée par les prétendants en raison de leur exigence sur la valeur de la dot. En revanche, ils sont exigeants sur son aspect symbolique, car c'est en présence de la dot qu'ils accordent leurs bénédictions. Ce qui est important dans le mariage au Bénin pour le futur époux, c'est la bénédiction des deux familles.

En ce qui concerne l'autorité compétente pour la célébration du mariage, l'article 126 du code des personnes et de la famille indique que tout mariage doit être célébré par l'officier d'état civil et dans les conditions prévues par la loi. Or, l'article 165 du code civil français désigne également seul l'officier d'état civil aussi pour la célébration du mariage. Il est tout à fait normal que l'Etat donne compétence à un de ses agents pour célébrer le mariage civil. Cependant, si l'on sait que dans le mariage au Bénin les institutions comme la dot par exemple y interviennent forcément et qu'il ne revient pas à l'officier d'état civil de récupérer la dot, pourquoi ne pouvait-on pas associer un officier traditionnel. De même que l'Etat ne considère pas autre mariage que le mariage civil, très peu de citoyens n'accordent pas de considération au mariage civil, auquel ils s'abstiennent d'ailleurs. C'est encore ici le lieu de remarquer l'inopportunité de désigner seul l'officier d'état civil pour la célébration du mariage civil comme c'est le cas en droit français. Au-delà des institutions du mariage, l'activité de transposition législative établie également l'institution de nouvelles règles régissant les rapports de droit dans la famille.

⁵⁰⁴ Loi n°20/63 du 31 Mai 1963 portant interdiction de la dot au Gabon.

⁵⁰⁵ Mariel NYANGUI N'NA SANTIA, Le droit gabonais de la famille entre tradition et modernité, *op cit*, p. 272

Paragraphe 2 : une reproduction des règles régissant les rapports de droit dans la famille

La transposition législative source parfois de nombreuses inadaptations, au-delà de la création de nouvelles institutions du mariage, dans les pays de l'Afrique noire comme du Maghreb, en particulier ceux de l'Afrique noir francophone a opéré aussi une transposition des règles relatives aux rapports de droit entre époux (A) et celles relatives aux rapports de droit parents enfants et ascendants (B).

A. Les règles relatives aux rapports de droit entre époux

En se mariant, l'époux s'engage à une vie de communauté, ou chacun d'eux s'oblige à collaborer pour assurer ensemble la direction et la gestion du ménage. Les législations de la famille définissent des règles qui régissent cette collaboration. Ainsi, la législation de la famille béninoise définit aussi des dispositions établissant des rapports entre les époux. Il s'agit ici des dispositions empruntées du code civil par le code béninois des personnes et de la famille, sur les rapports d'obligations entre les époux (1) et des régimes matrimoniaux (2).

1- Les dispositions relatives aux rapports de droits et d'obligations entre les époux

Le mariage emporte des effets sur les rapports personnels entre époux, mais également dans leurs rapports pécuniaires. Les rapports personnels sont généralement des devoirs réciproques tels que le devoir de secours, le devoir d'assistance ou le devoir de fidélité par exemple. Le mariage crée des droits et des obligations à l'égard des époux⁵⁰⁶. Ils se doivent secours et assistance, respect et fidélité. Ils pourvoient ensemble l'éducation des enfants, et la direction du ménage. Ceci met les époux au même pied d'égalité. Ces obligations, portées à la charge des époux, trouvent leur fondement dans le code civil français en droit français et dans le code des personnes et de la famille en droit béninois. Une analyse des différentes dispositions du code civil français et du code béninois des personnes et de la famille fait remarquer une fois encore ici, une reproduction presque totalement identique du code des personnes et de la famille, du code civil français. En effet, l'article 155 du code béninois reprend exactement et

⁵⁰⁶ Francis LEFEBVRE, *op. cit.*, p. 35

dans les mêmes termes et ponctuations, le contenu de l'article 213 du code civil français. Aux termes de l'article 155 du code béninois, « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir » et l'article 213 du code civil, « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ». Aux termes de l'article 154 du code béninois, « Les époux se doivent mutuellement fidélité » et aux termes de l'article 212 du code civil, « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ; » le devoir de fidélité a été annoncé dans les mêmes termes. Même si l'article 154 du code béninois n'inclut pas le secours et l'assistance comme l'article 212 du code civil, il l'énonce dans un autre article, l'article 153 du même code des personnes et de la famille. En ce qui concerne la contribution aux charges du ménage et les conditions de leur mise en œuvre, les articles 159 et 160 du code béninois des personnes et de la famille, sont une reprise de l'article 21. L'article 159 définit la contribution aux charges en fonction de la faculté contributive de chaque époux ce qui est défini par l'alinéa 1 de l'article 214 du code civil, et l'article 160 du code béninois rejoint l'alinéa 2 de l'article 214 du code civil. Il faut remarquer que cette disposition de la contribution aux charges du ménage ne semble pas être trop en phase avec les mentalités et réalités des sociétés africaines noires. La non-contribution aux charges de la femme ne gêne nullement l'homme pour qui d'ailleurs semble limiter la contribution de la femme aux travaux de ménages et à l'entretien des enfants. L'instinct de la domination masculine, fait que l'homme se donne pour obligation d'assumer toutes les charges financières qui entrent dans l'entretien du ménage. Même si la femme dispose d'un pouvoir d'achat financier plus élevé que celui de son mari, elle ne contribue pas toujours à proportion de ses facultés contributives. A ce jour, un homme qui laisse sa femme contribuer à une plus grande part des charges du ménage parce que son pouvoir d'achat est inférieur à celle de cette dernière, est qualifié d'un « vaut rien » par la société. Par ailleurs, les articles 153 et 156 du code béninois des personnes et de la famille sont aussi une reprise de l'article 215. Ces dispositions sont relatives au choix du domicile conjugal, qui doit être fait de commun accord par les époux, article 156 du code béninois des personnes et de la famille ; alinéa 2 de l'article 215 du code civil. L'obligation de communauté de vie est définie par l'alinéa 1 du code civil, et reproduit par l'article 152 du code béninois.

Dans les rapports entre époux établis par les pratiques dans les coutumes béninoises, le mari était considéré comme le seul chef de famille. Il s'agissait en fait d'une volonté de

soumission et de subordination de la femme vis-à-vis de son mari⁵⁰⁷. Il est vrai que la législation moderne du droit de la famille⁵⁰⁸ a le mérite de corriger l'inégalité qui prévalait dans l'exercice et dans la jouissance des droits et obligations découlant des rapports entre époux. Mais il est opportun de relever que malgré cette réglementation, cette inégalité en pratique ne semble pas vraiment effective. C'est pourquoi, l'édiction de ces dispositions devrait se faire dans une approche sociologique en prenant en compte les pratiques, plutôt que dans une approche mimétique.

2- Les dispositions relatives aux régimes matrimoniaux

Les régimes matrimoniaux. Le mariage n'est pas seulement limité, au consentement des futurs époux, à la préparation de la célébration, aux rites en général le moment de la détermination du mode de gestion des biens qu'il soit des biens personnel ou commun de même que les dettes et charges éventuelles. C'est en termes plus concret le choix par les futurs époux du régime matrimonial. Ce choix se fait à travers la rédaction et la signature du contrat de mariage. C'ici l'accomplissement d'un acte authentique qui se fait en présence d'un notaire. Le droit des régimes matrimoniaux est une branche du droit regroupant les règles qui s'appliquent aux époux liés par le mariage pendant leur vie commune et au moment de la dissolution de leur mariage. Ces règles sont relatives à la gestion des biens, les obligations pécuniaires des époux envers les tiers, leurs obligations familiales, la composition de leurs patrimoines.

L'absence de politique législative qui a conduit à la transposition des normes législatives en droit de la famille au Bénin, n'a pas épargné les régimes matrimoniaux. Nombreux sont les dispositions relatives aux régimes matrimoniaux dans la législation béninoise de la famille, qui ont été empruntés au code civil français. En effet, toutes les dispositions générales des régimes matrimoniaux contenus dans le code béninois des personnes et de la famille ont été appropriées sans aucune modification du code civil français. Ainsi, aux termes de l'article 164 du code des personnes et de la famille : « la loi régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales. Les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient contraires aux bonnes mœurs ni aux dispositions qui suivent », c'est une copie sans faute aucune, avec le respect de toutes les

⁵⁰⁷ Norbert OKOUMA, *Le droit des régimes matrimoniaux au Gabon*, Cours de Master I, Université Omar BONGO, Libreville 2006-2007.

⁵⁰⁸ Loi n°2002-07 portant code des personnes et de la famille en république du Bénin.

punctuations de l'article 1387 du code civil. L'article 165 du code béninois : « Les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles relatives à l'autorité parentale, à l'administration légale et à la tutelle. » ici également la copie de l'article 1388 du code civil. Article 166 du code béninois : « Les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions sans préjudice des libéralités qui peuvent avoir lieu selon les cas et dans les formes déterminées par la loi », c'est encore ici la copie de l'article 1389 du code civil. Il en est de même pour les articles 167, 168, 169, 170 et 171 du code béninois des personnes et de la famille qui sont également la copie sans faute, respectivement des articles 1394, 1395, 1386 en ses alinéas 1 et 2, 1397 et 1398 en résumé, tous les articles portant dispositions générales des régimes matrimoniaux sont dans leurs totalités copiées de façon minutieuse du code civil.

En ce qui concerne le régime de la séparation des biens qui est le régime de droit commun au Bénin, c'est aussi la règle de la transposition qui a prévalu. L'article 185 du code des personnes et de la famille définit en ses termes : « Chacun des époux conserve dans la séparation des biens l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens propres, sous réserve d'assurer la contribution aux charges du ménage chaque époux reste tenu des dettes nées de son propre chef avant ou pendant le mariage hors les cas prévus à l'article 179 » cette disposition est une reprise des termes de l'article 1536 du code civil qui mentionne article 220 à la place de l'article 179 évoqué dans l'article 185 du code béninois. Quand on fait recours à l'article 179 du code béninois on remarque qu'il s'agit d'une copie conforme de l'article 220 du code civil. De même les autres dispositions relatives toujours à la séparation des biens, sont aussi recopiées du code civil, telle que le témoigne les articles 1538 du code civil qui regroupe les termes des articles 186, 187 et 188 du code des personnes et de la famille.

Pour ce qui concerne le régime de la communauté réduite aux acquits contenus dans la législation béninoise, elles sont aussi pour presque tous des dispositions contenues dans le code civil français. Pour ce qui est de l'actif de la communauté, les termes de l'article 190 du code béninois qui définissent la composition de l'actif de la communauté sont identiques dans le fond comme dans la forme à ceux définis par l'article 1401 du code civil. Il en est de pareille pour les articles 192 et 193 du code béninois, qui respectivement reproduit les art. 1404 et 1403. Quant à la composition du passif de la communauté, les articles 194, 195, 196 et 200 du code des personnes et de la famille sont respectivement les copies des articles 1409, 1413, 1414 et 1415 du code civil français. En conclusion, la loi n° 2002 - 07 portant code des personnes et de

la famille ne représente vraiment pas une législation issue de la mise en œuvre d'une politique législative en matière de construction normative, mais beaucoup plus d'une activité de mimétisme juridique, dont le résultat est la création de nouvelles institutions de mariage, qui n'est que le produit d'un droit étranger.

B. Les règles relatives aux rapports de droit entre parents et enfants

La simple évocation du mot famille renvoie à l'esprit, structure composée de père, mères et enfants autrement dire parents et enfant. Cette composition quelle que soit la société ne change pas. Ce qui diffère, c'est la taille de la structure selon les réalités sociologiques. Il est donc évident qu'il existe des relations entre les personnes qui composent la famille. Ces relations sont d'abord originelles, parce qu'à l'origine de la famille elle-même. Ensuite, ces rapports sont fraternels et assurant la perpétuation de la famille. Les rapports entre parents et enfants se traduisent par la filiation, la tutelle (1) et par la transmission de droit (2).

1- Les dispositions relatives à la filiation et la tutelle

La famille africaine a connu de profondes mutations, au rythme de l'évolution des sociétés africaines vers la modernité induite par l'évolution des législations de la famille, de sorte que les pratiques qui pouvaient se produire il y a 20, 30 à 40 ans ne sont plus vraiment évidentes aujourd'hui⁵⁰⁹. Cette mutation a touché également les rapports de filiation et de tutelle des enfants vis-à-vis de leurs parents. Le code des personnes et de la famille en droit béninois de la famille constitue l'instrument déterminant, parce que c'est lui qui a institué depuis 2004 de nouvelles dispositions définissant ces rapports de filiations et de tutelle. Cependant, il faut remarquer que la difficulté des législateurs africains noirs francophones de ne pas pouvoir élaborer des règles propres aux réalités des familles africaines s'observent également ici, car la plupart des dispositions relatives aux rapports de filiation et de tutelles sont des dispositions copiées du code civil français, ce qui est d'ailleurs la cause de toutes les mutations observées dans les familles africaines. Ainsi, en considérant la filiation des enfants nés pendant le mariage, le principe de la présomption de paternité est défini de façon uniforme dans la législation béninoise et dans le code civil français. Au terme de l'article 300 du code béninois des

⁵⁰⁹ Mariel NYANGUI N'NA SANTIA, *Le droit gabonais de la famille entre tradition et modernité*, op. cit p. 125.

personnes et de la famille, « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant en justice s'il arrive à justifier de faits propres qu'il ne peut pas en être le père. » L'article 312 du code énonce également exactement les mêmes termes pour la présomption de paternité. Le constat est le même pour l'article 301 et 302 du code béninois qui reprennent les termes de l'article 313 du code civil, l'article 303 du code béninois reprend les termes de l'article 313-2 du code civil. Cette conformité est aussi constatée pour les autres dispositions sur la filiation des enfants nés dans le mariage. La représentation sociale de la paternité est cependant liée à la vision sociale de chaque société.

Les questions liées à la présomption de paternité ont très peu d'intérêt lorsque l'on sait que le père n'apparaît pas dans certaines sociétés (Trobriandais des îles Trobriand) comme un géniteur, mais n'existe que pour assurer toutes les charges relatives à l'entretien de la femme et des enfants, et que l'enfant appartient au clan de la mère⁵¹⁰. Cette vision de la paternité est totalement contradictoire dans les sociétés occidentales, et même de celle de beaucoup de traditions africaines, et donc toute transpositions de pratique étranger serait inadapté. Revenant à la question de transposition, il en est de même pour ce qui concerne la filiation des enfants nés hors mariage, pour les actes de possession d'état et de reconnaissance⁵¹¹. En ce qui concerne les dispositions relatives à l'adoption, le code des personnes à l'image du code civil français, distingue également l'adoption plénière dont les dispositions qui l'organisent sont également inspirées du code civil. Ainsi en est-il par exemple des articles 342 et 343 du code des personnes et de la famille qui sont empruntés respectivement des articles 347 et 348 du code civil. La règle est de mise pour certains articles relatifs à l'adoption simple. Pareil pour la question de l'autorité parentale avec les articles 406 du code béninois des personnes et de la famille, et 371 du code civil français.

La tutelle des mineurs est une charge familiale⁵¹², habituellement les fonctions tutélaires des mineurs étaient obligatoires pour les parents et alliés. Ainsi, toute personne non parent ou allié du mineur ne peut être forcé à la tutelle⁵¹³ Le code des Béninois des personnes et de la famille organise la tutelle à travers plusieurs de ses dispositions, qui sont pour la plupart des

⁵¹⁰ Bronislaw MALINOWSKI, *La paternité dans la psychologie primitive*, éd Allia, Avril 2016, p. 19

⁵¹¹ Cf, art 318 et svt de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF et art 334 et svt du code civil français

⁵¹² François TERRE, Dominique FENOUILLET, *Les personnes, Personnalité-Incapacité-Protection*, 8^e éd, Dalloz, 2012, p. 535.

⁵¹³ Art 432 du code civil.

dispositions copiées du droit français. Les articles 468 du code béninois des personnes et de la famille est une reprise combinée des articles 397 et 398 du code civil ; c'est également le cas de l'article 470 du code des personnes et de la famille qui reprend les mêmes termes de l'article 404 du code civil français. En résumé, les mutations que connaissent les familles dans les rapports de filiation africaines traduisent un passage de la conception de la filiation de famille africaine vers la conception de la filiation de famille occidentale.

2- Les dispositions relatives aux successions

Les coutumes consacrent un certain privilège dans les successions, celui de la masculinité, qui crée une inégalité dans la dévolution successorale⁵¹⁴. Dans les pratiques, les filles ne disposent pas des mêmes droits de succession que les garçons. Dans les coutumes béninoises, les filles, de façon générale héritent toujours des pagnes, parures, et ustensiles de ménage. Cette injustice est en voie de disparition avec l'évolution des coutumes. Depuis toujours les coutumes béninoises n'ont jamais opéré une distinction entre enfants naturels et enfants légitimes dans la dévolution successorale, comparativement à certaines coutumes comme les coutumes gabonaises, ou par application du code civil gabonais⁵¹⁵, la jurisprudence consacre l'infériorité de l'enfant naturel par rapport à l'enfant légitime de la famille⁵¹⁶, surtout sur la quotité dévolue à chacun d'eux⁵¹⁷. Les enfants naturels adultérins ou incestueux ne disposent presque pas de qualité de successible. En droit béninois, le code des personnes et de la famille, depuis 2004 vient palier à la situation d'inégalité opérée par les coutumes. Sans doute, il s'agit encore ici de la transposition de nombres de dispositions du code civil de la métropole, dans l'ordre juridique familial béninois.

Les successions « s'ouvrent par la mort ou par déclaration judiciaire du décès en cas d'absence ou de disparition. Le lieu où la succession s'ouvre est déterminé par le dernier domicile du défunt ». Cette disposition relative à l'ouverture de la succession est consacrée par l'article 588 du code béninois des personnes et de la famille. L'article 720 du code civil français consacre dans les mêmes termes l'ouverture de la succession, mais la disposition du code béninois relève le cas d'ouverture par disparition ou absence judiciairement déclarées. La

⁵¹⁴ Mariel NYANGUI N'NA SANTIA, Le droit gabonais de la famille entre tradition et modernité, op cit p. 193

⁵¹⁵ Art 758 du code civil gabonais.

⁵¹⁶ CS, arrêt n°12/L du 18 janvier et n° 17/L du 28 février 1979, inédit

⁵¹⁷ La quote-part de l'enfant naturel varie en fonction de la qualité des autres successibles : enfants légitimes, les ascendants ou collatéraux du défunt.

qualité de successible est défini par l'article 594 du code béninois des personnes et de la famille. Aux termes de cet article, « Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. L'enfant simplement conçu peut succéder s'il naît vivant. La date de la conception est déterminée conformément aux dispositions de l'article 3 du présent code. » On retrouve également la même disposition à l'article 725 du code civil français. En ce qui concerne l'indignité successorale : au terme de l'article 595 du code béninois des personnes et de la famille, « Est indigne de succéder comme tel exclus de la succession celui qui a été condamné en tant qu'auteur, coauteur ou complice pour avoir volontairement donné la mort, ou tenté de donner la mort, ou porté des coups mortels au défunt » cette disposition est établie, dans les mêmes termes à l'article 726 alinéa 1 du code civil français. L'indignité successorale est personnelle, les enfants de l'indigne ne peuvent être exclus de la succession pour la faute de leur père. C'est l'article 599 alinéa 1 du code béninois des personnes et de la famille. Cet article reprend en ses termes les termes de l'article 730 abrogé du code civil français aux termes duquel : « Les enfants de l'indigne, venant à la succession de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur père ; mais celui-ci ne peut, en aucun cas, réclamer, sur les biens de cette succession, l'usufruit que la loi accorde aux pères et aux mères sur les biens de leurs enfants. » L'alinéa 2 de l'article 599 du code béninois définit l'obligation de restitution de tous les biens, ainsi que les fruits et revenus dont l'indigne a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession, sans préjudice de tous les dommages et intérêts s'il y a lieu. Cet alinéa reprend les mêmes termes que celui de l'article 729 du code civil français. De façon générale, la législation béninoise de la famille définit les conditions relatives aux droits des successions que le code civil : l'ordre de dévolution, les personnes ayant la qualité de successible, d'indignité, de représentation dans la succession, de même que les droits de succession du conjoint survivant.

L'évolution et les mutations sociales constantes, de même que culturelle établissent aujourd'hui une perturbation dans les rapports permanents établissant les relations entre parent et enfant. Interrogeant les fondements de notre système de parenté occidental, les mutations familiales récentes ont suscité de multiples études, tout en distinguant de manière inédite la maternité de la paternité. Pour le regard scientifique, en effet, il est devenu acquis que « les pères aussi ont une histoire »⁵¹⁸. L'essor de la littérature savante s'attache à une double

⁵¹⁸ Yvonne Knibiehler, *Les pères aussi ont une histoire*, Hachette, 1987. p. 240

évolution. La première renvoie à la transformation des rapports pédagogiques qui découlent de la dévalorisation des rapports d'autorité au sein de l'espace privé. La seconde tient à la nouveauté du regard sur ces rapports, dans la mesure où l'enfant lui-même n'est plus perçu de la même manière qu'autrefois. Sans prétendre épuiser un vaste sujet, on évoquera ici les questions de la transmission parentale, de l'autorité parentale et des effets du divorce sur les relations entre parents et enfant. Les relations familiales se sont adaptées pour garantir aux membres de la famille la possibilité d'un épanouissement personnel. Aux parents, en particulier, est revenu le difficile travail de révélation de l'identité enfantine. Cette orientation rompt avec le passé. De la fin du XIXe siècle à la fin du XXe, les rapports pédagogiques étaient prioritairement pensés sur le mode de la prise en charge d'un être en devenir, par les parents et les maîtres d'école en premier lieu. Pour les observateurs, dans la lignée de l'école durkheimienne, il s'agissait d'abord d'examiner le rôle de ces agents, l'éducation supposant inculcation et transmission. Or, cette représentation est devenue moins exclusive avec le temps. En témoigne la Charte internationale des droits de l'enfant de 1987 érigeant ce dernier en sujet.

Au terme de ce chapitre où il a été démontré en quoi la législation de la famille béninoise, comme la plupart des pays d'Afrique noire francophone, est une législation issue de la transposition des normes législatives relatives au droit de la famille du colonisateur, les remarques suivantes méritent d'être retenues : il n'existe pas véritablement une politique législative permettant une étude approfondie des projets de loi avant leur vote ; la colonisation ayant opéré un transfert des normes de la métropole, a impacté les mentalités au point de créer un abandon de certaines pratiques culturelles, et contribuant malgré tout à mettre fin à certaines injustices et pratiques culturelles négatives. En revanche, nombre de dispositions revêtent aujourd'hui leur incapacité à requérir une adhésion sociale, donc inconciliable avec la volonté sociale, de sorte que les pratiques auxquelles elles ont vocation à faire reculer demeurent toujours. Il y a donc une inadaptation de ces dispositions législatives copiées de la métropole qui mérite d'être élucidée.

CHAPITRE 2 : UNE INADAPTATION AVEC LES PRATIQUES ET COUTUMES INDIGENES

Les pratiques législatives établies dans la construction des droits modernes de la famille en Afrique noire francophone, au lieu de réorganiser de façon efficiente, les pratiques familiales indigènes pour élaborer une législation de la famille répondant aux réalités propres des sociétés africaines noires, ont contribué à créer une distance, entre les réalités sociales et l'état de droit. « Le droit de la famille ne peut pas être étranger à l'évolution des mœurs, et en cela, le droit doit s'adapter aux personnes pour lesquelles il est fait »⁵¹⁹. Ces propos du garde des Sceaux français en 2000 au cours d'un colloque, dont les objectifs sont de réorganiser le droit français de la famille afin de mieux l'adapter aux réalités sociologiques françaises de la famille⁵²⁰, témoigne bien de ce que le colonisateur lui-même est conscient de la nécessité de la prise en compte des réalités sociologiques dans la construction du droit de la famille. La construction du droit de la famille dans les Etats de l'Afrique noire francophone, plutôt que de tenir compte des réalités africaines, a érigé en méthode le mimétisme juridique. Cette méthode a pour résultat, l'inadéquation des législations modernes, issues de la transposition des règles du droit de la famille française, avec les pratiques et considérations coutumières indigènes. Cette inadéquation s'explique par les écarts entre les réalités sociales coutumières, et l'état de droit (section 1), et les échecs du droit moderne transposé de la famille face aux pratiques sociales (section 2).

Section 1 : Les écarts entre les réalités sociales, état de droit

Quand on observe la façon dont la famille fonctionne aujourd'hui, on a l'impression de toujours se retrouver dans un système juridique dual presque identique à celui qui prévalait pendant la période coloniale, et celle des indépendances, jusqu'à la mise en place du droit moderne de la famille, et ceci en 2004 pour ce qui concerne le Bénin. En réalité, on constate encore l'existence des pratiques coutumières longtemps érigées en règles par les coutumes et à côté, une législation moderne qui n'est rien d'autre que la vieille législation du colonisateur,

⁵¹⁹ Elisabeth GUIGOU, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Ouverture des Actes du colloque du 4 mai 2000, Carrousel du Louvre, sur : « Quel droit, pour quelles familles ? », La documentation française, Paris, p. 9.

⁵²⁰ Idem, p.7

presque totalement copiée et demeurée non évolutive⁵²¹. Ainsi, en est-il de la dot, qui bien que supprimée, et par endroits réduit à néant, comme le superflue établit en droit béninois qui confère un caractère symbolique à la dot, a continué à exister sur les formes même originales qu'on lui connaît dans certains cas. C'est d'ailleurs, pourquoi elle fait objet de controverses idéologiques et doctrinales entre les conceptions modernistes, dont les tenants sont pour la plupart les juristes occidentaux et les traditionalistes conservateurs. Les éléments qui expliquent mieux l'écart évoqué ici, concerne la désacralisation du mariage, par le droit moderne, inconciliable aux réalités des traditions africaines (paragraphe 1) et les conflits de valeurs que cela engendre (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : la désacralisation du mariage, par le droit moderne, inconciliable aux réalités des traditions africaines.

Le mariage est l'une des institutions les plus sacrées dans les coutumes et traditions africaines. En raison, ses rites occupent une place assez importante dans la pratique, car il marque le passage de l'un des plus grandes étapes de la vie de l'individu. Cette considération en ce qui concerne le mariage l'est moins en droit moderne, qui comparativement aux traditions africaines y accordent peu d'importance. Or, c'est ce droit moderne qui est imposé comme la norme à respecter. Ce caractère, sacré du mariage ignoré par la législation moderne, se révèle ici inconciliable aux idéologies des coutumes africaines. Après avoir appréhendé le sacré dans le mariage coutumier en Afrique noire (A), il sera analysé, la désacralisation de cette institution par le droit positif moderne de la famille (B).

A. Le sacré dans le mariage coutumier africain.

Le mariage en Afrique est l'institution la plus sacrée. Elle ne se résume pas simplement à la rencontre entre une femme et un homme, l'accord de consentement puis la célébration, tels qu'établi par le droit moderne. Il se prépare depuis l'enfance. L'éducation qui est donnée à l'individu depuis son enfance jusqu'à l'âge de mariage entre en ligne de compte pour le choix de son partenaire. Étant donné que le mariage en Afrique noire, et même dans les pays d'Afrique

⁵²¹ Les législations de la famille des pays d'Afrique noire francophone comme celui du Bénin a été inspiré du code français de 1804 et est à ce jour demeuré non encore révisé.

du Nord, l'union entre deux individus implique aussi l'union entre deux familles. Ainsi, chaque famille soigne sa réputation, en assurant une bonne éducation morale, intellectuelle à ses enfants. Quand deux jeunes, une fille et un garçon commencent à se fréquenter, les parents, et de la fille et du garçon chacun de son côté commence par faire des enquêtes, sur la famille de provenance de la fille ou du garçon qui fréquente leur enfant. Quand il s'agit d'une fille, les parents du garçon se renseignent sur : « sa famille de provenance, qui est sa mère, quelle est sa moralité, comment a-t-elle vécu par le passé sa vie de jeune fille, de quelle famille vient-elle, en somme des renseignements nécessaires sur sa mère. Mais au-delà de la maman on recherche aussi, quelles sont les comportements qu'elle-même en tant que jeune fille elle développe. » La question qui pourrait venir à l'esprit est le ce pourquoi on enquête sur la mère de la jeune fille. La raison est toute simple dans la famille traditionnelle en Afrique, la pratique confère à la maman l'éducation de l'enfant fille, car s'est-elle qui lui apprend comment devenir, femme, comment entretenir son mari, comment être mère. C'est en raison qu'on utilise l'adage « telle mère telle fille. Quand il s'agit maintenant d'un garçon, les parents de la jeune fille procèdent aussi aux mêmes investigations, mais ici, c'est sur le comportement et les antécédents du père du garçon. Ainsi, ils vérifient si celui-ci ne battait pas son épouse, s'il est d'une bonne moralité et travailleur, etc. Les mêmes enquêtes se font sur le jeune garçon lui-même relativement à son comportement. Tout ceci n'est pas un fait banal, car il constitue des conditions qui déterminent malgré tout l'accord de consentement des familles qui sont indispensables dans le mariage coutumier. Ces enquêtes préalables ont pour but de s'assurer que le couple qui sera formé après le mariage solide modèle à l'abri des cas de divorce qui est vu comme un échec des familles dans l'éducation des leurs enfants, car des enfants bien éduqués sont patients, tolérants et ne développent pas des comportements nuisibles, qui mettraient son partenaire en difficultés au point de demander le divorce.

Sur le premier fait qui consiste à préparer l'enfant à développer les qualités nécessaires à une vie de mariage n'est pas étranger au droit moderne, car l'éducation de l'enfant dans tous les domaines, est une fonction à la fois paternelle et maternelle obligatoire. Cependant, la façon dont elle est effectuée dans les traditions des coutumes africaines, relève d'une spécificité. Pendant que le droit moderne éduque l'enfant sur la base d'un modèle individualiste, qui n'est pas de nature à le préparer à une vie commune, donc de couple, la pratique des coutumes fonde son éducation sur ce qu'on pourrait qualifier de « savoir mener une vie commune », qui le prépare à une vie de couple. Sur le second, qui consiste à effectuer des enquêtes préalables sur le jeune garçon et la jeune fille, il s'agit d'une pratique, que les législations modernes, en

analysant au fond les dispositions sur le mariage, considèrent comme des pratiques qui vicient le consentement au mariage. En effet, dans la pratique, si après les enquêtes, les parents sont satisfaits des comportements qu'ils estiment bons, il n'y a aucun problème. Ils encouragent eux-mêmes les fréquentations, et s'impliquent davantage pour organiser la rencontre des deux familles concernées, c'est-à-dire, la famille de la fille et celle du garçon. Dans un cas contraire où les parents ne sont pas satisfaits des enquêtes préalables effectuées, ils découragent le choix du jeune garçon ou de la jeune fille selon le cas, et s'opposent au mariage. Dans toutes les législations de la famille des pays d'Afrique noire francophone⁵²², et du droit français⁵²³, dont les dispositions ont été transposées par les pays ex-colonies, lorsque les futurs époux sont majeurs, seul leur comportement importe pour le mariage. Tout autre comportement contraire à leurs ne sont pas pris en compte. A défaut, le mariage sera nul⁵²⁴. De l'autre côté, les motifs qui expliquent l'ingérence des parents et des familles sont dans une certaine dimension sociologique visant à protéger la famille, et à faire et à préserver les unions, des comportements éventuels qui pourraient conduire au divorce. Un homme bien éduqué, qui a le sens du respect des autres, qui a appris à assumer ses responsabilités et à vivre en société, est relativement une personne capable de vivre avec un conjoint.

Du point de vue respect, il ne peut pas battre sa femme, et est à l'écoute de cette dernière pour recueillir son point de vue. Sur ce, qui est du devoir de responsabilité, il se rend disponible pour assumer ses obligations dans le mariage. Ensuite, son savoir-vivre en société lui permet d'assumer son obligation de vie commune. Il faut remarquer que les obligations dans le mariage, sont, sauf à quelques exceptions les mêmes que ce soit en droit moderne ou dans les coutumes. « Obligation à une communauté de vie ; devoir de respect ; assistance mutuelle et de secours ; la contribution aux charges du ménage etc... »⁵²⁵. Les quelques exceptions, il est important de le souligner ici, sont très significatifs dans les coutumes africaines noires, notamment en ce qui concerne le choix du domicile conjugal évoqué en droit béninois par l'article 156 du code des personnes et de la famille, et de celui de la contribution aux charges du ménage. Au terme de l'article 156 du code béninois des personnes et de la famille, « le choix du domicile du ménage incombe au époux. En cas de désaccord, le domicile conjugal est fixé par le mari...pour ses enfants ». Cet article définit une logique de choix qui n'est pas celui des

⁵²² Art 119 du code béninois des personnes et de la famille.

⁵²³ Art 146 du code civil français.

⁵²⁴ Art 180 du code civil français.

⁵²⁵ Cf art 153 et s. du code béninois de personne et de la famille

coutumes. Dans les pratiques, la plupart des traditions, et pour ce qui est du Bénin, Il est une règle générale connue de tous que, par le mariage, le domicile de la femme devient celui de son mari c'est-à-dire le domicile de sa belle-famille. Contrairement à l'individualisme du droit moderne où le mariage créé une nouvelle famille séparée de celle des deux familles des époux, dans la conception large de la famille coutumière en Afrique le mariage ne créé pas une nouvelle famille. Il opère juste un changement de famille et par conséquent de domicile à la femme. D'ailleurs, il faut observer que chaque jeune homme avant de se marier, construit sa propre case dans la maison familiale, où il ménagera avec sa femme dès son mariage. Tout ceci se justifie par le souci de protection du couple, avec les médiations fréquentes. Aussi, dans la maison familiale, aucun jeune ne peut oser, en présence des ascendants, porter la main sur sa femme ou lui infliger de mauvais traitements. C'est une obligation de respect pour les ascendants. On en conclut donc que le domicile familial du mari est plus protecteur à la femme que vivre séparé avec son mari.

Abordant la célébration et les rites proprement dit du mariage ; même si les rites de célébration et de solennité diffèrent d'une culture à autre, il faut remarquer que presque tous les pays d'Afrique, aussi bien les pays d'Afrique noire francophone, qu'anglophone de même que les pays d'Afrique du Nord, c'est-à-dire le Maghreb, la célébration du mariage comporte généralement deux phases. Une première qualifiée « de petit mariage », généralement qualifiée aussi de « connaissance des parents »⁵²⁶ et une seconde qualifiée « de grand mariage » ou de « *agban ni nan* » dans les aires culturels *adja, tado, fon, goun, mahi*, dans le sud du Bénin.

La première phase, celui du petit mariage : cette phase est caractérisée par une cérémonie solennelle qui consacre la rencontre des deux familles des futurs époux. Dans la pratique des cultures du sud du Bénin, la famille du futur marié peut déléguer deux ou trois personnes de la famille, composées d'un oncle d'une tante, d'un frère, d'un ami, tous sauf les géniteurs même du futur marié. La délégation est envoyée vers la famille de la future mariée, munie de quelques noix de cola et ou d'une bouteille de *sodabi*⁵²⁷, certains, augmentent par plaisir une liqueur ou un whisky importé. Arrivé chez la future belle-famille, et une fois reçu le chef de la délégation prend la parole pour expliquer à leur hôte le motif de leur visite. Généralement, il s'exprime en ces termes : « Nous avons trouvé une perle rare dans votre

⁵²⁶ L'expression connaissance des parents est beaucoup plus utilisé au Bénin et dans les pays voisins.

⁵²⁷ Boisson alcoolisée traditionnelle préparé par extraction du vin de palme.

maison qui nous intéresse. Ainsi, nous sommes venus en tout respect, voir de quelle noble famille vient-elle, et présenter nos civilités à ses parents ». Une fois reçue et de retour la délégation toujours par le biais de son représentant présente le compte-rendu fidèle de leur mission. Cette pratique est tout aussi identique dans toutes les autres ethnies du Bénin avec parfois quelque spécificité dans la façon de faire ou de procéder. Ce qui est important de remarquer, la cérémonie de petit mariage ou la connaissance des parents n'est rien d'autre que la cérémonie consacrant les fiançailles.

Pour ce qui est du grand mariage : c'est la phase qui consacre la dot, et la célébration proprement dite. Après la connaissance des parents, les deux familles prennent du recul pour se préparer pour le mariage. Le futur marié apprête la dot⁵²⁸. Le chef de la famille du futur marié envoie un message à la future belle-famille, pour lui fait part de la proposition d'une date de célébration, et une date est retenue de commun accord. Arrive le jour de la célébration, chaque famille prépare des mets, pour la circonstance. De chaque côté, les membres de la famille se regroupent avec évidemment des invités, autour du chef de famille. Le chef de famille du futur marié envoie une délégation, avec la dot, chez la famille de la jeune fille. Une fois arrivée, la délégation, chantant et dansant est reçue par la famille hôte. Proférant la panegyrie de la jeune mariée, la délégation présente le contenu de la dot. Une fois la dot reçue, la jeune mariée vient se présenter au visiteur. On offre ensuite à manger et à boire à la délégation. Cette dernière retourne par la suite à la maison, où elle est attendue pour le compte-rendu. Le compte-rendu terminé, la cérémonie se poursuit en fête. Le même jour soit un, deux ou trois après, la future mariée rejoint son mari.

Le respect et les solennités qui entourent le mariage dans les pays africains font du mariage un acte aussi sacré, qui regroupe les familles de sorte que, se marier hors de ce cadre, laisse dans la conscience même des époux le caractère précaire de leur union, dont les éventuelles difficultés ne peuvent être portées vers la famille. C'est en sorte une situation comme celui des unions de fait, dont les contentieux ne peuvent être tranchés au regard de la législation de la famille, mais simplement vis-à-vis du droit des obligations. Malgré l'existence des législations modernes qui imposent de nouvelles règles et de cérémonie de mariage, les rites

⁵²⁸ Dans les sociétés africaines pour la plupart patriarcale, la dot est donnée par le futur époux, et non par la future épouse comme c'est le cas dans certaines cultures matriarcales

et les pratiques de mariage coutumiers sont demeurés encore très pratiqués en Afrique, en méconnaissance de la législation. En revanche, le droit moderne et son évolution tendent de plus en plus à banaliser le mariage, en le plongeant dans une sorte de désacralisation progressive.

B. La désacralisation du mariage en droit de la famille

La législation française de la famille qui a fait objet de mimétisme juridique par les pays de l'Afrique noire francophone est, à l'origine, une législation de tradition religieuse précisément chrétienne. La doctrine chrétienne a érigé au rang des sacrements, le mariage. De très grandes importances, le sacrement de mariage impose des règles qui sont considérées comme des prescriptions divines. La notion de divorce, de séparation de corps et biens d'autre que l'on retrouve dans le droit moderne de la famille sont des notions inconcevables aux principes du mariage dans l'Eglise. Ainsi, donc que ce soit dans les religions endogènes tenues par les traditions et coutumes, et les religions étrangères, le mariage reste une institution sacrée.

Le mariage civil avec le droit moderne de la famille à progressivement réduit le mariage à un contrat, que les époux pour chacun d'eux, peuvent de façon unilatérale demander la rupture et en obtenir par la décision d'un juge. Que ce soient les conditions de célébration ou de gestion, l'écart s'est totalement creusé entre le mariage religieux et le mariage civil, réduisant ce dernier à un acte juridique diminué de son originalité, bien que sa célébration devant l'officier de l'état civil toujours une certaine solennité. L'analyse ici sur la désacralisation du mariage se focalisera sur la notion de mariage pour tous, qui fait l'ouverture du mariage à deux personnes de même sexe et sur la notion de divorce et de la séparation de corps des époux.

En entrant dans les considérations religieuses, la Bible dans son livre de Genèse, présentant l'histoire de la création du monde, renseigne que Dieu après avoir créé le ciel et la terre et tout ce qui s'y trouve à créer un homme et une femme, Adam et Eve. Et poursuivant dans le récit de la Genèse, Dieu aurait dit, soyez féconds, multipliez-vous et remplissez la terre. Analysant le récit de la création du monde, en ce qui concerne la création d'un homme et d'une femme par Dieu, on pourrait affirmer que Dieu avait tranché déjà sur la question de la différence de sexe dans le mariage. Avant donc la loi de 2013 ouvrant le mariage à deux personnes de même sexe, le droit français sur le mariage est resté fidèle et intransigeant sur la doctrine religieuse selon laquelle, le mariage ne peut être conclu qu'entre un homme et une femme. Ainsi

en témoigne un arrêt confirmatif de la cour d'appel de Bordeaux en date du 13 mars 2007⁵²⁹. Dans les faits, le maire a procédé à la célébration d'un mariage entre deux hommes, bien que le procureur de la république près le tribunal de grande instance de Bordeaux avait notifié son opposition. Les juges de fond ont par la suite prononcé la nullité de ce mariage sur la demande du ministère public. Les deux hommes ont ensuite formé un pourvoi en cassation, avançant, l'irrecevabilité de l'action en nullité du ministère public et une atteinte à la vie privée et au droit de se marier et de fonder une famille au sens de l'article 9 de la charte des droits fondamentaux, et des articles 8, 12, et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Bien que la cour ait établi la violation par les juges de fond des articles 8, 12, et 14 de la convention des droits de l'homme et également la violation de l'article 9 de la charte des droits fondamentaux, elle a cependant rejeté le pourvoi. En effet, pour motiver sa décision, la cour réfute d'abord les arguments du pourvoi, en affirmant, que la différence de sexe constitue bien une condition de formation du mariage en suite, la haute juridiction a bien énoncé que selon la loi française, le mariage est l'union entre un homme et une femme, et que ce principe ne contredit en rien aucune des dispositions évoquées par les plaignants. La cour fait observer que même si le code civil n'établit de façon expresse aucune exigence sur la différence du sexe, la législation française relève de manière très explicite la différence de sexe au rang des conditions de fond du mariage⁵³⁰. La cour établit qu'il n'existe aucune contrariété entre le droit français du mariage, et les exigences européennes, et que la cour européenne des droits de l'homme semble être toujours attaché à la conception hétérosexuelle du mariage, et que dès lors on ne saurait parler d'une discrimination⁵³¹. « Le mariage homosexuel est donc hors la loi »⁵³².

Mais la position de la législation française en droit du mariage pour tous qui demeure inchangée pendant longtemps jusqu'à une date récente (2013) a connu une évolution remarquable. Le début des années 1980 est marqué par une révolution consacrant la liberté sexuelle. La France pour appuyer l'arrêt Dudgeon de la cour européenne des droits de l'homme de 1981⁵³³ a par la loi du 04 août 1982 supprimé le délit d'homosexualité. Dès lors, continuer de refuser les mariages en deux personnes de même sexe après 1982 en France semble pour

⁵²⁹ Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, pourvoi n° 05-16627, conclusions Domingo rapport Pluyette et publiés dans la *Gazette du Palais*, 22 mars 2007 n° 81, p. 10.

⁵³⁰ Loi n° 2006-399 du 04 avril 2006, art 1^{er} ; art 144 ancien du code civil.

⁵³¹ Laetitia ANTONINI-COCHIN, Christine COURTIN, *L'essentiel de la Jurisprudence civile Famille*, Gualino, Lextenso édition, 2009, Paris, p. 41

⁵³² Idem

⁵³³ CEDH, Dudgeon c/Royaume-Uni, 22 octobre 1981.

notre part une sorte de contradiction même si légalement, à cette époque le mariage demeurait une union entre deux personnes de sexe opposé. Mais l'évolution du droit du français a fini par la suite autoriser le mariage entre deux personnes de même sexe⁵³⁴. Cette évolution au sens des sociétés africaines noire francophone serait perçue comme une désacralisation du mariage. Si aujourd'hui, on en ait arrivé à une situation, où la pratique de l'homosexualité avec autorisation de mariage par la société et par le droit sont devenues une banalité, il faut reconnaître que l'histoire des sociétés considérait la pratique de l'homosexualité comme contre nature⁵³⁵ et comme une atteinte à la pudeur⁵³⁶. Il se refusait de l'autoriser comme une pratique juridique encore moins autoriser le mariage de deux individus de même sexe. Les législations africaines n'en sont pas encore à ce niveau de désacralisation du mariage. Mais à s'en tenir à la méthode de construction du droit de la famille, qui se traduit par la transposition et le mimétisme juridique, on pourrait malheureusement constater d'ici quelques années que cette désacralisation par l'autorisation du mariage entre deux individus de même sexe dans les codes de famille des pays d'Afrique noire en particulier francophone pour ce qui concerne notre champ d'étude. Pour l'instant, on pourrait dire que les traditions et coutumes africaines tiennent leur influence sur le mariage, car la pratique de l'homosexualité reste inacceptable dans les cultures et tradition.

La sacralité attachée à l'institution du mariage et corrélativement à celle de la famille se présente de nos jours comme ébranlée. Le droit et son évolution définissent aujourd'hui des situations qui semblent ne plus avoir du tout pour objectif de protéger la solution. Il est vrai que le droit n'a rien à avoir avec la morale sociale contenue dans les coutumes et religions. Cependant, il faut reconnaître qu'il ne peut demeurer sans la morale et l'éthique, sans laisser place à de grandes déviations. Ainsi, le droit doit dans sa formulation laisser une place à la morale sociale et éthique. Le droit de la famille apparaît comme la première discipline qui régit le fonctionnement de toute société s'éloigne de certaines de ces dispositions fondamentales nécessaires pour l'éducation de l'individu. Sinon comment comprendre la décision que dans une décision du tribunal de Lille, le juge reconnaît la validité d'une convention passée entre deux époux en instance de divorce. Alors que l'obligation de fidélité dans le mariage interdit toute relation hors foyer conjugal et ceci jusqu'à prononcer définitivement le divorce. Cela

⁵³⁴ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe en France.

⁵³⁵ Michèle-Laure RASSAT, oppose explicitement l'homosexualité et les « *rapports sexuels anormaux* ». « Inceste et droit pénal », *JCP G*, 1974, I, p. 2614.

⁵³⁶ Art 331 ancien du code pénal ; Loi du 23 décembre 1980

signifie clairement que même en séparation de corps les époux se doivent d'observer l'obligation de fidélité. Or, les deux époux en instance de divorce avaient établi une convention qui autorisait chacun à entretenir des relations *extra-conjugales* alors qu'aucune décision de divorce n'est encore prononcée. C'est en quelque sorte l'obligation de fidélité dans le mariage qui n'a donc rien de sacré et que l'on pouvait s'en passer : le mariage. Cette décision du juge lillois, rabaisse le mariage, qu'il traite comme un vulgaire contrat civil, et la fidélité des époux comme une simple clause de non-concurrence. Pourquoi donc se marier puisque s'interroge Xavier L'abbé professeur du droit de la famille à la faculté de Lille. Puisque selon cette décision, la fidélité dans le mariage devient facultative et que les époux peuvent par consentement mutuel s'en abstenir, alors il n'y a plus utilité de distinguer le mariage des autres formes d'unions que sont les pactes.

Notons au terme de cette analyse, qu'il ne s'agit pas aujourd'hui seulement des exemples de mariage homosexuel et des questions relatives au divorce qui explique la désacralisation de l'institution du mariage, mais il existe également plusieurs autres éléments, qui au fond, lorsque l'on y analyse de près, l'on se rend compte de leur poids dans la désacralisation du mariage. Aujourd'hui, la loi autorise plusieurs autres types d'unions, qui donnent assez de liberté aux époux dans les relations conjugales, foulant au pied toute obligation de fidélité, exigence de communauté de vie et bien d'autres. Tout ceci participe aujourd'hui au déclin du mariage. Puisque le droit moderne de la famille en Afrique est taillé sur celui du droit occidental français, on peut bien en déduire que la désacralisation du mariage qui est incompatible avec les coutumes africaines, établit un conflit de valeur en le droit moderne de la famille et les droits coutumiers africains.

Paragraphe 2 : Les conflits de valeurs entre le droit moderne de la famille et les droits coutumiers africains

Les réalités socio-culturelles ne sont pas identiques dans les sociétés. Ainsi, chaque société se démarque par ses réalités propres, ses pratiques qui font qu'elle développe des valeurs qui lui sont intrinsèques. L'histoire et l'évolution des sociétés africaines et des sociétés occidentales, explique le grand pont qui existe du point de vue cultures, et usages entre les deux catégories de sociétés. Toute transposition de règles, de pratiques et de mode de vie d'une société à autre crée donc évidemment une inadaptation des règles transposées avec les réalités internes, engendrées par les conflits de valeurs. C'est la situation qui prévaut aujourd'hui dans

les pays africains avec l'existence d'un droit moderne de la famille transposée, dont les valeurs qu'incarnent ses règles, sont en conflit avec les valeurs traditionnelles relevant des coutumes internes. L'analyse de ces conflits prendra en compte les contrariétés entre les valeurs familiales des coutumes africaines et celles du droit moderne de la famille (A) et les exigences socio-traditionnels propres (B).

A. Les contrariétés entre les valeurs familiales des coutumes africaines et celles du droit moderne de la famille

Il est impossible de décrire la famille africaine, en raison de sa complexité et de sa structure particulière. On peut malgré cela, la présenter comme une unité sociale de base formée sur le mariage, la parenté, l'adoption et d'autres aspects relationnels. Aujourd'hui, la famille en Afrique est au cœur des tensions entre valeurs culturelles africaines, sécularisme, religions et autres idéologies inspirées des pratiques et règles du droit moderne. À l'époque précoloniale, la polygamie existait déjà comme forme de mariage, par lequel on assurait l'élargissement des relations familiales, qui au-delà des personnes vivantes, impliquait aussi les personnes défuntes, et les générations à venir parce que bien entendu, c'est cette dernière qui a pour mission d'assurer la continuité et la survie de la famille. Les valeurs étaient essentiellement régies sur un mode de vie commune, ou l'individu n'existe pas lui seul sans le groupe familial, ou l'éducation de l'individu était assurée par le groupe et dans tous les domaines relevant de la famille, tel que le mariage, la filiation, les successions, en somme, tout un ensemble de principes qui assurait la discipline et permettant d'éviter toute sorte de conflit.

Cette structure et organisation particulière de la société culturelle, a connu une brouille depuis l'arrivée des missionnaires chrétiens et de la colonisation. La mission est venue avec ses nouvelles idéologies et valeurs, qui ne cadrent pas avec la logique des coutumes d'une part, et le colonisateur avec de nouvelles règles régissant la famille qu'il cherche à tout prix à imposer. Il s'est installé très tôt un climat de conflit entre les réalités culturelles internes et les réalités transposées, ce qui a été à la naissance d'un système juridique dual, où les coutumes cohabitent désormais avec les règles importées, mais sans relation ou interférence aucune. Malgré la volonté manifeste du colonisateur de faire substituer ses règles aux coutumes, les coutumes ont toujours résisté à s'imposer en raison de leur forte légitimité et de leur pratique. À l'époque, le colonisateur s'est trouvé donc dans l'obligation de chercher à codifier les règles coutumières en entreprenant la rédaction des coutumiers, de l'Afrique noire francophone, comme le

coutumier du Dahomey. Ce conflit de normes engendré par les conflits de valeurs a demeuré jusqu'aux indépendances des pays où les conflits de valeur ont pris une autre dimension avec l'adoption définitive des règles relatives au fonctionnement de la famille importées par le colonisateur au détriment des règles du coutumier qui ont été d'ailleurs abolies pas le constituant de 1990, pour ce qui est du cas du Bénin. Ainsi, presque 15 ans plus tard la nouvelle législation de la famille a été élaborée. Cette législation confirme la position du constituant, car elle n'est que le résultat d'une transposition du droit de la famille du colonisateur. Alors, prenant tout ceci en considération, est-ce les coutumes ont disparu avec leurs valeurs ? Il faut tout d'abord remarquer qu'aujourd'hui, la question de la pratique de certaines institutions coutumières du droit de la famille relevant des coutumes, continue d'agiter les débats d'opinion dans la doctrine, dont les problématiques sont parfois discutées autour des colloques⁵³⁷. C'est l'exemple de la pratique de la dot, de la polygamie, qui perdure toujours, bien que les législations de la famille les interdisent ou le réduisent à néant. C'est le cas de la critique permanente dans les schémas familiaux africains sur la persistance de la polygynie, dont le déclin des familles polygamiques, tant espérer par les sociologues, dans la plus grande partie de la société africaine est encore bien loin d'être une réalité sociale. Dans les zones rurales, la polygamie survit principalement en raison de l'impératif apporté par la division du travail selon les sexes qui caractérisent le domaine agricole.

L'existence de contrariétés évoquée ne peut en être autrement dans la mesure où la démarche utilisée ici est celle de vouloir à tout prix méconnaître la réalité selon laquelle chaque société est caractérisée par son droit. Or, Alain Rochegude démontre ci bien dans « *Ubi societas, ibi jus ; ibi jus, ubi societas* » en utilisant l'exemple de la question foncière que l'orientation juridique a en principe pour vocation de tenir compte des réalités de la société à laquelle elle est appelée à s'appliquer. Il est évident aujourd'hui qu'en Afrique, lorsqu'on évoque la question du droit de la famille, il existe de façon évidente un « décalage entre l'officiel et le réel⁵³⁸ », quand l'on intègre vraiment les réalités de vie interne des Etats africains en ce qui concerne les vécus familiaux. L'officiel ici, ce sont les législations modernes de la famille qui sont présentées à la face du monde, et le réel les pratiques culturelles internes du droit de la famille, qui ne concordent pas réellement à l'officiel. Il semble aujourd'hui qu'il se développe une sorte d'hypocrisie de la part des pouvoirs publics africains, qui veulent à tout

⁵³⁷ Cf., Colloque sur la dot et le mariage en Afrique, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole

⁵³⁸ Camille KUYU, *A la recherche du droit africain du XXIe siècle*, éd. Connaissances et savoirs, 2005, p. 17

prix faire croire qu'en matière de droit, le droit du travail pour ce qui concerne notre étude, que tout fonctionne bien, que les règles sont bien acceptées et observées par les citoyens. De même, certains juristes africains se plaisent bien de démontrer que les mérites des législations transposées de la famille, qu'ils trouvent très prospère et efficace, mais en méconnaissance de ce que ces législations transposées non pas toujours Cues dominées les pratiques culturelles qui sont toujours d'actualité et qui par nature sont contradictoires a beaucoup de disposition des codes de famille. On ne nie pas aujourd'hui, que le code béninois des personnes et de la famille a réussi à régler quelques problèmes ou situations, mais elle a malgré tout, il faut le reconnaître déstabiliser les structurations familiales, de sorte que la famille en Afrique est aujourd'hui à la recherche de repères.

Il existe et c'est réel qu'il existe des contradictions, et même pas seulement en droit de la famille entre les textes et les réalités pratiques dans les législations d'Afrique noire que l'on constate bien élaborer, mais dans la pratique, irréel. Selon Jacques Noé VUDISA, ce n'est pas l'existence de la contradiction entre les textes juridiques et la pratique du droit, qui est le plus grave, mais c'est surtout, la conséquence, le danger, de voir le réel, la pratique sociale supplantée l'officiel. S'il est facile, d'apprécier comme illégales et dépassées, les pratiques culturelles, au regard de certains standards dite internationaux, c'est tout le contraire, si l'on se devrait de prendre en compte les objectifs définis dans les législations telles que les législations de la famille.

Les changements dans la structure de la famille africaine sont le vecteur des conflits et oppositions continus entre les valeurs et les structures traditionnelles chrétiennes ou religieuses et celles modernes. Même si certaines opinions se plaisent fréquemment à parler de familles africaines qui abandonnent les usages traditionnels fondamentaux en faveur de ceux modernes, la réalité en est que la tendance principale demeure, le mariage et la création d'une organisation familiale, faisant référence aux normes aussi bien traditionnelles que modernes. Ainsi se pose la question du droit de la famille en Afrique, entre tradition et modernité, sur laquelle nous y reviendront dans la suite de nos analyses.

En somme, il faut remarquer que certains des changements apportés par les législations actuelles de la famille ont conduit à l'instabilité de l'unité familiale. Beaucoup sont aujourd'hui ces mariages, qui sont « néolocaux », en raison de ce que les époux vivent éloignés de leurs familles. Les familles sont devenues de plus en plus individualistes et les couples ne bénéficient

plus du conseil des anciens comme c'est le cas dans les traditions. La séparation de corps et le divorce sont devenus les solutions auxquelles les époux font recours en cas de conflits ou de difficultés. De toute façon, malgré tous ces défis, les systèmes de soutien familiaux continuent d'une certaine manière à être présent en Afrique. La famille reste toujours le cadre de transmission des valeurs, d'acquisition d'identité et de préservation des cultures. En revanche, il nous plait, pour conclure nos propos, que les législateurs africains noirs en particulier francophones, de savoir que leurs pratiques législatives, qui consistent à une transposition des règles étrangères aux pratiques et cultures, vont toujours renforcer des divergences et conflits de valeurs dans la vie des familles africaines. Que les législateurs prennent conscience que toute législation doit partir des principes et des valeurs de la société auxquelles elle a vocation à s'appliquer, tout en tenant compte des déviations qu'il faut encadrer. Mais pour l'instant, les difficultés liées à l'inadéquation n'ont pas toujours trouvé de solution.

B. Les exigences socio-traditionnels propres

L'une des raisons déterminantes qui explique l'existence des conflits de valeurs entre les droits de la famille occidentale et les droits de la famille africaine noire en général est liée beaucoup plus à la différence de nature entre le droit coutumier africain et le droit moderne occidental. La nature des droits coutumiers africains réside dans le mode d'organisation sociale et des institutions juridiques, dans l'obligation du respect des règles qui régissent la vie en société, dans les méthodes utilisées pour réprimer, dans la force d'exécution des sanctions en absence de toute contrainte.

Abordant les modes d'organisation sociale et institutionnelle : il faut remarquer que les sociétés africaines traditionnelles ne sont pas organisées suivant le modèle des organisations actuelles qui existent aujourd'hui. Si dans les sociétés modernes abritées par l'Etat, nous avons une organisation politique avec un chef d'Etat, un gouvernement, un parlement, les traditions africaines sont organisées par un roi, c'est-à-dire un souverain, avec tout un conseil, composé d'anciens, et de représentant de chaque couche sociale composante de la société. Ce mode d'organisation est un peu identique à ce qu'on a aujourd'hui en Angleterre, mais à la différence que cette dernière est très moderne. Le roi et son conseil assurent à la fois les fonctions exécutives, législatives, judiciaires. Mais à une échelle plus élevée, vu la grandeur, le souverain et son conseil peuvent constituer une sorte de super Etat comme en droit moderne ou sous son autorité peut se constituer plusieurs groupes et/ou sous-groupes de famille, aussi à leur tête un

roi avec son conseil. Le roi et son conseil sont appelés le plus souvent à trancher des conflits entre deux ou plusieurs groupes familiaux, des conflits liés soit à la propriété, ou autres relevant du droit civil avec bien entendu des questions relatives à l'ordre public. Mais ceux que nous qualifions de roitelet, sont en fait les chefs de famille, patriarches. Ces derniers, avec leur conseil, ont pour fonction, de trancher toutes les situations internes de la famille : veiller à l'éducation des jeunes, assurer, la bonne organisation des mariages, la conciliation, gérer les successions afin d'éviter des conflits, veiller au bien-être des membres de la famille. Donc, comme les sociétés occidentales, les sociétés traditionnelles africaines noires disposent aussi bien d'organisation juridique bien structurée, organisée par les coutumes. Il est évident, que caractériser par l'oralité, cette structuration paraît un peu fermer à l'extérieur, car l'ouverture d'une société au monde extérieur est nécessaire pour le développement économique, même social et culturel. Cependant, cette organisation sociale, développe beaucoup d'aspects qui sont très valorisants auxquelles, toutes les générations même actuelles sont encore attachées parce que le droit moderne d'origine occidentale ne préserve pas. Ainsi en est-il des procédés de règlement des conflits familiaux de même que celui des sanctions. D'abord en ce qui concerne l'observation des règles, l'observation est beaucoup plus stricte bien qu'il n'y a pas réellement de contrainte définie en cas d'inexécution. Si par définition, le droit objectif peut se définir comme l'ensemble des règles juridiques qui régissent la vie des hommes en société et dont l'inobservation est sanctionnée par la puissance publique, c'est dire qu'en cas de violation il y aura une sanction juridique, peut-être une amende, une privation de liberté par emprisonnement par exemple. Dans les traditions africaines, la contrainte est généralement sauf exception, une contrainte morale. C'est beaucoup plus le regard de la société que l'on craint. Par exemple une femme ou un homme qui commet l'adultère ; même si son conjoint ne demande pas le divorce, le regard de la société seul est déjà très pesant, et peut le contraindre à ne plus commettre l'acte. C'est aussi par exemple le cas d'un jeune qui croise une vieille personne avec une charge sur la tête qui ne se décide pas spontanément à l'aider. Il sera mal vu et critiqué. La famille en Afrique met donc beaucoup plus en avant la morale pour éduquer, mais aussi pour sanctionner.

Quand on observe se procédé de sanction du divorcé social, on se rend compte que le droit moderne est plus concret, car elle ne laisse pas l'individu à la charge du regard publique dont ce dernier peut parfois complètement ignorer. Dans une société où l'infidélité est par exemple est un fait banal, où à tout moment les époux peuvent de façon unilatérale demander la cassure des liens de mariage, ou à défaut, créé lui-même les conditions pour obtenir un motif de divorce, les sanctions morales, ne peuvent avoir aucune force. Par ailleurs, certaines

méthodes de sanction diffèrent beaucoup toujours dans les coutumes et traditions africaines, car ne mettent pas en avant la sanction morale, mais une sanction qui semble à notre avis contraire au droit à l'intégrité physique et morale de la personne, une chose assez protégée par les droits modernes de la famille. Dans une des traditions de *agonli houegbo*⁵³⁹ au Bénin par exemple, l'*Oya*⁵⁴⁰, au cours des festivités culturelles annuelles se prononce sur les dérives qu'il y a eu dans la famille, et qui rend les ancêtres mécontents. Au nom des ancêtres, il fixe les sanctions à infliger aux mises en cause. Ainsi, au cours de l'une des cérémonies, *Oya* a indiqué deux femmes, qui sont les femmes de deux frères. Selon les dits, elles se seraient bagarré et aussi manqué de respect à une de leur belle-tante. *Oya* a mentionné que les ancêtres sont donc mécontents et pour les calmer, il faut déshabiller les dames et les fouetter publiquement. Ce qui a été fait. Si on s'en tient aux faits, il y a une violation flagrante de l'intégrité physique et de l'intégrité morale des dames en question. Ce qui peut paraître plus gênant, ceci est souvent présenté dans un documentaire par l'ORTB⁵⁴¹, à titre de vulgarisation des coutumes béninoises. C'est encore là un fait qui n'est pas conciliable aux valeurs incarnées par le droit moderne de la famille. Cette pratique encore d'actualité à ce jour, les pratiquants ignorent totalement l'existence d'une législation de la famille qui défend en tout le respect et les droits de chaque individu au sein de la famille. En matière des règles de successions, aussi, la méthode d'organisation, le choix des successibles, les règles de dévolution telles qu'elles sont pratiquées dans les coutumes, sont bien différentes et aussi inconciliables avec le droit moderne. La gestion des successions dans certains cas, est fondée sur des inégalités, et bien même des injustices. Certaines coutumes définissent des règles de dévolution qui écartent les filles, soit leur accorde des parts inégales. Donc les coutumes favorisent les inégalités entre homme et la femme, qui sont inconcevables avec la législation moderne de la famille. Cette situation en est aussi à l'égard de la conjointe survivante du *dé cujus* qui voit ses droits de succession violés. Mais parlant de la conjointe, il faut préciser que dans certaines coutumes, elle fait elle-même objet de succession. Il s'agit ici d'une violation du droit au consentement de remariage, et du libre choix de son conjoint. Tous ces éléments évoqués ici développent des valeurs assez contraires au droit moderne de la famille, dont les questions du consentement libre, d'égalité et bien d'autres sont en avant de toute relation familiale. En somme en termes de valeur, il existe un décalage entre les traditions et le droit moderne de la famille, que l'on ne peut pas concilier. Il

⁵³⁹ Village situé au sud du Bénin.

⁵⁴⁰ Revenant, qui incarne les ancêtres et qui parle en leur nom.

⁵⁴¹ Office de la Radio et Télévision du Bénin.

s'agira ici de préférer l'un au détriment de l'autre. Mais il faut remarquer que pour chacun d'eux, il existe à la fois des valeurs positives et des valeurs négatives. La pratique des coutumes par les populations à côté de la législation est génératrice de conflit entre les coutumes et le droit moderne de la famille, ce qui fait que les législations de la famille en Afrique noire en particulier francophone ont du mal à s'imposer.

Au terme de cette section, il faut reconnaître, que l'un des facteurs qui explique l'inadaptation des législations de la famille transposée est l'écart entre les réalités sociales africaines et l'état de droit. Les échecs du droit moderne transposé de la famille constituent eux aussi un de ces facteurs.

Section 2 : Les échecs du droit moderne transposé de la famille face aux coutumes indigènes

L'environnement juridique de la famille présente depuis l'avènement du code béninois des personnes et de la famille un certain signe de fébrilité, bien que le dispositif législatif de la famille soit conforme aux normes constitutionnelles et internationales⁵⁴² et modernes. Cette situation pourrait s'expliquer par l'existence encore « du poids de la tradition et la survivance de la famille étendue (de type patriarcal) dans l'environnement béninois⁵⁴³ ». Famille de type étendue, la prospérité de l'ancêtre commun est un héritage, dont tous les membres de la collectivité se réclament le propriétaire. Il s'agit en sorte d'une indivision, où tous les membres de la collectivité sont des propriétaires indivis. Cette quasi-indivision a pour utilité d'entretenir une solidarité au sein de chaque collectivité familiale et par conséquent au sein de la nation. Dans ce contexte familial, le mariage d'un membre de la collectivité ne saurait l'arracher à sa famille d'origine. Cette réalité familiale n'est pas propre au Bénin, mais à tous les Etats africains noirs. Ces derniers n'ont pas su prendre en compte les réalités en face lors de la rédaction des législations actuelles de la famille qui représentent les droits positifs actuels en vigueur dans

⁵⁴² Georges Barnabé GBAGO et Olivier DEVAUX, *La dot et le mariage en Afrique*, op. cit. p. 21.

⁵⁴³ Georges Barnabé GBAGO et Olivier DEVAUX, *La dot et le mariage en Afrique*, op. cit. p. 24.

chacun des Etats. Les législations pour la plupart copiées et non du droit moderne occidentale, français pour ce qui concerne les pays de l'Afrique noire francophone, n'ont pas toujours prospérées parce que non suffisamment aménagées pour répondre aux réalités des traditions. La conséquence d'une telle transposition sans aménagement au fond reste aujourd'hui, la non-adhésion à certaines règles du droit positif actuel de la famille (paragraphe 1) et la fébrilité de la législation de la famille face à la persistance des coutumes (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La non-adhésion à certaines règles du droit positif actuel de la famille

Malgré l'apport des règles relatives à l'égalité des époux, la protection de la femme et de l'homme contre les abus de jouissance des droits que confère le mariage à chaque époux, auquel s'ajoute à la grande vulgarisation du code béninois des personnes et de la famille, le législateur civil n'a pas pour autant réussi à convaincre les citoyens béninois relativement aux questions de mariages, de divorces de successions, de régimes matrimoniaux. Ceci pourrait certainement s'expliquer par le choix exclusif de la monogamie et de l'influence des traditions culturelles pour les autres, par le législateur du code des personnes et de la famille. Ainsi, depuis août 2004 que le code des personnes et de la famille est en vigueur au Bénin, on constate malheureusement, un désintérêt des citoyens pour l'institution du mariage monogamique (A), et un mépris des règles de divorces de successions, de régimes matrimoniaux (B).

A. Un désintérêt des citoyens pour l'institution du mariage monogamique

Les analyses juridiques fondées sur le contenu des codes de la famille en Afrique noire relativement à la forme et à la célébration des mariages ne restituent pas toujours fidèlement le recours des citoyens au mariage civil. Dans le cas du Bénin, on peut noter une désaffection au mariage civil en raison de la forme exclusive de la monogamie exigée. La justification de cette désaffection se retrouve dans les résultats d'une étude statistique effectuée sur cinq ans, de 2006

à 2011, sous l'empire du droit positif actuel de la famille⁵⁴⁴. Cette enquête a été réalisée dans 14 centres d'état civil de Cotonou, et dans deux centres d'état civil de Porto-Novo, dont les résultats ont été commentés par Hospice Ahouandjinou-Djossionou. Mais puisque ces données ne demeurent que des chiffres recueillis auprès d'une structure étatique elle ne suffit pas pour bien justifier la désaffection des citoyens au mariage civil au Bénin parce que, présente seulement le point de quelques minorités qui sont allés célébrer un mariage civil, mais sans compter ceux qui s'en sont abstenu au profit du mariage coutumier. Nous avons donc entrepris directement en novembre 2019, une étude auprès des populations elles-mêmes, notamment sur les couples qui vivent maritalement sans distinction de mariage civil ou de mariage religieux. Ce sera donc autour de ces deux études que nous allons asseoir notre démonstration pour justifier le peu d'intérêt que les citoyens béninois accordent au mariage civil.

Sur la première étude réalisée par Hospice AHOUCANDJINOU DJOSSINOUC : le point des mariages célébrés de 2006 à 2011 sous l'empire du droit positif actuel, la loi n° 2002 - 07 du 24 août 2004 présente les statistiques suivantes pour les 14 centres d'arrondissement de Cotonou ayant fait objet de l'étude. 2006 à 2011, on a respectivement pour chaque année 737, 721, 824, 911, 947 et 896. Quand on observe un peu le taux de croissance à partir de 2007, nous avons 0.16 %, 1.03 % pour 2008, 0.87 % pour 2009, 0.36 % pour 2010 et 0.51 % pour 2011⁵⁴⁵. En somme, pour les 6 années, il y a un total de 5 036 mariages civils célébrés avec un taux de croissance assez faible de 1.59 % pour 6 ans. De façon détaillée, ces chiffres révèlent une tendance de diminution du taux de mariage en 2007 par rapport à 2006, une augmentation de 2008 à 2010, et une autre tendance de diminution en 2011 par rapport à 2010. Une interprétation des données recueillies à Cotonou démontre une réticence des populations au mariage civil. Les résultats obtenus à Porto-Novo ne démontrent non plus le contraire. En effet, il est vrai que pour Porto-Novo, on enregistre une croissance continue du nombre de mariages, de 2006 à 2011. Nous avons respectivement de 2006 à 2011, respectivement pour chaque année, 45, 61, 86, 114, 125 et 129 mariages célébrés. Au total, 560 mariages célébrés avec un taux de croissance également assez faible 0.86 % sur les 6 ans. Il faut remarquer que l'analyse des différentes données ici, démontre assez nettement que le nombre de mariages célébrés demeure très insignifiant comparativement à une population qui s'élève environ à 50 000 habitants, pour

⁵⁴⁴ Loi n°2002-07 du 24 Août 2004, portant code béninois des personnes et de la famille.

⁵⁴⁵ Commune de Cotonou, état des données du centre principal d'état civil de WOLOGUEDE et des 13 autres centres d'état civil.

l'aire géographique des deux centres d'état civil de Porto-Novo ayant fait objet de l'enquête. En conclusion, si nous allons nous en tenir à ces résultats et chiffres, on peut dire qu'il y a une réticence des béninois au mariage civil, il faut bien le rappeler, le mariage monogamique exclusive imposé par la législation béninoise de la famille au Bénin. Mais ces statistiques et résultats semblent à notre avis insuffisant pour affirmer la désaffection des béninois au mariage civil, et ceci pour deux raisons. La première est que ces statistiques ont été obtenues seulement dans deux communes qui sont situées au Sud du Bénin. Les résultats sont-ils les mêmes dans les localités du Nord Bénin ? De plus, les localités choisies pour l'étude sont des localités urbaines, alors qu'on sait que la population rurale dépasse largement la population urbaine au Bénin. Qu'elle est la situation sur le nombre de mariages civils célébrés dans les localités rurales ? On ne peut non plus le savoir. Pour répondre à ces deux situations qui pourraient nous situer réellement sur la réceptivité du mariage civil, nous avons fait deux enquêtes directement auprès des populations elles-mêmes. Une première en milieu urbain, sur deux villes, une considérée comme la capitale du nord, Parakou et l'autre comme la capitale du sud, Cotonou. Une seconde en milieu rural sur deux villages, le premier à *Sagon*, situé dans la commune de *Ouinhi* au sud du Bénin, et le second à *Chikandou* dans la commune de *Nikki* au Nord du Bénin.

- Les résultats de la première enquête en milieu urbaine nous donnent les résultats récapitulés dans le tableau ci-après.

Q	Cotonou				Parakou			
	Effectifs		Fréquences		Effectifs		Fréquence	
	Oui	Non	Oui	Non	Oui	Non	Oui	Non
1	40	160	20 %	80 %	32	168	16 %	84 %
2	148	52	74 %	26 %	156	44	78 %	22 %
3	148	52	74 %	26 %	156	44	78 %	22 %

4	72	128	36 %	64 %	96	104	48 %	52 %
5	28	172	14 %	86 %	48	152	24 %	76 %
6	52	148	26 %	74 %	32	168	16 %	84 %
Total	200		100 %		200		100 %	

Q : Questions ⁵⁴⁶

Les résultats que voici ont été obtenus à partir de 6 questions, posées directement à des individus vivants déjà maritalement. Les questions sont les suivantes :

1. Aviez-vous contracté un mariage civil ?
2. Aviez-vous fait un mariage en famille ?
3. Aviez-vous donné ou reçu la dot ?
4. Aviez-vous fait un mariage religieux ?
5. Êtes-vous polygame ?
6. Aviez-vous une maitresse hors foyer conjugal ?

Analyse des résultats :

La première remarque est liée aux résultats des questions 2 et 3. Les résultats obtenus pour ces questions sont identiques. Cela s'explique par le fait que la cérémonie de remise de la dot est celle qui consacre la célébration du mariage en famille. Ainsi, il ne peut y avoir de mariage en famille sans dot et réciproquement de dot sans mariage en famille. La dot est donc au centre de tout mariage, c'est-à-dire que tout mariage suppose une dot, condition essentielle

⁵⁴⁶ V. questionnaire à l'annexe

de validité du mariage. Ainsi en est-il aussi chez les Chaféites⁵⁴⁷ où il est « seulement recommandé de ne conclure aucun mariage sans stipulation de dot⁵⁴⁸ ».

Dans l'appréhension de ces résultats, on peut remarquer dans un premier temps, l'écart considérable entre le nombre de personnes qui ont contracté un mariage en famille avec la dot bien sûr et le nombre de personnes qui ont contracté un mariage civil. 78 % de mariages en famille contre seulement 16 %. Dans le même temps, 84 % disent ne pas avoir contracté un mariage civil, et 22 % déclarent ne pas faire un mariage en famille, donc n'ont pas donné la dot. Mais parmi ces 22 % certains nous ont confié qu'ils se préparent à le faire pour régulariser leur union auprès de la belle-famille. Aussi avons-nous constaté que parmi ceux qui ont contracté le mariage civil beaucoup ont contracté aussi en plus un mariage en famille. De toute analyse et comparaisons faites des pourcentages obtenus, on peut comprendre, le peu d'intérêt que les Béninois accordent au mariage civil, et au même moment, leur attachement aux pratiques de la dot qui consacre le mariage en famille.

Dans un deuxième temps sur les questions des unions plurielles, on remarque que même en milieu urbain, il existe des pratiques de polygamie et puisque la législation l'interdit, elle commence par se transformer de plus en plus en un phénomène que nous avons qualifié déjà de deuxième bureau, où les époux entretiennent souvent des relations hors mariage. Vu les pourcentages de 24 % pour la pratique de la polygamie et 16 % pour les relations hors foyer conjugal, qui ne sont pas à notre avis négligeable, surtout en milieu urbain, on peut toujours conclure que l'article 143 du code des personnes et de la famille⁵⁴⁹ n'est pas toujours respecté par les citoyens.

- Les résultats de la seconde enquête, réalisée en milieu rural :

⁵⁴⁷ François-Pierre BLANC, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien (République de Djibouti - Union des Comores)*, Balzac, 2015, p. 93.

⁵⁴⁸ CHAFEI *La Risâla*, éd, citée, p. 240, n° 934 : « convenir d'un don nuptial est préférable selon moi ; mais y renoncer ne rend pas l'union viciée pour autant, car Dieu dans son livre maintient le mariage sans dot » ; NAWAWI, *Minhâdj*, « Livre du don nuptial », t. 2, de l'éd. de Van Den Berg, p. 375 ; p. 40 de l'éd. P. Guy : « est conforme à la tradition la fixation du don nuptial l'or de la célébration du mariage, mais est permise son exemption ».

⁵⁴⁹ L'art 143 mentionne que seul le mariage monogamique est autorisé au Bénin.

En milieu rural, le mode opérationnel de l'enquête a été également le même. Ainsi, le formulaire d'enquête n'a pas changé, de même que l'échantillon de 200. Les résultats obtenus sont consignés dans le tableau ci-après :

Q	Sagon				Chikandou			
	Effectifs		Fréquences		Effectifs		Fréquences	
	Oui	Non	Oui	Non	Oui	Non	Oui	Non
1	4	196	02%	98%	12	186	06%	94%
2	192	08	96%	04%	180	20	90%	10%
3	192	08	96%	04%	180	20	90%	10%
4	76	124	38%	62%	112	88	56%	44%
5	52	148	26%	74%	104	96	52%	48%
6	36	164	18%	82%	28	172	14%	86%
Total	200		100%		200%		100%	

Q : Questions

L'analyse des résultats en milieu rural confirme beaucoup plus les tendances d'écarts observés en milieu urbain, mais beaucoup plus. Au vu de ces résultats, on pourrait penser que la législation de la famille, c'est-à-dire le code des personnes et de la famille n'a pas été vulgarisé dans les milieux ruraux, ce qui n'est pas du tout le cas. Le code des personnes et de la famille est l'une des lois les plus vulgarisées au Bénin.

Les résultats des deux enquêtes cumulées, démontrent le peu d'intérêt qu'accordent les béninois au mariage civil institué par la législation de la famille. Il ne faut donc surtout pas se focaliser seulement sur les pratiques de mariage en milieu urbain pour conclure que la législation de la famille est très respectée.

B. Un mépris des règles de divorces de successions, de régimes matrimoniaux

Le code des personnes et de la famille organise à travers des règles de droit modernes les questions liées au divorce, à la dévolution successorale, et aux régimes matrimoniaux. Après dix-huit ans d'application du code, les citoyens béninois ont-ils abandonné les pratiques culturelles relatives au divorce, aux successions, et aux régimes matrimoniaux, au profit des

règles de droit moderne ? Dans le cas du divorce : rappelons à priori qu'il ne peut y avoir de divorce sans l'existence préalable de mariage. Les questions de divorces sont donc gérées par les coutumes relatives aux pratiques de mariage en famille. Il en est de même pour les règles relatives aux régimes matrimoniaux. Il est aussi évident ici que les chiffres qui seront issus des différentes statistiques liées aux nombres de divorces ne pourraient aussi vraiment justifier le nombre de séparations réelles, car ces chiffres ne prennent pas en compte les ruptures de mariage célébré seulement selon les pratiques culturelles, c'est dire les mariages en famille. Il faut d'ailleurs rappeler que les divorces liés à ce dernier type de mariage sont assez rares en raison de l'intervention fréquente des familles pour les conciliations et médiations. Les couples qui ont contracté le mariage civil ne sont pas toujours disposés à porter les conflits de leur couple devant le juge. Notre analyse, cependant, appréhendera ces statistiques pour justifier que ces statistiques sont de loin des données qui n'établissent pas la réalité sur l'effectivité de l'application des règles relatives au divorce, aux régimes matrimoniaux et aux successions définis à travers le code des personnes et de la famille.

AFFAIRES DE DIVORCES ET DE GARDE D'ENFANCE AU TPI DE COTONOU, PERIODE 2016 – 2018 ⁵⁵⁰			
Matières	Années	Divorce au Fond	Garde d'enfant
Dossier en stock	2016	382	272
	2017	327	325
	2018	280	397
<i>Nouveaux dossiers</i>	2016	53	110
	2017	110	195
	2018	46	130
<i>Dossier vidé au cours de la période</i>	2016	110	89
	2017	97	97
	2018	122	81
<i>Dossier vidé au fonds</i>	2016	109	89
	2017	82	92
	2018	93	73
<i>Taux de dossiers vidé au fonds</i>	2016	25,29 %	23,30 %
	2017	22,20 %	18,65 %
	2018	37,42 %	15,37 %

⁵⁵⁰ Données recueillies auprès du greffe du tribunal de première instance de Cotonou.

Depuis 2004, où le code des personnes et de la famille est appliqué au Bénin, il n'y a pas eu de façon officielle des statistiques pouvant indiquer le taux réel de fréquentation des citoyens en matière de divorce. C'est après 12 ans que des statistiques réelles ont commencé à exister car rendus disponibles par les juridictions elles-mêmes. Aucune appréciation réelle ne peut être faite relativement à la fréquentation des tribunaux par les citoyens afin que droit leur soit dit, conformément aux dispositions du code des personnes et de la famille. Prenant donc en compte les chiffres de 2016 à 2018, seulement 209 conflits de divorce ont été soumis au jugement du tribunal de première instance de Cotonou. Tout porte à croire que les couples au Bénin vivent bien leur mariage, et donc qu'il n'existe pas trop de conflits entre époux, qui pourraient déboucher sur le mariage. Ceci reste encore à démontrer. Ces chiffres s'expliquent par le fait que les **béninois** n'aiment pas exposer à l'extérieur les problèmes et difficultés de leur foyer conjugal. Il préfère un règlement en famille, car dit-on le linge sale se lave en **famille**. Il est vrai que les règlements des conflits en famille ne suivent pas les mêmes principes juridiques du droit moderne fondé sur la règle de droit, mais elle privilégie le dialogue et la morale et participe largement à éviter le divorce.

Par ailleurs, quand on analyse un peu le taux de dossiers vidés par année, on se rend compte même que les juridictions traînent aussi sur le traitement des dossiers en divorce. En effet, 25.29 % en 2016 ; 22.20 % en 2017 ; 37.4 % en 2018 représentent le taux de dossiers traités par le TPI de Cotonou. Ce fait explique bien la grande quantité de dossier toujours en stock, en instance de traitement soit 382 pour 2016, 327 pour 2017, et 280 pour 2018. Il est même possible que certaines parties abandonnent le procès de divorce, dans la mesure où leur cause n'a pas été vite jugée. En somme, se frotter les mains pour dire que la législation en matière de divorce au Bénin est bien effective serait une justification assez subjective.

En ce qui concerne l'adhésion des citoyens pour les règles relatives aux régimes matrimoniaux : le désintérêt des béninois relativement aux modalités du mariage tel qu'organisé par le droit positif de la famille, a une implication directe sur celui des régimes matrimoniaux. Ainsi, dès que les époux ne se marient pas civilement, ils ne se conforment non plus aux règles des régimes matrimoniaux définies dans le code des personnes et de la famille. D'ailleurs, même les citoyens qui se marient civilement, la plupart ne rédige souvent pas de contrat de mariage, pouvant renseigner sur le type de régime choisi. D'office, la loi considère

qu'ils sont mariés sous le régime de droit commun⁵⁵¹ qu'est la « séparation des biens ». Ignorant donc toute question relative aux régimes matrimoniaux, les époux bien que mariés, continuent d'observer les pratiques traditionnelles relevant des coutumes familiales. Par exemple, en ce qui concerne le choix du domicile conjugal, la logique des pratiques, et des mentalités africaines noires en général considère toujours l'homme comme le guide de la famille et c'est lui qui décide du lieu d'habitation de la famille, contrairement à la logique de la législation de la famille qui invite la femme dans le choix du domicile conjugal⁵⁵². En dehors de ce cas de figure, la grande partie des citoyens qui ont déjà un désintéret au mariage civil, continuent de gérer les biens de la famille sur des considérations générales des coutumes, qui ne distinguent pas de biens propres⁵⁵³, ni de biens communs⁵⁵⁴ des époux, car la collectivité que représente la famille ne favorise pas cette distinction. En réalité, vu le sens de collectivité de la famille africaine, et en particulier celui du Bénin, si le législateur devrait prendre en considération les pratiques le régime de la communauté de bien est celui qui se rapproche le plus des réalités de vie en communauté. Cependant, il faut reconnaître que les pratiques en la matière créent des injustices fondées sur les inégalités du genre et c'est pour corriger ces inégalités que le législateur du code des personnes et de la famille a dû faire recours à la séparation des biens comme un régime de droit commun. Somme toute, la législation sur les régimes matrimoniaux n'a donc pas pour autant prospéré.

En matière des successions, les réalités liées au désintéret sont aussi ici les mêmes. Quand il s'agit de faire un rapprochement entre l'effectif de la population, et le nombre de conflits portés devant la justice, on se rend compte que pendant dix-huit ans d'application du code ce dernier n'a pas pu toujours requérir l'adhésion qu'il faut. En 2016, 2017, 2018 et 2019 le nombre de dossiers relatifs aux conflits de succession portés devant le TPI de Cotonou sont respectivement 434, 260, 160, et 197. Le nombre de dossiers par année de 2016 à 2019 sont respectivement 296, 52, 79 et 95⁵⁵⁵. De ces chiffres deux interprétations en ressortent : la première est relative au nombre de dossiers portés devant les juridictions. Le cumul de tous ces dossiers donne 1051 dossiers pour 4 ans. Une approximation mathématique donne environ 3 941 dossiers pour 15 ans donc moins de 4 000 dossiers de conflits de succession portés devant

⁵⁵¹ Art 184 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁵⁵² Art 156 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁵⁵³ Art 191 et 192 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁵⁵⁴ Art 190 et 219 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁵⁵⁵ Données recueillies auprès du greffe du TPI de Cotonou.

la justice depuis l'avènement du CPFB pour une population de Cotonou et celui des localités environnantes qui sont dans le ressort territorial du TPI de Cotonou. Or, pour Cotonou seul, la population était déjà en 2013 de 679 012 habitants. Vu l'accroissement de la population, la population qui est du ressort territorial du TPI de Cotonou dépasse aujourd'hui, largement un million d'habitants. Ces différents chiffres témoignent de l'ignorance des citoyens des règles juridiques qui organisent la gestion des successions, qui sont quand même plus protecteurs que les usages qui sont source de beaucoup d'injustices. La seconde interprétation concerne le nombre de dossiers vidés au fond par le TPI. Pour 1051 dossiers reçus en 4 ans seulement 522 soit moins de la moitié ont été vidés sur 4 ans. Cette lenteur judiciaire n'est pas vraiment de nature à encourager des justiciables qui déjà à priori ne donnent aucun crédit aux règles juridiques relatives aux successions, encore que l'application des décisions pose aussi un grand problème. Il ne sert à rien de faire recours à la justice si on n'est pas sûr de voir appliquer la décision de justice⁵⁵⁶. Au terme de l'analyse sur la non-adhésion à certaines règles du droit positifs actuels de la famille, on peut conclure sans doute que l'efficacité du code des personnes et de la famille est toujours en jeu dans la mesure où le code à encore du mal à être malgré la grande protection qu'elle accorde à chaque individu dans la famille. Pour l'instant, elle demeure fébrile face à la légitimité de certaines pratiques culturelles qui perdurent.

Paragraphe 2 : La fébrilité de la législation de la famille face à la persistance des coutumes

Le terme fébrilité est employé pour signifier l'incapacité d'une législation moderne dont le contenu est plus protecteur des droits, mais qui a du mal à s'imposer à des pratiques culturelles préexistantes. Si la substitution totale de règles coutumières par un droit moderne étranger posait déjà un problème d'adaptation, il y a aussi la méthode de vulgarisation de ce droit qui contribue aussi à son échec. De plus certains échecs dus aux mutations du droit contemporain européen de la famille, viennent renforcer le désintérêt des sociétés africaines à leurs nouvelles législations de la famille qui sont pour la plupart taillées sous le modèle de celles

⁵⁵⁶ Sophie ANDREETTA, « Pourquoi aller au tribunal si l'on n'exécute pas la décision du juge ? Conflits d'héritage et usages du droit à Cotonou », *Politique africaine*, n° 141, Mars 2016, p. 152

de la métropole. Ainsi, la mauvaise méthode de vulgarisation de la législation moderne (A) et les impacts négatifs provoqués par les mutations contemporaines du droit moderne de la famille (B) participent de la fébrilité des législations moderne de la famille en Afrique noire.

A. La mauvaise vulgarisation du code des personnes et de la famille

Le code des personnes et de la famille une fois voté par l'Assemblée nationale du Bénin devrait être porté à la connaissance des populations béninoises. Ainsi, des missions d'information ont été organisées pour aller présenter dans toutes les villes, quartiers de villes et villages du Bénin. Cette mission avait pour objectif de faire connaître à chaque citoyen, les droits et obligations de chaque époux, et des enfants dans la constitution et la gestion de la famille. Il est donc bien fondé cette mission en ce sens qu'elle devrait participer à l'enracinement, l'adhésion et à l'abandon des pratiques culturelles jusque-là observées dans toutes les matières qui relèvent du droit de la famille. Plusieurs acteurs ont été impliqués dans cette entreprise de vulgarisation du code. Le gouvernement, les ONG, le réseau des femmes « WiLDAF/FeDDAF-BÉNIN⁵⁵⁷ » étaient les acteurs principaux impliqués. Si la campagne a eu du mérite de faire savoir à tous les Béninois, l'existence d'un code des personnes et de la famille, elle a cependant créé des conflits familiaux opposant les époux qui ont été même à l'origine de l'éclatement de certains couples dont la famille a voler en éclat. Les acteurs de ces situations n'en parlent pas parce que pour eux, ces ruptures constituent une réussite du code, tout comme si l'objectif premier du code était de contribuer à la destruction des familles. Mais de quoi il s'agit concrètement ? Les séances de vulgarisations qui devraient prendre en compte les deux époux, en expliquant à chacun les droits et les obligations que leur confère le code, ont consisté en une sorte de remontrance des femmes déjà au foyer contre leur époux. Il s'est agi de montrer aux femmes qu'elles avaient des droits qui sont jusque-là violés par leur mari et quelle doivent désormais exiger le respect de leur mari, et que la loi est là pour les protéger. Beaucoup sont des femmes qui sont vues renvoyer par leur mari quand elles ont voulu se rebeller contre leur époux. Au même moment, certaines femmes n'ont pas cédé à cette sensibilisation, car pour elles, leur époux constitue une protection pour elle, et donc il est tout à fait logique de se soumettre à leur époux.

⁵⁵⁷ Réseau constitué pour la plus part de femmes juristes, qui se sont donné pour mission la défense des droits de la femme, avec leur mouvement d'émancipation de la femme béninoise.

Cette situation est cependant prévisible lorsque l'on revisite un peu les divergences de point de vue entre les acteurs constitutionnels, et législateurs dans les choix qu'il fallait opérer et les pressions du réseau WiLDAF/FeDDAF-BÉNIN sur le Parlement. En effet dans la présentation du code des personnes et de la famille au forum des ONG à Addis-Abeba en Éthiopie, Mme Geneviève BOKO NADJO, Coordinatrice du WiLDAF/FeDDAF-BÉNIN a reconnu ce mouvement de pression. Elle affirme : « En désespoir de cause, le WiLDAF/FeDDAF-Bénin s'est rapproché d'un partenaire au développement, en l'occurrence le FNUAP, pour lui faire une proposition : il s'agissait tout simplement de forcer la main aux députés en marchant sur l'Assemblée nationale. Séduit par la proposition, le partenaire s'est tout de suite engagé à nos côtés. Nous avons mobilisé non seulement les membres du réseau, mais également, ceux d'autres réseaux de défense des droits humains, les syndicats, les enseignants, les élèves et étudiants, les groupements de femmes des zones rurales et urbaines. La contribution de la SNV qui a impliqué les femmes rurales dont le processus a été très appréciable. Nous avons marché sur l'Assemblée nationale le 12 avril 2002. Nous avons choisi à dessein le jour de la rentrée parlementaire. Tout le monde était là. Les corps constitués, les différentes missions diplomatiques et l'exécutif. C'était une première dans l'histoire de la femme béninoise. Il y avait des fanfares, des pancartes exigeant le vote du code, des pancartes liant le suffrage des femmes aux prochaines élections au vote du code, des chansons révolutionnaires, etc. Le Président de l'Assemblée nationale, surpris par l'envergure de la manifestation, refusa de nous recevoir. Nous avons alors tenu une conférence de presse pour prendre à témoin la nation béninoise tout entière. Les médias ont fait un très large écho de la manifestation. Le 07 juin 2002 le code des personnes et de la famille était voté⁵⁵⁸. Également, la volonté des parlementaires de conserver certaines pratiques culturelles a été ému par la cours constitutionnel qui a mis en avant le principe de l'égalité des époux. C'est le cas de l'option que le projet de code accordait aux futurs époux dans le choix entre la monogamie et la polygamie, que la constitution a rejeté. La réalité en ait que les pouvoirs publics elles-mêmes si on s'en tient à la divergence, n'ont pas été unanimes dans les orientations actuelles que nous avons dans CPF. En conclusion, les signes de fébrilités existent déjà depuis l'élaboration de la législation sur la famille en passant par sa vulgarisation jusqu'à sa mise en application. Cette

⁵⁵⁸ Présentation pendant le Forum des ONG à Addis Abeba, Éthiopie les 6 - 7 octobre 2004, *Panel sur la promotion des droits des femmes en Afrique : Apprendre de l'expérience des uns et des autres* Publié sur www.wildaf-ao.org 3/8

fébrilité a donc favorisé la persistance des pratiques culturelles et le renforcement du désintérêt de la législation moderne de la famille.

Les quelques échecs en partie du droit moderne dû aux mutations contemporaines du droit de la famille renforcent parfois le désintérêt aux législations de la famille en lesquelles les sociétés africaines noires francophones n'y voient que du droit de la famille française.

B. Les échecs provoqués par les mutations contemporaines du droit moderne de la famille

Le droit de la famille française, qui représente l'original des législations de la famille des pays d'Afrique noire francophone, se trouve lui-même dans une instabilité, en raison des mutations contemporaines qui interviennent en droit de la famille. La famille a été appropriée, voire instrumentalisée par le ou les politiques, qui ont parfois ignoré les mises en garde de la doctrine sur certaines incohérences constatées çà et là dans les règles relatives au couple, ainsi que dans les mutations sociologiques en matière de filiation et d'autorité parentale. L'analyse les principaux traits de la réforme de « politisation » des liens de famille, permet de constater que les profondes mutations qui ont, depuis plus de quatre décennies, bouleversé les règles juridiques relatives au mariage et des rapports entre les époux, de filiation et d'autorité parentale se résument à deux tendances fortes : la légitimation politique de l'individualisme dans les rapports de couple à la faveur du processus de démocratisation de la vie privée ; et la valorisation du sentiment de responsabilité dans les liens de parenté. « L'individualisme » et le « couple » se présentent comme deux notions antinomiques. L'individualisme, en tant qu'« idéologie sociale qui met en avant le droit de l'individu de faire autant que possible respecter et prévaloir ses intérêts personnels et choix par rapport à d'autres finalités qui lui seraient imposées en raison de considérations collectives ou générales⁵⁵⁹, remet fondamentalement en cause la place de la famille, dont les règles ont depuis toujours primées sur la volonté et la liberté individuelle des membres qui la composent. Ainsi, depuis ces

⁵⁵⁹ Jean-Louis RENCHON, « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », *Mariage – conjugalité. Parenté – parentalité*, Paris, Dalloz, 2009, p. 209

décennies, la politique législative semble rayer progressivement l'institution sans laquelle l'individu ne peut exister au profit de l'individualisme. Ce processus de fragilisation de la famille qui prévalait déjà depuis les années 1960 et c'est justement à cette époque que les nouveaux pays indépendants de l'Afrique noire francophone ont commencé à construire leur législation de la famille qui finalement ont été copiés du modèle français. Il est donc évident que ces nouvelles législations sont par conséquent fragiles parce que copier d'une législation de la famille qui fragilise la famille qu'elle est supposée rendre forte. Or, dans ces pays africains, la famille est l'institution qui est au-dessus de tous ; et aucun individu quelle que soit sa position ou son rang ne dispose d'aucune personnalité propre ni d'aucun droit personnel en dehors d'elle. En sociologie du droit, l'une des facettes de cette déconstruction de l'ordre public matrimonial se trouve dans l'avènement du démariage, caractérisé par une sorte de révolution libérale des mœurs familiales⁵⁶⁰. Sur le plan du droit de la famille, l'autonomie de la personne mariée est progressivement acquise au cours du XXe siècle, avec notamment la loi sur l'autonomie financière des époux⁵⁶¹ et la reconnaissance à chaque époux, de la gestion de ses biens propres⁵⁶².

L'institution des nouvelles formes d'unions, consacrant un pluralisme en matière de conjugalité⁵⁶³ a introduit une définition du concubinage dans ce Code ci. Jean Carbonnier avait cependant eu le mérite de souligner les conséquences liées aux mutations juridiques opérées dans le droit de la famille. Il affirme : « Ainsi, l'histoire de notre droit du mariage, depuis cinquante ans, est l'histoire d'une libération continue, et l'aboutissement n'est pas loin : pour se lier comme pour se délier, l'homme n'aura plus d'autre clé que sa responsabilité envers lui-même »⁵⁶⁴. Au regard des diverses politiques individualistes, une certaine désacralisation des règles obligatoires en matière conjugale a progressivement vu le jour, et ont induit une remise en cause inéluctable de l'ordre public matrimonial. On pourrait se demander s'il existe

⁵⁶⁰ Irène THERY, *Le démariage*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1993, p. 109 et suiv.

⁵⁶¹ La Loi n° 65-570 du 13 juil. 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, J.O. 14 juill. 1965, p. 6044, consacra le droit pour chacun des époux de se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel.

⁵⁶² La Loi n° 85-1372 du 23 déc. 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, J.O. 26 déc. 1985, p. 15111, consolide le droit pour chaque époux d'exercer librement une profession, de percevoir ses gains et salaires et d'en disposer après s'être acquitté des charges du mariage.

⁵⁶³ Loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité (PACS).

⁵⁶⁴ Jean CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé français au milieu du xx^e siècle*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 325, à 328.

véritablement aujourd'hui des règles obligatoires droit du mariage⁵⁶⁵, vu le triomphe de l'individualisme à changer la conception de la notion de bonnes mœurs dans le mariage, que la jurisprudence vient illustrer. En 2004, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avait également retenu que les libéralités faites par un époux dans le but de poursuivre une relation adultère n'étaient pas contraires aux bonnes mœurs⁵⁶⁶. De même, en 2011, la Cour de cassation considère que le contrat proposé par un professionnel, relatif à l'offre de rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, qui ne se confond pas avec une telle réalisation, n'est pas nul, comme ayant une cause contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du fait qu'il est conclu par une personne « mariée⁵⁶⁷ ». Il n'est donc plus sans doute que la jurisprudence en matière conjugale.

L'enfant est le fruit de l'union des parents, de la nécessité de la vie qui se poursuit et de la continuité de la famille, de l'indispensable perpétuation de la lignée. Aujourd'hui, l'enfant est devenu le fruit du désir singulier et personnel de ses parents, un désir fondé sur sa singularité d'individu. Il y a lieu d'insister sur ce point dans la mesure où ce qu'on peut appeler l'enfant du désir peut faire naître l'équivoque. L'enfant du désir est le contraire de l'enfant du désir sexuel avec ses conséquences hasardeuses, inattendues et non désirées. Il s'agit ici d'un désir concerté d'enfant, né de la maîtrise du désir sexuel, en occurrence utilisé comme un instrument. Il se joue ici tout un problème du sexuel dans la procréation qui est de la plus grande conséquence pour la reconfiguration de la sexualité dans notre monde. Il y a une sexualité qu'on pourrait dire récréative, à la disposition des individus, dont ils font ce qu'ils veulent, et puis, il y a une sexualité sérieuse, celle qui débouche sur la reproduction. Cette dissociation est porteuse de nombreuses et lourdes conséquences pour l'image de l'enfant dans ses rapports avec la

⁵⁶⁵ Frédérique NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, Paris, L.G.D.J., 2008, n° 1, p. 1 et s. Voir, également, Dominique Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », dans *Le droit privé français à la fin du xx^e siècle. Études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, p. 487

⁵⁶⁶ Ass. plén. 29 oct. 2004, *Bull. civ.*, n° 12; Ass. plén. 29 oct. 2004, *Bull. inf. C. cass.*, n° 612, rapp. Bizot et avis Allix ; Henri Capitant, François Terré et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., t. 1, Paris, Dalloz, 2007, n° 28 et 29, p. 212 ; Daniel Vigneau, « Une libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs », D. 2004.3175 ; Jean-François Chabas, note sous Ass. plén. 29 oct. 2004, J.C.P. G. 2005.II.10011 ; Dominique Allix, avis sous Ass. plén. 29 oct. 2004, *Gaz.Pal.* 2004.6.3786 ; Stéphane Piedelièvre, note sous Ass. plén. 29 oct. 2004, *Deffrénois* 2005.234 ; Frédéric Bicheron, obs. sous Ass. plén. 29 oct. 2004, *A.J. Fam.* 2005.23 ; Bernard Beignier, note sous Ass. plén. 29 oct. 2004, *Dr. fam.* 2004.230 ; Jean Hauser, « Conjoint trompé : la morale ou la réserve, telle est la question », *R.T.D.civ.* 2005.104.

⁵⁶⁷ François CHENEDE, obs. sous Civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, *A.J. Fam.* 2011.613 ; D. 2011.2795 ; « Yoyo et Zozo sont dans un restau... », D. 2011.2921 ; David Bakouche, note sous Civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, J.C.P. G. 2012.9 ; Sébastien Milleville, note sous Civ. 1^{re}, 4 nov. 2011, L.P.A. 2012.8 ; Gérard Ngoumtsa Anou, « Le contrat de courtage matrimonial et les bonnes mœurs », R.R.J. 2012.1.219.

sexualité. Elle n'est sans doute pas étrangère à la crainte fantasmagorique du pédophile qui hante l'imaginaire contemporain et la véritable phobie qui incite constamment et absolument à séparer l'enfant de la sexualité dans les représentations. Comme si l'enfant issu de la sexualité procréatrice ne devait en aucun cas être exposé à la sexualité récréative. Car il faut bien poser la question : qu'est-ce qui résulte de ce désir générateur désormais installé au centre de l'acte de procréation ? Qu'est-ce qui en résulte pour les parents vis-à-vis de l'enfant ? Qu'est-ce qui en résulte plus encore pour l'enfant vis-à-vis de ses parents ? C'est ici l'un des nombreux éléments qui influence les relations entre les parents et leurs enfants. L'autre véritable problème, aujourd'hui, est celui des rapports des enfants adoptés avec leurs parents. L'enfant, qu'il soit adopté par des couples hétérosexuels ou homosexuels, les rapports parentés ne sont pas toujours aussi fraternels que dans le cas d'une parenté fondé sur le lien du sang. En ce qui concerne les familles monoparentales, les rapports entre parents et enfant ne sont pas aussi au top, car l'enfant éprouve un sentiment d'avoir quelque chose de moins ses amis vivant avec deux parents. Il peut aussi grandir avec la conviction que la famille, c'est un enfant, une mère soit un enfant, un père. Ce sont ces réalités qui sont à l'origine de la crise contemporaine que traverse la famille. Il est très important de comprendre que ce sont les familles africaines qui en souffrent le plus dans la mesure où les différentes situations évoquées sont étrangères à ses réalités et principes de fonctionnement.

En définitive, cette instabilité et tort causé à la famille par des tendances poussées de l'individualisme constituaient des signes de fébrilité des nouvelles législations copiées, qui ont du mal à s'imposer à des pratiques culturelles bien structurées et enracinées dans les mœurs. Il faut reconnaître que la politique de la législation de la famille française tente de façon progressive et tant mieux que possible d'aménager le droit de la famille pour corriger par des réformes, les problèmes sociaux qu'elle engendre dans son application. Mais pendant ce temps, au lieu que les législations de la famille des pays africains prennent appui sur les problèmes sociaux que rencontre leur droit de la famille, dans leur société propre, elle continue de faire des réformes mimées du droit français.

Au terme de la présente analyse sur l'inadaptation du droit moderne transposé de la famille avec les pratiques et coutumes indigènes africaines, il faut retenir deux choses. En premier, la nature du droit coutumier présente des spécificités qui lui sont propre et qui le diffère du point de vue juridique, des pratiques et valeurs des règles qui organisent la vie de la famille, du droit moderne de la famille copié du colonisateur. En second, le droit moderne en raison de

son inadéquation, a toujours du mal à s'imposer face à la persistance des pratiques et usages relevant des coutumes familiales. En conclusion, de ce titre 1 de la deuxième partie relative, à l'abandon des pratiques par le législateur dans la construction du droit de la famille, il faut comprendre que la pratique législative des législateurs africains qui consiste à la construction du droit de la famille au mépris des réalités de vie des familles africaines ne conduit qu'à une inefficacité, et inadaptation, conséquence de la non-adhésion des individus pour lesquels la législation est construite.

TITRE 2 : UNE NECESSITE DE RENFORCEMENT DANS LA PRISE EN COMPTE DES PRATIQUES COUTUMIERES. (UNE NECESSITE DE REPENSER LES LEGISLATIONS AFRICAINES DE LA FAMILLE)

« Toute société humaine est statique et dynamique⁵⁶⁸ ». Elle doit préserver son originalité, contre l’envahissement des éléments extérieurs, en raison de ce que cette originalité demeure son identité, dont elle ne doit jamais s’en débarrasser. Cependant, la société doit travailler dans le même temps par l’incoercible besoin d’évolution, qui relève de la nature humaine. Lorsque certains usages sur lesquels elle repose ne répondent plus aux exigences de son développement, il y serait donc nécessaire, de faire recours aux éléments extérieurs pour rechercher certains aspects positifs avec lesquels elle pourrait combiner pour reconstruire son identité. L’histoire du droit de la famille des sociétés africaines noires francophones démontre si bien combien, les pratiques coutumières familiales, qui caractérisent leur véritable identité, sont restées très rigides malgré l’imposition de nouvelles pratiques relevant du droit occidental français de la famille qui ont pour vocation à remplacer les usages et coutumes africaines. Cette législation de la famille imposée, n’a jamais su efficacement imposer, la stabilité établie par les pratiques coutumières. Au contraire, elle a contribué à la déstabilisation et à la dégradation de la famille qui, aujourd’hui, est en train de perdre ses repères parce qu’on veut le débarrasser de son originalité. Il est vrai que certaines pratiques coutumières, méritent d’être revues pour les rendre en phase avec des exigences d’égalité, et bien d’autres, ce qui pourrait nécessiter un emprunt de certains éléments du droit moderne de la famille. Il y a donc aujourd’hui, une nécessité de sauver la famille africaine, en reconstruisant son droit de la famille. Dans une démarche de tradition et modernité, il faut une appropriation générale des pratiques coutumières par les législateurs (chapitre 1), mais aussi, de faire une sélection de certaines règles de droit moderne de la famille (chapitre 2) pour construire une des législations de la famille efficaces et mieux adaptées aux réalités de vie des familles africaines.

⁵⁶⁸ Elias Taslim OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain*, Présence africaine, Paris 1961, p. 195

CHAPITRE 1 : L'APPROPRIATION GENERALE DES PRATIQUES COUTUMIERES LOCALES PAR LE LEGISLATEUR

En période coloniale, le colonisateur s'étant rendu compte de la grande résistance des colonies africaines face aux nouvelles règles relatives au fonctionnement des familles, a entrepris la rédaction des coutumiers. Au Bénin, le coutumier du Dahomey. Ainsi, malgré cette dualité coutumes indigènes et législation française, la famille a pu conserver ses valeurs et traditions. Mais à l'avènement des indépendances, les structures traditionnelles telles qu'elles sont organisées et régies par les coutumes paraissaient, aux dirigeants des nouveaux Etats africains nouvellement indépendants, incompatibles avec l'impératif de développement, et que le succès du développement dépendait des règles qui régissent la famille occidentale. Ainsi, il fallait surseoir aux pratiques familiales relevant des coutumes béninoises et les remplacer par le droit moderne. C'est ce qui a été fait au Bénin avec l'abolition pure et simple du coutumier du Dahomey par la cour constitutionnelle du Bénin. Depuis l'or, la famille a commencé par perdre dans ses repères avec l'individualisme, qui vient casser le ciment qui fait de la famille africaine une famille collective. Si les reformes apportées par le droit moderne avaient pour ambition de protéger la famille et les individus qui la composent, pourquoi elles n'ont jamais su s'adapter à l'environnement africain toujours dominé par ses coutumes. C'est la même la justification de l'inefficacité des législations de la famille des pays d'Afrique noire francophone. Il y a nécessité d'aller à la recherche d'un droit africain de la famille. Ceci passera nécessairement par le recours à l'histoire de la famille africaine noire (section 1), et la nécessité de réformes législatives par la prise en compte des pratiques des coutumes (section 2).

Section 1 : La nécessité de recours à l'histoire de la famille africaine noire.

L'histoire de la famille africaine est une histoire assez riche qui repose fondamentalement sur la pratique des traditions relevant des coutumes. Son appréhension passe par l'interprétation des usages, de certaines institutions dont les valeurs et principes éducatifs font de la famille elle-même, la marque de l'existence de l'individu. L'existence de l'individu dépend ici de celui de la famille, une logique que le droit moderne semble inversé, car ce dernier met en avant l'individu et après la famille. Inspirées du droit français de la famille, les nouvelles législations de la famille des pays africains noirs francophones, n'ont pas tenu compte des coutumes fortement dans les croyances, et qui ont une très grande légitimité dans l'ordre social

desdits pays. Ce faisant, ces nouvelles législations se sont révélées très tôt incompatibles et inadaptées aux contextes socio-culturels. La famille africaine s'est vu donc bousculer dans sa structure, son aisance, sa structure et en perte de ses repères. Étant la cellule fondamentale sur laquelle repose la vie de toute société, il est devenu nécessaire de repenser les nouvelles législations, afin de les rendre en phase avec les pratiques culturelles, liées à la nature même la famille africaine. Il faudra donc pour se faire réconcilier la famille africaine avec ses pratiques et cultures (paragraphe 1), tout en faisant un recours aux mécanismes culturels de la construction de la règle de droit de la famille (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une réconciliation de la famille africaine avec son passé.

L'arrivée des missionnaires en Afrique noire francophone avec la doctrine chrétienne, ajouté à l'avènement de la colonisation ont marqué le début de la remise en cause par des coutumes et traditions africaines. Cette remise en cause à provoquer progressivement la rupture de la famille africaine avec ses réalités propres, et à continuer jusqu'à l'après-décolonisation avec la rupture totale avec l'imposition d'un droit de la famille copié du droit de la famille française, pour ce qui concerne les Etats de l'Afrique noire francophone. Mais vu les conséquences aujourd'hui de cette rupture dans le système du droit de la famille africaine, il y a lieu de reconstruire une législation plus adaptée, tout en faisant un retour aux réalités des pratiques culturelles, à la recherche des solutions dans le passé culturel de la famille (B). Mais avant, il faudra une bonne appréhension de la nature du droit de la famille dans les sociétés africaines noires (A).

A. L'appréhension de la nature du droit de la famille dans les sociétés africaines noires

L'appréhension de la nature du droit de la famille africaine réside fondamentalement dans celui du droit coutumier elle-même en ce sens où la famille est le socle même de la vie et du fonctionnement des sociétés africaines. La définition du droit diffère selon les disciplines. Les juristes fondamentalement les positivistes y voient un ensemble de règles établies par une autorité et dont l'observation et le respect par la société est inconditionnel. Dans sa célèbre théorie analytique du droit, John Austin définit le droit comme « une règle énoncée par un être

intelligent à l'intention d'un être intelligent sur lequel, il exerce son autorité⁵⁶⁹ ». Si pour Austin, sa conception impliquant l'existence d'une autorité politique est propre aux sociétés africaines, il y a qu'elle ne cadre pas avec la nature collective de la famille africaine, dans laquelle aucun individu, même le plus hiérarchiquement supérieur est soumise aux mêmes règles. Mais cette conception semble plutôt assez proche de la conception juridique actuelle de la notion du droit. En définissant le droit comme l'ensemble des règles juridiques élaborées par une autorité publique et dont l'inobservation est sanctionnée par la puissance publique, l'être intelligent dont parle Austin est assimilé à l'autorité publique, et puisque nul n'est censé ignorer la loi, l'autre être intelligent est le citoyen qui doit observer la règle sous peine de sanction. Pour les sociologues du droit, le droit tire son existence de la société, dont il est le produit. Le droit est une émanation de la réalité sociale. Elle est donc le reflet de la société et de ce fait ne vient pas de la volonté ou décision unilatérale d'une autorité. Cette conception de la sociologie du droit fondée sur le réalisme et l'idéalisme répond mieux à la nature du droit coutumier africain. Mais qu'en est-il de la conception des anthropologues ? Les juristes et les anthropologues ne s'accordent pas souvent sur la définition du droit. À travers leurs études sociologiques sur les collectivités non occidentales, ils rejettent cette appréhension des juristes, pour qui, le droit ne se résume qu'à une doctrine écrite. Pour se démarquer des juristes, Hartland définissait déjà le droit relativement aux collectivités non occidentales. Ainsi, dit-il « dans ces collectivités, le droit n'est pas l'acte d'un souverain, qu'il s'agisse d'un individu ou d'un groupe d'individus ; c'est la règle traditionnelle de la collectivité ; la sanction qui la met en vigueur n'est pas spécialement annoncée par le souverain, mais découle des croyances et pratiques de la collectivité⁵⁷⁰ ». Hartland prend le soin de mentionner, que « les peuples civilisés qui ont l'habitude de lier le droit à une doctrine écrite, refusent d'appeler droit les règles auxquelles se plient les peuplades sauvages, et leur accordent seulement la qualité de coutumes. Mais les coutumes qui sont établies et respectées par l'ensemble de la population ne peuvent se distinguer des lois⁵⁷¹ ». La conception de Hartland cadre avec la logique définitionnelle du droit dans les sociétés traditionnelles africaines noires. Sa définition explique mieux en quoi les pratiques et usages des collectivités familiales occupe la même place que la loi occupe dans les sociétés occidentales dites civilisées. Certains auteurs comme Roscoe Pound, pour justifier

⁵⁶⁹ Lecture ou Jurisprudence, conférences sur la jurisprudence ou philosophie du droit positif, 5^e éd, 1885, vol. p. 316

⁵⁷⁰ Edwin Sidney HARTLAND, Primitive law, Londres, 1924.

⁵⁷¹ Idem.

leurs positions selon laquelle les coutumes dans les sociétés non occidentales n'établissent pas le droit, défini le droit comme « une réglementation sociale obtenue par l'application systématique des forces d'une société politiquement organisée ». Cette logique a été soutenue également par Radcliff-brown qui considère, comme relevant de conventions sociales ou de la coutume, les obligations imposées aux individus en absence de sanctions juridiques⁵⁷². Il existerait à notre avis une méconnaissance de la structure de l'organisation sociale des sociétés non occidentales que sont les sociétés africaines en particulier noires par les auteurs comme Pound, dans la mesure où la différence de l'organisation sociale entre une société coutumière et une société moderne occidentale ne traduit en rien une absence d'une force politiquement organisée. Tout porte à croire que c'est à l'arbre à palabre que les questions aux problèmes des sociétés se gèrent. Il faut déjà appréhender la famille qui est la cellule de base de la société pour se rendre compte des limites à la logique de Pound, car à la tête de chaque famille, collectivité, clan et tribu, il existe des responsables qui assurent la régulation de l'ordre social. La différence se trouve dans le mode d'organisation et la méthode auxquelles on peut ajouter fondamentalement l'absence d'écrit dans les coutumes.

Revenant à Radcliffe-Brown, ce dernier met en avant un motif qui semble totalement injustifié. Nous n'allons pas nous plonger dans une définition de ce qu'est une sanction, mais on suppose que ce soit la non-maitrise des pratiques réelles du droit coutumier qui pourrait expliquer sa conception. Si aujourd'hui la sanction en cas de violation d'une règle de droit consiste soit à un emprisonnement, une amende, ou une réparation à titre de dommages et intérêts, la sanction dans les sociétés culturelles repose beaucoup sur l'éducation. Elle consiste à moraliser, ou à un simple regard de la société. Le simple regard moral que la société porte à l'égard d'un individu qui a agi en violation des règles sociales, suffit pour que ce dernier se décide à ne jamais enfreindre la règle. Dire donc qu'il y a une absence de sanction en matière coutumière n'est pas tout à fait justifié.

En matière familiale, les représentations sociales sont aussi différentes selon que l'on se place du côté des coutumes familiales ou du droit moderne de la famille. La famille africaine a donc ses règles traditionnelles, contenues dans les pratiques et usages définis par les coutumes qui représentent le droit applicable à la famille africaine. C'est là donc se trouve la nature du

⁵⁷² V. Edwin Robert Anderson SELIGMAN, Alvin Saunders JOHNSON, *The encyclopedia of the social sciences*, vol. IX, 19, 1945, p. 202.

droit de la famille dans les sociétés traditionnelles africaines. Malgré la pénétration du droit moderne de nature différente, l'identité originale du droit coutumier de la famille demeure, et rivalise avec le droit moderne défini par les droits positifs actuels de la famille, qui peine toujours à s'imposer dans une société à laquelle il est en inadéquation.

B. La recherche des solutions dans le passé culturel de la famille africaine.

Le passé culturel de la famille en Afrique remonte particulièrement à l'époque précoloniale, où les traditions et pratiques culturelles étaient les seules qui gouvernent les rapports existants entre les individus dans les groupes familiales, de même que tous les usages en matière familiale. Ainsi, le mariage, le divorce, les filiations et rapports de parenté, les régimes matrimoniaux, le consentement, les successions, étaient régis par les règles coutumières, représentant les normes juridiques, établissant le droit de la famille dans les sociétés africaines précoloniales, qui avaient leurs modes d'organisation propres et structurées, normes sociales qui assuraient une grande stabilité à la famille. Ces normes ont reçu l'adhésion de tous les individus et étaient très respectées. L'arrivée de la colonisation avec la remise en cause des règles culturelles que le colonisateur a voulu à tout prix effacer en imposant ses propres normes de la famille. Ce fait a marqué le début des conflits entre les règles coutumières internes et les règles importées du colonisateur. Les règles de droit de la famille imposées par le colonisateur étant inadaptées aux réalités sociales des familles africaines ont subi très tôt l'opposition des coutumes. Conscient de cela, le colonisateur a donc entrepris la rédaction des coutumiers, pour instaurer un système dual. Même si les coutumes étaient toujours applicables, il faut remarquer que le système dual a malgré tout aussi négligeable que cela soit réduit l'adhésion des coutumes, chose préjudiciable à la stabilité de la famille. La vraie rupture avec les normes culturelles est intervenue au lendemain des indépendances où l'Etat nouvellement indépendant devraient élaborer leur nouvelle législation. Pour presque tous les pays de l'Afrique noire francophone, l'absence de politique législative a conduit les législateurs à abolir purement et simplement leur droit coutumier pour se tourner vers la reproduction presque identique de la règle de droit de la famille du colonisateur. Les motifs avancés sont pour la plupart fondés sur l'opinion que le colonisateur porte sur les règles coutumières. Ces règles sont qualifiées d'impropre et non adaptées aux impératives de développement. Cette rupture totale avec les réalités culturelles de la famille africaine à générer plusieurs conséquences sur la vie

de la famille, et qui continue de s'aggraver de nos jours, quand on observe de près toutes les instabilités de la famille en Afrique aujourd'hui, avec l'inefficacité des législations de nature occidentale qui peinent à donner une stabilité à la famille, qui est totalement en perte de ses repères. Il est impératif d'agir pour sauver la famille, car sa disparition ou son instabilité ne sera pas sans conséquences sur la société de façon générale, lorsque l'on sait qu'elle est la cellule de base de la société. Agir, suppose aller à la recherche d'un droit positif africain nouveau de la famille. Dans ce cadre, une réconciliation de la famille avec son passé est nécessaire. Cette réconciliation consistera donc à aller à la recherche des solutions futures dans ce passé rejeté au profit de règles totalement étrangers dont le fond ne cadre pas avec les faits sociaux en Afrique. C'est une entreprise qui comporte assez de risque, mais « fondé sur la conviction qu'aucune société ne peut se développer en tournant le dos à son passé⁵⁷³ ». Une réconciliation avec le passé est nécessaire quel que soit le sacrifice que cela implique. Le passé culturel de la famille comporte beaucoup de pratiques et de principes, dans tous les domaines de la famille : le mariage, les successions, la filiation... Ces principes et pratiques ne sont pas saisissables en raison de leurs caractères non écrits. « Les projets de société des Africains du XXIe siècle devraient, à mon avis, répondre à l'exigence d'endogénéité culturelle et à une approche pragmatique des processus de mondialisation en vue de relever un pari de reprise d'initiative historique dont nous avons détecté le besoin »⁵⁷⁴. Etienne LE ROY relève bien ici à travers cette affirmation la nécessité actuelle d'une référence au passé culturelle pour réorganiser les systèmes juridiques afin de mieux les redéfinir pour les rendre beaucoup plus adaptés aux réalités culturelles. En raison donc de la croissance du dysfonctionnement des reformes des droits africains qui a consacré la mise en place du droit positif africain de la famille, il conviendrait à mon avis, de prendre un recul avec le droit positif pour essayer de rechercher les solutions, qui rapprochent la famille en Afrique, de ses réalités propres, réalités contenues dans ses racines culturelles. Il faut bien le remarquer comme le dit bien Etienne LE ROY : « La loi ne se contente pas, en effet, de décrire les rapports humains dans un discours cohérent ; elle montre ce qui doit être, à un temps donné et dans une société donnée⁵⁷⁵ ». Si les sociétés qui ont construit leur droit de la famille sur les réalités de vie de leur famille, continuent de réfléchir à corriger à mesure qu'elles le constatent, quelques inadaptations avec l'évolution des

⁵⁷³ Etienne LE ROY, « Quel projet de société pour les africains du XXIe siècle ? » in *A la recherche du droit africain du XXIe siècle*, Londres, Connaissances et savoirs, 2005, p. 74

⁵⁷⁴ Idem, p. 76

⁵⁷⁵ Sylvain BERNARD et Michel FARGE, *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, Presse Universitaire de Grenoble, Novembre 2019, p. 8.

comportements de vie des populations⁵⁷⁶, il est évident que celles qui l'ont bâti sur les normes étrangères qui ne répondent pas aux réalités de leur famille puissent en faire de même.

Cependant, la réconciliation avec les cultures ne voudrait pas signifier une reprise sans ménager aucun des pratiques et usages. Conscient que les coutumes regorgent aussi bien des valeurs et des anti-valeurs, il faudrait prendre en considération ce qui est déjà une valeur à préserver, chercher à aménager les anti-valeurs pour les rendre plus utiles. En conclusion, la réconciliation de la famille avec son passé consisterait donc définir les normes applicables en s'appuyant sur les réalités culturelles, en tenir compte de ce qu'elles constituent des valeurs à protéger ou des anti-valeurs à reconsidérer. Cela à notre avis répondrait mieux que de procéder à la transposition de normes étrangères. La nécessité de recours à l'histoire de la famille africaine noire, n'impliquerait pas seulement une réconciliation de la famille avec son passé. Cette nécessité doit s'opérer à travers le recours aux mécanismes culturels dans la construction de la règle de droit de la famille.

Paragraphe 2 : Un recours aux mécanismes culturels de construction de la règle de droit de la famille

Si l'on prend en considération, la diversité des trajectoires familiales dans le temps et dans l'espace, on doit pouvoir relever la complexité de la réalité familiale dans un monde en mutation perpétuelle. De ce point de vue, la connaissance du fait familial est un défi majeur aux sciences sociales, mais aussi au droit qui les caractérise. Pour appréhender le sens que les groupes sociaux donnent à la famille, il faut retrouver la façon dont ces groupes habitent le monde. « La compréhension en profondeur des structures familiales impose la prise en considération des modèles culturels qui les déterminent »⁵⁷⁷, quel que soit le type de société. La maîtrise des modèles culturels de façon efficace, nécessite l'implication des acteurs culturels et sociaux (A) une connaissance des pratiques culturelles familiales qui prédominent de même que leur interprétation(B).

⁵⁷⁶ V. Actes du colloque de Paris 2000 sur le thème, Quel droit pour quelles familles ? Organiser sous le couvert du ministère de la justice française. Ce colloque dont l'ouverture a été faite par Elisabeth GUIDOU, Garde des Sceaux, ministre de la justice à l'époque, avait pour objet de réfléchir sur les réformes envisageables pour une famille française du XXI^e siècle.

⁵⁷⁷ Marc PILON, Thérèse LOCOH, Émilien VIGNIKIN, Patrice VIMARD, *Ménages et famille en Afrique, approches des dynamiques contemporaines*, Les Études du CEPED, n° 15, 1997, p. 224

A. Une nécessité de l'implication des acteurs culturels et sociaux de la famille

En période coloniale, dès que le colonisateur français s'est retrouvé très tôt en présence d'une résistance des coutumes face à son droit de tradition occidentale, il a très tôt, même si son ambition n'était pas de laisser libre cours aux coutumes indigènes, procéder avec la complicité des responsables et acteurs culturels, au recensement de toutes les coutumes. Le résultat de cette activité, est ce que nous désignons aujourd'hui par les coutumiers. Dans le cas du Bénin, Dahomey d'alors, il s'agit du coutumier du Dahomey. Le colonisateur avait associé, les acteurs culturels, que sont, les chefs de collectivité, dignitaires, têtes couronnées des différentes ethnies pour le recensement des diverses pratiques et usages en cours dans les familles. Ce faisant, il a pu mettre en place, à côté droit de la famille occidentale, un droit coutumier, en établissant désormais un système juridique dual. Cette dualité juridique à demeurer depuis la colonisation jusqu'à l'avènement du code des personnes et de la famille en 2004. Ce code, copié du droit occidental, précisément du droit français, a eu certes le mérite de régler plusieurs problèmes qui relevaient de l'application des pratiques culturelles relevant de la vie des familles. Mais curieusement pourquoi aujourd'hui, la famille a perdu ses repères, son identité réelle ? Pour répondre à cette question, il y a d'abord nécessité de relever qu'au cours du processus d'élaboration du code béninois des personnes et de la famille, le constituant béninois a aboli purement et simplement le coutumier du Dahomey, un coutumier qui permettait jusque-là, à la famille de continuer à vivre dans sa cohésion, son caractère collectif, réalités et identités propres qui assuraient sa sécurité et sa survie. Cette abolition du coutumier vient mettre un terme à l'application et à l'abandon des coutumes, pour l'établissement définitif d'un droit de la famille d'origine occidentale française. En conséquence, les recours aux autorités culturelles pour trancher les conflits qui relèvent de l'application des coutumes en matière familiale n'existent plus. Le rôle donc que jouent les acteurs culturels dans la préservation de la famille n'existe plus. Ainsi, les acteurs culturels ont été écartés de toutes les questions qui concernent la vie de la famille, et seul l'Etat à travers son pouvoir législatif et sa justice a la compétence pour décider de tout ce qui concerne une famille, dont l'histoire, l'origine et ses réalités relèvent des usages culturels.

En Afrique noire, il existe toujours dans toutes les sociétés ou groupes familiales ceux que l'on désigne par « les hommes de traditions », qui interviennent dans divers domaines des traditions familiales, qu'il s'agit du mariage, des successions, du règlement des conflits du

couple, de l'éducation des jeunes garçons et des jeunes filles, de l'initiation des jeunes destinés à assurer la continuité de la famille... Les règles et usages étant de tradition orale, certains de ses acteurs, des personnages âgés d'au moins 60 ans dotés d'une grande connaissance, maîtrisaient les coutumes et leurs significations, et de ce fait pouvaient les expliquer, et les interpréter. C'est le cas des griots qui sont détenteurs de l'histoire des usages et le sens de leur utilisation. C'est ce que voulait signifier Hamadou Amphaté Bâ quand il affirmait qu'en « Afrique quand un vieillard meurt, c'est une bibliothèque qui brûle ». Cette affirmation traduit l'importance que certaines personnes en raison de leur expérience de vie familiale et de l'immensité de connaissance qu'il dispose sur les traditions et us. Aussi, ne voudrait-il pas attirer l'attention sur l'ignorance de l'importance des acteurs culturels dans la vie de la famille en Afrique, et du grand rôle qu'ils jouent en milieu familial. Un proverbe populaire africain dit : « Un vieux assis voit plus loin qu'un jeune debout », toujours pour attester de la connaissance et des savoirs des personnes les plus âgées comparativement aux plus jeunes.

Si la connaissance des réalités de la famille se trouve dans les usages et pratiques, et que la connaissance et la maîtrise pourrait être liée à l'expérience de vie familiale que l'on relie à l'ancienneté, ceci ne demeure pas seulement une question de génération, mais aussi de l'exercice personnel par certaines des religions endogènes. Qu'on le veuille ou non, il est évident que c'est dans les pratiques des religions endogènes que la coutume retrouve sa place. Les rites de mariage, les pratiques de la succession (à la fonction ou au patrimoine), le règlement des conflits familiaux, les pratiques de filiation... sont réellement celles qui fondent l'exercice des religions endogènes. Lorsque l'on parle du « fâ » et de ces prédications, les non-initiés ignorent tout le sens de ces prédications. Mais l'adepte du « fâ », lui est capable de pouvoir expliquer tout le sens de ces prédications. Il est de tradition par exemple pour les adeptes et croyants du fâ, de consulter la naissance d'un enfant, le fâ pour savoir tout sur son avenir, ses malheurs, ses échecs, ses réussites et prospérités à venir, ce qui pourrait permettre de prévenir les éventuelles situations malheureuses à venir. Ainsi, l'absence ou le défaut de maîtrise des réalités des cultures fait qu'on ignore le rôle des pratiques dans la survie de la famille en Afrique. Par exemple au Bénin, à chaque fin d'année, tous les dignitaires de cultes traditionnels et maîtres du « fâ » se retrouvent pour une consultation du « fâ » pour l'année la nouvelle année à venir, et en même les dispositions à prendre pour prévenir les situations malheureuses que le fâ révélerait.

Si l'on est conscient aujourd'hui, de ce que la famille en Afrique s'est totalement éloignée de son passé et que, ce passé le rattrape parce qu'il l'a rejeté, c'est qu'il y a nécessité d'agir. Il est tout à fait juste que toute société se doit à chaque fois de s'aménager pour évoluer au rythme des changements nécessaires à son développement. Cependant, elle ne doit pas perdre de vue que l'identité est une chose dont on ne se dépossède pas sans risque de ne plus exister. Comment donc redonner à la famille africaine son identité ? A priori, il n'est pas question de rejeter tous les acquis de la législation moderne, car la famille doit continuer à évoluer. Le législateur doit toujours continuer à rester dans son rôle traditionnel celle de construire le droit. Mais comme le dit si bien un l'écrivain béninois Jean PLIYA dans son livre intitulé *les tresseurs de corde*, « c'est au bout de l'ancienne corde qu'on tisse la nouvelle »⁵⁷⁸, il faut associer dans le cadre de l'intégration de certains usages culturels dans la législation de la famille, associer les acteurs culturels pouvant mieux renseigner sur le sens et leur signification, pour voir dans quel mesure les exploiter et dans la mesure du possible, tel ou telle pratique, et voir en même temps la possibilité de les aménager. Ainsi donc il sera question du rôle des acteurs culturels et sociaux dans le processus de réformation du droit de la famille. Ce rôle comme précédemment annoncé tourne autour de la reconnaissance et de l'interprétation des pratiques culturelles.

B. Une connaissance et interprétation des pratiques culturelles familiales dominantes.

L'idée que certains juristes occidentaux ont des coutumes explique souvent la méconnaissance des coutumes et la place qu'elles occupent dans les sociétés africaines noires. Si la coutume est considérée comme une simple source de droit dans les sociétés occidentales, et même dans certains pays d'Afrique du Nord parce que régit pour la plupart par le droit musulman, elle a fondamentalement dans les sociétés d'Afrique noire force de loi. L'incompréhension du phénomène de la coutume est l'objet de controverses par les juristes coloniaux, les juristes français en ce qui concerne le cas de pays d'Afrique noire, anciennes colonies françaises.

⁵⁷⁸ Jean PLIYA, *Les tresseurs de corde*, Hatier, 1988, p. 145

En effet, en considérant le Droit comme « l'ensemble des règles imposées par la société, que ces règles soient écrites ou orales, nées de la législation ou de pratiques populaires, est-ce pour autant un ensemble de règles arbitraires, fruit de la seule raison, divine ou humaine, et qui peuvent être modifiées, améliorées par le législateur à chaque progrès de la raison, de la civilisation ? Dans ce cas, la coutume n'est que du Droit primitif : c'est un corpus de règles, fruit d'une raison humaine balbutiante. Ces règles sont bizarres, orales chez les peuples sans écriture, parfois cruelles aux yeux des Chrétiens »⁵⁷⁹. F. GARRISSON exposait déjà son idée sur la coutume à travers ses exposés sur la situation juridique de l'Europe médiévale⁵⁸⁰. Selon GARRISSON, la coutume est « l'ensemble des habitudes et usages nés de comportements antérieurs répétés qui guident et façonnent les comportements ultérieurs. La tradition, le conformisme deviennent des modèles d'action, normes de conduite. Au contraire de la loi, la coutume exprime un Droit spontanément et naturellement issu de la base, un Droit pragmatique, populaire, fait de pratiques tenues pour règles. La coutume n'est que la résultante des mœurs d'une société ». Autrement dit, la coutume, est la tradition, le simple conformisme qui devient modèle d'action, règle de conduite... « Un Droit tout pragmatique en somme, un Droit populaire, puisque, faite de pratiques tenues pour règles, la coutume n'est que la résultante des mœurs d'un groupe social donné »⁵⁸¹. L'auteur n'y voit que dans la coutume, une simple soumission à une routine, de comportements et de règles sociales, expression des mœurs de groupe. En allant plus loin, il exprime que la coutume ne peut contribuer qu'à une construction normative, bien de sujets que l'autorité impose aux humbles⁵⁸². Il précise également que les règles coutumières sont « le plus souvent flous, sommaires. Leurs aspects incertains et médiocres ne pouvaient permettre qu'une maigre floraison juridique d'autant que sévissent à peu uniformément l'ignorance et son corollaire, l'incertitude. Les lacunes du Droit sont sans doute moins frappantes que ses approximations ou ses confusions... Ce Droit ne possédait ni bases écrites, ni textes de référence. Il n'avait d'autre véhicule que la mémoire des hommes qui vivaient ses rudiments. Cette vie juridique, très fruste, était à l'image du profond recul de la civilisation »⁵⁸³. »

⁵⁷⁹ Jean-Pierre MAGNANT, *Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine*, Droit et Cultures, 2004, p.167-192

⁵⁸⁰ Francis GARRISSON, *Histoire du Droit et des Institutions*, Paris, Montchrétien, Tome.1, p. 45

⁵⁸¹ Idem,

⁵⁸² Idem,

⁵⁸³ *Op.cit.*, p. 43, 44 et 45

Les propos de GARRISSON paraissent à notre avis très subjective. C'est ici un problème réel d'appréhension des pratiques et usages culturelles d'une société africaine traditionnelle qui pourtant est assez structurée dans son organisation de vie culturelle. Si considérant le fait que l'oralité des règles coutumières rend inaccessible la connaissance et la signification au monde extérieur des réalités coutumières, les législateurs avaient pris la mesure de vulgarisation des pratiques par les détenteurs de la mémoire des coutumes, certains propos de l'auteur que nous voudrions bien relevés n'auraient pas raison d'être. En effet, les expressions floues, incertaines et médiocres que l'auteur emploie semblent un peu trop excessive. On pourrait bien se demander si l'auteur a vécu une fois en milieux traditionnels pour et chercher à connaître à priori les pratiques avant son analyse. L'auteur, a-t-il été une fois à l'école d'un acteur des traditions et cultures pour comprendre un peu certaines logiques des coutumes ? L'absence d'écrit, le défaut d'interprétation ne fait pas forcément d'un usage ou pratique relevant des coutumes, médiocres. C'est en cela que notre analyse interpelle les législateurs, qui au lieu de combiner avec les coutumes pour écrire notre droit de la famille, ne font que de la transposition législative. Il est donc nécessaire d'entreprendre un recensement tout au moins des règles coutumières dominantes et convergentes de procéder à leur interprétation. Et c'est là le rôle déterminant des acteurs sociaux impliqués dans les pratiques des coutumes. Aucune société ne peut prospérer dans le mépris de ses valeurs et traditions. La Chine, le Japon et bien d'autres pays très développés non pas pour autant pour se développer, rejeter leurs valeurs et pratiques culturelles au contraire, ils sont restés assez fidèles à leurs réalités familiales. Par ailleurs, s'agissant de la France, colonisateur des pays d'Afrique Noire francophone n'a pas construit son droit de la famille sur les réalités venues d'ailleurs, elle a progressivement retiré de son droit coutumier de la famille les règles et usages en les rendant au jour le jour en phase avec l'évolution de sa société. C'est ainsi qu'elle a construit son droit de la famille. C'est pourquoi certains aspects qui sont connus et vus comme normales dans la société française, paraissent très étonnants et contre les réalités de vie culturelle en Afrique, alors que ces règles n'ont rien de médiocre pour celui qui connaît la société française et ses valeurs de vie. C'est le cas par exemple des familles recomposées, où on parle de mère célibataire, le cas des mariages homosexuels qui au regard des droits de l'homme constituent des usages courants et autorisés par beaucoup de législations occidentales, ce qui est tout le contraire dans les sociétés africaines noires. Toutes règles sociales en cours dans une société méritent d'être appréhendée au risque de se tromper sur ce qu'elle est du point de vue représentation sociale.

Au terme de ce paragraphe consacré au recours aux usages et pratiques pour la reconstruction du droit de la famille, et qui vient mettre un terme, la nécessité de recours à l'histoire de la famille africaine noire, il faut conclure que c'est une nécessité pour les pays d'Afrique noire et en particulier francophone de repenser leur législation de la famille en faisant un recours au passé culturel, dont le rejet cause aujourd'hui de véritables problèmes liés à la survie de la famille. La reconstruction du droit de la famille par ces pays non seulement elle nécessite le recours à l'histoire de la famille, mais aussi nécessite la prise en compte des réformes législatives visant la prise en compte des usages et coutumes.

Section 2 : Une nécessité de réforme législative par la prise en compte des coutumes

Depuis plusieurs décennies, déjà, du XXe siècle à nos jours, il y a eu beaucoup de mutations : la décolonisation, la mondialisation grâce à l'intégration économique, et surtout l'affirmation des identités de chaque société humaine⁵⁸⁴. Cette dernière a permis à chaque société Etatique de mettre en avant ses propres réalités, pour s'ouvrir au monde. Mais dans le cadre de la famille qui intéresse notre analyse, et particulièrement en ce qui concerne les pays d'Afrique noire francophone, le phénomène d'ouverture au monde de leurs réalités culturelles n'a pas été observé. Ce fait s'explique par le fait que ces Etats qui se sont vu imposer les réalités de vie de la famille occidentale française, avec le rejet par eux-mêmes à un moment donné de leur identité par les choix législatives qu'ils ont fait au cours de l'élaboration de leur législation de la famille. Ainsi, toutes les orientations législatives visant la réglementation de la vie familiale ont été copiées de la métropole. Aujourd'hui nous en sommes arrivés à un stade où la famille africaine s'est retrouvée en panne, souffrant de l'absence de ses réalités, et donc en conséquence, prolongée dans une dégradation progressive. Il faut donc la reconstituer. Cette reconstitution nécessite une réforme législative mettant en avant une hégémonie culturelle (paragraphe 1), avec un aménagement des politiques législatives de la famille (paragraphe 2), actuellement calquées sur le modèle français.

⁵⁸⁴ Camille KUYU, A la recherche du Droit africain au XXIe siècle, connaissance et savoirs, 2005, p. 97.

Paragraphe 1 : Une réforme visant une hégémonie des coutumes

Au lendemain des accessions à l'indépendance des pays d'Afrique noire francophone en particulier, les nouveaux dirigeants trouvent que les structures traditionnelles familiales telles qu'elles sont organisées et régies par les coutumes, ne sont plus compatibles avec l'impérative de développement économique. Si l'ambition de développement est une ambition noble, vouloir le faire à tout prix à l'occidentale⁵⁸⁵ française s'est révélée une entreprise éprouvée, car les représentations sociales du point de vue comme précédemment rappelées ne sont pas les mêmes pour les sociétés africaines noires et pour la société française. Ainsi, la mise en place d'une législation de la famille adaptée au contexte culturel des peuples africains noirs devra viser une hégémonie culturelle, que ce soit dans la formation du couple et sa scission (A) que dans les domaines de la parenté (B).

A. Dans la formation du couple et sa scission

Pour trouver une solution à la difficile inapplicabilité des textes législatifs de la famille que les Etats africains noirs francophones ont adopté en s'inspirant du modèle français, en ignorant les coutumes fortement ancrées dans les croyances et la culture, il faudra penser autrement les législations en les rendant plus adaptables. Ceci permettrait désormais de régler les problèmes d'inapplicabilité. Il faut se rendre compte de l'évidence qu'il existe aujourd'hui un grand pont entre les textes législatifs officiels de la famille, rédigés avec une perfection et répondant aux normes des standards internationaux et la pratique sociale. Il faut à priori le processus d'élaboration des législations de la famille, même si, il a abouti à un mimétisme juridique pour tous les Etats africains noirs francophones, il n'a pas été la même chose pour tous. Il y a eu plus de réalisme chez les uns que les autres. Au Sénégal, la législation de la famille entrée en vigueur depuis 1973 au cours de son élaboration était guidée par un souci d'impliquer toutes les couches sociales. Ainsi, les chefs religieux, les chefs traditionnels, les chefs coutumiers, les leaders féminins et les experts étaient tous associés au processus

⁵⁸⁵ Camille KUYU, Parenté, Droit et Développement en Afrique noire. Evaluation critique des recherches menées au Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris de 1965 à nos jours, Mémoire de DESS de Développement et coopération, Université de Paris I, 1989, p. 105

d'élaboration de la législation. L'objectif était que chaque couche de la société se retrouve dans le texte législatif, afin de s'assurer de son efficacité et de son adaptabilité aux réalités propre à la société sénégalaise. En revanche, cette logique n'a pas du tout prévalu dans le cas béninois. Une fois le coutumier du Dahomey aboli par décision de la cour constitutionnelle, les chefs religieux, les chefs coutumiers et les chefs traditionnels ont été écartés du processus. Même en ce qui concerne les leaders féminins, n'eussent été qu'elles se soient invitées de force à travers les différentes ONG et de certaines qui siégeaient au parlement, elles ne sauraient non plus être invitées dans le processus. Ainsi le processus d'élaboration du code béninois et des personnes et de la famille a été une entreprise presque exclusivement de 83 députés qui étaient d'ailleurs divisés sur les choix et orientation à suivre. Si dans le cas du Sénégal, la stratégie a été d'associer tous les acteurs coutumières, traditionnels et religieux, pourquoi le contenu du texte législatif est resté ignoré des populations comme dans le cas du Bénin, où ces derniers acteurs n'ont pas été vraiment associés au processus d'élaboration du code béninois des personnes et de la famille, bien que le contenu de chacun de ces codes ait été bien rédigé et conforme aux codes des pays occidentaux ? La réponse à cette interrogation se retrouve dans la balance, qui existe entre les réalités des normes relevant des coutumes et traditions africaine, et celles des normes copiées du droit occidental. En réalité, c'est cette balance qui est déterminante dans l'adaptabilité de législation de la famille dans les pays noirs francophones. Au Bénin, la balance est totalement orientée vers les normes copiées du droit français. Ce qui l'explique d'ailleurs est l'abolition du coutumier du Dahomey. Ici donc nous avons une hégémonie du droit français sur celle des coutumes, pour une société dont les pratiques, les usages et l'ensemble des règles qui la régissent sont fondées sur les coutumes. Dans le cas du Sénégal, c'est également le même scénario dans la mesure où la législation est ici le reflet du droit de la famille française et du droit musulman, car sa population est majoritairement musulmane. Ainsi, non seulement les législations ne respectent pas l'approche à dominance tradition, elles ne sont non plus restées dans une approche tradition et modernité bien entendu parce que même si la stratégie sénégalaise semble associer les traditions, elle n'a vraiment pu donner une place considérable aux pratiques coutumières. Nous avons plutôt une hégémonie presque totale du droit français. En ce qui concerne l'option matrimoniale par exemple, l'article 33 du code sénégalais donne par exemple la possibilité aux époux au cours de leur premier mariage de choisir entre la polygamie et la monogamie. Cependant, si c'est le choix de la polygamie qui a été fait, l'époux dispose encore de la possibilité de se marier encore à d'autres femmes. Mais si c'est la monogamie qui a été choisie, il ne peut plus y avoir autre mariage. Mais curieusement, bien qu'ayant opté pour la monogamie, certains hommes se remarient, bien qu'ils ne se soient pas

séparés de la première. Bien que l'alinéa 6 de l'article 141 du même code frappe de nullité absolue cette violation de l'option de la monogamie, la lenteur des procédures judiciaires et le coût élevé des frais de procédure, ajoutés au peu d'intérêt que les citoyens accordent à la résolution des conflits conjugaux par voie judiciaire font que l'alinéa 6 de cet article 141 a parfois de difficultés à être suivi. Le problème, c'est qu'en Afrique noire particulièrement, les citoyens n'aiment pas exposer devant la justice les conflits internes de la famille, et donc, ils sont plus portés vers les usages et coutumes pour gérer tout fait qui relève de la famille. Au lieu de vouloir mettre au-dessus la règle de droit moderne et le faire suppléer par la coutume dans une société coutumière, il serait possible de faire le contraire. En revanche, en donnant une hégémonie aux coutumes, et en faisant du droit moderne la règle supplétive, il faudra d'abord et à priori restructurer les coutumes, et les aménager au besoin, en les rendant plus accessibles.

B. Dans les domaines de la parenté.

La notion de la parenté en Afrique est celui qui caractérise la famille. C'est de la parenté que la famille tient son caractère collectif. « Le concept de la parenté, écrit Lévis- Strauss, doit être saisi à travers la terminologie, car le langage est à la fois le fait culturel par excellence et celui par l'intermédiaire duquel toutes les formes de la vie sociale s'établissent et se perpétuent⁵⁸⁶ ». Ceci voudrait signifier que la conception de la parenté est liée à la culture et à la réalité sociale et puisque la réalité sociale diffère d'une société à une autre, la conception de la parenté en Afrique noire particulièrement n'est pas la même que celle du monde occidental. D'une manière générale, la parenté est « le lien particulièrement fort et chaleureux de ceux qui vivent ensemble, la communauté de vie⁵⁸⁷ ». Chez les peuples Mahi du Bénin, le terme *nonvi* désigne à la fois les parents, l'appartenance et l'identification à un patrimoine commun, donc une sorte d'indivision⁵⁸⁸. Toujours au Bénin, chez les ethnies *fons*, la parenté est « le partage par les membres du groupe, de ce qu'ils ont en commun⁵⁸⁹ ». Chez les *Baluba* du Congo, le terme *Bulela* comporte d'une part des implications, de partage entre les individus, et d'autre part un ensemble de règles organisant un système d'intégration entre les groupes dont les

⁵⁸⁶ Claude LEVIS-STRAUSS, *Anthropologie structurale*, Plon, 1958, Paris, p.392.

⁵⁸⁷ Michel ALLIOT, *Cours d'institutions privé africaines et malgaches*, LAJP, 1970, Paris, fascicule 3, p. 43.

⁵⁸⁸ J. GANDJI, *Terre, Parenté, chez les Mahi (Dahomey)* Thèse, LAJP, 1978, Paris, p. 112.

⁵⁸⁹ Dénis AHOUGAN, *Le système de parentalisation communautaire et le droit de la famille au Dahomey*, Th., LAJP, 1975, Paris, p. 65.

individus sont les membres⁵⁹⁰. Pareillement au Sénégal, le terme *mbock* traduit le partage d'un patrimoine commun. Ce sont autant de signification que l'on rencontre allant d'une société à une autre en Afrique noire francophone. Il faut bien se rendre compte ici de la convergence de sens que la notion de parenté dans les sociétés africaines noires francophones. Toutes ces conceptions ramènent la parenté au groupe et la vie en communauté. Cette conception de la parenté réside donc sur plusieurs critères. La parenté ramène à l'idée centrale de partage à l'intérieur d'une communauté. Il s'agit d'une communauté parentale constituée d'individus, pour qui l'appartenance à ce groupe est non seulement vitale, mais aussi ayant reçu ou donné la vie à l'intérieur de ce groupe. La parenté renvoie aussi au devoir de solidarité et d'obligation naturelle, des uns envers les autres. Il s'agit en fait d'une vie en société fondée sur l'assistance mutuelle, et la lutte en commun au sein du groupe. La notion de parenté dans les sociétés traditionnelles non seulement elle est ressentie sur le plan des devoirs, obligations et interdits au point de vue juridique, mais elle est aussi ressentie sur le plan de l'affectivité c'est-à-dire le sentiment d'une douceur et d'une chaleur particulière, expression d'un bonheur difficile à saisir dans le monde occidental. Aussi, la notion renvoie à la force des liens intimes qui dépendent essentiellement de la nature du bien commun que l'on partage.

Il n'y a pas que le bien commun qui détermine la parenté africaine. Le terme est aussi évocateur d'un processus d'intégration de la communauté. La parenté africaine n'est pas l'expression statique de rapports de consanguinités ou d'alliances. Elle est créatrice de relations nouvelles dans l'espace et dans le temps. Penser que la conception européenne est la mieux partagée reste à notre avis peu objectif dans la mesure où elle n'est pas exclusive et universelle. Il faut reconnaître que c'est la vision du monde et le type de société qui déterminent l'institution de la parentale et qu'il existe aussi d'autres modes de parenté aussi riches que celui du monde occidental, qui la repose sur la consanguinité. Dans les sociétés africaines, ce sont, l'ancêtre, la résidence, et les représentations sociales à travers lesquelles, s'actualisent les systèmes de valeurs communautaires⁵⁹¹. Mais l'élément le plus important est l'ancêtre, qui crée détermine les communautés d'ancêtres, qui sont les plus dominants des communautés parentales en Afrique. Il existe deux sous-groupes de communauté d'ancêtres, les communautés généalogiques, composées de deux filiations unilinéaires : matrilineaire et patrilineaire et les communautés matrimoniales. Comme le rappelle bien Pierre Bourdieu, en ce qui concerne les

⁵⁹⁰ Gabriel LUSANGU, *Structures parentale et développement au Congo.*, Th., Paris, LAJP, 1971, p. 45 - 46

⁵⁹¹ Denis AHOUEGAN, *op cit.*, p. 65

communautés matrimoniales, « le mariage est une opération destinée à assurer la reproduction biologique du groupe, selon les formes approuvées par le groupe⁵⁹² ». Les unions matrimoniales qu'a connues l'Afrique traditionnelle sont la monogamie et la polygamie, mais dont la validité de l'une ou de l'autre était subordonnée au versement de la dot. Mais les réformes introduites par les législateurs africains consacrant les droits modernes de la famille, ont provoqué une restriction de la notion de parenté à celle de la consanguinité, consacrant l'avènement de la famille-ménage qui traduit la conception occidentale de parenté. Ici, la parenté correspond à « une conceptualisation juridique des liens biologiques de descendance qui ne s'appliquent qu'aux liens les plus étroits et dont les effets ne cessent de s'affaiblir⁵⁹³ ». Cette conception européenne de la parenté ne fait pas pour autant l'unanimité. Dans la mesure où elle ne reste qu'une représentation sociale de la parenté en droit occidentale. Partant du principe que la parenté est un rapport social, et indiquant l'appartenance à un groupe social, le législateur africain devra dans une certaine mesure reconsidérer les règles de la parenté copiées du droit occidental, en mettant en avant la conception traditionnelle de la parenté telle qu'établies par les coutumes. Ceci donnera plus d'efficacité aux législations car, comme le souligne Pierre Bourdieu, la *vis formae* n'est effective que si les conditions sociales de l'efficacité des normes, en tant que discours rituels sont réunies. En ce sens, la forme, c'est-à-dire le fait que les normes se présentent dans un code n'a qu'une vertu d'amplification. En d'autres termes, l'effet de formalisation vient « redoubler l'effet de l'autorité sociale qui exerce déjà la culture et ses détenteurs, pour donner toute son efficacité pratique à la contrainte juridique⁵⁹⁴ ». Mettre donc en avant la conception africaine de la parenté en avant dans la réforme des législations africaines de la famille, ne poserait aucun problème d'efficacité. Il faut juste utiliser de la méthode pour le faire. En dehors d'une réforme visant une hégémonie des coutumes, la nécessité de réforme législative par la prise en compte des coutumes et traditions doit aussi intégrer un aménagement des politiques législatives africaines de la famille.

⁵⁹² Pierre BOURDIEUX, *Le sens pratique*, Minuit, 1980, Paris, p. 163.

⁵⁹³ Michel ALLIOT, *op cit.*, 3^e Partie, p. 44.

⁵⁹⁴ Pierre BOURDIEUX « La force du droit, Élément pour une sociologie du champ juridique », *in Acte de recherche en sciences sociales*, n° 64, Septembre 1986, p. 16.

Paragraphe 2 : Un aménagement des politiques législatives africaines de la famille.

La crise profonde de société que connaît l'Afrique contemporaine n'a pas épargné le droit de la famille. Les processus de légifération sont apparus comme une tâche difficile tant les interrogations de bas demeurent nombreuses. Depuis lors, la famille en Afrique noire, francophone en particulier se retrouve dans une incertitude et au bord de l'éclatement. Quel est donc le sens donné désormais à la famille ? Qui peut-on considérer comme membre d'une famille ? Quelles sont les règles qui régissent la famille africaine actuelle ? La réponse à cette interrogation se trouve dans la politique législative choisie par chaque Etat. Malgré les diversités culturelles ou religieuses, les législateurs africains ne se sont pas gardés des législations hâtives inadaptées aux réalités des traditions et pratiques relevant des coutumes indigènes. Le choix a été celui d'une politique législative fondé sur le mimétisme juridique de la législation française de la famille, politique dont les résultats ont été très tôt éprouvés par leurs échecs. Ainsi, donc tout processus de reformation des législations africaine noires de la famille doit à priori consister à l'abandon du mimétisme juridique (A) et une appréhension des réalités de vie de la famille africaine noire (B).

A. L'abandon du mimétisme juridique

Il est connu de tous aujourd'hui que l'Afrique noire francophone a été l'une des sociétés africaines favorables à l'importation du droit occidentale française⁵⁹⁵ et de juristes français⁵⁹⁶, « autant par l'embrasement de la conquête que par le rayonnement de la pensée⁵⁹⁷ ». Il n'est plus nécessaire de chercher à savoir à l'heure actuelle si les systèmes juridiques des pays africains noirs francophones demeurent encore « liés par le nombril » à celui de la métropole, précisément la France. Le constat général est que les législations de ces pays d'Afrique noire se présentent encore en grande partie comme des photocopies, dont la législation française de

⁵⁹⁵ Pierre LAMPUE, « Influence du droit français et du droit coutumier sur les lois civiles africaines » *in* *dynamique et finalité des droits africains et fidélité des droit africains*, Economica, 1980, p. 14

⁵⁹⁶ Michelle GOBERT, « L'accueil », *in* *mélange Roger DE COTTIGNIES*, PUG, 2003, p. 127.

⁵⁹⁷ Emmanuel AGOSTINI, *Droit comparé*, PUF, 1988, n°125, p. 243

la famille en est l'originale. Mais comment en est-on arrivé à cette situation lorsque nous savons que les législations actuelles de la famille des pays africains noirs francophones ont été rédigées par les législateurs même de ces pays. Sans doute, c'est qu'il y a eu ici ce que nous dénonçons : le mimétisme juridique. Comme nous l'avons déjà dit, le souci était de mettre en place une législation favorable au développement. Cependant, il fallait tenir compte du lien indéfectible entre droit et société si l'on sait bien que les réalités du droit français de la famille diffèrent fondamentalement de celui des coutumes africaines noires.

Mettre donc en phase le droit de la famille avec les réalités des sociétés africaines noires, c'est opter aujourd'hui pour le rejet de toutes pratiques législatives fondées sur le mimétisme juridique. Mais comment procéder à l'abandon du mimétisme juridique ? Cela nécessite des choix et de la méthode. Parlant de choix, c'est en termes de traditions et/ou modernités. Traditions et/ou modernités impliquent trois choses à choisir : « la voie utopique d'une africanisation radicale⁵⁹⁸ », « La voie irréaliste de l'occidentalisation à outrance⁵⁹⁹ » et enfin, la voie du syncrétisme entre les traditions et modernités. En ce qui concerne la voie utopique d'une africanisation radicale, et celui du syncrétisme entre les traditions et modernités, nous allons y revenir dans nos analyses. Mais en ce qui concerne l'occidentalisation à outrance, notre analyse ici ne reviendra pas sur la manifestation des celles-ci qui consiste au mimétisme juridique, mais particulièrement sur ce qui pourrait motiver son rejet.

L'imitation pure et simple du droit de la famille occidentale français par les législateurs africains de la famille a conduit à faire du droit traditionnel, celui fondé sur les coutumes et croyances africaines « un droit hors la loi⁶⁰⁰ ». Cette imitation est fondée sur une diabolisation générale et aveugle des coutumes. Il établit un véritable complexe d'infériorité des coutumes vis-à-vis du droit moderne occidental. Il s'agit d'une sorte de reniement de toutes les valeurs de civilisation des traditions. Malgré cette imitation, le phénomène d'« occidentalisation à outrance⁶⁰¹ » s'est pourtant souvent avéré virtuel, dans la mesure où il est en rupture avec les

⁵⁹⁸ Moussa THIOYE, Les droits de la famille en Afrique francophones, revue internationale de droit comparé, 2005, p. 382.

⁵⁹⁹ Idem, p. 385.

⁶⁰⁰ Etienne LE ROY, Un droit hors la loi ? Irrégularités foncières dans quelques situations foncières en Afrique, cité par Moussa THIOYE, les droits de la famille en Afrique francophones, in revue internationale de droit comparé, 2005, p. 388.

⁶⁰¹ Emmanuel AGOSTINI, *op. cit.*, n°139, spéc., p. 265.

pratiques quotidiennes et usages en cours dans les sociétés africaines noires⁶⁰². En réalité, les textes occidentalisés ont toujours du mal à s'accommoder avec la mentalité des populations indigènes, dans la mesure où elles sont confrontées dans leur mise en œuvre à des obstacles culturels constitués par des « dépouilles parfois étonnantes de droits non-officiels, informels », des droits qui existent « à l'extérieur et à côté de l'Etat ». Il en ressort donc de la pratique d'imitation des législations que nous pouvons qualifier de législations fantaisistes ou de programmatrices, générateur « de sérieux doutes quant aux possibilités de l'appliquer et en cas de non-application, aux inconvénients qui en découlent pour la notion même de la loi, instrument de pouvoir, mais d'un pouvoir qui, en l'occurrence, ne sait pas se faire respecter ». Cette distance considérable entre les règles sociologiques et les règles législatives, entre les faits et la règle de droit écrite, explique toutes impossibilités « de vouloir être quelqu'un d'autre que soit même⁶⁰³ ». Les pays d'Afrique noire francophone ont entrepris de formaliser à l'occidentale française, les règles relatives à la formation du couple en prohibant et en dénaturant par endroit, plusieurs institutions comme la dot, la polygamie, etc. Il en est de même pour toutes les autres matières relevant du domaine de la famille, en réduisant la famille africaine de type collectif à une famille individualisée.

L'imitation reste donc une sorte de pratique législative ridicule ayant conduit à des lois que personne n'applique⁶⁰⁴. En Afrique noire francophone, les législations de la famille apparaissent aujourd'hui comme des droits officiels visant à accomplir une révolution dont le but est de réduire à néant les structures sociales préexistantes afin de le substituer par des normes étrangères⁶⁰⁵. Il est tout à fait correct et courageux de chercher à enrayer certaines pratiques coutumières choquantes, qui effectivement faut-il le reconnaître, établissent des inégalités entre l'homme et la femme, dont cette dernière en est la victime principale. Mais ce n'est pas pour autant qu'il faut s'enfoncer dans une occidentalisation radicale et extrême visant une suppression totale de l'identité culturelle. La rupture entre la fondation et le sommet, entre la campagne et la ville entre le droit pratiqué et le droit officiel ne peut donner autre chose que de contestations, de violations et de rejet et c'est bien ce sur quoi le doyen Carbonnier attire

⁶⁰² Michel ALLIOT, *op. cit.*, p. 140.

⁶⁰³ Moussa THIOYE, *op. cit.*, p. 389.

⁶⁰⁴ Michel ALLIOT, *op. cit.*, p. 171.

⁶⁰⁵ Michel ALLIOT, *op. cit.*, p. 168. ; Adde, R. DE COTTIGNIES, « Requiem pour la famille africaine » in *Annale africaines*, 1965, p. 251 .

l'attention⁶⁰⁶ : à propos des pays que nous qualifions de pays en voie de développement, qu'il leur arrive d'être dotés de codifications d'importation européennes, mal adaptées à leur tradition, et de ce fait ignorées ou rejetées, bref inappliquées, surtout par les populations rurales majoritaires. Carbonnier parle ainsi d'un divorce entre le fait et le droit, dans lequel il attribue la faute au droit, du moment où « l'effectivité est une dimension sociologique de la règle de droit, la règle de droit séparée de son application effective n'étant plus qu'une forme vide »⁶⁰⁷. Il propose donc comme solution aux jeunes nations, de faire preuve de plus de réalisme sociologique dans la construction du droit sous peine de continuer à voir les textes législatifs inadaptés et impuissants devant la pratique sociale. Mais cet appel de Carbonnier est encore loin d'être suivie, car le constat, aujourd'hui, dénote encore une grande tendance de plaisir dans le mimétisme juridique. L'illustration en est que dans le cas du Bénin, à peine 15 ans déjà et le code des personnes et de la famille suscite des discussions et réticences. Ce code pourtant contemplé sous l'angle des philosophes du progrès, de la liberté et de l'universel⁶⁰⁸. Bien que les politiques, les juristes et intellectuels l'ont bien accueilli, il reste réel que beaucoup de béninoises et béninois sont encore sceptiques notamment sur les questions relatives à la polygamie qui quoique non interdites ont été dépourvues d'effets légaux, la puissance paternelle qui a été substitué par l'autorité parentale⁶⁰⁹. Ainsi en est-il aussi des dispositions relatives au droit patrimonial de la famille qui suscitent des inquiétudes chez certaines femmes, qui craignent que le dispositif selon lequel les époux sont redevables à égalité des charges de la famille, qui semble les protéger retourne contre elles dans la mesure où elles sont le plus souvent financièrement dépendantes de leur époux.

En conclusion, il est nécessaire de se détacher du mimétisme pour légiférer, car elle aboutit généralement à la construction des normes juridiques inefficaces. Il est indispensable de tenir compte de l'interaction nécessaire entre la pratique sociale et les textes de loi.

⁶⁰⁶ Jean CARBONNIER, *op. cit.*, p. 311 et 315

⁶⁰⁷ Georges RIPERT, « Pour qu'une loi vive, il faut qu'elle soit reine dans le milieu juridique », cité par Pierre-François GONIDEC, *op. cit.*, p. 268.

⁶⁰⁸ Michel ALLIOT, *op. cit.*, p. 139

⁶⁰⁹ Muriel DEVEY, « Polygamie hors la loi », in *Magazine l'intelligent*, n° 2273, 2004, p. 54

B. L'adoption d'une procédure spécifique de construction de la règle de droit de la famille

La procédure d'élaboration des lois ordinaires comporte plusieurs étapes allant de l'initiative de la loi jusqu'à la promulgation par le Président de la République. Lorsqu'on appréhende cette procédure dans le système français et dans celui des Etats, anciennes colonies françaises, on se rend compte que l'imitation procède notamment de cet aspect formel, avant de gangrener les lois élaborées elles-mêmes. La procédure d'élaboration des lois ordinaires telle qu'elle se présente, au Bénin est presque totalement identique à celle du colonisateur en ce qui concerne les étapes d'élaboration. Il en est ainsi pour la plupart des pays d'Afrique noire francophone, qui comme le Bénin ont aligné leur procédé d'élaboration de la loi sur le modèle de celui de leur colonisateur commun, la France. La seule différence qui existe, mais qui ne modifie pas la règle générale de procédure est celui du cas des pays comme le Bénin où le Parlement est monocaméral. Ceci ne change donc pas les situations de navettes entre le Parlement et l'organe constitutionnel chargé de la vérification de la conformité à la constitution. Mais cette similarité de procédure n'est pas en soi un problème. Ce qui pose un problème, c'est plutôt la démarche pratique de la mise en œuvre de la procédure qui pourrait gêner, dans la mesure où c'est elle qui fait que les lois votées sont en déphasage total avec des réalités sociales. Le problème réel à notre avis ne concerne pas tout le vote en lui-même encore moins la vérification de constitutionnalité et la promulgation. Il réside plutôt dans le projet où la proposition du texte de loi, selon que le texte émane de l'initiative du gouvernement ou de celle d'un parlementaire. La question préalable relative à l'appréhension des réalités des pratiques en cours dans la société sur la question devant faire objet d'une réglementation juridique, n'est jamais observé. Ce qu'on observe généralement, que ce soit dans le cas d'une proposition de loi ou d'un projet de loi, si on a besoin de voter une loi pour régler une pratique sociale au Bénin par exemple, on se contente de rédiger un texte bien cohérent et conforme à la norme occidentale, sans toutefois chercher à savoir le contexte particulier de cette pratique au Bénin, ses manifestations et les raisons qui justifient l'usage de cette pratique. Cette façon de procéder témoigne de l'absence de beaucoup de réalisme dans la mise en œuvre de la procédure d'élaboration de la loi. Ramenons l'analyse au cas particulier du droit de la femme qui occupe notre étude. Il faut d'abord reconnaître que le droit de la famille se devrait d'être un droit beaucoup plus réaliste qu'idéaliste. Ainsi, cette recherche permanente d'idéalisme qui conduit les législateurs africains à transposer les règles occidentales devrait laisser place à plus de preuve de réalisme dans la procédure d'élaboration.

Pourquoi dans sa grande partie, le Code béninois des personnes et de la famille (CPF) est resté bien que ce soit un code au dire de certains analystes des questions de famille, un code qui répond aux exigences des normes internationales ? C'est parce que la rédaction du projet de texte a été laissée aux mains de certains juristes, spécialistes des questions de la famille. Il faut déjà faire remarquer ici que ces spécialistes n'avaient pas à notre avis une grande connaissance des réalités de la famille béninoise et d'ailleurs n'avaient étudié que le droit français de la famille. Donc, à priori, on ne pouvait avoir qu'un projet de texte dont le contenu ne serait que du droit français, un texte totalement écarté de la réalité sociale. Ce projet de texte une fois soumis au parlement pour étude a soulevé des débats assez tendus à la fois au sein des parlementaires, mais au-delà, il a suscité un débat entre politiques et certaines femmes leaders pour la plupart juristes. En clair le débat sur le projet de texte au lieu de faire objet de travaux d'enquêtes, au sein de la population où se vivent même les réalités de la famille béninoise, il a fait l'objet d'un débat entre intellectuels. Comment peut-on voter une loi applicable à la famille sans connaître réellement cette famille ? C'est une question de manque de réalisme. La situation est encore un peu différente dans le cas du Sénégal. Le Sénégal est un des pays en Afrique noire où la religion dominante est l'islam. Si l'élaboration du texte de loi relative à la famille a réuni toutes les composantes de la société sénégalaise (juristes, politiques, chefs religieux, chef de traditions endogènes), l'ambition de mettre en place un droit de la famille répondant aux normes occidentales a fait que finalement le contenu du texte final voté n'a pas su être en conformité avec la logique du départ. On constate donc malgré tout une occidentalisation du texte, ce qui à notre avis semble expliquer l'ignorance des populations⁶¹⁰. Ainsi par exemple, l'article 26 du code sénégalais des personnes et de la famille stipule que : « l'état des personnes n'est établi et ne peut être évoqué que par l'état civil. » Mais dans la réalité pratique aujourd'hui, nombreux sont les naissances, les décès et mariages dont les déclarations ne se font pas systématiquement ou ne se font pas du tout. Nombreuses sont donc encore des personnes qui grandissent sans aucun état civil, et qui meurent même d'ailleurs sans état civil. On fait des choix législatifs sans analyser au fond quelle est la nature de la société que nous avons en face, comment fonctionne-t-elle. On se contente juste de lui imposer sans démarche préalable aucune règle envers elle, des règles qui finalement ne produisent aucun effet escompté. Toutes ces situations s'expliquent par la mauvaise organisation des services d'état civil, et l'absence de fichiers informatisés. Mais pourquoi ne pouvait-on pas prendre le soin de mieux organiser un dispositif adaptable au cas

⁶¹⁰ Mohamed COULIBALY, « Le droit et ses pratiques au Sénégal », in *A la recherche du droit africain au XXI^e siècle*, 2005, Londres, p. 266.

d'espèce des réalités endogènes. Le législateur a juste « *semé de la vigne sur un terrain impropre à la culture de la vigne* »⁶¹¹. Nombreux sont donc les dispositions qui sont édictées sans la prise en compte de réalités sociologiques. Prenons par exemple l'article 57 toujours du code sénégalais des personnes et de la famille, la reconnaissance volontaire d'un enfant n'est effective que lorsque le père se présente lui-même au service d'état civil pour demander que son nom soit inscrit sur l'acte de naissance de l'enfant objet de l'acte de reconnaissance. La mise en œuvre de cette disposition rencontre une certaine difficulté en ce qu'il s'agit de réalités pratiques établies par le contexte social sénégalais. Dans la réalité, deux situations contradictoires se présentent généralement. Pays de tradition musulmane, la pratique de la religion musulmane interdit la reconnaissance des enfants nés hors mariage. Cela étant, la population majoritairement musulmane, les pères d'enfants naturels ne sont jamais portés à faire cet acte de reconnaissance. Encore que l'acte de reconnaissance soit un acte volontaire rien ne les oblige à le faire. En revanche, la mère, qui a intérêt que son enfant soit déclaré officiellement par le présumer père, n'hésite pas à inscrire le nom du prétendu père sur l'acte de naissance de l'enfant. Voilà une situation qui pourtant formellement interdite par le droit, s'observe fréquemment dans la société sénégalaise⁶¹². Cette situation trouve son explication dans le fait que le législateur avant de légiférer n'a pas fait attention à la réalité qui prévalait sur le plan social sur l'acte de reconnaissance. Malgré l'existence de la légistique, les législateurs africains de la famille ne prennent pas le soin de murir leur réflexion et d'élaborer une politique législative propre, réaliste. On assiste toujours à des revirements à n'en point finir, toujours à la recherche de dispositions adaptables, qu'on ne peut à notre avis jamais obtenir, tant qu'on ne se résout pas à retourner vers les fondamentaux de la famille africaine pour construire une base législative sociale. C'est ce qui pourrait expliquer par exemple dans le cas du Gabon qui autorise la polygamie, en accordant aux citoyens, le libre choix d'opter pour le régime de leur choix sans même leur exiger qu'ils soient tenus définitivement par leur premier choix⁶¹³. Mais avec l'évolution, le législateur gabonais est revenu à la charge, en imposant l'obligation de mention dans l'acte de mariage l'option choisie par les époux, de sorte que désormais, l'option choisie ne pourrait plus être remise en cause, sous peine d'être considéré

⁶¹¹ Expression utilisée pour exprimer l'inadaptabilité d'une loi fait pour un type de société lorsqu'on l'applique à une autre.

⁶¹² Mohamed COULIBALY, *op. cit.*, p. 267.

⁶¹³ Cependant, la monogamie est le régime de droit commun.

comme une cause de divorce⁶¹⁴. Mais en 1989, une autre loi⁶¹⁵ vient modifier la loi n° 15/72 de juillet 1972. La nouvelle loi vient donner désormais aux époux la possibilité de remettre en cause, en cours de mariage, leur choix de la monogamie auquel ils ont opté dans leur contrat de mariage⁶¹⁶. On observe simplement beaucoup d'incohérences et d'incertitudes dans les choix.

En définitive, il se pose véritablement un manque de réalisme dans les politiques législatives en matière de la construction du droit de la famille. Il convient donc de se rappeler que cette institution est au-dessus de toutes les institutions sociales, et que, toute instabilité de famille est préjudiciable au développement de la société. Cela étant, il faut mettre beaucoup plus de réalisme dans la construction des normes ayant vocation à s'appliquer à la famille.

⁶¹⁴ Loi gabonais n° 15/72 du 29 Juillet 1972.

⁶¹⁵ Loi gabonaise n° 18/89 du 30 Décembre 1989, portant adoption de la première partie du code civil

⁶¹⁶ Art, 178 du nouveau du code civil gabonais.

CHAPITRE 2 : UNE INTÉGRATION DES RÉALITÉS DU DROIT MODERNE OCCIDENTAL DE LA FAMILLE.

La construction du droit de la famille en Afrique noire francophone s'inscrit dans un contexte social, culturel, économique, politique et juridique. Ainsi, la mise en place d'une législation efficace adaptée ne doit occulter aucun élément de ce contexte. L'examen des dispositions législatives observées aujourd'hui fait état de ce que le droit de la famille dans les pays d'Afrique noire francophone est un droit occidental, ignorant beaucoup de réalités quotidiennes établies par les coutumes indigènes. Au point de vue réaliste, il ne peut y avoir de droit sans société, et donc le droit se devrait d'être le reflet d'une société. Légiférer donc en droit de la famille sans s'interroger sur les pratiques familiales véhiculées par les traditions, était une entreprise vouée à l'échec, que la persistance des coutumes vient bien démontrer. En effet, la réalité manifeste et les dispositions actuelles de la famille promeuvent un droit d'origine occidentale dans un environnement juridique totalement différent. L'apport historique du droit occidental greffé dans les institutions n'a pas vraiment réussi à faire oublier par les populations, africaines, leur vécu juridique coutumier. Malgré ces contractions, on ne peut cependant pas rejeter totalement le droit moderne dans la construction du droit de la famille. Il faut au-delà de toute considération sociologique être aussi idéaliste. Il faut donc intégrer certaines réalités du droit moderne occidental dans la construction des droits de la famille dans les pays de l'Afrique noire francophone. Cette intégration comporte des enjeux (section 2) qu'il faut bien définir. Mais avant, il faut justifier les motifs de cette intégration (section 1).

Section 1 : Les motifs justifiant l'intégration des réalités du droit moderne dans la construction du droit de la famille en ANF.

Les structures familiales traditionnelles africaines, relèvent d'un droit privé rétrograde, et constituent dans le cadre du droit au développement, le domaine où il y a à faire. Certains aspects du droit africain sont défavorables au développement. Aussi, la conception trop large de la famille, la condition de la femme, le régime de la dot sont des facteurs qui influencent négativement l'évolution de l'économie⁶¹⁷, sont autant de reproches à l'endroit des pratiques

⁶¹⁷ Kéba M'BAYE, *op. cit.* p. 70

familiales relevant des coutumes. S'il est vrai que ces reproches sont exagérés, et même excessifs, il est de toute évidence que certaines pratiques et coutumes sont dépourvues de valeurs. Notre analyse prendra en compte ici donc quelques éléments déterminant de ces tares, pour justifier la nécessité d'intégrer certaines réalités du droit moderne occidental de la famille. Ces éléments concernent les inégalités observées dans les pratiques du mariage coutumier (paragraphe 1) et les injustices relatives aux autres matières relevant du domaine de la famille (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les inégalités dans les pratiques du mariage coutumier

Le mariage tel qu'établies par les pratiques des traditions africaines traduit une certaine inégalité qui affecte à la fois les hommes et les femmes. Ces inégalités s'expliquent par certaines exigences unilatérales, aussi bien à l'égard de la femme que de l'homme. Ce sont des exigences que l'on rencontre dans la formation du mariage (A) comme dans la gestion du mariage (B).

A. Les exigences unilatérales dans la formation du mariage.

Le mariage coutumier établit des exigences dont leurs caractères unilatéraux sont porteurs des inégalités entre les deux futurs époux. La dot peut être retenue comme l'une des exigences unilatérales. La teneur de la dot est liée à ses origines. La dot est une pratique très ancienne⁶¹⁸. Ses origines se perdent loin dans le passé et « nul, même pas les légendes les plus adroitement constituées, ne peuvent en donner des indications dignes de foi⁶¹⁹ ». Son usage permanent dans le temps, témoigne l'attachement que la société lui accorde et justifie la tendance à son maintien⁶²⁰. Si en France, le régime dotal était un ensemble de biens destinés au couple visant surtout à suppléer à la défaillance du mari dans son obligation d'entretien du ménage⁶²¹, la dot en Afrique est en revanche un ensemble de biens, une prestation de services ou une somme d'argent⁶²². Les biens consommables (biens qui se perdent par le premier usage

⁶¹⁸ Joséphine BITOTA MUAMBA, *Recherche sur le statut juridique de la femme en Afrique*, Th., Toulouse I, 2003, p. 93

⁶¹⁹ Boukari DJOBO, « La dot chez les Kotokoli de Sokodè », *Penant*, 1962, p. 33

⁶²⁰ Simone HONVOU, *op. cit.*, p. 53.

⁶²¹ Cf. art. 1540 du C. civ. de 1804 : « la dot, sous ce régime comme sous celui du chapitre II, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage » ; Philippe RAYNAUD, *La nature juridique de la dot. Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, Paris, Sirey, 1934. p. 169

⁶²² Adrien HOUNGBÉDJI, *Le droit de la famille dans les coutumes du bas-Bénin*, Th., Paris, 1967, p. 180

qu'on en fait et qui sont en général des biens consommables) ou non-consomptibles d'une valeur particulière peuvent servir de dot. Il peut aussi y avoir des biens consommables d'une importance particulière comme des colas et des épices⁶²³. La dot peut être constituée aussi de biens non-consomptibles⁶²⁴. De même, l'effort physique qui consiste en général dans la participation aux travaux champêtres est une forme de dot par prestation de service⁶²⁵. Il faut le rappeler ici, la constitution de la dot varie généralement selon les coutumes du sud⁶²⁶ ou du nord au Bénin. La dot est au centre du mariage coutumier qui « *n'a de valeur et n'est prouvé que par l'institution de la dot* »⁶²⁷. Elle est aussi un élément de protection de la femme mariée.

Au-delà de la pratique de la dot, intéressons-nous à l'obligation unilatérale qu'elle constitue. Si le mariage créé entre les époux une communauté de vie, pour quoi dans la constitution de cette communauté, il devrait y avoir un déséquilibre dans la formation de la communauté tout comme si seul l'homme a un intérêt dans le mariage et que la femme n'y a aucun intérêt. C'est une grande inégalité que généralement les analystes des questions d'inégalités dans les mariages en Afrique ne perçoivent souvent pas, et n'y voient que les inégalités à l'égard de la femme. Si nous considérons même les motifs souvent évoqués pour justifier le fait qu'il revient à l'homme de supporter seule la dot, on comprendrait qu'au fond ces justifications ne tiennent pas trop au point de vue égalité des époux. En effet, la dot serait un élément de protection de la femme et de consolidation de l'union conjugale⁶²⁸. Elle est une

⁶²³ Joséphine BITOTA MUAMBA, *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique*, Thèse, Toulouse, 2003, p. 90-91 ; Adrien HOUNGBÉDJI, *op. cit.*, p. 180-188.

⁶²⁴ Louis-Vincent THOMAS, « La parenté au Sénégal », Kéba M'Baye, (dir.), *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, études préparées à la requête de l'Unesco*, Paris, Larose, 1968, p. 75 ; Joséphine BITOTA MUAMBA, *op.cit.*, p. 90-91.

⁶²⁵ Ibid.

⁶²⁶ Adrien HOUNGBÉDJI, *op. cit.*, p. 181-182, selon lui « chez les Goun, la dot était composée de deux parties. La première est "hanyigban" qui marque l'accord de la famille de la jeune fille à la demande formulée par celle du garçon et qui est versée juste après cet accord. Son montant ? Quatre petites jarres de vin de mil (lihan) et deux sacs de cauris, soit l'équivalent de 10 francs CFA (valeur en 1938). La seconde partie "Agbangbo" (grosse dot) versée la veille du départ de la jeune fille pour le domicile conjugal, se compose de cinq jarres de vin de mil, des noix de colas, une ceinture de toile "Adokin" symbolisant celle dont s'est servie la mère de la fille pour maintenir cette dernière au dos lorsqu'elle était bébé, quatre pagnes et cinq sacs de cauris équivalent au total à 25 francs CFA de l'époque ». Cet exemple révèle ainsi qu'il y a des biens consommables et des biens non-consomptibles qui en font partie. De la même manière, il a été relaté que « chez les fon d'Abomey, la "dot" était composée de trois parties : le "hongbokoué" payé à la naissance (ou au plus tard) versé en cauris représentant 17 centimes, le "Assikoué" composé d'un pagne, d'une mesure de maïs, et auxquels s'ajoute un nombre de cauris équivalent à 10 francs CFA ; le "Howé hennou ma gba" qui marque l'indissolubilité des liens qui rattachent la femme à ses ancêtres et à sa famille et qui est constitué d'un cabri ou d'un poulet, d'un récipient d'huile de palme et d'une somme de 1,50 francs CFA ».

⁶²⁷ Guy- Adété. KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 211.

⁶²⁸ Gabriel ARRIGHI, « Le droit de la famille au Sénégal », Kéba M'Baye, (dir.), *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, études préparées à la requête de l'Unesco*, Paris, Larose, 1968, p. 105.

garantie que l'union ne sera pas dissoute à la légère, sur un mouvement d'humeur⁶²⁹. Elle a ainsi un rôle de stabilité⁶³⁰. La dot a aussi un caractère sacré⁶³¹. Sur le premier élément selon lequel la dot serait un élément de protection de la femme : cette perception même si au point de vue des traditions elle se justifie, il ne faut pas perdre de vue que dans le mariage aussi bien l'homme que la femme a besoin de protection. Si l'homme doit donner une contrepartie pour assurer la protection de la femme, la femme également devrait en faire de même et en ce moment-là il n'y aurait point d'inégalité. En ce qui concerne la garanti contre la dissolution de légère du mariage : il est aussi vrai que la dot renforce les liens entre les familles et d'une certaine façon, elle fait que les familles font tout pour faire éviter le divorce aux époux en les conciliant et en les éduquant. Revient-il à une seule partie de payer le prix de cette garantie ? La dissolution du mariage n'arrange aucun des conjoints. Ainsi, les deux ont l'obligation en commun d'assurer la garantie de la survie du couple. Cela étant, le prix de la garantie devrait être assuré par l'homme et aussi par la femme. Retenons donc qu'au-delà de toute la place que la dot occupe dans le mariage dans les sociétés africaines, elles constituent une véritable injustice pour les hommes dans les systèmes patriarcaux et l'inverse dans les systèmes matriarcaux ou bien celle dans lesquels où c'est à la femme qu'il revient de donner la dot. Mais en général, presque partout en Afrique de l'Ouest, le débiteur de la dot est généralement le futur époux ou sa famille. Au Bénin, la dot revenait normalement à la famille de la future épouse et non à cette dernière⁶³². Même réduite à son minimum et augmentée à son maximum, la dot revenait toujours à la famille de la future épouse et était quasiment un rituel⁶³³.

C'est peut-être l'une des raisons associées aux motifs de la suppression de la dot en droit moderne. Mais c'est vrai que définir une règle pour la supprimer ne tranchera pas comme on l'observe, la pratique. Et c'est ici l'un des grands problèmes que le législateur doit résoudre en tenant compte de tous les aspects sociaux de la pratique. C'est ici que le législateur du droit de la famille doit faire recours à la méthode légistique.

Au-delà de la dot, l'observation du délai de viduité est aussi une condition de formation du mariage où il existe aussi une injustice dans les pratiques coutumières. Le maintien du délai

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ Kéba M'BAYE, *art. préc.*, p. 17.

⁶³¹ Adrien HOUNGBÉDJI, *op. cit* p. 182.

⁶³² Cf. art. 111 du Coutumier du Dahomey ; Adrien HOUNGBÉDJI, *op. cit* p. 186.

⁶³³ Adrien HOUNGBÉDJI, *op. cit.*, p. 186.

de viduité par les coutumes à ce jour constitue une injustice à l'égard de la femme. La notion de délai de viduité dans les coutumes en Afrique évoque le deuil⁶³⁴, le délai de viduité est le délai d'attente de trois cents jours que la femme doit respecter après la dissolution de son mariage avant de pouvoir se remarier⁶³⁵. La durée de ce délai correspond en réalité au temps de la plus longue grossesse⁶³⁶. Au sens du Lexique des termes juridiques, le délai de viduité est le « *délai que doit respecter la veuve ou la femme avant de se remarier ; ce délai a pour but d'éviter la confusion de paternité c'est-à-dire l'incertitude relative à la paternité de l'enfant à naître*⁶³⁷ ». Le délai de viduité est consacré par le Code béninois des personnes et de la famille en son article 124 qui dispose que « *la femme ne peut se remarier qu'à l'expiration d'un délai de viduité de trois cents (300) jours à compter de la dissolution du précédent mariage*⁶³⁸ ». Avec l'évolution de la science, ce délai peut être évité par une simple consultation en médecine. Cependant, les traditions continuent de la maintenir. L'inégalité du délai de viduité réside dans le fait qu'il soit imposé à la femme pour pouvoir se remarier alors que le mari n'est pas tenu de respecter un tel délai. La doctrine est restée aussi partagée sur la question du maintien de ce délai. Pour Noel GBAGUIDI, il n'y a là aucune discrimination particulière, car « *il est de la nature des choses et de l'ordre public moral et social que la réciprocité ne soit pas admise*⁶³⁹ ». Le souci d'éviter la confusion de paternité et de fâcheux conflits devait prévaloir. Mais pour d'autres auteurs⁶⁴⁰, avec les progrès accomplis dans le domaine de la preuve de la paternité, de telles exigences sont devenues obsolètes et une telle disposition peut nuire aux intérêts des personnes en attente de remariage. Le point de départ du délai et parfois ses restrictions sont sources d'incohérence. Les traditions, parfois pour expliquer le bien-fondé du maintien n'évoque pas le motif de confusion de paternité. Il évoque plutôt le motif de deuil. Pour la coutume, la femme doit observer ce délai pour faire le deuil de son conjoint décédé. Mais pourquoi les mêmes traditions n'obligent-elles pas l'homme à s'abstenir de mariage durant

⁶³⁴ Gérard CORNU, *Droit civil, La famille*, Paris, 9^e éd., Montchrestien, 2007, n° 183.

⁶³⁵ Cf. art. 124 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF ; Alain BÉNABENT, *Droit de la famille*, Paris, 2^e éd., Montchrestien, 2014, n° 144 ; Gérard CORNU, *Droit civil. La famille, op. cit.*, n° 183 ; Patrick COURBE et Adéline GOUTTENOIRE, *op. cit.*, n°s 84 et 608 .

⁶³⁶ Gabriel ARRIGHI, *op. cit.*, p. 102 ;

⁶³⁷ Serge GUINCHARD et Thierry. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Paris, 22^e éd. Dalloz, 2014, voy. « Délai de viduité »

⁶³⁸ Cf. art. 124 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁶³⁹ Ahonagnon Noël GBAGUIDI, « Égalité des époux, égalité des enfants et le projet de Code de la famille et des Personnes », *RBSJA*, n° spéc., oct. 1995, p. 10.

⁶⁴⁰ Patrick COURBE et Adeline GOUTTENOIRE, *Droit de la famille, op cit* p. 408, Stéphane BOLLE, *op. cit.*, p. 318 ; Simone K. HONVOU, « La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique ? » in *Mélanges en l'honneur de Maurice AHANZO-GLELE*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 584.

aussi une période donnée. C'est dire que seule la femme à l'obligation de faire le deuil de son conjoint. Il y a donc ici une inégalité, traduite par une exigence unilatérale des coutumes à la femme d'observer le deuil de son époux décédé.

Ce sont ainsi quelques éléments qui justifient quelques inégalités dans la formation du couple. Ces inégalités existent aussi dans les rapports entre époux dans la gestion du ménage.

B. Les exigences unilatérales dans la gestion du mariage.

Le mariage établi entre les conjoints, à la fois des devoirs et des droits par principe réciproques. La communauté de vie est l'une des obligations que le mariage impose aux époux. Elle suppose pour ces derniers, « la communauté de toit, de lit et de table⁶⁴¹ ». Le logement conjugal se rapporte à la communauté de toit des époux et il est d'ailleurs la forme extérieure⁶⁴² de la communauté de vie des époux. Son choix est aussi une obligation du mariage. Or, la détermination du logement de la famille dans le Code béninois des personnes et de la famille méconnaît les aspects du domicile et instaure une inégalité entre époux. Cette inégalité est une inégalité qui prévalait depuis toujours dans les coutumes.

Le domicile est l'un des éléments de la personnalité juridique. Dérivé du mot latin *domicilium*, et d'un autre, *domus*, qui veut dire, « la maison ». Au point de vue étymologique, le domicile est « le lieu où chacun fait sa vie⁶⁴³ ». Aux termes des dispositions de l'article 14 du Code béninois des personnes et de la famille, « *la personne est domiciliée au lieu de son principal établissement ou, pour son activité professionnelle, au lieu où elle exerce celle-ci. De plus, la personne peut avoir une ou plusieurs résidences là où elle a d'autres centres d'intérêt* »⁶⁴⁴. Le domicile apparaît donc ainsi comme un élément de localisation juridique⁶⁴⁵ de la personne dans l'espace et revêt de ce point de vue un aspect personnel marqué. L'article 15 du

⁶⁴¹ Simone K. HONVOU, *op. cit.*, p. 80

⁶⁴² Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, n° 547, spéc. p. 1217

⁶⁴³ Simone K. HONVOU, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁴⁴ Cf. art. 14 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁶⁴⁵ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, n° 243, spéc. p. 455

même code apporte des précisions sur le domicile en ce qui concerne certaines personnes⁶⁴⁶. L'article 976 du Code des personnes et de la famille précise le sens du « *domicile conjugal* ».

Aux termes des dispositions de l'article 976 du Code des personnes et de la famille « *le domicile, au sens des dispositions du présent Code, est le lieu de la résidence commune habituelle des époux*⁶⁴⁷ ». Les époux peuvent avoir des résidences séparées, mais chacun a son principal établissement au lieu de logement du couple qui est désigné domicile. Or, le mariage oblige les époux en droit béninois à choisir le « *domicile conjugal* » Selon les dispositions de l'article 156 du Code des personnes et de la famille, « *le choix du domicile du ménage incombe aux époux. En cas de désaccord, le domicile conjugal est fixé par le mari. Toutefois, la femme peut obtenir l'autorisation judiciaire de domicile séparé si elle rapporte la preuve que le domicile choisi par son mari présente un danger d'ordre matériel ou moral pour elle ou pour ses enfants*⁶⁴⁸ ». Cette disposition établit par l'article 976 peut établir une inégalité d'exercice de droit entre les époux dans le mariage. Cependant, l'inégalité n'apparaîtra que dans le cas où les époux ne s'accorderaient pas sur le choix du domicile conjugal. Comme il a été déjà notifié, l'inégalité qui pourrait subvenir dans le choix du domicile conjugal trouve son origine dans les pratiques coutumières. Cette inégalité a été même atténuée dans le code des personnes et de la famille. Dans les coutumes, l'homme est considéré comme le seul chef de la famille auquel la femme doit soumission et obéissance, c'est à lui et de façon exclusive qu'il revient de fixer le lieu du domicile conjugal. Cette façon de faire des coutumes est contraire au principe de l'égalité entre les époux, car si l'époux au nom du principe sont égaux en droit et en devoir et qu'ils ont le droit d'assurer ensemble la direction de la famille, rien ne pourrait justifier l'exclusivité du pouvoir unilatérale qui est accordée à l'homme dans la détermination du domicile conjugal. Le code des béninois et des personnes semble ne pas être aussi précis en énonçant en ces termes « le choix du domicile du ménage incombe aux époux... ». Cette disposition de l'article 156 s'il était énoncé en ces terme, « le choix du domicile du ménage incombe ensemble aux deux époux... » aurait apporté toute la précision qu'il faut, sans faire

⁶⁴⁶ Cf. art. 15 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF : « *sont domiciliés* :

- les époux, au lieu choisi d'un commun accord par eux. En cas de désaccord, le domicile conjugal est fixé par le mari. Toutefois, la femme peut obtenir l'autorisation judiciaire de domicile séparé, si elle rapporte la preuve que le domicile choisi par son mari présente un danger d'ordre matériel ou moral pour elle ou pour ses enfants ;
- le mineur non émancipé, chez la personne qui exerce sur lui le droit de garde ;
- le majeur en tutelle, chez son tuteur ».

⁶⁴⁷ Cf. art. 976 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁶⁴⁸ Cf. art. 156 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

penser à une idée d'existence d'inégalité. Aussi le même article en disposant qu'« *en cas de désaccord, le domicile conjugal est fixé par le mari* »⁶⁴⁹, Il établit une contrariété au principe de la collégialité dans le choix du domicile conjugal⁶⁵⁰. La deuxième proposition du législateur sur la détermination du domicile conjugal donne à l'époux le pouvoir qui lui était déjà conféré par le Coutumier du Dahomey.

Dans les coutumes, ce pouvoir exclusif accordé à l'homme de choisir à lui seul le domicile conjugal et de l'imposer à sa femme ne doit pas être désapprouvé par cette dernière. Toute opposition faite par elle sur ce choix est considérée comme une désobéissance envers son mari. D'ailleurs, la possibilité de demander un domicile séparé en cas de désaccord, qui lui est accordé par le code est très mal interprétée dans les coutumes et pourrait constituer un motif de divorce. Il s'agit donc ici des conséquences liées au refus de la femme de vivre au domicile conjugal choisi par son époux. La loi attache des effets au refus de la femme de vivre au domicile conjugal. En raison de l'obligation de vie commune imposée aux époux par le mariage, le domicile conjugal a des conséquences considérables sur la vie du couple. On notera d'abord que tout refus de la femme de vivre au domicile fixé par son mari constitue une séparation de fait⁶⁵¹. Cette séparation de fait n'a en principe pas de conséquences sur les autres obligations du mariage, du moins, pas de conséquences de droit⁶⁵². Les époux, même séparés de fait, doivent normalement continuer à assumer leur part contributive relative aux charges du ménage⁶⁵³. Le devoir de communauté de vie persiste aussi⁶⁵⁴. En revanche, quelques conséquences logiques s'attachent à la séparation de fait. La tutelle ou la curatelle⁶⁵⁵ du conjoint ne peut être confiée à l'autre conjoint, et si ce dernier en avait la charge, elle lui sera retirée. Il arrive aussi que la participation aux charges du ménage soit refusée à l'initiateur la séparation de fait⁶⁵⁶. Ainsi dans le cas où la femme quitterait le domicile fixé par le mari, elle pourrait se voir refuser la contribution de l'époux aux charges du mariage. La très grande légitimité que la

⁶⁴⁹ *ibid*

⁶⁵⁰ Simone K. HONVOU, *art. préc.*, p. 583.

⁶⁵¹ La séparation de fait s'entend de la « situation de pur fait dans laquelle se trouvent deux époux qui, en l'absence de tout jugement de séparation de corps et de toute autorisation de résidence séparée, ont cessé de vivre ensemble, par suite de l'abandon de l'un par l'autre ou d'un accord exprès ou tacite, pacte d'ailleurs dépourvu de toute force obligatoire ». Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*

⁶⁵² Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, n° 635, spéc. p. 1419

⁶⁵³ Jean HAUSER et D. HUET-WEILLER, *op. cit.*, n° 1106 ; Gérard CORNU, *Droit de la famille, op. cit.*, n° 38, spéc. p. 74

⁶⁵⁴ Jean CARBONNIER, *op. cit.*, n° 635, spéc. p. 1419.

⁶⁵⁵ Jean CARBONNIER, *op. cit.*, n° 635, spéc. p. 1421 et 1422.

⁶⁵⁶ Civ. 1ère, 6 janvier 1981, *Bull. civ. I*, n° 4 ; 16 janvier 1983, *D.* 1984, p. 39, note Revel ;

famille en Afrique accorde aux coutumes ne donne aucunement même la possibilité à la femme de s'opposer à la volonté unilatérale de son et poux, d'ailleurs le pouvoir de décision appartient en premier à l'homme. C'est une véritable inégalité de ne pas permettre à femme de se prononcer sur son cadre de vie même si cela représente une menace ou un danger pour elle. Le code béninois des personnes et de la famille lui donne au moins en cas de désaccord et de saisir le juge pour demander un domicile séparé.

Sur ce qui est donc des inégalités dans le mariage, les coutumes en entretiennent assez. Notre analyse a donc choi d'évoquer juste ces quelques aspects développés ici. Mais les coutumes n'entretiennent pas d'inégalités seulement dans les pratiques de mariage. Il existe aussi beaucoup d'injustices dans la pratique des autres disciplines qui relèvent elle aussi du domaine de la famille tels que les successions, l'identification de la personne...

Paragraphe 2 : Les inégalités relatives aux autres domaines de la famille

Roland MOUSNIER affirmait : *« les raisons de l'avance de l'homme européen sur tous les autres résidents dans sa conception de la famille est fondée sur la libération de l'individu des groupes-famille, des communautés de villages...des contraintes exercées par la tribu animiste »*. Cette affirmation bien que subjective et relative est par endroit vérifié à travers l'usage de quelques pratiques entretenues par les coutumes et traditions dans plusieurs sociétés africaines. Il est effectif que certaines pratiques familiales entretiennent certaines injustices, quand on se place dans le contexte des réalités du droit occidental. En dehors des pratiques de mariage qui entretiennent une certaine inégalité par endroit, il existe également des inégalités qui sont entretenues par la pratique des coutumes ainsi, il en est du problème de l'identification de la personne (A) et des injustices notamment observées dans les pratiques de successions (B).

A. Le problème de l'identification de la personne dans les pratiques coutumières

L'identification de la personne occupe une grande importance dans les coutumes et traditions africaines. Il est un élément de continuité et d'immortalité de l'ancêtre. Ce qui permet d'identifier la personne est le « *nom* ». Le Vocabulaire juridique le défini comme « *mot ou ensemble de mots désignant une personne physique ou morale et se composant, pour les*

*personnes physiques, du nom de famille et du ou des prénoms, avec parfois adjonction d'un pseudonyme, d'un surnom, d'une particule ou d'un titre de noblesse*⁶⁵⁷ ». Au sens large donc du terme, le nom est « *un moyen d'individualisation consistant dans l'usage d'une suite de mots pour désigner une personne*⁶⁵⁸ ». Il se compose *lato sensu* de deux mots essentiels que sont le nom de famille et le prénom. Mais, au sens strict, c'est uniquement le nom de famille qu'on désigne par « *nom* » sans autres qualificatifs. C'est donc ici le nom de famille que l'on désigne au sens strict par le nom, qui fait objet de notre analyse.

Le nom est un élément de l'état des personnes⁶⁵⁹ et en tant que tel, il est le signe de l'insertion et de l'appartenance à une famille. Le nom a une résonance particulière parce qu'« *il est à la fois ce qui projette, ce qui évoque et ce qui perpétue, ce qui, en désignant, isole ou rassemble*⁶⁶⁰ ». Il est le trait d'union en les générations présentes et passées et situe l'individu dans une histoire. Il « *représente tout un patrimoine de souvenirs et d'honneurs dont l'enrichissent les ancêtres*⁶⁶¹ ». Il est révélateur de l'origine de chaque individu et permet de se projeter dans l'avenir⁶⁶². C'est aussi, le « *gage de reconnaissance qui permet à chacun de savoir "qui je suis" "qui tu es" est le dernier résidu du culte des morts*⁶⁶³ ». Il individualise la personne, mais l'insère aussi dans un groupe familial et dans une histoire. Il est l'élément le plus déterminant de la personnalité juridique dont il est indissociable⁶⁶⁴ et représente l'individu à l'égard de ses proches et des tiers⁶⁶⁵. Le nom « *marque un lien avec les ancêtres, espoir d'une perpétuation par la transmission aux descendants, moyen de se faire reconnaître et d'asseoir sa notoriété*⁶⁶⁶ ».

⁶⁵⁷ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2012. p. 6

⁶⁵⁸ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t.1, *op. cit.*, n° 220.

⁶⁵⁹ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, n° 266, spéc. p. 493. La transmission patrilinéaire du nom (A) rompt légalité entre époux

⁶⁶⁰ Michelle GOBERT, « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *préc., spéc.*, n° 3, p.98

⁶⁶¹ Tribunal civil de Seine, 1er déc. 1926 (DH 1927, p. 127) ; Raymond LINDON, « La nouvelle disposition législative relative à la transmission de l'usage du nom », *D.* 1986, chron. p. 87.

⁶⁶² Gilles GOUBEAUX, « Le nom », in *Droit de l'enfant et de la famille : hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, p. 24.

⁶⁶³ Michelle GOBERT, « Le nom ou la redécouverte d'un masque », *préc., spéc.* n° 1, . p.98

⁶⁶⁴ Philippe JESTAZ, « À propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic », *RTD civ.*,1989, p. 269

⁶⁶⁵ Michel GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille*, Paris, 5è éd., Dalloz, 2014, p. 91.

⁶⁶⁶ Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX et Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, tome 1 : Introduction générale*, 4e éd. 1994, p. 81

Dans les traditions d’Afrique noir, la coutume prévoit que les enfants reçoivent automatiquement le nom de leur père⁶⁶⁷. Cette exigence des coutumes relatives à la transmission du nom du père à l’enfant apparaît critiquable et surtout au regard du principe d’égalité entre époux établi en droit moderne de la famille. Cette pratique des coutumes africaines qui régit le nom de l’enfant consacre la filiation patrilinéaire. Or la patrilinéarité rompt l’égalité entre époux et méconnaît le droit des enfants. La transmission patrilinéaire du nom rompt l’égalité entre époux. Cette transmission du nom du père très ancré dans les coutumes n’est pas du tout en phase avec le principe de l’égalité entre les époux, car un enfant ne peut naître sans père ou sans mère. Il est donc de ce point de vue un produit de l’union des deux époux. En conséquence, au regard du principe de l’égalité, l’enfant devrait porter à la fois le nom de son père et de sa mère.

En réalité, le nom est considéré comme le signe de l’unité d’une famille patrilinéaire. La femme mariée prend le nom de son mari et les enfants aussi reçoivent automatiquement le nom de leur père⁶⁶⁸. Toute la famille se fait donc désigner par le nom du mari. La famille était jadis organisée autour d’un chef⁶⁶⁹, le père de famille qui concentrait entre ses mains tous les pouvoirs. Il avait la puissance paternelle et la puissance maritale et les exerçait. Il représentait la famille et garantissait son unité. On ne pouvait donc pas concevoir pour la famille d’autres désignations que le nom du mari pour maintenir l’unité. Cette conception ou pratique établit autour de l’identification de l’individu est d’ailleurs parfois à l’origine de la polygamie, de la stigmatisation de la femme et parfois même à l’origine de divorce. En effet, il est de coutume que dans les familles africaines un homme qui a vécu sans avoir une descendance est considéré comme n’ayant jamais existé après sa mort. La raison en est toute simple. S’il donne naissance à un garçon, ce dernier à son tour pourra assurer sa continuité, et donc transmettra le nom de son père qu’il a porté lui-même à sa descendance et la transmission sera assurée d’une génération à une autre. Mais s’il ne donne naissance qu’à des filles, son nom disparaîtra dans la mesure où ces dernières ne pourront pas transmettre leur nom à leur tour à leur descendance. Ainsi, un homme est prêt à épouser autant de femmes tant que celles qu’il a déjà épousées n’ont

⁶⁶⁷ WEILL Alex et TERRÉ François, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, 5^e éd., Dalloz, Paris, 1993, n° 41 ; Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L’égalité des sexes*, Paris, Dalloz, 1998, p. 47 ; Thierry GARÉ, *Droit des Personnes et de la famille*, Paris, 3^e éd., Montchrestien, 2004, p. 165 ; Évelyne MICOU, *L’égalité des sexes en droit Privé : de quelques aspects essentiels*, Thèse, Presses universitaires de Perpignan, 1997 ; Jean HAUSER, « Le nom des enfants : une législation discriminatoire et obsolète », *RTD Civ.* 1994, p. 829 ; Gilles GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 117 ; Michel GRIMALDI, *art. préc.*, n° 6.

⁶⁶⁸ Michel GRIMALDI, *op.cit.*, n° 7.

⁶⁶⁹ Guy- Adété KOUASSIGAN, *op. cit.*, p. 237.

pas eu d'enfant garçon. Dans les foyers polygames, l'épouse qui a plus de privilège sur ses coépouses est celle qui a eu d'enfant garçon. Cette situation est souvent à l'origine des conflits permanents et de rivalités entre les femmes. Or, comme l'affirme Victor Hugo, « le plus beau patrimoine est un nom révélé⁶⁷⁰ ». La notoriété d'une personne s'acquiert parfois par la seule référence à une famille. La famille de l'épouse peut avoir, par exemple, acquis de la notoriété et la simple allusion à celle-ci peut attirer certaines personnes. L'usage du nom de la mère par l'enfant pourrait par exemple, contribuer d'une certaine façon à l'expansion d'une activité économique ou professionnelle de l'enfant. La mère peut porter le nom d'une famille célèbre dont il y a plus de représentants mâles et dont l'éclat va s'éteindre à la génération suivante⁶⁷¹. Il peut aussi s'agir d'un nom rendu célèbre par la femme.

Il y a donc une inégalité qui est créée dans la transmission patrilinéaire du nom. Cette inégalité perdure au sujet de la transmission du nom. De sorte que même le Code des personnes et de la famille du Bénin par exemple n'a pas su appréhender que cette pratique impliquait une inégalité. Ainsi, si le principe de transmission du nom du père à l'enfant, est largement répandu, il est de plus en plus remis en cause sous l'effet du principe d'égalité⁶⁷², puisqu'il viole les droits de l'enfant comme ceux de la femme.

Le Code béninois des personnes et de la famille dispose en son article 6 que « *l'enfant légitime porte le nom de famille de son père. L'enfant né hors mariage porte le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie. En cas de reconnaissance simultanée des deux parents, l'enfant porte le nom de son père. Si le père reconnaît l'enfant en dernière position, l'enfant prendra son nom. Mais s'il s'agit d'un enfant de plus de quinze (15) ans, son consentement sera requis. En cas de désaveu, l'enfant porte le nom de sa mère. L'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté. En cas d'adoption par les deux époux, l'adopté prend le nom du mari*⁶⁷³ ». Le nom de famille au Bénin est ainsi bel et bien le patronyme⁶⁷⁴. La lignée maternelle de l'enfant est écartée à chaque génération. L'histoire des enfants se trouve ainsi amputée d'une bonne moitié à chaque génération et seule la ligne paternelle est rattrapée. Il existe donc une priorité affichée de la transmission du nom du père. Celui de la mère n'est

⁶⁷⁰ Victor HUGO, *Odes et balades*, Paris, Gallimard, 1980.

⁶⁷¹ Michel GRIMALDI, *op.cit.*, n° 11.

⁶⁷² Luc MAYAUX, « L'égalité en droit civil », *JCP*, 1992, I, 3611 ;

⁶⁷³ Cf. art. 6 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁶⁷⁴ Cf. art. 5 al. 1er du de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF : « toute personne s'identifie par un ou plusieurs prénoms et par un nom Patronymique ».

attribué à l'enfant que dans les seuls cas d'impossibilité de l'établissement de la filiation paternelle. Ce régime a plusieurs conséquences dans la famille. Ce régime établit une inégalité dans le couple en faveur de l'époux. Seul le père transmet son nom aux enfants dans un couple marié⁶⁷⁵. Cette « *prééminence masculine*⁶⁷⁶ » dans l'attribution du nom aux enfants contraste avec l'égalité entre homme et femme reconnue dans la législation béninoise de la famille. Les femmes et les hommes doivent tirer les mêmes droits et avantages du mariage. On note une domination masculine dans la transmission du nom qui demeure l'élément principal identifiant la personne. La législation béninoise n'autorise même pas à l'enfant la possibilité d'usage du nom de l'un de ses parents qui n'est pas inscrit sur son acte de naissance, par conséquent le nom de sa mère. La maternité n'a aucun effet sur le nom de l'enfant, sauf dans les situations où le père de l'enfant est inconnu. Le déséquilibre⁶⁷⁷ du système béninois établi sur le modèle des coutumes concernant le nom de l'enfant est particulièrement remarquable. Si le mariage donne le droit à l'époux de transmettre son nom à sa descendance, ce même droit doit être accordé à la femme pour ne pas créer une inégalité en défaveur de la femme dans le mariage par l'attribution patrilinéaire du nom à l'enfant⁶⁷⁸. Si on peut analyser la transmission patrilinéaire du nom comme une inégalité entre époux, elle permet toutefois de traiter à égalité les hommes indépendamment de leur état matrimonial. Cependant, elle crée une inégalité entre les femmes en raison du mariage.

En dehors donc de l'inégalité dans le couple en faveur de l'époux, le régime établit également une inégalité entre les femmes en raison du mariage. La transmission patrilinéaire du nom est également une source d'inégalité entre les couples. L'inégalité dont il est ici question est due au mode de conjugalité. L'union libre offre l'occasion à la femme de donner à sa descendance son nom. L'enfant naturel peut porter le nom de sa mère si son père ne le reconnaît pas⁶⁷⁹ ou simplement si sa mère fait établir la filiation à son égard en écartant sa filiation paternelle⁶⁸⁰. Il suffit donc pour une femme de ne pas avoir la chance d'identifier le géniteur de

⁶⁷⁵ Cf. art. 6 al. 1er de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

⁶⁷⁶ Michel GRIMALDI, *op. cit.*, spéc. n° 6 ; Isabelle CORPART, « La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille », *D.* 2003, chron., p. 2845.

⁶⁷⁷ *RTD civ.* 2011, p. 321, obs. Jean Hauser ; Civ. 1re, 24 févr. 2011, n° 10-40.067, *AJCT*, 2011. 189, Refus de QPC- Proposition de loi n° 3122, *1er févr. 2011, Dr. fam.* 2011, focus 21 ; Civ. 1, 12 janv. 2011, n° 10-19.227, *AJ fam.* 2011. 103, obs. F. Chénéde, refus de QPC.

⁶⁷⁸ Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, Paris, Dalloz, 1998, p. 46.

⁶⁷⁹ Cf. art. 6 al. 2 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF: « L'enfant ne hors mariage porte le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie ».

⁶⁸⁰ Cf. art. 6 al. 2 de la loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant CPF

l'enfant pour transmettre son nom à sa descendance, ce qui est une inégalité entre couples dans la mesure où la femme mariée ne peut pas donner son nom à sa descendance alors que la concubine a de fait ce droit. Or, le fait pour une femme d'avoir un enfant sans pouvoir identifier son père est très critiqué dans la société africaine. Une telle situation met à nu l'honneur de la femme. On pourrait donc ainsi envisager que le mariage atténue la valeur du nom de naissance de la femme.

En définitive, l'identification de l'individu est aussi révélatrice des questions d'inégalité que notre analyse choisie ici pour justifier le recours à certaines réalités du droit moderne occidentale qui par endroit répond mieux aux différentes questions d'inégalité. Une référence donc à la norme occidentale pourrait permettre aux législateurs de la famille de mieux réfléchir à aménager le contenu de certaines de ses dispositions législatives de la famille. Le domaine des successions est aussi révélateur de plusieurs injustices qui pourraient aussi justifier le recours au droit moderne.

B. Les injustices des coutumes relatives aux pratiques coutumières des successions

En matière de succession, nombreux sont les personnes aujourd'hui qui décident de renoncer simplement à cause des injustices qui aboutissent généralement sur des conflits mortels soit entre descendant, soit entre ascendant collatéraux et descendant. L'explication de ceci se retrouve dans une situation réelle au Bénin, évoqué par Sophie Andreetta⁶⁸¹ dans son article : « Pourquoi aller au tribunal si l'on n'exécute pas la décision du juge ? Conflits d'héritage et usages du droit à Cotonou ». Les faits se présentent ainsi. « En 2010, Éloïse et ses deux sœurs, Rachel et Arlette, saisissent le tribunal de première instance (TPI) de Cotonou pour obtenir la vente et le partage de l'héritage de leur père, décédé cinq ans plus tôt. Ancien transporteur, il a laissé deux maisons, à Cotonou et à Parakou, ainsi que des terres cultivables au village. Louis, l'aîné de la fratrie, s'est autoproclamé administrateur des biens : depuis cinq ans, il collecte les loyers des maisons et s'est accaparé les véhicules et les meubles laissés par

⁶⁸¹ Sophie ANDREETTA, *op. cit.* p. 161

leur père. Les jeunes femmes ont tenté de le contacter à plusieurs reprises, sans succès. Sur recommandation d'un ami greffier, elles ont finalement saisi le tribunal. En 2011, le juge rend une décision dans laquelle il nomme un notaire pour procéder à la licitation et au partage des biens de la succession. Louis s'y oppose et refuse de fournir les documents nécessaires à l'auxiliaire de justice. La « grande famille » ses oncles et tantes lui conseillent de brûler les titres de propriétés pour empêcher la vente. Trois ans plus tard, les relations entre Louis et ses sœurs se sont améliorées. Il a accepté la vente et remis les documents au notaire. Éloïse explique qu'elle souhaite pourtant renoncer aux biens du village : « Chez nous si tu ne fais pas attention, les gens vont te tuer pour peu. Nos parents du village aiment s'accaparé de tous les biens. Donc on a dû apprendre à leur laisser les parcelles qui sont là-bas⁶⁸² ». Quant aux maisons situées à Cotonou et à Parakou, les trois sœurs souhaitent toujours les vendre. En meilleurs termes avec leur frère, elles envisagent de récupérer leurs documents pour vendre à l'amiable, sans l'aide du notaire. Comme le suggère cet exemple, l'exécution des décisions est souvent partielle, ou elle reste du moins en suspens pendant de nombreuses années. Comment pourrait-on expliquer que les héritiers « abandonnent » des procédures judiciaires proches de l'issue ? La réponse se retrouve dans les pratiques conflictuelles établies par les coutumes, et qui malgré la réglementation du droit moderne des successions persiste et sont toujours d'actualité. Les discussions que l'on observe devant les tribunaux ne présentent que la face d'un Iceberg. Les vrais conflits sont en interne dans la famille.

Les problèmes de l'héritage se posent déjà depuis l'antiquité. L'ancien testament, relate à ce propos, l'épisode des fils d'Abraham. La préférence du père portait sur l'aîné et celle de la mère portait sur le cadet. C'est par un habile subterfuge que le cadet, avec la complicité de la mère, a reçu la bénédiction, c'est-à-dire l'héritage en lieu et place de l'aîné. Il assura ainsi la succession du père. Cet épisode est révélateur des ruses et des intrigues qui se produisent lors du décès d'un individu, lorsque ses pouvoirs ou ses biens doivent être dévolues à des successeurs appelés héritiers⁶⁸³.

L'appréhension des pratiques successorales présente dans presque toutes les coutumes africaines noires en général, plusieurs injustices dont sont généralement victimes, la conjointe survivante et ses enfants. En ce qui concerne la femme, les travaux effectués par plusieurs

⁶⁸² Entretien, Cotonou, février 2013.

⁶⁸³ Dieudonné MEYO-ME-NKOGHE, *op. cit.*, p. 169.

historiens comme Duby, Robert Mandrou, Jacques le Goff, et Michel Vovelle sur l'histoire des mentalités à laquelle se rattache les successions, ont donné à cette dernière ses lettres de noblesse. Bien que se produisant depuis l'antiquité, celles-ci varient selon les sociétés et les latitudes. L'appréhension de celle des sociétés africaines par rapport à leurs coutumes, semble à bien d'égards, se rapprocher de la loi salique qui excluait les femmes de toute succession en Europe. La loi salique établit une règle successorale forgée au cours du XVe siècle, selon laquelle les femmes ne peuvent, en France, ni hériter ni transmettre la Couronne. Cette discrimination autour de l'héritage établie par la loi salique, est celle qui se retrouve dans les coutumes et traditions de plusieurs peuples africains en particulier noirs. Chez les *fang* du Gabon par exemple, en ce qui concerne la succession de la femme mariée, les coutumes établissent que ce qui lui revient, ustensiles de cuisine, case, terrain défriché, etc., revient à son mari dans le cas où celui-ci lui survivrait. Ce dernier peut partager ces biens avec ses enfants ou bien même avec les membres de sa famille. Ainsi, la famille de la femme décédée ne vient pas à la succession de leur fille décédée, sauf si la défunte n'est pas liée par un lien de mariage donc vit en concubinage. En ce qui concerne la succession de leur mari, les coutumes n'accordent à la femme aucun droit de succession. Cette situation de la femme mariée est identique dans les coutumes béninoises, togolaises, ivoiriennes, et dans bien d'autres coutumes où la femme mariée non seulement ne dispose d'aucun droit de succession sur les biens de son mari, mais aussi fait objet elle-même de succession. Dans plusieurs ethnies du Bénin comme les ethnies *fons* par exemple, la femme mariée est contrainte de se marier à un des frères de son défunt épouse. Cette situation discriminative et injuste de la femme mariée il y a longtemps établie par la loi salique est totalement dépassée et abolie en France depuis plusieurs siècles semble toujours exister encore dans les pratiques coutumières en Afrique et continue en fait bien que les nouvelles législations modernes semblent l'aménager aux exigences des principes des droits de l'homme et par conséquent de celui de l'égalité entre les époux.

En dehors de la femme mariée, les coutumes entretiennent également des inégalités dans la succession de descendantes filles et garçons. Selon les coutumes, même si l'enfant fille doit hériter de ses parents, elle ne peut obtenir la même part successorale que l'enfant garçon. Les terres en particulier sauf quelques exceptions ne pouvaient revenir aux filles. Cette exclusion des filles de l'héritage de la terre correspond à une exigence romaine, des temps où les Romains confiaient aux chefs de guerre francs des terres en échange du service militaire. Ces chefs, une fois maîtres de la Gaule, semblent avoir voulu reconduire cette pratique avec leurs subordonnés. Mais elle ne correspondait ni aux traditions germaniques ni aux habitudes gallo-romaines et on

la voit combattue dès la troisième génération (Le Formulaire de Marculfe, datant du tournant des VII^e et VIII^e siècles, affirme : « *Il existe chez nous une coutume ancienne, mais impie, que les sœurs n'ont pas de part avec leurs frères dans les terres paternelles...* »).

La succession dans les coutumes telle qu'elle se pratique et se vit témoigne donc de l'existence de nombreuses difficultés que connaissent les épouses et leurs enfants, qui dans plusieurs cas sont abandonnés et dépourvus des droits qui devraient leur revenir en tant qu'héritiers réservataires. Ces biens sont accaparés par des collatéraux, frères ou des collatéraux ascendants. Il existe par exemple des coutumes comme chez les *fangs* du Gabon par exemple où la femme mariée et ses enfants sont écartés dans le partage de l'usufruit. Même les législations actuelles de la famille de la plupart des pays d'Afrique noire en général sont restées impuissantes en face de ces injustices parce que bien entendu, ces pratiques coutumières existent, évoluent et résistent encore.

Il existe trop de domaines du droit de la famille sur lesquelles les législations africaines de la famille ont failli. Normes copiées les yeux fermés du droit français, réalités des pratiques coutumières endogènes négligées et non appréhendées. Les coutumes endogènes contiennent beaucoup de valeurs et également quelques insuffisances. Pour corriger ces quelques insuffisances il est important de s'imprégner de ce que le droit moderne a de positif.

Section 2 : Les enjeux de l'intégration des réalités du droit moderne occidental de la famille.

L'observation du système juridique de la famille en Afrique noire francophone laisse entrevoir au fond, une confrontation entre coutumes indigènes ignorées et un droit moderne importé du colonisateur français. Les coutumes, expression de l'identité de la famille, par leur légitimité ont rendu totalement inutile la législation moderne d'ailleurs inadaptée. Cet antagonisme entre coutumes et droit moderne est à l'origine aujourd'hui de la déperdition de la famille africaine, et il est nécessaire de renouer sous bénéfice d'inventaire avec les coutumes, réalités de la famille. Cependant, plus de 50 ans après l'indépendance, on ne peut de façon réaliste ignorer certains rôles déterminants que le droit moderne a joué dans l'aménagement de certaines pratiques coutumières. Ainsi en est-il des inégalités et injustices entre le genre que

l'on observe dans les pratiques de mariage, de succession... Ce qui justifie d'ailleurs l'intégration de certaines réalités du droit occidental français. Cette intégration contient des enjeux importants, dont la mise en œuvre des impératifs de développement (paragraphe 1), qu'il faudra relever avant de revenir sur la méthode de l'intégration des réalités du droit occidental de la famille (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les impératifs de développement

La tendance est générale et profonde d'affirmer que les nations qui aspirent au développement ne peuvent y parvenir que par l'adoption de mode de pensée et de vie des nations développées. Il ne s'agit point d'une simple faculté, mais d'une nécessité qui s'impose avec autant plus de force que le développement ne s'appréhende que selon les critères d'appréciations des nations développées surtout de type occidental. Au niveau des nations développées, cette tendance trouve sa meilleure expression chez J. K. Galbraith qui après avoir remis en cause les valeurs morales de l'opulence américaine ne voit paradoxalement le salut des nations prolétaires que dans l'adoption de ces valeurs⁶⁸⁴. De toutes les manières, si le développement d'une société doit mettre en avant ses valeurs propres, il est aussi évident, qu'il se sert de l'expérience de ceux qui ont déjà réussi le développement, car en réalité il serait difficile pour un pays aujourd'hui de penser le développement en se fermant au monde. Il serait donc utile, d'emprunter dans la perspective de l'élaboration de nouveau droit favorable au développement, la technique juridique occidentale (A) et des politiques de développement de la famille occidentale (B).

A. L'emprunt de la technique juridique occidentale

La famille bouge. Certes, mais le monde lui-même bouge, en totalité et en chacune de ses parties. La crise dans laquelle se débat la famille contemporaine africaine affecte aussi bien ses valeurs, son développement à la fois économique, social et culturel. Le développement est le terme central de toutes les réflexions qui portent sur les pays du tiers-monde dont le progrès

⁶⁸⁴ John Kenneth GALBRAITH, *L'ère de l'opulence*, 1959, Paris, Seuil, 1960, Paris.

apparaît comme la condition fondamentale de la survie de toute société, qu'elle soit occidentale ou africaine⁶⁸⁵. C'est au nom du développement que les théories les plus diverses ont été élaborées pour définir le sous-développement en Afrique, pour procéder par voies et moyens pour y mettre fin. Ceci constitue d'ailleurs le premier argument que les colonisateurs mettent en avant pour justifier l'imposition de leur droit en Afrique. En réalité, il faut comprendre que les standards de développement, et de la mondialisation restent aujourd'hui ceux imposés par la civilisation occidentale. Ainsi, même si un Etat se doit de fonder son développement sur ses réalités internes, il n'en demeure pas moins, que pour ne pas s'enfermer au monde, il doit rester en phase avec les standards de développement, qui s'inscrivent dans la mondialisation, même culturelle. Il faut comprendre aujourd'hui qu'il y a donc une universalisation de la société occidentale dont il est impossible de se passer lorsqu'on envisage le développement à la fois économique, culturel et politique. Ainsi, envisagé sur le terrain de l'ethnologie, Claude Lévi-Strauss voit cette tendance de l'universalisation de la civilisation occidentale, comme une donnée de notre temps. Il vient à constater que : « Loin de rester renfermées en elles-mêmes, toutes les civilisations reconnaissent, l'une après l'autre la supériorité de l'une d'entre elle, qui est la civilisation occidentale. Il ajoute : « ne voyons-nous pas le monde entier lui emprunter progressivement ses techniques, son genre de vie, ses distractions et jusqu'à ses vêtements ». C'est la marche même des cultures humaines, qui depuis les vastes masses de l'Asie jusqu'aux tribus dans la jungle brésilienne ou africaine, prouvent par une adhésion unanime sans précédent dans l'histoire, qu'une des formes de civilisation humaine est supérieure à toutes les autres : ce que les pays insuffisamment développés reprochent aux autres dans l'assemblée internationale n'est pas de les occidentaliser, mais de ne pas leur donner assez vite les moyens de s'occidentaliser⁶⁸⁶ ». Cette opinion de Claude LEVIS-STRAUSS même si elle est à relativiser, reste perceptible aujourd'hui que le phénomène de l'europanisation à outrance est réel. D'ailleurs ceci explique le phénomène de transposition législative que nous dénonçons ici. En réalité, il n'y a pas de race supérieure, ni de civilisation supérieure, mais il y a une civilisation occidentale qui s'est le plus affirmé, et est devenue une sorte de modèle pour toutes les autres civilisations du monde. L'ethnocentrisme de l'occident contient des éléments de persuasions, de développement au point de vue économique comme social dont on pourrait se servir en Afrique pour construire un système juridique favorable au développement. Ce qui

⁶⁸⁵ Cf. Louis-Joseph LEBRET, *Suicide ou survie de l'Occident*, Paris, Ed. Ouvrière, 1958, p. 309

⁶⁸⁶ Claude LEVIS-STRAUSS, *Race et Histoire*, Gonthier, 1961, Paris, p. 51

est à reprocher, c'est la substitution pure et simple de la réalité occidentale par les normes endogènes qui faussent le jeu.

À considérer par exemple la question d'identification de la personne : nombreux sont encore aujourd'hui les Etats africains qui ne possèdent pas des fichiers d'état civil adéquates, pouvant renseigner l'état civil complet d'un quelconque citoyen. Dans ces anciennes cultures, l'individu est fermé dans son cadre de vie familiale et limité dans son champ d'action. Tout ce qui produit ne peut être exporté de son cadre de vie pour être valorisé. Dans un tel contexte, la famille ne peut se développer que ce soit du point de vue sociale mais aussi économique. De ce point de vue, remettre en cause, aujourd'hui la pratique d'identification de l'individu importé du droit colonial, et pensé le développement serait paradoxale.

Il suffit d'avoir en main, une pièce ou un document d'identité d'un individu pour savoir tout sur sa personne : son nom et prénom, sa nationalité, son âge, sa filiation, situation matrimoniale, profession... Ceci a pour avantage, de savoir celui avec qui l'on communique. Aujourd'hui encore, ces modes d'identification civil de l'individu à transiter vers d'autres plus performants et fiables, tels que les fichiers d'état civil informatisés et actualisés, qui jouent aujourd'hui un rôle assez important dans la vie familiale comme professionnelle, car ils permettent aussi de savoir gérer, l'emploi, le chômage, bref permet la mise en œuvre des politiques économiques, sociales et culturelles.

B. Un emprunt des politiques de développement de la famille occidentale

L'enregistrement des événements familiaux tels que, les naissances, les mariages, divorces, décès permettent la mise en œuvre des politiques sanitaires, éducatives, de la sécurité sociale, du logement, etc. (toute chose qui participe au développement et à l'économie de la famille). Aujourd'hui, qu'en est-il de l'imposition exogène des valeurs privées de la famille propre de la société occidentale dans le contexte de la famille contemporaine dans les pays d'Afrique noire francophone ?

L'encadrement moral de la famille constitue un enjeu qui dépasse son propre fonctionnement. L'héroïne du roman de Paul Bourget intitulé « le divorce » est confronté au

dilemme tragique de devoir choisir entre ses croyances religieuses et un divorce imposé par une vie en couple devenue infernale, suivie d'un remariage. De même, comme le rappelle Martine Segalen, les familles bourgeoises partagent, « *une idéologie qui les unifie au-delà de leurs distinctions matérielles, en mettant au centre de leurs valeurs un modèle familial qui joue un rôle social considérable [...], qu'il s'agisse du groupe domestique ou du réseau de parenté. Au cœur du dispositif bourgeois, une famille qui se définit comme le lieu de l'ordre, porteuse d'un modèle normatif puissant où tout écart est considérée comme une dangereuse déviance sociale*⁶⁸⁷ ».

Cependant, la famille ne participe pas seulement d'une morale sociale, elle est au fondement même des valeurs et du politique qui l'établissent. Comme le soulignent Luc Boltanski et Laurent Thévenot, dans la " *cité domestique*", « *le lien entre les êtres est conçu comme une génération du lien familial : chacun est un père pour ses subordonnés et entretient des relations filiales avec l'autorité*⁶⁸⁸ ». La famille est effectivement à l'image d'un ordre politique hiérarchisé avec des individus aux rôles différenciés. La verticalité qui ordonne les statuts au sein de la sphère privée justifie celle de l'ordre politique et réciproquement. Les vertus du politique sont à l'image de celles de la famille, d'où cet usage des comparaisons de la famille dans la rhétorique politique. De ce point de vue, la famille est bien une question d'ordre public. Par exemple, dans les travaux préparatoires du Code civil, Portalis considère que la famille est « *la pépinière de l'État [...] [qu'] elle est la source et la base de la grande société civile [...], le berceau de l'État, et les vertus domestiques sont toutes les vertus des citoyens*⁶⁸⁹ ». Comme le souligne avec force l'article 4 de la Constitution de 1795, « *nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux* ».

C'est avec cet arrière-fond d'une famille constitutive d'une morale sociale et d'une éthique politique qu'il convient de réexaminer le sens à donner à la politique familiale à travers les législations africaines de la famille. Au-delà du souci de l'émancipation de la famille par la prise en considération des obligations qu'elle engendre, cette politique publique familiale, donc conçue et mise en œuvre par l'État, est porteuse de valeurs censées contribuées au "bien commun". La volonté de promouvoir un certain modèle du genre de famille : la famille formée

⁶⁸⁷ Martine SEGALLEN, cité dans Jacques COMMAILLE, « La famille, l'état, le politique : une nouvelle économie des valeurs, entre tensions et contradictions », in *Informations sociales* 2006 n°136, pages 105

⁶⁸⁸ Cf. Luc BOLTANSKI et Laurent THEVENOT, cité domestique, éd Gallimard, 1991

⁶⁸⁹ Portalis, *op. cit.*

d'un couple marié avec enfants, participe aussi d'une conception de l'ordre social. Ce qu'on a appelé le « *familialisme* » est bien plus qu'une doctrine de promotion de la famille. Il inscrit cette dernière dans une conception de l'ordre du monde où non seulement les fonctions remplies par celle-ci (reproduction biologique, socialisation, transmission des valeurs, etc.) sont favorisées. Mais comme nous l'avons vu plus haut, ces vertus sont supposées inspirer l'ordre social et l'ordre politique pour construire un monde harmonieux et solidaire.

Ce qui caractérise ce premier modèle d'économie des valeurs où la famille est au centre, c'est ce que nous avons appelé une imposition exogène, c'est-à-dire une définition par le haut de ce que doit être la famille eu égard à sa fonction structurante par rapport à l'ensemble de la société. Rien ne l'illustre mieux que, précisément, la politique de la famille, qui répond parfaitement à ce modèle de politique publique. Les perspectives envisagées dans la construction d'un droit de la famille nouveau dans les pays africains doivent prendre en considération ces différents aspects qui de toutes les façons permettront de disposer d'une politique familiale porteuse de développement. L'État doit indiquer et imposer les grandes orientations de sa politique dans le cadre de l'exercice d'un mode protecteur de gouvernement auxquelles les citoyens doivent se soumettre. Il doit donc être en mesure de décider, orienter et contrôler les comportements des individus dans leur sphère privée, ceci au nom d'un impératif de protection de « l'intérêt général » ou de l'exercice d'une logique juridique qui est en même temps une logique morale, qu'il appartient à quelques-uns de définir au nom de tous. Le droit de la famille, droit civil, mais aussi droit social, est une des expressions de ce mode de gouvernement politique et moral par le haut. Le Code civil de 1804, dont les grands principes demeurent à ce jour, même s'il y a eu des mutations, définit les règles de structuration et de fonctionnement de la famille. Celles-ci ne sont que la transcription juridique de règles morales (ce que montre parfaitement la doctrine quand y sont commenté des dispositifs juridiques avec des arguments où la mise en œuvre de la raison juridique se mélange le plus souvent avec l'expression de considérations morales).

En définitive, le droit de la famille français, même s'il n'est pas adapté aux réalités sociologiques des pays d'Afrique noire francophone, il est indéniable qu'il a malgré tout eu certains impacts positifs. Ainsi, reconstruire les législations de la famille dans ces Etats en ignorant totalement les réalités de la législation occidentale ne serait pas une meilleure approche.

Paragraphe 2 : Une méthode de prise en compte des réalités du droit occidental de la famille

La réformation du droit de la famille des pays africains noirs francophone en particulier le Bénin n'exige beaucoup plus d'attention. En dehors de la prise en compte des réalités sociales propres, il faudra également comme relevé précédemment, faire un emprunt au droit occidental. Cet emprunt passera par l'identification des valeurs de la famille occidentale adaptables aux réalités sociales de la famille africaine noire (A) avec une formulation des stratégies de développement adéquates (B)

A. L'identification des valeurs adaptables aux réalités sociales de la famille africaine noire

La conception contemporaine du développement en Afrique procède d'une vue réductrice d'une expérience historique de portée relative et spécifique à l'Occident. Par ailleurs, cette vision a tendance à isoler la famille des autres éléments tout aussi importants du développement, à savoir l'économie, le social, le politique et le culturel, réduisant ainsi le développement à la simple notion de croissance économique, de croissance des choses. Or la famille étant le premier élément de toutes les sociétés, c'est de son développement à elle que dépend, celle des autres comme l'économie, le social, le culturel... Ainsi, les impératifs de développement dépendent de la famille, dont l'organisation de même que le fonctionnement juridique constitue des gages de développement. Ce qui intéresse ici, c'est la mise en œuvre de développement économique notamment, qui est un impératif à réaliser dépendamment d'une bonne législation de la famille. Le développement de l'économie est généralement signe d'un développement social, politique et culturel. Il confère implicitement à l'optimisation du revenu une priorité sur toutes les autres aspirations nationales ; en d'autres termes, il est question d'enrichir le pays le plus rapidement possible, même contre des valeurs nationales, des droits civiques et libertés les plus fondamentales et du bien-être social. D'autre part, elle fait peu cas de la distribution des revenus parmi les différentes parties de la population. Cette distribution

est considérée comme quasi-automatique par le jeu du marché ; et tout ce qui peut être un frein à la croissance de l'économie nationale est systématiquement écarté.

Plus d'un demi-siècle déjà d'une telle politique de développement dans les pays d'Afrique noire francophone et les hypothèses de base définies sont passés carrément à côté des résultats attendus. Ceci semble à notre avis s'expliquer beaucoup plus par la grande instabilité juridique qui a caractérisé la famille, lorsque l'on sait bien que les structures fonctionnelles de la famille africaine ont été fortement bouleversées. Le colonisateur ne trouve pas autre motif que celui sur lequel il se fonde à dire que ce sont les pratiques des coutumes africaines qui constituent des freins au développement, parce qu'impropres au développement. Pour ce dernier, les institutions coutumières et pratiques relevant de la famille (la dot, la polygamie...) de même que leurs fonctionnements posent un problème de développement. Il semble ici que le colonisateur ne voit que dans ce développement, le seul aspect économique des choses, ignorant les aspects sociologiques, culturels et bien d'autres auxquelles les sociétés africaines, en particulières noires francophones non rien à envier à la société occidentale.

Cependant, la copie servile des modèles occidentaux de planification n'a pas entraîné le développement escompté. Mais il faut reconnaître que ce n'est pas parce que cette copie servile est médiocre ou inopérante, mais plutôt parce que non adaptée aux réalités endogènes préexistantes. Elle aura toutefois permis aux cadres africains de disposer de données statistiques indispensables dans des domaines tels que la démographie, l'urbanisation, l'emploi, les déséquilibres régionaux, le commerce et les finances ; ces données ont quelquefois contribué à mesurer les dimensions et l'ampleur réelles du développement économique et social en Afrique. En raison même de ces résultats imparfaits, les dirigeants africains doivent reconsidérer profondément les bases théoriques de leurs stratégies de développement. Parmi les nombreux facteurs à reconsidérer ici, figure l'interprétation même du mécanisme du développement africain.

B. La formulation des stratégies spécifiques de développement de la famille

La formulation des stratégies de développement ne relève pas de la seule vision technique du monde auquel elles s'appliquent. La réalité complexe du sous-développement se

trouve reflétée dans les institutions, les traditions, les groupes sociopolitiques et les relations extérieures des pays qui en sont l'objet. Leur manière de voir du développement et du sous-développement est superficielle, fragmentée et purement économique : le sous-développement y est limité à ces aspects de production industrielle et de croissance ; les plans de développement semblent ignorer le social, l'idéologie et l'interaction de toute une série de données complexes. Dans leur interprétation du sous-développement, les auteurs des plans africains ont compris et présenté ce phénomène comme étant une étape primaire de la croissance des pays de cette région du monde ; l'étape supérieure, celle de la maturité, étant celle atteinte par les pays industrialisés.

Cette vision mécaniste et idéaliste, qui ignore la vraie nature du sous-développement, doit faire place à une démarche beaucoup plus analytique, pouvant permettre de constituer une base théorique pour la formulation d'une véritable politique de développement. Une telle politique doit se focaliser moins sur le degré de développement que sur le type de développement. En effet, la véritable interrogation, ici, par-delà la croissance quantitative des choses, est de savoir à qui profite cette croissance, quels sont les besoins considérés comme prioritaires et qui en supporte le coût ? C'est pourquoi le développement ne peut se concevoir qu'à travers les mutations des structures. Ces changements de structures bien qu'économiques, doivent commencer par un changement de politique législative dont le vecteur de base est la famille parce que toujours à la base de tout développement.

En Afrique, les structures du sous-développement sont à la fois marquées par des facteurs intérieurs et des facteurs extérieurs (les relations de domination avec l'étranger). Parce que le sous-développement n'est pas « un moment » dans l'évolution d'une société isolée — mais bien une partie d'un processus historique général du développement — toute politique de développement doit s'asseoir sur les concepts de processus, de structure et de système. C'est dans cette mesure que le sous-développement et le développement forment des structures interdépendantes dans un même système. La nuance entre les deux structures réside dans le fait, pour les pays industrialisés, de la capacité à réaliser un développement endogène et, pour les pays sous-développés, d'être dans une position d'économies dominées. Le problème fondamental pour une économie sous-développée est, dès lors, de sortir de la situation de domination pour développer une plus grande capacité de croissance autonome et réorienter son système socio-économique, politique et culturel afin de satisfaire ses propres besoins. Pour être

efficace, une telle politique doit être fondée sur la participation active des populations, à la fois objets du développement et sujets de son processus.

Par ailleurs, la lente croissance économique, l'instabilité, le sous-emploi, les inégalités, la monoproduction, la dépendance économique et politique sont des facteurs qui caractérisent le sous-développement africain, mais ce ne sont pas des déviations du modèle idéal, celui des pays industrialisés. Ces facteurs ne sont pas des maladies de jeunesse curables par la modernisation et la croissance économique. Ils constituent le résultat du fonctionnement d'un système déterminé et se perpétuent tant que la planification du développement se bornera à attaquer seulement les symptômes du sous-développement et non ses véritables causes qui sont d'ordre structurel. En d'autres termes, la nouvelle formulation du développement en Afrique, si elle veut porter des fruits, doit se fixer trois objectifs essentiels. *Primo*, elle doit changer la nature des structures politiques actuelles qui constituent, fondamentalement, la source de la plupart des manipulations internes et externes de toute sorte auxquelles nos populations sont soumises sur les plans culturels, sociaux et politiques. *Secundo*, cette nouvelle politique doit renforcer et enrichir les cultures nationales qui, dans une très large mesure, déterminent nos objectifs de société. Enfin, elle doit développer la capacité de nos sociétés dans le domaine de la recherche scientifique, car, sans lui sacrifier l'âme de nos sociétés, la recherche scientifique au service d'une culture humaniste peut contribuer considérablement à accroître notre capacité d'action. En revanche, pourrait-on opérer un tel développement aujourd'hui en tournant dos au monde occidental et ses principes de développement ? La réponse à notre avis ne peut être ni un oui absolu, ni un non-absolu. Il faut relativiser. On devrait s'en inspirer, mais non la transposer, pour éviter les situations d'inadaptation.

CONCLUSION DEUXIÈME PARTIE

Comme le dit Philip Mountbatten, noble prince, militaire, mari de la reine Elisabeth II : « *Le changement ne change pas la tradition, il la renforce. Le changement est un défi, une opportunité, pas une menace* ». Cette affirmation de non seulement, elle vient situer le rôle du changement, elle vient expliquer que tout développement ne veut pas dire rupture avec les usages. C'est peut-être une façon de dire que le droit moderne n'a pas vocation à effacer les traditions culturelles. Au terme des analyses sur ce qui est de l'ignorance de l'importance des pratiques dans l'élaboration du droit de la famille, il est important de retenir deux choses fondamentales.

La première est liée à l'ignorance des usages des coutumes qui, établissent non seulement le vécu d'une société, mais aussi son être et ses réalités qu'aucune évolution que ce soit ne peut faire totalement disparaître. Les pratiques coutumières peuvent subir des mutations ce qui est tout à fait normal et indiscutable. Mais ces mutations ne peuvent pas fait disparaître le coffre-fort, c'est-à-dire les fondamentaux qui constituent l'identité, et la base de la société. Ainsi, mettre en place une réglementation, tout en ignorant les usages et les mentalités de la société pour laquelle la réglementation est établie ne reste pas sans conséquence. La conséquence majeure, c'est l'inefficacité de la norme. Il ne s'agit pas non plus de faire transposer des normes de réglementation d'une autre société pour réguler l'autre, car la conséquence serait l'inadaptation pure et simple qui produira les mêmes effets d'inefficacité. La transposition juridique qui s'est opérée dans le cadre de la construction de la plupart des législations de la famille au mépris des pratiques sociales, a pour conséquence la non-adhésion par endroit, de certaines dispositions dont les contenus sont en conflit avec les réalités sociologiques de la famille, réalité qui ont toujours résisté et existé malgré les impératifs de la loi moderne, et ceci sous le regard impuissant de la puissance publique.

La seconde chose, il est essentiel de reconnaître que les législations modernes du droit de la famille dans les pays de l'Afrique noir francophone, au-delà de certains aspects qui sont vraiment utiles et qui ont apporté des avancées non-négligeables, ont contribué à la déstructuration et à la dégradation de la famille en Afrique. Ce qui s'observe aujourd'hui dans les pratiques de mariage, de succession, de filiations, de divorce, est un mélange où pour le même mariage, on constate l'usage des pratiques coutumiers et en même temps celle dérivée du droit moderne. Et c'est ce que traduit Morgenthaler Gilles, en disant : « *le multiculturalisme est l'ennemi de la tradition et des coutumes.* » Il a été reproché aux coutumes africaines d'être

impropre au développement. On oublie aussi que la transposition de gré ou de force du droit moderne de la famille, au mépris des pratiques indigènes n'a non plus contribué au développement social, économique et culturel. Il y a donc une nécessité de revoir le système d'élaboration des normes relatives à la famille pour la rendre à la fois propre aux usages sociaux, mais aussi facteur de développement. « La plus haute tâche de la tradition est de rendre au progrès la politesse qu'elle lui doit et de permettre au progrès de surgir de la tradition comme la tradition surgie du progrès⁶⁹⁰ ».

⁶⁹⁰ Jean d'Ormesson, écrivain, journaliste et philosophe français, (1925-2017)

CONCLUSION GENERALE

« *La valeur de la règle de droit ne dépend pas seulement de sa perfection technique, mais surtout de son adéquation au réel*⁶⁹¹ ». Cette affirmation de ROCHEGUDE pourrait bien rendre compte et conclure la stratégie de construction de la règle de droit dans les sociétés d'Afriques noirs francophones depuis les indépendances et dans le contexte actuel qui caractérise la construction de la règle de droit dans ces dernières. Le domaine de la famille en est une particularité en ce sens que c'est elle qui constitue la base de toute société humaine. L'histoire de la famille africaine et les règles de conduite qui la gouverne, rend compte d'une certaine rupture avec son passé juridique, qui explique aujourd'hui l'incohérence et l'inadaptation de son droit positif aux réalités sociaux-culturels, qui à plusieurs égards reflètent le résultat de son inefficacité avec son arsenal juridique décalé de la réalité.

De la période précoloniale à la période postcoloniale, en passant par la période coloniale, le droit de la famille noire francophone est passé de règles coutumières régissant et organisant le fonctionnement de la famille, au droit moderne du colonisateur. Cette évolution du droit a eu des conséquences sociologiques et juridiques sur la famille africaine d'aujourd'hui. Deux raisons fondamentales expliquent cela. L'incohérence, l'inadaptation et l'inefficacité du droit positif actuel de la famille sont dues, d'une part à l'imposition par le colonisateur français d'une norme juridique fondé sur les réalités sociologiques de la famille française et le rejet des coutumes par les africains, eux-mêmes. D'autre part, à l'absence de politiques législatives avec le mépris des étapes à suivre dans la construction normative au point de vue légistique.

Déjà plus de six décennies marquant la fin de la colonisation, les Etats africains ont entrepris la construction de leur législation de la famille. Les trois premières décennies ont été caractérisées marquées par une importation consciente des droits étrangers. Très tôt, on a vu apparaître déjà des disfonctionnements de plus en plus nombreux. Ensuite, il y a eu une période de réflexion sur la révision, l'adaptation et la réarticulation des droits africains. Si cette dernière étape avait prospéré on aurait pu constater aujourd'hui une efficacité et une adaptabilité des législations de la famille des pays noir africain. Mais ce ne fut pas le cas, dans la mesure où les législations ont été construites avec un rejet total des réalités sociaux-culturels des familles

⁶⁹¹ Alain ROCHEGUDE, *Ubi Societas, ibi jus ; ubi jus, ibi societas, in à la recherche du droit africain au XXI^e siècle*, Camille KUYU (dir), connaissances et savoirs, Londres, 2005, p. 115

africaines et la transposition juridique d'un droit moderne hérité du colonisateur. Les conséquences ne sont pas moins visibles, on peut bien constater aujourd'hui une déstructuration de la forme de la famille africaine qui de base est une famille collective, une famille individualisée. Cette déstructuration est en même temps suivie d'une individualisation poussée de la famille, une individualisation en déphasage avec les pratiques sociologiques contemporaines, et même actuelles relevant des traditions africaines. En somme, on est passé d'une famille de type collective à une famille de type individualisée.

Les législateurs africains du droit de la famille ne se sont pas inspirés des méthodes, du processus et des politiques législatives occidentales sinon le problème d'efficacité des législations élaborées ne se poserait pas dans la mesure où elles tiendraient compte des réalités sociologiques qui posent des problèmes réels de droit qu'il faut chercher à résoudre par la norme. Ce qui a été fait n'est qu'une sorte de transposition et de paraphrase des législations modernes du colonisateur. Le véritable problème, c'est l'ignorance et la méconnaissance des réalités et valeurs culturelles qui organisent la vie familiale et la règlemente. Beaucoup de législateurs ont ignoré et rejeté les règles coutumières qui régissent la famille avant la colonisation et même après la colonisation parce que se disant que la norme étrangère moderne dans sa forme et dans ses réalités pouvait régler les problèmes de la vie familiale africaine. Or, l'efficacité d'une norme ne réside pas que dans la forme, mais aussi dans la prise en compte des réalités sociologiques. Pierre Bourdieu fait remarquer que la *vis formae* n'est effective que si les conditions sociales de l'efficacité des normes en tant que discours rituel sont réunies. De ce point de vue, la forme, c'est-à-dire le fait que les normes se présentent dans un code n'a aucune vertu d'amplification. L'effet de la formalisation vient « redoubler l'effet de l'autorité sociale qu'exercent déjà la culture et ses détenteurs pour leur donner toute son efficacité pratique à la connaissance juridique⁶⁹² ».

Il est nécessaire de comprendre que même dans les sociétés occidentales la confiance dans le droit n'est pas totale ou avérée. Il y a de plus en plus une crise des institutions et du droit moderne⁶⁹³, en l'espèce du droit de la famille. C'est pour cette raison que les sociétés occidentales en particulier la France essayent constamment d'actualiser au fur et à mesure leur

⁶⁹² Pierre BOURDIEU, la force du droit, art. cit., p. 7

⁶⁹³ Camille KUYU, « les réformes des droits africains de la famille : un projet visant une hégémonie culturelle », in *à la recherche du droit africain du XXI^e siècle*, Londres, connaissances et savoirs, 2005, p.105

norme juridique à l'évolution constante des réalités sociologiques. Il faut également reconnaître que la plupart des législations africaines même modernes, construit sur des principes philosophiques et sociologiques du droit de la famille française contemporaine et même du droit positif actuel sont non seulement inadaptés à la sociologie de la famille africaine, mais aussi au monde actuel⁶⁹⁴. En somme, les stratégies utilisées dans la construction normative du droit de la famille au mépris des pratiques et réalité social du milieu familial, posent assez de problème d'efficacité et de respect de la règle de droit par les individus. Il y a lieu de repenser les législateurs africains de la famille. L'appréhension de l'histoire et de la sociologie des familles reste donc inconditionnelle à cette fin, car c'est dans cette histoire et cette sociologie que se trouvent le sens de toutes les règles de conduite sociale, régulateur de la vie familiale.

Si le pouvoir d'édiction des lois est conféré aux représentants du peuple dans une démocratie représentative ; il y a lieu de reconnaître que l'art de construire le droit n'appartient pas exclusivement au représentant du peuple. L'implication des acteurs culturels et sociaux est aussi nécessaire, si l'on doit prendre en compte les mécanismes culturels de la construction de la règle de droit. La prise en considération de tout ce qui précède, oblige à une réforme législative, des droits de la famille, des pays africaines noires francophones en particulier le Bénin. Ces réformes législatives doivent consacrer une hégémonie du droit coutumier. Cette hégémonie passe par la prise en compte dans tous les domaines de la famille (la filiation, la formation du couple de même que sa scission, les régimes matrimoniaux, les successions). Il existe encore à nos jours des personnes détenteurs et gardiens des traditions relevant des coutumes. Il serait d'une grande utilité de les associés à toutes entreprises de construction normative. L'objectif serait ici de s'informer sur toutes les valeurs et anti-valeurs des pratiques coutumières, afin de savoir ce qu'il faut prendre en compte dans l'établissement de normes spécifiques répondant à la sociologie des familles africaines. En revanche, en raison des exigences de développement qui impose aujourd'hui à tout Etat de s'ouvrir au monde, l'interculturalité doit être de mise. Les réalités du droit occidental même si elles ne s'adaptent pas toujours aux sociétés africaines, elles comportent tout de même certaines valeurs sur lesquelles il est important de s'appuyer pour construire et enrichir les législations africaines. Ainsi en est-il des questions d'égalité entre époux, du droit au consentement des futurs époux, et beaucoup d'autres aspects que les cultures africaines ne développent pas souvent ou encore

⁶⁹⁴ André-Jean ARNAUD, « repenser un droit pour l'époque post-moderne », *le courrier du CNRS*, n°75, 1990, p. 81

ceux dont les pratiques culturelles établissent des anti-valeurs. Ce qu'il faudra éviter à tout prix, c'est le piège de la transposition juridique qui consiste à recopier les yeux fermés des dispositions relevant des droits occidentaux et qui sont en déphasage avec les réalités culturelles des traditions africaines.

ANNEXES

- 1 **Annexe 1** Loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004
- 2 **Annexe 2** Coutumier du dahomey
- 3 **Annexe 3** Questionnaire
- 4 **Annexe 4** Rapport d'enquête

**Loi N° 2002 – 07 du 24 Août 2004 portant Code des personnes et de la famille en
république du Benin**

L'Assemblée Nationale a délibéré et adopté en sa séance du 07 juin 2002, puis en sa séance du 14 juin 2004, suite à la décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002 de la Cour constitutionnelle, pour mise en conformité à la Constitution ; suite à la Décision de conformité à la Constitution DCC 04-083 du 20 Août 2004 à la Cour

Constitutionnelle ;

Le président de la république promulgue la loi dont la teneur suit :

LIVRE PREMIER : DES PERSONNES

TITRE PREMIER : DES PERSONNES PHYSIQUES ET MORALES

CHAPITRE 1^{ER} : DES DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 1 : Toute personne humaine, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de religion, de langue, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation, est sujet de droit, de sa naissance à son décès. Le droit à la vie, à l'intégrité physique et morale, est reconnu à l'enfant dès sa conception sous réserve des cas exceptés par la loi.

Article 2 : L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits politiques, lesquels s'acquièrent, se conservent et se perdent conformément à la Constitution, aux lois et règlements.

Article 3 : La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du 300^e au 180^e jours inclusivement avant la date de naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant.

La preuve contraire est recevable pour combattre cette présomption.

Article 4 : La loi reconnaît comme personne morale, les groupements organisés traduisant l'existence d'intérêts collectifs ou la possibilité d'une expression collective organisée de ces intérêts, de même que les établissements ayant un but spécifique et une autonomie de gestion. L'existence de la personnalité morale peut être subordonnée à des conditions définies par la loi.

CHAPITRE II : DU NOM

Article 5 : Toute personne s'identifie par un ou plusieurs prénoms et par un nom patronymique. Toutefois, un surnom ou un pseudonyme peut être choisi pour préciser l'identité d'une personne, mais il ne fait pas partie du nom de cette personne.

Article 6 : L'enfant légitime porte le nom de famille de son père.

L'enfant né hors mariage porte le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie. En cas de reconnaissance simultanée des deux parents, l'enfant porte le nom de son père. Si le père reconnaît l'enfant en dernière position, l'enfant prendra son nom. Mais s'il s'agit d'un enfant de plus de quinze (15) ans, son consentement sera requis.

En cas de désaveu, l'enfant porte le nom de sa mère. L'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté. En cas d'adoption par les deux époux, l'adopté prend le nom du mari.

Article 7 : L'enfant dont le père et la mère sont inconnus a les prénoms et le nom qui lui sont attribués par l'officier de l'état civil qui a dressé l'acte de naissance. Ces prénoms et nom ne doivent porter atteinte ni à la considération de l'enfant, ni à celle d'autrui.

Article 8 : Les prénoms sont choisis par le père ou la mère ou la personne qui en tient lieu. Un des prénoms au moins doit distinguer l'enfant de ses ascendants ainsi que de ses frères et sœurs. L'officier de l'état civil ou l'agent qui en tient lieu, est avisé des prénoms lorsque la naissance de l'enfant lui est déclarée. Il ne peut recevoir que des prénoms consacrés par la coutume ou la tradition, ou figurant dans différents calendriers et ne portant pas atteinte à l'honneur et à la considération de l'enfant et/ ou à celle d'autrui tel que prévu à l'article 7 de la même loi.

Article 9 : En cas d'intérêt légitime, le changement ou l'adjonction de nom peut être autorisé par décision du tribunal de première instance, sur requête de l'intéressé ou de son représentant légal s'il s'agit d'un mineur. L'adjonction ou la radiation de prénoms peut être autorisée dans les mêmes conditions. La requête est présentée au tribunal dans le ressort duquel le requérant est né, et au tribunal de première instance de Cotonou si le requérant est né à l'étranger. La cause est instruite en la forme ordinaire et débattue en chambre du Conseil, le ministère public entendu. Le jugement est rendu en audience publique. La décision qui autorise le changement de nom profite au requérant et à ses enfants mineurs. Elle ordonne la rectification des actes.

Article 10 : Le dispositif du jugement ou de l'arrêt qui autorise, soit le changement ou l'adjonction de nom patronymique, soit la radiation ou l'adjonction de prénoms, est mentionné sur l'acte réformé de chaque personne intéressée, ainsi que dans les registres de transcriptions. Si la naissance a eu lieu à l'étranger, le dispositif de la décision est en outre transcrit sur le registre des naissances de la Commune de Cotonou. Un extrait de la décision est inséré au Journal Officiel, à la diligence du greffier en chef, aux frais du requérant.

La mention et la transcription sont effectuées à la diligence du ministère public. En cas d'inaction de celui-ci, le requérant peut y faire procéder personnellement, sur présentation d'une expédition du jugement ou de l'arrêt, accompagnée d'un certificat délivré par le greffier et duquel il résulte que le jugement ou l'arrêt est devenu définitif.

Article 11 : Il peut être procédé à des rectifications du nom dans les cas et selon les formes prévues au titre relatif aux actes d'état civil.

Article 12 : La femme mariée garde son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari. Il en va de même pour la veuve jusqu'à son remariage. La femme divorcée peut continuer à porter le nom de son mari avec le consentement de ce dernier ou sur autorisation du juge.

Article 13 : Un intérêt, même purement moral, peut permettre à toute personne d'agir en réclamation de son nom patronymique et d'interdire à un tiers d'en faire usage. L'usage abusif d'un nom patronymique et de tous autres éléments d'identification de la personne engageant, s'il y a préjudice, la responsabilité de l'auteur de l'abus. Le porteur d'un nom peut s'opposer à toute usurpation de ce nom par un tiers, même à titre de pseudonyme. Après son

décès, ce même droit appartient à sa veuve ou à ses descendants, même s'ils portent un autre nom.

CHAPITRE III : DU DOMICILE

Article 14 : La personne est domiciliée au lieu de son principal établissement ou, pour son activité professionnelle, au lieu où elle exerce celle-ci. De plus, la personne peut avoir une ou plusieurs résidences là où elle a d'autres centres d'intérêt.

Article 15 : Sont domiciliés :

- les époux, au lieu choisi d'un commun accord par eux. En cas de désaccord, le domicile conjugal est fixé par le mari. Toutefois, la femme peut obtenir l'autorisation judiciaire de domicile séparé, si elle rapporte la preuve que le domicile choisi par son mari présente un danger d'ordre matériel ou moral pour elle ou pour ses enfants ;
- le mineur non émancipé, chez la personne qui exerce sur lui le droit de garde ; - le majeur en tutelle, chez son tuteur.

Article 16 : Si le domicile ne peut être déterminé, la résidence actuelle en produira les effets. A défaut de résidence, l'habitation en tiendra lieu.

Article 17 : Lorsqu'un acte contient, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un lieu autre que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites ou autres, relatives à cet acte peuvent être faites au domicile convenu et devant le juge de ce domicile élu.

TITRE II : DE L'ÉTAT CIVIL

CHAPITRE 1^{er} : DES DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 33 : L'état des personnes n'est établi et ne peut être prouvé que par les actes de l'état civil, les jugements ou arrêts en tenant lieu et, exceptionnellement, les actes de notoriété.

Article 34 : Les naissances, les mariages et les décès sont constatés sur des registres tenus dans les centres d'état civil selon les modalités fixées par décret. Les autres faits ou actes concernant l'état des personnes font l'objet d'une mention au registre d'état civil. Ils sont prouvés au moyen de copies ou d'extraits des actes inscrits sur ces registres, délivrés dans les conditions fixées par décret.

Article 35 : Les personnes qualifiées pour l'enregistrement des déclarations et l'établissement des actes dans les centres d'état civil, sont, selon les cas, les agents de déclaration d'état civil et les officiers de l'état civil. Les actes de l'état civil sont établis par les officiers de l'état civil. Dans les arrondissements, les fonctions d'officier de l'état civil sont remplies par le chef d'arrondissement ou par un agent spécialement désigné à cet effet. Dans les communes ou les autres circonscriptions administratives, ces fonctions sont remplies par le maire ou par un agent désigné à cet effet.

Article 36 : Il est créé par arrêté du ministre chargé de l'intérieur, des centres secondaires d'état civil. Les fonctions d'agent de déclaration d'état civil y sont remplies par une personne désignée par arrêté du préfet. Cet agent exerce son activité sous le contrôle et la responsabilité de l'officier de l'état civil du centre principal auquel son centre est rattaché. Il reçoit les déclarations de naissance et de décès. Il n'a pas qualité pour procéder à la célébration des mariages.

Article 37 : L'officier de l'état civil ne peut rien insérer dans les actes qu'il reçoit, soit par note, soit par énonciation quelconque, que ce qui est déclaré par les comparants ou ce qui, par ordre de la loi, doit être constaté par lui. Si une déclaration lui semble contraire à la loi, il doit en aviser immédiatement le procureur de la République qui engage, s'il y a lieu, une action en rectification de l'acte ou une action d'état.

Article 38 : Les cahiers et registres d'état civil dont les modèles sont fixés par arrêté conjoint du ministre chargé de l'état civil et du ministre chargé de la justice, comportent deux volets pour les cahiers et trois volets pour les registres. Chaque volet donne l'énonciation de toutes les mentions qui doivent figurer dans l'acte, de sorte que l'officier de l'état civil n'ait qu'à remplir les blancs, signer et faire signer les personnes dont la signature est requise.

* POUR LES CAHIERS DE DÉCLARATION

- Les volets n° 2 ou souches sont conservés dans le centre de déclaration. Ils sont ensuite transmis au centre principal de rattachement dans les conditions définies par la législation en vigueur ;

- Les volets n° 1 sont transmis au centre principal d'état civil pour l'établissement de l'acte. Ils sont ensuite acheminés au ministère chargé de l'état civil puis au ministère chargé de la statistique pour exploitation avant d'être déposés aux archives nationales.

* POUR LES REGISTRES D'ÉTAT CIVIL

- Les volets n° 3 ou souches sont conservés au centre d'état civil d'établissement
- Les volets n° 2 sont transmis au greffe du tribunal de première instance territorialement compétent ;
- Les volets n° 1 sont remis immédiatement et sans frais au déclarant.

Article 39 : Les procurations et autres pièces qui doivent demeurer annexées aux actes de l'état civil, sont cotées par référence à l'acte qu'elles concernent, classées chronologiquement par nature et date de l'acte et, en fin d'année, enliassées pour être transmises au greffe du tribunal de première instance. Pour chaque registre, l'officier de l'état civil tient en outre, en annexe, un répertoire de feuilles mobiles alphabétiques en double exemplaire, qui sera relié à la fin de chaque année à la clôture des registres et fera l'objet d'un double dépôt comme le registre auquel il est annexé. Sur chaque feuille portant la même lettre que la première du nom de l'intéressé, seront inscrits, au moment de la rédaction des actes, les nom et prénoms, la nature de l'acte et son numéro d'enregistrement sur les registres. Le modèle des feuilles du répertoire sera fixé par arrêté conjoint du ministre chargé de l'état civil et du ministre chargé de la justice.

Article 40 : Les cahiers et registres sont ouverts le 1er janvier et clos le 31 décembre de chaque année. Ils sont cotés et paraphés par premier et dernier feuillets par le président du tribunal de première instance. Il sera tenu un registre des actes de naissance, un registre des actes de mariage et un registre des actes de décès.

Article 41 : Les actes de reconnaissance sont dressés sur un feuillet du registre des actes de naissance suivant les modalités prévues par la réglementation en vigueur.

- Les blancs qui n'ont pas été remplis lors de l'établissement des actes sont bâtonnés. Les ratures et renvois sont approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte.

- Les mentions marginales sont signées par l'officier de l'état civil qui les accomplit.

- Les actes de l'état civil sont rédigés dans la langue officielle. Ils sont établis sur le champ, de feuillet en feuillet, et chacun des trois volets doit être immédiatement rempli et signé.

- Tout acte de l'état civil énonce l'année, le mois et le jour de son établissement, puis l'année, le mois, le jour et l'heure de l'évènement d'état civil survenu ; les prénoms, noms, professions, domicile, date et lieu de naissance de ceux qui y sont dénommés.

- L'officier de l'état civil est tenu, à la fin de chaque trimestre, sous peine de sanction, d'adresser au service national des statistiques, un état des naissances, des mariages, des divorces, des décès et des enfants sans vie inscrits au cours du trimestre.

Article 42 : L'officier de l'état civil, assisté d'un interprète au cas où lui-même ne peut remplir cet office, donne lecture des actes aux parties comparantes et aux témoins ; il les invite à en prendre directement connaissance et il est fait mention de ces formalités. Ces actes sont ensuite signés par l'officier de l'état civil ainsi que par les comparants et, s'il y a lieu, les témoins et l'interprète ; à défaut, mention est faite de la cause qui empêche ces derniers de signer.

Article 43 : Tout acte de l'état civil des Béninois et des étrangers dressés en pays étranger fait foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ce pays ou en forme diplomatique et consulaire.

Article 44 : Toute naissance, tout décès concernant un étranger se trouvant au Bénin doit être obligatoirement déclaré à l'officier de l'état civil béninois dans les formes et conditions prévues par le présent code.

Article 45 : Tout acte de l'état civil des Béninois à l'étranger est valable s'il a été reçu conformément aux lois béninoises, par les agents diplomatiques ou par les consuls. Le double des registres de l'état civil tenu par ces agents est adressé à la fin de chaque année au ministre chargé de l'état civil, par l'entremise du ministre chargé des affaires étrangères.

Article 46 : Si l'acte a été reçu dans la forme usitée dans le pays étranger, il est transcrit soit d'office, soit sur la demande des intéressés, sur les registres de l'état civil de l'année courante tenus par les agents diplomatiques ou les consuls territorialement compétents ; mention de l'acte transcrit et de son numéro est portée en marge de l'acte antérieur le plus proche en date. Quand la mention doit être faite sur un registre antérieur à celui de l'année courante, l'agent diplomatique ou consulaire avise le ministère chargé des affaires étrangères pour qu'elle soit portée au double des registres et du répertoire tenus par les services compétents du ministère chargé de l'état civil.

Article 47 : En cas de rupture des relations diplomatiques ou de fermeture du poste Diplomatique ou consulaire territorialement compétent, si la transcription ne peut être faite dans les conditions prévues à l'article précédent, l'acte est exceptionnellement déposé au ministère chargé des affaires étrangères qui le transmet au ministère chargé de l'état civil aux fins de transcription sur les registres tenus à cet effet par ses services compétents.

CHAPITRES VII : DES DÉCISIONS JUDICIAIRES EN MATIÈRE D'ÉTAT CIVIL

Article 94 : Le juge du tribunal de première instance est juge de droit commun en matière d'état civil. Toutefois, les autres juridictions peuvent connaître des questions d'état civil à l'occasion des instances dont elles sont saisies, notamment sur l'état des personnes.

Article 95 : Lorsqu'un acte de naissance, de décès ou de mariage n'aura pas été dressé ou que la demande d'établissement en aura été présentée tardivement, le président du tribunal de première instance dans le ressort duquel l'acte aurait dû être reçu, pourra, par jugement, en autoriser l'inscription par l'officier de l'état civil.

Article 96 : Le juge est saisi sur requête des personnes dont l'acte de l'état civil doit établir l'état, de leurs héritiers et légataires, des personnes autorisées ou habilitées à procéder à la déclaration de l'évènement, ou du ministère public. Si la requête n'émane pas du ministère public, elle est obligatoirement communiquée au procureur de la République qui procède conformément aux dispositions du code de procédure civile. Le droit de faire appel est reconnu dans tous les cas.

Article 97 : La requête n'est pas recevable s'il n'y est pas joint un certificat de non-Inscription de l'acte, délivré par l'officier de l'état civil qui aurait dû le recevoir. Le président du tribunal examine toutes les pièces justificatives de l'évènement à inscrire ; à défaut de pièces, il procède ou fait procéder à une enquête ; il communique le dossier au procureur de la République pour ses conclusions éventuelles. Il statue à charge d'appel. Le délai d'appel, qui est toujours suspensif, prend effet à compter du jour où le procureur de la République a eu connaissance du jugement intervenu.

Article 98 : Le jugement énonce les mentions qui doivent être portées à l'acte et ordonne que celles qui n'ont pu être établies seront bâtonnées. Dans son dispositif, il ordonne la transcription sur le registre de l'état civil et précise que la preuve de l'évènement ne peut être rapportée que conformément aux prescriptions de l'article 33 du présent code.

Article 99 : L'inscription sur le registre est faite à la suite du dernier acte à la date de présentation du jugement d'autorisation à l'officier de l'état civil. L'officier de l'état civil porte en tête de l'acte " jugement d'autorisation " et en précise l'origine et la date. Il inscrit l'évènement déclaré conformément au dispositif de la décision, indique comme déclarant celui qui lui a produit l'acte " jugement d'autorisation " et lui remet le volet n°1. Ces mentions sont reproduites au répertoire alphabétique de l'article 39 et sur l'état statistique prévu par l'article 41 du présent code. Mention de l'acte et de son numéro est portée en marge de l'acte antérieurement dressé le plus proche en date et sur le répertoire alphabétique de l'année en cours.

Article 100 : Si la destruction ne porte que sur un seul exemplaire de l'acte ou des registres, le ou les actes détruits sont reconstitués à la diligence du procureur de la République, à l'aide de l'exemplaire subsistant. En cas de destruction d'un acte isolé, l'acte reconstitué est porté à la suite du dernier acte inscrit lors de la réception des instructions du

procureur de la République et mention est faite au répertoire alphabétique ; en outre, mention de l'acte reconstitué et de son numéro est portée en marge de l'acte antérieurement dressé le plus proche en date de l'acte détruit. Pour le cas où l'indication de l'acte détruit aurait disparu du répertoire alphabétique du registre qui le contenait, il y sera fait également mention de la date du numéro de l'acte reconstitutif. En cas d'inexistence des registres ou lorsque les deux exemplaires d'un même acte ont disparu, un décret décidera de leur reconstitution en fixant la procédure qui devra être suivie à cet effet. Lorsque les deux exemplaires du même registre ont disparu, un décret décidera de leur reconstitution en fixant la procédure qui devra être suivie à cet effet.

Article 101 : Dans le cas d'omissions ou d'erreurs purement matérielles commises dans la rédaction des actes dressés dans son ressort, il appartient au président du tribunal de première instance de procéder à leur rectification soit d'office, soit à la requête du procureur de la République. Le cas échéant, le président du tribunal de première instance donne directement les instructions utiles aux dépositaires des registres.

Article 102 : Dans tous les autres cas d'omissions ou d'erreurs, la requête en rectification peut être présentée par toute personne intéressée ou par le ministère public, au président du tribunal de première instance dans le ressort duquel l'acte à rectifier a été dressé. Il est fait application des dispositions des articles 97, 98, 103 et 104 du présent code.

Article 103 : Le dispositif de la décision portant rectification est transmis par le ministère public au dépositaire des registres où se trouve inscrit l'acte rectifié. Mention de ce dispositif est aussitôt portée, avec référence au jugement, en marge dudit acte, au cas où l'erreur porterait sur la date de l'acte, en marge du registre à la date où l'acte aurait dû être inscrit. Copie de l'acte ne peut plus être délivrée qu'avec les rectifications ordonnées.

Article 104 : Tout manquement à cette règle rend l'officier de l'état civil passible de la peine d'amende civile prévue par l'article 59 alinéa 2 du présent code, sans préjudice de tous dommages et intérêts. La juridiction qui ordonne la rectification d'un acte prescrit également celle de tous les actes qui comportent la mention rectifiée, même s'ils n'ont pas été dressés dans son ressort.

Article 105 : Lorsque les actes dont l'inscription est autorisée ou la rectification prescrite doivent être portés sur les registres établis par les agents diplomatiques ou consulaires béninois,

les actions prévues par les articles précédents du présent chapitre sont introduites devant le tribunal de première instance de Cotonou. Les rectifications d'omissions ou d'erreurs purement matérielles concernant ces mêmes actes sont prescrites par le président du tribunal de première instance de Cotonou soit d'office, soit à la requête du procureur de la République.

Article 106 : Les procédures prévues au présent chapitre donnent lieu au paiement des émoluments des greffiers et aux divers droits prévus par les textes en vigueur, notamment par le code général des impôts.

Article 107 : Toute personne, sauf disposition contraire de la loi, peut, par une action en réclamation d'état, faire établir que la loi lui confère un état différent de celui qu'elle possède actuellement. De même, tout intéressé peut, par une action en contestation d'état, mettre fin à l'état qu'une personne possède actuellement.

Article 108 : Les actions en contestation ou en réclamation d'état relèvent de la compétence exclusive des juridictions civiles ; elles sont portées devant le tribunal de première instance.

Article 109 : L'état des personnes oblige le juge à surseoir à statuer tant que le tribunal civil n'aura pas tranché la question d'état. L'action publique du chef du délit d'usurpation d'état civil ne peut être engagée qu'après le jugement définitif de la question d'état. Pour les autres délits, la question est seulement préjudicielle au jugement. La juridiction pénale est tenue de surseoir à statuer dans les conditions prévues par les dispositions du code de procédure pénale. Cependant la cour d'assises, en raison de sa plénitude de juridiction, peut trancher directement sans que sa décision ait influence sur l'état de la personne.

Article 110 : Les actions d'état sont d'ordre public. Nul ne peut renoncer d'avance à leur exercice. Une fois l'action intentée, seul un jugement passé en force de chose jugée peut y mettre fin. Tout désistement, acquiescement ou transaction est sans effet. Ces actions ne s'éteignent pas par prescription, encore que la loi fixe pour certaines d'entre elles un délai préfix à l'expiration duquel elles ne peuvent plus être exercées valablement. Toutefois, lorsque l'action est intentée ou poursuivie dans un intérêt purement pécuniaire, les règles ci-dessus édictées ne s'appliquent pas.

Article 111 : La loi fixe, pour chacune des actions d'état, l'objet et les moyens de preuve autorisés. Lorsque la loi autorise la preuve par possession d'état, le demandeur établit par tous moyens que, de façon constante, il s'est comporté, a été traité par la famille et considéré par la société comme ayant l'état auquel il prétend.

Article 112 : Les jugements relatifs à l'état des personnes devenus irrévocables doivent être mentionnés en marge des actes d'état civil. Ils sont transcrits dans les cas prévus par le présent code. Ces jugements obéissent à la règle de l'autorité relative de la chose jugée jusqu'à leur mention ou leur transcription à partir de laquelle ils sont opposables à tous. Lorsque l'état d'une personne est établi par un acte ou par un jugement mentionné ou transcrit sur les registres de l'état civil, aucun état contraire ne pourra être reconnu postérieurement sans qu'un jugement établisse au préalable l'inexactitude du premier état.

LIVRE DEUXIÈME : LA FAMILLE

TITRE PREMIER : DU MARIAGE

CHAPITRE 1^{er} : DES FIANÇAILLES

Article 113 : Les fiançailles sont une convention solennelle par laquelle un homme et une femme se promettent mutuellement le mariage.

Article 114 : On peut contracter mariage sans avoir auparavant fait célébrer les fiançailles. Lorsqu'il y a fiançailles, cette convention n'oblige pas les fiancés à contracter mariage.

Article 115 : Les fiancés ne sont tenus à aucune obligation alimentaire, d'entretien ou de secours, soit l'un à l'égard de l'autre, soit chacun à l'égard de la famille de l'autre.

Article 116 : Les fiançailles ne peuvent être contractées que si les parties remplissent les conditions de fond exigées pour le mariage ; en particulier, chacun des fiancés doit donner librement son consentement, indépendamment du consentement des parents, nécessaire aux mineurs.

Article 117 : La convention est passée en présence de deux témoins au moins pour chaque fiancé et d'un représentant de chaque famille. Les fiancés peuvent s'offrir réciproquement des dons symboliques, en nature, non remboursables. En cas de contestation, la preuve des fiançailles s'administre par l'audition des témoins y ayant assisté ou par tout autre moyen.

Article 118 : Chacun des fiancés a le droit de rompre unilatéralement les fiançailles.

Toute rupture abusive peut donner lieu au paiement de dommages-intérêts, conformément aux dispositions générales de la responsabilité civile. En aucun cas les dépenses occasionnées par les fiançailles ne peuvent faire l'objet d'un remboursement ou d'une indemnisation.

CHAPITRE II : DES CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE

Article 119 : Chacun des futurs époux, même mineur, doit consentir personnellement au mariage.

Article 120 : Le mineur de moins de dix-huit (18) ans ne peut contracter mariage sans le consentement de la personne qui exerce l'autorité parentale à son égard. Ce consentement doit comporter la désignation des deux futurs conjoints. Il est donné soit par la déclaration faite devant un officier de l'état civil ou devant un notaire antérieurement à la célébration du mariage, soit valablement lors de la célébration même.

Article 121 : Tout père peut saisir le juge du lieu de célébration du mariage s'il estime que le refus de consentement est basé sur des motifs non conformes à l'intérêt du mineur. Après avoir régulièrement convoqué dans le délai d'ajournement la personne qui refuse son consentement, celle par qui il a été saisi et toute autre personne dont l'audition lui semblerait utile, le juge peut statuer par ordonnance. Celle-ci est non susceptible de voies de recours pour maintenir le refus opposé ou au contraire autoriser la célébration du mariage. La procédure se déroule dans le cabinet du juge, en audience non publique, même pour le prononcé de l'ordonnance.

Article 122 : Est prohibé pour cause de parenté ou d'alliance, le mariage de toute

personne avec :

- ses ascendants ou ceux de son conjoint ;
- ses descendants ou ceux de son conjoint ;
- jusqu'au troisième degré, les descendants de ses ascendants ou de ceux de son conjoint.

Toutefois, lorsque l'union qui provoquait l'alliance a été dissoute par décès de l'époux, le mariage entre beau-frère et belle-sœur doit être autorisé par le procureur de la République et, pour motif grave.

Article 123 : Le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme âgé d'au moins dix-huit (18) ans et une femme âgée d'au moins dix-huit (18) ans, sauf dispense d'âge accordée pour motif grave par ordonnance du président du tribunal de première instance sur requête du ministère public.

Article 124 : La femme ne peut se remarier qu'à l'expiration d'un délai de viduité de trois cents (300) jours à compter de la dissolution du précédent mariage. Toutefois, le président du tribunal dans le ressort duquel le mariage a été célébré peut, par ordonnance, sur simple requête, le ministère public entendu, abréger le délai de viduité lorsqu'il résulte avec évidence des circonstances que, depuis trois cents (300) jours, le précédent mari n'a pas cohabité avec sa femme. En toute hypothèse ce délai prend fin en cas d'accouchement.

Article 125 : Nul ne peut contracter un nouveau mariage avant la mention sur le registre de l'état civil de la dissolution du précédent.

CHAPITRE III : DES CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE

Article 126 : Tout mariage doit être célébré par l'officier de l'état civil dans les conditions prévues par la présente loi. Seul le mariage célébré par un officier de l'état civil a des effets légaux. Pour l'accomplissement des formalités prévues par le présent chapitre, l'officier de l'état civil peut faire appel, en cas de besoin, à un interprète sachant lire et écrire qui signera les actes en qualité de témoin instrumentaire.

Article 127 : Chacun des futurs époux doit remettre personnellement à l'officier de l'état civil compétent pour procéder à la célébration du mariage :

- une copie de son acte de naissance datant de moins de trois mois délivré en vue du mariage ;
- une copie des actes accordant des dispenses dans les cas prévus par la loi ;
- un certificat médical attestant que les examens pré-nuptiaux ont été effectués par les futurs époux et qu'ils s'en sont communiqué les résultats.

Article 128 : A l'occasion de la remise des pièces ci-dessus indiquées, l'officier de l'état civil, même en l'absence de toute mention marginale, doit demander aux futurs époux s'ils ont déjà été mariés et leur faire préciser, dans l'affirmative, la date et les causes de la dissolution du mariage.

Article 129 : Lorsque l'un des futurs époux ou les deux sont mineurs, l'officier de l'état civil leur rappelle qu'il ne pourra être procédé à la célébration du mariage que s'il est rapporté préalablement la preuve du consentement de la personne habilitée à le donner ou de l'autorisation judiciaire en tenant lieu.

Article 130 : En vue de la préparation de l'acte de mariage, l'officier de l'état civil informe les futurs époux que, sauf convention matrimoniale contraire, ils sont soumis au régime de la séparation des biens. Les questions à poser par l'officier de l'état civil et les réponses des futurs époux sont consignées sur un formulaire -type d'un modèle fixé par décret.

Article 131 : Pendant quinze (15) jours francs, l'officier de l'état civil fera une publication, par voie d'affiche à la porte du centre d'état civil. Cette publication doit énoncer les prénoms, noms, filiations, âges, professions, domiciles et résidences des futurs époux, ainsi que le lieu et la date du mariage projeté. Elle est faite au centre d'état civil du lieu du mariage et à celui où chacun des futurs époux a son domicile ou, à défaut de domicile, sa résidence secondaire. Le procureur de la République du lieu de célébration du mariage peut dispenser, pour des causes graves, de la publication et de tout délai.

Article 132 : Durant le délai de publication, lorsqu'un fait susceptible de constituer un empêchement au mariage en vertu des articles 120 à 125 est porté à la connaissance de l'officier de l'état civil compétent pour procéder à la célébration, il doit surseoir à celle-ci et en aviser dans les soixante-douze (72) heures le procureur de la République. Celui-ci peut soit demander à l'officier de l'état civil de passer outre, soit former opposition au mariage. Le procureur de la République doit former opposition lorsqu'un empêchement est porté directement à sa connaissance. Le ministère public notifie dans les quarante-huit (48) heures son opposition par voie administrative aux futurs époux et à l'officier de l'état civil qui en dresse un acte. L'absence d'opposition dans le mois de l'avis donné au parquet permet à l'officier de l'état civil de passer outre. Après une année révolue, l'acte d'opposition cesse de produire effet ; il peut être renouvelé.

Article 133 : Mainlevée de l'opposition peut être demandée par les futurs époux, même mineurs, qui adressent à cet effet requête au président du tribunal. Les motifs fondant l'opposition peuvent être prouvés par tous moyens. Le président du tribunal statue dans les dix (10) jours. Toutefois, il pourra être exceptionnellement sursis à statuer si des vérifications s'imposent.

L'appel est formé par déclaration au greffe de la juridiction qui a statué, dans un délai de trois (3) jours francs à compter du jour du prononcé de l'ordonnance. Les pièces de la procédure sont transmises dans les quarante-huit (48) heures, à la diligence du procureur de la République, au greffe de la cour d'appel. La cause est inscrite à la première audience utile et l'arrêt rendu contradictoirement à l'audience suivante, que les futurs époux comparaissent ou non.

La procédure est gratuite. La décision est notifiée administrativement par le ministère public à l'officier de l'état civil et aux futurs époux dans les quarante-huit (48) heures.

Article 134 : Tant que la mainlevée de l'opposition n'a pas été notifiée, l'officier de l'état civil ne peut procéder à la célébration du mariage, sous peine d'une amende civile de cent mille (100.000) francs au plus prononcée par le tribunal de première instance sur réquisition du procureur de la République.

Nulle autre opposition ne pourrait être faite à un mariage lorsqu'il a été donné mainlevée d'une première opposition.

Article 135 : Le mariage est célébré publiquement au centre d'état civil de la résidence de l'un ou l'autre des époux. La résidence est établie par un mois au moins d'habitation continue à la date de la célébration.

S'il y a de justes motifs, le juge peut toutefois autoriser la célébration dans un autre lieu. L'autorisation est notifiée administrativement par le juge à l'officier de l'état civil chargé de procéder à la célébration. Avis en est donné au procureur de la République et copie remise aux futurs époux. Mention doit en être faite dans l'acte de mariage. En cas de péril imminent de mort de l'un des époux, l'officier de l'état civil peut se transporter avant toute autorisation du juge, au domicile de l'une des parties, pour y célébrer le mariage, même si la résidence n'est pas établie par un mois d'habitation continue. L'officier de l'état civil fait ensuite part au procureur de la République, dans le plus bref délai, de la nécessité de cette célébration.

Article 136 : Les futurs époux se présentent personnellement devant l'officier de l'état civil au jour choisi par eux et à l'heure déterminée par lui. Ils sont assistés chacun d'un témoin majeur, parent ou non.

Toutefois, lorsque la comparution personnelle de l'un ou de l'autre des futurs époux n'est pas possible, le mariage peut être célébré par procuration ; dans ce cas le futur époux qui ne peut comparaître personnellement peut se faire représenter par un mandataire.

Si l'un des futurs époux est mineur, il doit justifier du consentement au mariage donné par la personne exerçant l'autorité parentale à son égard, ou de l'autorisation judiciaire en tenant lieu.

Article 137 : L'officier de l'état civil complète éventuellement le projet d'acte de mariage par indication donnée par les futurs époux, donne lecture aux comparants dudit projet établi conformément à leur déclaration et comportant notamment l'indication du régime matrimonial.

Article 138 : Dans le cas où l'un des futurs époux est mineur, l'officier de l'état civil interpelle, s'il est présent, le parent dont le consentement est requis ; s'il est absent, il donne lecture de l'acte par lequel ce consentement est exprimé.

Article 139 : L'officier de l'état civil donne lecture aux futurs époux des articles 153, 154, 155 et 159 du présent code. Il demande à chacun d'eux, l'un après l'autre, s'ils veulent se prendre pour mari et femme. Après que chacun a répondu « oui », il déclare : « Au nom de la loi, vous êtes unis par les liens du mariage » et signe le registre avec les époux, les parents consentants, s'ils sont présents, et les témoins.

Si l'un quelconque des comparants ne sait ou ne peut signer, l'empreinte digitale vaut signature, le cas échéant.

Article 140 : Il est délivré aux époux un exemplaire de l'acte de mariage constitué par le volet n°1 de l'acte de mariage et un livret de famille établi conformément aux dispositions de l'article 88.

Article 141 : A la diligence de l'officier de l'état civil ayant célébré le mariage et sous sa responsabilité, il est notifié administrativement à l'officier de l'état civil du lieu de naissance de chacun des époux un avis avec accusé de réception indiquant que les parties ont contracté mariage. Mention de l'accomplissement de la formalité est faite en marge de l'acte de mariage.

Lorsque l'avis de mention faite n'est pas revenu dans les trois (3) mois de l'envoi de la notification, l'officier de l'état civil rend compte sans délai au procureur de la République du ressort dans lequel il se trouve.

Article 142 : La dot a un caractère symbolique.

Article 143 : Seul le mariage monogamique est reconnu.

CHAPITRE IV : DE LA SANCTION DES RÈGLES DE FORMATION DU MARIAGE

Article 144 : La nullité du mariage ne peut être prononcée que par décision de justice. La nullité peut être absolue ou relative. Les deux époux doivent être en cause quelle que soit la personne qui exerce l'action.

La nullité de l'acte de mariage pour vice de forme ne peut pas être demandée lorsque les intéressés jouissent de la possession d'état d'époux légitimes.

Article 145 : La nullité relative du mariage célébré par l'officier de l'état civil peut être prononcée :

- pour vice de consentement de l'un des conjoints si son accord a été obtenu par la violence ou donné à la suite d'une erreur ;
- pour défaut d'autorisation parentale, pour les mineurs ;
- pour impuissance du mari non révélée au préalable ;
- pour maladie grave et incurable dissimulée au moment du mariage par un conjoint, ce qui, portant préjudice à l'autre conjoint, rend la cohabitation intolérable.

Article 146 : L'action en nullité appartient :

- à celui des époux dont le consentement a été vicié ;
- en cas de défaut d'autorisation parentale, à celui dont le consentement était requis ou à l'époux qui avait besoin de ce consentement ;
- à la femme, en cas d'impuissance du mari non révélée au préalable ;
- au conjoint de l'époux atteint de maladie grave et incurable, dissimulée au moment du mariage.

Article 147 : Toutefois, l'action en nullité cesse d'être recevable :

- pour vice de consentement, lorsqu'il y a eu cohabitation pendant six (6) mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue ;
- pour défaut d'autorisation parentale, lorsque le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par celui dont le consentement était nécessaire ou lorsque celui-ci, avant la majorité de l'époux, a laissé s'écouler une année sans exercer l'action alors qu'il avait connaissance du mariage, ou enfin si l'époux a atteint dix-neuf (19) ans révolus sans avoir fait de réclamation ;

- en cas d'impuissance du mari non révélée ou de dissimulation de la maladie grave ou incurable de l'un des conjoints, lorsque la cohabitation s'est poursuivie pendant plus d'un an.

Article 148 : La nullité du mariage doit être prononcée :

- lorsqu'il a été contracté sans le consentement de l'un des époux ;
- lorsque les conjoints ne sont pas de sexes différents ;
- lorsque l'un des époux n'avait pas l'âge requis en l'absence de dispense ;
- lorsqu'il existe entre les conjoints un lien de parenté ou d'alliance prohibant le mariage ; - lorsque l'un des conjoints était dans les liens d'une union antérieure non dissoute.

Article 149 : L'action en nullité fondée sur les dispositions de l'article précédent peut être exercée par :

- les époux eux-mêmes ;
- toute personne qui y a intérêt. Toutefois, les parents qui ont autorisé expressément ou tacitement le mariage ne sont pas fondés à en réclamer la nullité pour défaut d'âge requis ; - le ministère public, du vivant des deux époux.

Elle est imprescriptible :

- Si l'un des époux oppose la nullité d'un premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement, après mise en cause par l'autre conjoint de la première union. Si le premier mariage est jugé valide, le second est déclaré nul.

- Lorsque l'un des époux n'avait pas l'âge requis, la nullité ne peut être invoquée après qu'il a atteint cet âge ou lorsque la femme a conçu.

En tout autre cas, la nullité ne peut être couverte.

Article 150 : Le jugement prononçant la nullité du mariage a l'autorité de la chose jugée à l'égard de toute personne, à compter du jour de l'accomplissement des formalités prévues à l'article 112.

Le dispositif de la décision prononçant la nullité est mentionné à la diligence du ministère public en marge de l'acte de mariage et de l'acte de naissance de chacun des époux. Si le mariage a été célébré à l'étranger ou si les époux sont nés hors du Bénin, le dispositif est transcrit sur les registres de l'état civil de Cotonou.

Article 151 : Le mariage nul produit ses effets comme s'il avait été valable, jusqu'au jour où la décision prononçant la nullité est devenue définitive. Il est réputé dissous à compter de ce jour.

En ce qui concerne les biens, la dissolution remonte, quant à ses effets entre les époux, au jour de la demande ; elle n'est opposable aux tiers que du jour de l'accomplissement des formalités prévues à l'article précédent.

Article 152 : Le jugement prononçant la nullité doit, en toute hypothèse, statuer sur la bonne foi de l'un ou l'autre des époux ; celle-ci est présumée.

Si les deux époux sont de mauvaise foi, le mariage est réputé n'avoir jamais existé, tant dans les rapports des époux entre eux que dans leurs rapports avec les tiers.

Il produit cependant des effets à l'égard des enfants, quand bien même les deux époux n'auraient pas été de bonne foi. Il est statué sur leur garde comme en matière de divorce.

Lorsqu'un seul des époux est déclaré de mauvaise foi, le mariage nul est réputé n'avoir jamais existé à son égard, tandis que l'autre peut se prévaloir des dispositions de l'article 165.

Les enfants issus du mariage ou légitimés conservent à l'égard de leurs auteurs et des tiers la qualité qui leur avait été conférée par le mariage, sans que l'époux de mauvaise foi puisse s'en prévaloir à leur encontre.

CHAPITRE V : DES OBLIGATIONS DU MARIAGE

Article 153 : Les époux s'obligent à une communauté de vie. Ils se doivent respect, secours et assistance.

Article 154 : Les époux se doivent mutuellement fidélité.

Article 155 : Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.

Article 156 : Le choix du domicile du ménage incombe aux époux. En cas de désaccord, le domicile conjugal est fixé par le mari. Toutefois, la femme peut obtenir l'autorisation judiciaire de domicile séparé si elle rapporte la preuve que le domicile choisi par son mari présente un danger d'ordre matériel ou moral pour elle ou pour ses enfants .

Article 157 : Chacun des époux a le droit d'exercer la profession de son choix.

Il peut, seul, pour les besoins de sa profession, souscrire des obligations et aliéner, à l'exclusion des biens communs, ses biens personnels en pleine propriété, même en cas d'exercice d'une profession commerciale.

Article 158 : Le mariage crée la famille légitime. Les époux contractent ensemble, par leur mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever, et éduquer leurs enfants.

Les modalités d'exécution de l'obligation d'entretenir les enfants sont réglées en même temps que les charges du mariage par le présent code.

Article 159 : Nonobstant toutes conventions contraires, les époux contribuent aux charges du ménage à proportion de leurs facultés respectives. Chacun des époux s'acquitte de sa contribution par prélèvement sur les ressources dont il a l'administration et la jouissance et/ ou par son activité au foyer.

CHAPITRE III : DU RÉGIME DE DROIT COMMUN : LA SEPARATION DE BIENS

Article 184 : A défaut de contrat de mariage, les époux sont soumis au régime de la séparation de biens.

Article 185 : Chacun des époux conserve dans la séparation de biens l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens propres, sous réserve d'assurer sa contribution aux charges du ménage.

Chaque époux reste seul tenu des dettes nées de son chef avant ou pendant le mariage hors les cas prévus à l'article 179.

Article 186 : Tant à l'égard de son conjoint que des tiers, un époux peut prouver, par tous moyens, qu'il a la propriété d'un bien, sous réserve des dispositions spéciales aux immeubles.

Cependant, d'après leur nature et leur destination, les biens meubles qui ont un caractère personnel et les droits exclusivement attachés à la personne, sont présumés appartenir à l'un ou à l'autre époux.

Article 187 : La preuve contraire à ces présomptions se fait par tous moyens propres à établir que les biens n'appartiennent pas au conjoint que la loi désigne.

Il peut également être prouvé que le bien a été acquis par une libéralité du conjoint suivant les règles propres aux donations entre époux.

Article 188 : En l'absence de preuve de la propriété exclusive d'un bien, celui-ci appartiendra indivisément aux époux, à chacun pour moitié, et sera partagé entre les époux ou leurs ayants droit, à la dissolution du régime matrimonial.

Article 189 : Les dispositions des articles 205 à 207 s'appliquent par analogie au régime de la séparation de biens.

CHAPITRE III : DU DIVORCE POUR FAUTE

SECTION 1 : *DES CAUSES DU DIVORCE*

Article 233 : Chacun des époux peut agir en divorce en fondant son action sur l'une des causes admises par la loi.

Article 234 : Le divorce peut être prononcé pour :

- absence déclarée de l'un des époux ;
- adultère de l'un des époux ;
- condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante ;
- défaut d'entretien ;
- refus de l'un des époux d'exécuter les engagements résultant de la convention matrimoniale;
- rupture ou interruption prolongée de la vie commune depuis quatre (4) ans au moins ;
- abandon de famille ;
- mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible.

Le divorce peut également être prononcé pour impuissance et/ou stérilité médicalement établie antérieure au mariage et non révélée au moment de la célébration.

SECTION 2 : *DE LA PROCÉDURE DU DIVORCE*

Article 235 : L'époux qui veut former une demande en divorce, présente en personne sa requête écrite au président du tribunal de première instance.

Article 236 : Le juge entend le demandeur, lui fait les observations qu'il croit convenables et, si la requête est maintenue, fixe le jour et l'heure où les parties comparaitront en personne devant lui pour la tentative de conciliation à laquelle le défendeur est convoqué par les soins du greffe. Copie de la requête est envoyée à ce dernier sous pli fermé en même temps que la convocation.

Si cette convocation n'a pu être remise à personne, ou si le défendeur est demeuré introuvable, le juge autorise le demandeur à l'assigner dans un délai maximum de deux (2) mois.

Article 237 : Au jour indiqué, le juge statue d'abord, s'il y a lieu, sur la compétence du tribunal, après audition des parties assistées, le cas échéant, de leurs avocats.

Il entend ensuite les époux, tenus de comparaître en personne, hors la présence de leurs conseils, et leur fait les observations de nature à opérer un rapprochement.

Article 238 : Lorsque l'un d'eux se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge, ce magistrat détermine le lieu où sera tentée la conciliation ou donne commission rogatoire pour entendre la partie empêchée.

Article 239 : En cas de non conciliation, le juge fixe par ordonnance la date de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée devant le tribunal et invite les parties à s'y présenter. Si le défendeur est absent, il est attrait par voie d'assignation.

Par la même ordonnance, le juge statue après avoir entendu les avocats des parties, si celles-ci le demandent, sur la résidence des époux durant l'instance, sur la remise des effets personnels et, s'il y a lieu, sur la garde provisoire des enfants, sur le droit de visite des parents et sur la demande d'aliments.

Article 240 : Le juge peut commettre toute personne qualifiée pour recueillir des renseignements sur la situation matérielle et morale de la famille, sur les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants et sur les mesures à prendre éventuellement quant à leur garde définitive.

Article 241 : L'ordonnance est exécutoire par provision ; elle est susceptible d'appel dans les quinze (15) jours de son prononcé ou, en cas de défaut du défendeur, de sa signification.

Article 242 : Lorsque le tribunal est saisi, les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées en cours d'instance par jugement du tribunal.

Article 243 : Avant de renvoyer l'affaire devant le tribunal, le juge peut, suivant les circonstances et sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires, ajourner les parties à une date qui n'excèdera pas six (6) mois. Ce délai peut être renouvelé, sans toutefois que sa durée totale puisse dépasser une année.

L'ordonnance prononçant l'ajournement n'est susceptible d'appel qu'en ce qui concerne les mesures provisoires qu'elle a pu décider.

Article 244 : Lorsque , à l'appel de la cause, le défendeur ne comparait pas ou n'est pas représenté, une nouvelle convocation lui est adressée par le greffier pour une prochaine audience. Le délai ne peut excéder un (1) mois.

Si cette convocation ne peut être remise à personne ou si le défendeur demeure introuvable, le tribunal autorise l'autre partie à assigner. Le demandeur doit user de la permission de citer dans un délai de deux (2) mois. Faute par lui de le faire, les mesures provisoires ordonnées à son profit cessent de plein droit.

Article 245 : La cause est instruite en la forme ordinaire et débattue en chambre du conseil, le ministère public entendu. Le jugement est rendu en audience publique.

Article 246 : Les demandes reconventionnelles en divorce ou en séparation de corps se font à l'audience par déclaration consignée par le greffier ou par dépôt de conclusions. Dans les mêmes formes, le demandeur peut, jusqu'à la clôture des débats, transformer sa demande de divorce en demande de séparation de corps.

Article 247 : Le tribunal peut, soit sur la demande de l'une des parties, soit, sur celle de l'un des membres de la famille, soit sur les réquisitions du ministère public, soit même d'office, ordonner toutes les mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants.

Il statue aussi sur les demandes relatives aux aliments pour la durée de l'instance, sur les provisions et sur toutes les autres mesures urgentes.

Article 248 : L'un ou l'autre époux peut, dès l'ordonnance prévue à l'article 239 et sur l'autorisation du juge donnée à charge d'en référer, prendre pour la garantie de ses droits toutes mesures conservatoires utiles.

Article 249 : L'action en divorce s'éteint par la réconciliation des époux survenue soit depuis les faits allégués dans la demande, soit depuis cette demande.

Dans l'un et l'autre cas, le demandeur est déclaré non recevable dans son action ; il peut néanmoins en intenter une nouvelle pour cause nouvelle survenue ou découverte depuis sa réconciliation et se prévaloir des anciennes causes à l'appui de sa nouvelle demande.

L'action s'éteint également par le décès de l'un des époux survenus avant que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce soit devenu définitif.

Article 250 : S'il y a lieu à audition de témoins, ceux-ci seront entendus par le tribunal en présence des époux dûment convoqués.

Les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins.

Article 251 : Encore que la demande soit bien établie, le divorce peut ne pas être prononcé si l'intérêt des enfants exige le maintien du mariage.

Dans la même hypothèse d'une demande bien établie, le tribunal peut ne pas prononcer immédiatement le divorce ; il maintient alors ou prescrit l'habitation séparée et les mesures provisoires pendant un délai qui ne peut excéder une année.

Après le délai fixé par le tribunal, si les époux ne sont pas réconciliés, chacun d'eux peut faire convoquer ou citer l'autre devant le tribunal pour entendre prononcer le divorce.

Article 252 : En cas d'appel, la cause est débattue en chambre du conseil. L'arrêt est rendu en audience publique.

Les demandes reconventionnelles peuvent être formées en appel sans être considérées comme demandes nouvelles.

Le pourvoi est suspensif en matière de divorce et en matière de séparation de corps.

Article 253 : Le jugement ou arrêt qui prononce le divorce n'est pas susceptible d'acquiescement, à moins qu'il n'ait été rendu sur conversion de séparation de corps.

Article 254 : Le dispositif de l'arrêt ou du jugement qui prononce le divorce est mentionné en marge de l'acte de mariage et des actes de naissance des époux ainsi que sur les transcriptions éventuelles. Si le mariage a été célébré à l'étranger, le dispositif du jugement ou de l'arrêt est en outre transcrit sur le registre des mariages de la commune de Cotonou.

Extrait de la décision prononçant le divorce doit être publié dans un journal d'annonces légales lorsque l'un des époux exerce une activité commerciale.

Article 255 : La mention ou la transcription est faite à la diligence du ministère public.

A cet effet, la décision est notifiée, dans le délai de quinze (15) jours à compter de la date à laquelle elle est devenue définitive, à l'officier de l'état civil compétent, pour être mentionnée ou transcrite sur ses registres.

En cas de rejet d'un pourvoi formé contre un arrêt prononçant le divorce, le greffier de la cour suprême doit, dans le mois du prononcé de l'arrêt de rejet, adresser un extrait de la décision au procureur général près la cour d'appel, lequel fait immédiatement procéder aux mesures de publicité prescrite.

La mention ou la transcription est faite par les soins de l'officier de l'état civil dans un délai de cinq (5) jours, non compris les jours fériés, à compter de la réception de la réquisition.

Article 256 : Le jugement ou l'arrêt devenu définitif remonte quant à ses effets entre

époux en ce qui concerne leurs biens, au jour du dépôt de la requête. Mais il ne produit effet à l'égard des tiers qu'à compter du jour où les formalités de publicité ont été accomplies.

Lorsque la mention a été portée à des dates différentes sur l'exemplaire des registres déposés au bureau de l'état civil et sur celui déposé au greffe, le divorce ne produit effet à l'égard des tiers qu'à la date de la mention portée en second lieu.

Article 257 : En cas d'inaction du ministère public, la mention ou la transcription peut être requise directement par l'une ou l'autre des parties, sur présentation d'un certificat délivré par le greffier et duquel il résulte que le jugement ou l'arrêt est devenu définitif.

Article 258 : Le dispositif du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce doit énoncer, le cas échéant, la date de la décision ayant autorisé les époux à résider séparément. Cette date doit figurer dans la mention ou dans la transcription faite en application de l'article 255.

Article 259 : En cas de divorce par consentement mutuel, il est fait masse des dépens qui sont mis pour moitié à la charge de chaque partie.

Article 260 : Il est fait de même masse et partage des dépens en cas de rejet de la demande motivé par l'intérêt des enfants.

CHAPITRE III : DE LA FILIATION DES ENFANTS NÉS HORS MARIAGE

SECTION 1 : *DES MODES D'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION DES ENFANTS*

NÉS HORS MARIAGE

Article 318 : Est enfant naturel celui dont la filiation est régulièrement établie à l'égard de son père ou de sa mère, sans que sa conception puisse se placer pendant une période où ses parents étaient mariés entre eux.

Article 319 : La filiation naturelle est légalement établie par reconnaissance volontaire.

Elle peut aussi être légalement établie par la possession d'état ou par l'effet d'un jugement.

Néanmoins, s'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par le présent code pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit de l'établir à l'égard de l'autre.

Article 320 : La filiation maternelle résulte du fait même de l'accouchement.

Article 321 : L'indication du nom de la mère sur l'acte de naissance de l'enfant suffit à établir la filiation maternelle. Toutefois, la femme dont le nom est indiqué à l'acte peut contester être la mère de l'enfant lorsqu'elle n'a pas été l'auteur de la déclaration de naissance.

L'enfant peut être reconnu par la mère lorsque le nom de celle-ci n'est pas indiqué sur son acte de naissance.

Article 322 : Pour l'établissement de la filiation maternelle, la possession d'état est établie en prouvant que l'enfant, de façon constante, s'est comporté, a été traité par la famille et considéré par la société comme étant né de la femme qu'il prétend être sa mère.

Article 323 : Lorsqu'il n'est pas présumé issu du mariage de sa mère, l'enfant peut être reconnu par son père.

La déclaration de reconnaissance est faite par le père à l'officier de l'état civil conformément aux dispositions régissant l'état civil après la naissance de l'enfant, ou même dès qu'il est conçu.

Article 324 : Lorsque la reconnaissance n'est pas intervenue au moment de la déclaration de naissance, elle peut être faite postérieurement, soit devant l'officier de l'état civil conformément à l'article 65 du présent code, soit par acte notarié, soit par décision judiciaire.

Article 325 : La volonté de reconnaissance par un homme marié ou une femme mariée d'un enfant né hors mariage doit être notifiée à son conjoint soit par écrit, soit par exploit d'huissier.

Article 326 : Le mandat de faire la déclaration de reconnaissance ne peut être donné que par une procuration spéciale passée devant un officier de l'état civil.

Article 327 : Lorsqu'une filiation est établie par un acte ou un jugement, nulle filiation contraire ne pourra être postérieurement reconnue sans qu'un jugement établisse, préalablement, l'inexactitude de la première.

Article 328 : Lorsque la filiation est légalement établie, les enfants nés hors mariage ont les mêmes droits que les enfants légitimes, sous les réserves prévues au titre des successions.
Article 329 : La reconnaissance de paternité est irrévocable.

CHAPITRE II : DES QUALITES REQUISES POUR SUCCEDER

Article 594 : Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. L'enfant simplement conçu peut succéder s'il naît vivant. La date de la conception est déterminée conformément aux dispositions de l'article 3 du présent code.

Article 595 : Est indigne de succéder et comme tel exclu de la succession celui qui a été condamné en tant qu'auteur, coauteur ou complice pour avoir volontairement donné la mort ou tenté de donner la mort, ou porté des coups mortels au défunt.

Article 596 : Peut être déclaré indigne de succéder :

- celui qui s'est rendu coupable envers le défunt de sévices, délits ou injures graves
- celui qui a gravement porté atteinte à l'honneur, à la considération ou aux intérêts patrimoniaux du défunt ou de sa famille;
- celui qui a intentionnellement détruit, fait disparaître ou altéré le dernier testament du défunt ou qui s'est prévalu en connaissance de cause d'un faux testament.

Article 597 : L'action en déclaration d'indignité est ouverte aux héritiers du défunt jusqu'au partage. Elle est portée devant le tribunal du lieu d'ouverture de la succession.

Article 598 : Le pardon accordé par le défunt peut être invoqué pour faire cesser l'indignité. La preuve peut en être rapportée par tous moyens.

L'action en déclaration d'indignité est ouverte à toute personne intéressée. Article 599 : L'indignité est personnelle.

Les enfants de l'indigne, venant à la succession de leur chef et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur auteur; mais celui-ci ne peut en aucun

cas réclamer, sur les biens de cette succession, l'usufruit que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants.

L'héritier exclu de la succession pour cause d'indignité est tenu de rendre tous les biens, ainsi que les fruits et revenus dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession, sans préjudice de tous les dommages-intérêts s'il y a lieu.

Article 600 : Sous réserve de l'article 381 du présent code, la qualité d'héritier s'établit par tous moyens. Elle peut être établie à l'égard des tiers par un intitulé d'inventaire notarié, par un acte de notoriété dressé par un notaire ou par un jugement d'héritier établi par le tribunal de première instance sur la déclaration de deux témoins et rendu en audience publique.

Article 601 : L'action en pétition d'hérédité est portée devant le tribunal du lieu d'ouverture de la succession. Elle se prescrit par l'expiration d'un délai de trente (30) ans à compter du jour où le défendeur a commencé à se comporter comme un héritier.

Article 602 : L'héritier apparent est tenu de restituer à l'héritier dont la qualité a été reconnue tous les biens composant l'hérédité.

Il est tenu, dans les conditions prévues pour le possesseur, d'indemniser l'héritier véritable des dommages subis par ces biens et il a droit, dans les mêmes conditions, au remboursement de ses impenses.

S'il est de mauvaise foi, il doit restituer tous les fruits produits par l'héritage; s'il est de bonne foi, il fait siens les fruits jusqu'au jour de la demande.

Article 603 : Sans préjudice de l'application des textes en vigueur, sont opposables à l'héritier véritable, les actes d'administration de l'héritier apparent, relatifs aux biens héréditaires.

CHAPITRE III : DE LA DEVOLUTION DES SUCCESSIONS

SECTION 1 : DES DISPOSITIONS GENERALES ET DE LA REPRESENTATION

Article 604 : Les successions sont dévolues aux enfants et descendants du défunt, à ses ascendants, à ses parents collatéraux et à son conjoint survivant selon la ligne et le degré des héritiers dans l'ordre et suivant les règles ci-après fixées.

Article 605 : La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession

Article 606 : A défaut de descendants, la succession est dévolue pour moitié aux père et mère du défunt et pour l'autre moitié à ses frères et sœurs ou, à défaut, aux descendants de ces derniers.

La part dévolue aux père et mère se partage entre eux par tête; si un seul d'entre eux vient à la succession, il recueille la totalité de cette part.

La part dévolue aux frères et sœurs se partage entre eux par tête. Cependant, s'il existe à la fois des frères et sœurs germains et des frères et sœurs utérins ou consanguins, la part qui leur est dévolue se divise par moitié entre la ligne paternelle et la ligne maternelle; les frères et sœurs germains prennent part dans les deux lignes et les frères et sœurs utérins ou consanguins dans une ligne seulement.

Article 607 : La proximité de parenté s'établit par le nombre de générations; chaque génération s'appelle un degré.

Article 608 : La suite des degrés forme la ligne : on appelle ligne directe la suite des degrés entre personnes qui descendent l'une de l'autre; ligne collatérale, la suite des degrés entre personnes qui ne descendent pas les unes des autres, mais qui descendent d'un auteur commun.

On distingue la ligne directe en ligne directe descendante et ligne directe ascendante. La première est celle qui lie le chef avec ceux qui descendent de lui; la deuxième est celle qui lie une personne avec ceux dont elle descend.

Article 609 : En ligne directe, on compte autant de degré qu'il y a de générations entre les personnes. Ainsi, le fils est, à l'égard du père, au premier degré; le petit-fils au second; et réciproquement du père et de l'aïeul à l'égard des fils et petits-fils.

Article 610 : En ligne collatérale, les degrés se comptent par les générations, depuis l'un des parents jusque et non compris l'auteur commun, et depuis celui-ci jusqu'à l'autre parent.

Ainsi, deux frères sont au deuxième degré ; l'oncle et le neveu, au troisième degré; les cousins germains, au quatrième, ainsi de suite.

Article 611 : On appelle souche, l'auteur commun de plusieurs descendants.

Article 612 : La branche est constituée par la ligne directe des parents issus d'une même souche.

Article 613 : Les droits successoraux prévus aux articles 619 à 629 du présent chapitre ne sont conférés aux parents que sous réserve des droits du conjoint survivant.

Article 614 : La représentation est une règle qui a pour effet de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté dans la succession comme s'il avait été vivant ou s'il n'en avait pas été écarté.

Le représentant doit avoir une vocation personnelle à la succession du défunt.

Il ne représente pas les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes.

La loi ne distingue pas, pour l'exercice de la représentation, entre la filiation légitime et la filiation naturelle.

Article 615 : La représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante. Elle n'a pas lieu en faveur des ascendants. Le plus proche dans chacune des deux lignes exclut toujours le plus éloigné.

Article 616 : En ligne collatérale, la représentation est admise en faveur des enfants et descendants de frères et sœurs du défunt.

Article 617 : Les représentants ont tous les droits qu'aurait eus le représenté. Dans tous les cas où la représentation est admise, le partage s'opère par souche.

Si une même souche a produit plusieurs branches, la subdivision se fait aussi dans chaque branche et les membres de la même branche partagent entre eux par tête.

Article 618 : La représentation n'a pas lieu au profit des descendants d'un enfant qui a renoncé à la succession. Si tous les enfants ont renoncé à la succession, les petits enfants du défunt succèdent de leur chef par parts égales. Ceux d'entre eux qui sont prédécédés, codécédés, indignes, présumés ou déclarés absents sont représentés suivant les règles établies aux articles précédents.

SECTION 2 : *DES DIVERS ORDRES DE SUCCESSION*

PARAGRAPHE 1 : Des droits successoraux des descendants

Article 619 : Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère ou autres ascendants sans distinction de sexe ni d'âge encore qu'ils soient issus de différents mariages, sous réserve des dispositions prévues au présent code relativement aux enfants incestueux.

Ils succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef, ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation.

Article 620 : Les enfants, quelle que soit l'origine de leur filiation, jouissent des mêmes droits successoraux, sous réserve des dispositions de l'article suivant.

Article 621 : L'enfant incestueux n'a de droits successoraux qu'à l'égard du parent qui l'a reconnu conformément à l'article 319 du présent code.

PARAGRAPHE 2 : Des droits successoraux des ascendants

Article 622 : Si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendants d'eux, la succession se divise par moitié entre les ascendants de la ligne paternelle et ceux de la ligne maternelle.

L'ascendant qui se trouve au degré le plus proche recueille la moitié affectée à sa ligne, à l'exclusion de tous autres.

Les ascendants au même degré se succèdent par tête.

Article 623 : Lorsque les père et mère d'une personne morte sans postérité lui ont survécu, si elle a laissé des frères, sœurs ou descendants d'eux, la succession se divise en deux portions égales, dont moitié seulement est déférée au père et à la mère qui la partagent entre eux également.

L'autre moitié appartient aux frères et sœurs ou descendants d'eux, ainsi qu'il sera expliqué au paragraphe 3 de la présente section.

Article 624 : Dans le cas où la personne morte sans postérité laisse des frères et sœurs ou des descendants d'eux, si le père ou la mère est prédécédé, la portion qui lui aurait été dévolue conformément au précédent article se réunit à la moitié déférée aux frères, sœurs ou à leurs représentants, ainsi qu'il sera expliqué, au paragraphe 3 de la présente section.

PARAGRAPHE 3 : Des droits successoraux des collatéraux

Article 625 : En cas de prédécès des père et mère d'une personne morte sans postérité, ses frères et sœurs ou leurs descendants sont appelés à la succession, à l'exclusion des ascendants et des autres collatéraux.

Ils succèdent, ou de leur chef, ou par représentation, ainsi qu'il est réglé dans la section I du présent chapitre.

Article 626 : Si les père et mère de la personne morte sans postérité lui ont survécu, ses frères et sœurs ou leurs représentants ne sont appelés qu'à la moitié de la succession. Si le père ou la mère seulement a survécu, ils sont appelés à recueillir les trois quarts.

Article 627 : Le partage de la moitié ou des trois quarts dévolus aux frères ou sœurs, aux termes de l'article précédent, s'opère entre eux par égales portions, s'ils sont tous du même lit ; s'ils sont de lits différents, la division se fait par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle du défunt ; les germains prennent part dans les deux lignes, et les utérins ou

consanguins chacun dans leur ligne seulement : s'il n'y a de frères ou de sœurs que d'un côté, ils succèdent à la totalité, à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne.

Article 628 : A défaut de frères ou sœurs ou de descendants de ceux-ci et à défaut d'ascendants dans une ligne, la succession est dévolue en totalité aux ascendants de l'autre ligne ; à défaut d'ascendants dans l'une et l'autre ligne, la succession est dévolue pour moitié aux parents les plus proches dans chaque ligne.

S'il y a concours de parents collatéraux au même degré, ils partagent par tête.

Article 629 : Les parents collatéraux au-delà du sixième degré ne succèdent pas, à l'exception, toutefois, des descendants des frères et sœurs du défunt.

Toutefois, les parents collatéraux succèdent jusqu'au douzième degré lorsque le défunt n'était pas capable de tester et n'était pas frappé d'interdiction légale.

A défaut de parents au degré successible dans une ligne et de conjoint contre lequel il n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée, les parents de l'autre ligne succèdent pour le tout.

PARAGRAPHE 4 : Des droits successoraux du conjoint survivant

Article 630 : Le conjoint survivant contre lequel il n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée est appelé à la succession, même lorsqu'il existe des parents, dans les conditions fixées par les articles suivants.

Article 631 : La succession du conjoint prédécédé doit les aliments au conjoint survivant qui est dans le besoin. Le délai pour les réclamer est d'un an à partir du décès et se prolonge, en cas de partage, jusqu'à son achèvement.

La pension alimentaire est prélevée sur l'hérédité. Elle est supportée par tous les héritiers et, en cas d'insuffisance, par tous les héritiers particuliers proportionnellement à leurs émoluments.

Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit.

Lorsque celui qui fournit ou celui qui reçoit les aliments est remplacé dans un état tel que l'un ne puisse plus en donner ou que l'autre n'en ait plus besoin en tout ou partie, la décharge ou réduction peut en être demandée.

CHAPITRE VIII : DU PARTAGE

SECTION 1 : DES CONDITIONS DU PARTAGE

Article 770 : Si tous les héritiers sont présents et capables, le partage peut être fait dans la forme et par tel acte que les intéressés jugent convenables.

Article 771 : Les héritiers qui procèdent à un partage amiable composent des lots à leur gré et décident d'un commun accord de leur attribution ou de leur tirage au sort.

Si les héritiers estiment nécessaire de procéder à la vente des biens à partager ou de certains d'entre eux, ils fixent également, d'un commun accord, les conditions et formes de la vente.

Article 772 : Chacun des époux peut procéder seul au partage des biens à lui échus par voie de succession.

Article 773 : Le partage peut comprendre tous les biens indivis ou une partie seulement de ces biens.

Le partage d'un immeuble est réputé effectué, même s'il laisse subsister des parties communes impartageables ou destinées à rester dans l'indivision. Dans le silence de l'acte de partage, la quote-part des parties communes indivises afférentes à chaque lot est proportionnelle à la valeur relative de chaque partie privative par rapport à la valeur de l'ensemble desdites parties.

Article 774 : L'héritier qui a diverti ou recelé des effets d'une succession et, notamment, qui a omis sciemment et de mauvaise foi de les comprendre dans l'inventaire ne peut prétendre à aucune part desdits effets.

Article 775 : Si parmi les successibles se trouve un enfant simplement conçu, le partage est suspendu jusqu'à la naissance.

Article 776 : Si parmi les héritiers il existe des absents ou des non présents, le partage ne peut avoir lieu que dans les conditions fixées aux articles 778 et 782 du présent code et dans les formes prévues par le code de procédure civile.

Il en est de même en cas de désaccord entre héritiers capables et présents, sauf la faculté pour lesdits héritiers de s'entendre pour n'observer que certaines de ces formes et conditions.

Le partage judiciaire concernant un incapable peut également être imposé par une délibération du conseil de famille conformément aux articles 473 et suivants du présent code.

Article 777 : Le partage fait conformément aux règles ci-dessus prescrites au nom des incapables, des non présents ou des absents est définitif.

Il n'est que provisionnel si ces formes n'ont pas été observées.

Article 778 : Si certains incapables ayant un même représentant ont des intérêts opposés dans le partage, il sera nommé à chacun d'eux un représentant particulier.

Article 779 : Les lots sont formés dans les conditions prévues au code de procédure civile.

Les intéressés peuvent convenir de leur attribution ; à défaut d'accord, les lots sont tirés au sort.

Article 780 : Dans la formation et la composition des lots, il doit être évité de morceler les immeubles ruraux et de diviser les exploitations de toute nature. Dans la mesure où le morcellement des immeubles et la division des exploitations peuvent être évités, chaque lot doit

autant que possible, être composé soit en totalité, soit en partie, de meubles ou d'immeubles, de droits ou de créances de valeur équivalente.

L'inégalité de valeur des lots se compense par une soulte.

Article 781 : Si certains biens ne peuvent être commodément partagés ou distribués, les intéressés peuvent décider, d'un commun accord, de procéder à leur vente. A défaut d'accord, la vente peut également être ordonnée par le président du tribunal de première instance ou le juge commis.

Les conditions et les formes de la vente sont fixées d'un commun accord par les intéressés et, à défaut, par le président du tribunal de première instance ou le juge commis. Si, parmi les héritiers, il existe des incapables, des absents ou des non présents, les intéressés ne peuvent décider la vente et en fixer les formes que dans les limites et avec les habilitations prévues au présent code pour les biens dont la vente est envisagée.

Article 782 : Nonobstant l'opposition d'un ou de plusieurs de ses copartageants, le conjoint survivant ou tout autre héritier peut demander l'attribution, par voie de partage, de l'entreprise commerciale, industrielle, artisanale ou agricole, à l'exploitation de laquelle il participait effectivement au jour du décès. Si l'entreprise était exploitée sous forme sociale, le conjoint survivant ou le(s) héritier(s) peut demander l'attribution, sous les mêmes conditions des droits sociaux dépendant de la succession.

Il en est de même en ce qui concerne l'immeuble ou partie d'immeuble servant effectivement d'habitation aux conjoints ou à l'héritier ou en ce qui concerne le droit au bail des locaux leur servant effectivement d'habitation.

Article 783 : La demande est portée devant le président du tribunal qui statue, compte tenu des intérêts en présence, dans les formes et conditions prévues par le code de procédure civile.

Les biens faisant l'objet de l'attribution sont estimés à leur valeur au jour du partage. A défaut d'accord entre les parties, l'estimation est faite par experts choisis par les parties ou désignés par le président du tribunal.

Le président du tribunal pourra accorder, pour le paiement de la moitié de la soulte, des délais qui ne pourront être supérieurs à cinq (5) ans ; sauf convention contraire, le surplus de la soulte devra être payé immédiatement par l'attributaire. La partie de la soulte dont le paiement sera ainsi différé produira intérêt au taux légal.

Au cas de vente de la totalité du bien attribué, la fraction de la soulte restante due deviendra immédiatement exigible ; au cas de vente partielle, le produit de cette vente sera versé aux copartageants et imputé sur la fraction de la soulte restant due.

Article 784 : Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors leur présence et y intervenir à leurs frais.

Ils ne peuvent attaquer un partage consommé. Toutefois ils peuvent agir en révocation du partage auquel il a été procédé sans eux au mépris d'une opposition qu'ils auraient formée.

CHAPITRE II : DES CONFLITS DE LOIS DANS L'ESPACE

SECTION 1 : *DES REGLES DE CONFLITS DE LOIS EN MATIERE DE STATUT PERSONNEL*

PARAGRAPHE 1 : Des Dispositions générales

Article 973 : L'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions, les libéralités, sont régis par la loi nationale, suivant les distinctions et sous les réserves exprimées au présent code.

Article 974 : Toute question d'état préalable à l'attribution d'une nationalité est soumise au droit international privé de l'Etat dont la nationalité est en cause.

Article 975 : L'apatride est régi, toutes les fois que les dispositions qui suivent désignent la loi nationale, par la loi de son domicile ; à défaut de domicile, par la loi du for.

Article 976 : Le domicile, au sens des dispositions du présent code, est au lieu de la résidence commune habituelle des époux

Annexe 2 COUTUMIER DU DAHOMEY

27 – Chez les minas, le Chef de village avait un rôle assez effacé ; il dirigeait les palabres, mais le Conseil de village décidait dans les cas graves.

Le Roi

29 – Nous avons trouvé des rois chez les *fons*, *gouns*, *pila-pilas*, *baribas*, *hollis*, *peulhs*. Chaque dynastie avait ses règles particulières d'accession aux trôles.

30 – Le Roi de Porto-Novo était choisi par l'Assemblée des princes, présidée par le *gogan*, assisté du *Migan* et de l'*Akplogan* et recevait l'investiture du *Zounon*. La désignation portait toujours sur un prince appartenant obligatoirement à l'une ces cinq branches familiales royales en descendant en ligne directe d'un prince ayant effectivement régné. En pratique, le roi avant de mourir désignait deux princes entre lesquels il désirait que fut choisi son successeur. Le fétiche Fâ toujours consulté, choisissait l'un des deux.

Le Roi de Porto-Novo n'avait pas le pouvoir absolu. Il devait composer sans cesse avec les chefs des familles arrivés à Porto-Novo en même temps que le fondateur de la dynastie.

Cette obligation n'était pas toujours respectée. Il avait des biens personnels en pleine propriété et certaines prérogatives sur les biens de ses sujets (redevances, prestations en nature, taxes diverses).

31 – Le Roi de Nikki (bariba) avait des pouvoirs très étendus ainsi que celui de Kétou dont l'autorité et le prestige religieux s'étendent bien au-delà des limites de son royaume temporel. Aujourd'hui, les successeurs de ces rois sont devenus des chefs supérieurs dont les attributions sont réglementées.

SECTION II

DU MARIAGE

Polyandrie – Polygamie

33 – La polyandrie n’existait que dans certaines familles de chefs baribas, sombas ou cabrais. Elle est en voie de disparition. Il n’est donc pas nécessaire de faire une place dans ce travail à une institution que nous n’avons aucun intérêt à fixer au moment où elle meurt tout naturellement.

34 – La polygamie existe et est légale dans toute l’étendue de la Colonie du Dahomey.

35 – Dans toutes les coutumes (sauf la mina et la somba), la première femme a une place particulière, dirige le travail des autres femmes qui lui doivent le respect. Ces dernières sont égales entre elles, sauf chez les baribas, les dendis et les mokollés où les descendantes d’anciens esclaves viennent après les femmes d’origine libre. Mais cette exception disparaîtra avec la mort des dernières descendantes d’esclaves.

36 – La monogamie tend à se généraliser parmi les éléments évolués de la région côtière, quelle que soit la coutume originelle.

Devront être considérés comme des actes constituant renonciation à la polygamie :

- le mariage religieux chrétien inscrit à l’état civil ;
- le mariage civil célébré à l’état civil indigène s’il est spécifié par les conjoints, et consigné sur l’acte de mariage, qu’ils désirent constituer un ménage monogame.

37 – Dans ces deux cas, tout mariage ultérieur intervenant après la célébration de l’union monogame doit être considéré comme nul. S’il existe des mariages antérieurs non déclarés par l’époux, la femme monogame trompée pourra demander le divorce et des dommages-intérêts.

Fiançailles

38 – Dans toutes les coutumes dahoméennes, une période de fiançailles précède le mariage. Sa durée varie avec les coutumes et parfois même suivant les cas au sein de chaque coutume.

Age des fiançailles

39 – Les fiançailles se font pour l'homme à n'importe quel âge après la puberté.

40 – Chez les *fons* d'Agonli et les *sombas*, les parents fiancent parfois leurs enfants mâles avant la puberté (de 2 à 5 ans chez les premiers et de 10 à 15 ans chez les seconds).

41 – Les filles ne sont fiancées qu'à la puberté chez les minas, les *pédahs*, les *nagots* et les peulhs.

42 – Les autres coutumes prévoient les fiançailles des filles en bas âge (de 2 à 5 ans).

43 – Les coutumes *fon*, *goun*, *aïzo* et *somba* autorisent même les fiançailles des filles avant la naissance. Ce ne sont là à proprement parler que des promesses de fiançailles, qui tendent à disparaître. Le fiancé ne donne, avant la naissance, que des cadeaux de faible importance qui ne sont pas restitués si l'enfant attendu est un garçon, ou vient au monde mort.

Conditions des fiançailles

44 – Le jeune homme est toujours consulté pour ses fiançailles. La jeune fille l'est de plus en plus chez les populations du Bas-Dahomey.

45 – Il y a souvent des relations sexuelles entre les fiancés arrivés à l'âge de la puberté ; mais elles ne sont pas obligatoires et n'entraînent pas de conséquences juridiques.

46 – Seule, la coutume somba qui autorise la jeune fille à avoir autant d'amants qu'elle veut pendant la durée des fiançailles et à être grosse au moment du mariage, lui fait obligation de ne pas refuser au fiancé ce qu'elle accorde à ses amants.

47 – La coutume bariba par contre interdit les relations sexuelles entre les fiancés.

48 – Il est de règle générale que le fiancé (ou ses parents) doit faire des cadeaux et rendre des services à la famille de la fiancée pendant la durée des fiançailles. La valeur et la nature de ces cadeaux et de ces services varient suivant les coutumes. Les coutumes ci-après méritent une mention spéciale :

a) Chez les *fons*, les *gouns*, les *aizos* et les *sombas*, ainsi que nous l'avons déjà vu, on peut fiancer une fille avant sa naissance. Les cadeaux commencent dès l'accord des fiançailles, mais ils sont de faible importance et non sujets à restitution jusqu'à la naissance de l'enfant. La valeur des cadeaux augmente avec la croissance de l'enfant.

Le dot proprement dite commence à se payer après les premières règles et peut s'échelonner sur plusieurs années. Ses modalités seront étudiées plus loin.

Le fiancé rend à sa belle-mère de menus services et doit lui manifester le plus grand respect ; il consacre à son beau-père quelques-unes de ses journées pour les travaux des champs. Dans le cas de mort d'un des parents de la jeune fille, il doit contribuer largement aux frais des funérailles.

b) Chez les *sombas*, la période de travail du fiancé peut durer 9 ans et celui-ci abandonne même à sa belle-famille une partie de ses récoltes propres.

c) Chez les *nagots*, les *adjas* et les *hollis*, le fiancé verse à ses futurs beaux-parents une somme de 50 à 100 francs lors de la demande en mariage, leur apporte chaque jour de fête un cadeau proportionné à sa situation et leur fournit quelques journées de travail chaque année.

d) Chez les *baribas*, le jour des fiançailles le fiancé donne 400 cauris aux parents de sa fiancée auxquels il fait ensuite un cadeau après chaque récolte ; le fiancé ne fait que quelques heures de travail avec des camarades chez son beau-père.

e) Chez les dendis et les mokollés, les cadeaux sont bien payés suivant la règle générale, mais pour ce qui est du travail fourni dans les plantations, on retrouve la même règle que chez les baribas.

f) Chez les peulhs, le fiancé ne donne qu'un cadeau de 10 francs lors de la demande en mariage, un bœuf lors des premiers accords et un second lors du mariage.

g) Chez les pilas, le temps de travail est de trois ans.

49 – A l'origine, le mariage par échange était la règle. La famille qui donnait une femme à une autre famille exigeait de celle-ci une autre femme de façon que le capital « femme » du groupement ne fut diminué.

Les difficultés de réalisation du contrat sous sa forme primitive ont donné naissance à l'institution de la dot qui est, non pas le « prix d'une femme », mais la possibilité donnée à une famille dont sort une femme, de la remplacer autrement qu'en exigeant immédiatement de sa nouvelle famille une autre femme qu'elle pourrait être dans l'impossibilité de lui donner.

De là, la différence capitale qui existe entre la dot payée pour une femme et le prix payé pour une esclave.

50 – Les cadeaux faits au cours de la période de fiançailles ou au moment du mariage constituent généralement la dot.

51 – Dans certains groupements *fons*, *pédahs*, *minas* et *aïzo* une distinction tend à s'établir entre les cadeaux faits pendant la durée des fiançailles, sorte de dot rituelle de faible importance constituée souvent de cadeaux obligatoires : colas, piments, etc. et la dot proprement dite consistant en une somme de 300, 500 ou 1000 francs, suivant la condition de la famille et qui est payée seulement au moment du mariage, et souvent même partiellement après le mariage.

Consentement au mariage

68 – Le mariage est fait non par les intéressés, mais par leur père, à défaut de celui-ci, par son frère aîné ou à défaut de frère, par le Chef de famille.

69 – Les chefs de chacune des deux familles intéressées doivent y consentir, mais ce consentement n'est en général demandé que pour la forme. (Il n'est indispensable, conformément à la règle générale que si le patrimoine familial est en jeu).

109 – Elle est versée à la famille de la femme par le jeune homme au moyen de paiements échelonnés qui doivent en principe être terminés le jour du mariage.

110 – Les minas n'en versent que la moitié avant, et le reste après la consommation du mariage.

Dans cette coutume, si la fille n'était pas vierge, la seconde moitié n'est pas versée entièrement.

111 – La dot appartient à la famille de la femme et non à celle-ci.

Relations au cours du mariage

122 – Les relations au cours du mariage sont placées sous la règle de l'obéissance au mari. La femme doit s'occuper du ménage et des enfants jusqu'à l'âge de 3 à 5 ans. Elle doit fidélité au mari. L'homme doit bien traiter sa femme, la loger, la nourrir et la vêtir. Il n'est pas tenu à la fidélité. En général, il doit ses faveurs à toutes ses femmes. Il doit cependant cesser toutes relations avec elles dès qu'elles deviennent enceintes et pendant toute la durée de l'allaitement. Il est aussi tenu d'aider la famille de sa femme dans le malheur ou simplement la gêne.

123 – Chez les nagots, pila-pilas, dendis, il ne doit que la nourriture et le logement non le vêtement. Il lui donne de l'argent pour se nourrir et la loge. Pour le reste, elle a recours à un petit commerce.

124 – Chez les baribas, la femme est chargée de la vente des produits de l'économie familiale. Si elle a deux jumeaux, elle doit quitter son mari jusqu'au jour où elle aura un enfant d'un autre homme ; cet enfant est au vrai père, mais le mari peut le réclamer. Lorsqu'elle n'est plus d'âge à être mère, elle retourne chez son frère aîné ou son oncle.

125 – Partout, les relations entre un homme et une femme de la famille de sa femme sont interdites.

126 – Le rôle de la première femme a été précisé plus haut. Chez les pédahs, c'est elle qui a le droit de soigner son mari en cas de maladie.

Situation de la femme – Ses pouvoirs

127 – La femme n'a aucun pouvoir juridique. La pratique seule lui donne quelque importance. Elle a ainsi souvent l'administration du ménage ; elle peut se constituer un pécule avec le produit de la vente de certains objets de sa fabrication. Elle fait partie des biens de l'homme et de son héritage.

28 – Pratiquement, elle vit dans la famille de son mari, mais elle conserve sa place marquée au foyer natal, spécialement pour les fêtes rituelles.

129 – On la consulte souvent, lorsqu'elle est âgée et qu'elle a une réputation de sagesse. Nous avons vu aussi que certaines coutumes réclament son avis lorsqu'il s'agit de marier les filles.

130 – Chez les aïzos, dans certains villages toris, la mère commande aux filles et les marie. Elle paie l'impôt pour les filles. 131 – La nouvelle famille s'intègre dans celle du mari.

132 – Cependant, chacun des époux reste rattaché à sa famille d'origine et y retourne au cas où le mariage prend fin pour une raison quelconque.

133 – Dans le mariage *kpokanta* des *fons*, la femme ne vit pas chez son mari, mais dans sa famille.

134 – Au contraire, chez les *sombas*, la nouvelle famille n'a plus aucun lien avec celle des deux époux. La femme ne peut revenir dans la sienne qu'en cas de divorce justifié. Le mari non plus, sauf si ses parents devenus vieux ont besoin de lui. La nouvelle famille forme donc un groupement nouveau qui vit matériellement et juridiquement séparé des autres.

L'adultère

135 – L’adultère n’est interdit qu’à la femme.

Dans ce cas, il est considéré comme un vol d’une femme par le complice. C’est pourquoi ce dernier est toujours, ou lorsque, puni plus sévèrement (le double généralement de la peine infligée à la femme) ou même est seul puni.

136 – Les enfants adultérins sont au mari.

137 – L’adultère du mari n’est jamais punissable.

138 – Dans la coutume *fon*, l’adultère n’est suivi de divorce obligatoire que si la femme quitte publiquement son mari pour vivre avec son amant. L’amant paie une amende de 25 à 300 francs que le mari se partage avec les témoins (moitié pour lui, moitié pour leur offrir à boire). L’adultère de l’homme peut donner lieu à divorce, s’il est cause que le mari néglige ses devoirs conjugaux. Autrefois, l’adultère était permis aux princesses dans la coutume du palais.

L’amant d’une femme du roi était puni de mort. Ceux des esclaves, des reines et des princesses étaient envoyés à l’armée. Dans la coutume ordinaire, il était bâtonné. Le divorce était prononcé ou non suivant la demande du mari.

139 – Chez les gouns, au contraire, le divorce entraîne la rupture du mariage : le mari ne peut garder la femme adultère car il tomberait malade. La femme est considérée comme n’appartenant plus au mari du jour de l’adultère. L’enfant adultérin appartient au mari, à moins que la femme ne dénonce le véritable père et que celui-ci ne l’épouse ; dans ce cas, il est à lui. (Les gouns disent qu’il faut que les enfants soient au véritable père et ils s’efforcent toujours de le connaître). Dans « l’Atlantique » le mari se contente d’une indemnité qui sert à purifier la femme. Il en est de même chez les populations de l’Ouémé.

140 – Chez les nagots, la mère doit dire à l’enfant adultérin le nom de son vrai père, le mari pouvant l’abandonner. Généralement, le mari se contente d’une purification obtenue par le paiement d’une amende prononcée par le Chef de village (de 50 à 200 francs).

141 – Chez les pédahs, la femme est répudiée. L’amant fait 6 mois de prison, la femme 3. A la sortie de prison de l’amant, le mari peut reprendre sa femme ; ils ne peuvent se revoir avant.

142 – Chez les minas, il existe quelques familles où le fétiche rend la rupture obligatoire. Sinon c’est le Chef de famille qui prononce une peine véritable contre l’amant (dans les familles de chefs cette peine allait du bannissement à la mort).

143 – Chez les aïzos, le mari peut renvoyer la femme et exiger la dot ou une autre femme.

144 – Chez les pila-pilas, l’amant était puni de prison (de mort si la femme était noble). Souvent, il était vendu comme esclave et s’il s’enfuyait, ses parents étaient responsables. Aujourd’hui une réparation de 50 à 100 francs est prononcée par le Chef de village.

145 – Chez les baribas, la femme était fouettée en public et le divorce prononcé. L’amant payait une amende. Le mari peut refuser les enfants. Si le père n’en veut pas, ils sont à la mère.

146 – Chez les peulhs, il n’y a divorce qu’après récidive. Un premier adultère ne donne lieu qu’à une peine contre la femme, par l’iman.

147 – La coutume somba oblige la femme à une fidélité absolue dès qu’elle est mariée. Le mari peut corriger sa femme à sa guise en cas d’adultère.

148 – Dans cette coutume, l’enlèvement des femmes était autorisé entre certaines collectivités. Si la jeune femme était enlevée lors de ses fiançailles, sa famille était responsable envers le fiancé et les parents du fiancé pouvaient s’emparer d’un troupeau appartenant à un homme quelconque du village du ravisseur. Mais si elle était enlevée une fois mariée, le mari n’avait plus de recours ; seuls les enfants lui restaient. Cette coutume tend sous notre influence, à évoluer dans le sens d’une défense plus sérieuse des mariages régulièrement célébrés.

Le divorce – Ses causes

149 – L’homme et la femme peuvent demander le divorce, le premier, pour adultère et stérilité ; la seconde pour mauvais traitements (à condition qu’ils dépassent les corrections admises normalement par la coutume), impuissance, non subvention aux besoins du ménage, relations avec la belle-sœur. Les deux pour maladie répugnante et incurable (lèpre, pian, etc.), tentative d’assassinat, abandon, folie. Le divorce n’existe pas chez les sombas. En cas de divorce demandé contre la femme pour stérilité, celle-ci peut faire la preuve contraire, en ayant avec d’autres hommes des relations suivies de grossesses.

150 – Chez les *fons*, une princesse mariée à un *fon* pouvait changer d’époux à sa guise. Celui-ci ne pouvait demander le divorce. La princesse gardait en principe les enfants ; mais dans le cas où elle était mariée à un notable, la question des enfants était réglée à l’amiable par le Chef de la famille royale (coutume du Palais).

151 – Dans la coutume ordinaire *fon*, chez les gouns et les minas, la femme peut aussi demander le divorce si le mari n’aide pas ses beaux-parents ou ne leur fait pas de funérailles convenables. Elle ne peut le demander pour adultère que s’il néglige ses devoirs conjugaux.

La famille de la femme doit donner son consentement si c’est elle qui demande le divorce.

152 – Chez les pédahs, dans le cas d’une maladie répugnante, l’époux a droit aux soins pendant un an, le divorce est prononcé après ce temps s’il ne guérit pas.

153 – Chez les pila-pilas et dendis, l’adultère n’est pas une cause de divorce, non plus que la maladie répugnante et incurable.

Formalités

154 – Le divorce était prononcé par le Chef de village entouré de son Conseil. Le Chef de village n’a plus aujourd’hui qu’un pouvoir de conciliation et le divorce ne peut résulter que d’un jugement.

155 – La répudiation par le mari existe partout, sauf chez les aïzos et les baribas.

Conséquences du divorce

156 – La dot est remboursée et les enfants restent au mari. La mère les garde s'ils sont trop jeunes, jusqu'à l'âge de 3 ou 4 ans (période d'allaitement).

157 – N'est remboursée que la dot véritablement représentative de la femme, dot ayant gardé son caractère primitif de moyen de se procurer une autre femme pour la famille qui en a donné une. Les cadeaux ou sommes versées par suite de surenchère ou pour des raisons de vanité restent acquis à la femme comme prix de ses faveurs, des services qu'elle a rendus, des enfants qu'elle a donnés. Le Tribunal apprécie souverainement quelle est la pension de dot à rembourser, en tenant compte de la somme véritablement représentative de la femme et de l'importance desdits services.

158 – Chez les pila-pilas, baribas et peulhs, la dot n'est remboursée que si le divorce a eu lieu aux torts de la femme ; d'autre part, dans les dernières de ces coutumes, la dot n'est pas remboursée s'il y a des enfants. Chez les pila-pilas au contraire, dans ce cas, la moitié de la dot est remboursée.

159 – Chez les peulhs, le mari doit indemniser la femme pour les soins donnés aux enfants en bas âge après le divorce.

160 – Chez les nagots, la dot n'est pas remboursée en cas de répudiation.

161 – Dans la coutume bariba, les femmes qui ont abandonné leur mari continuent à lui envoyer le montant de leur impôt pendant 10 ans et peuvent revenir à lui dans ce délai. Les enfants ne sont pas remis au père, s'il y a eu faute grave de sa part.

Veuvage – Remariage après mort et après divorce

162 – La femme, après la mort de son mari, est généralement héritée. Elle épouse l'héritier naturel de son mari, sauf le frère aîné (pour toutes les coutumes côtières), dès que les secondes funérailles sont faites. Jusqu'à ce moment, elle était censée, en effet, être restée l'épouse du défunt.

163 – Avec le mariage d'échange, si l'un des maris meurt, sa femme reste avec son héritier et l'autre mariage n'est pas rompu.

164 – Chez les *fons*, elle peut refuser d'épouser l'héritier et rentrer dans sa famille : l'autre mariage est alors rompu.

165 – Dans cette coutume, de même que dans les coutumes *gouns*, la veuve est héritée par le fils aîné, sauf s'il est son propre fils. Dans ce cas un des fils issus d'une autre femme, enfin, à défaut, par un des frères cadets du défunt.

166 – Si la veuve ne veut pas se soumettre à cette obligation, elle est obligée de rembourser à sa belle-famille, la dot versée lors du mariage en tout ou en partie, le Tribunal fixant le montant de la restitution.

167 – Au contraire, chez les *minas*, ce ne sont pas les fils qui héritent des veuves de leur père, mais les frères cadets du défunt.

168 – La femme a presque toujours le choix entre les frères cadets du défunt, et même chez les *baribas*, *peulhs*, *sombas*, elle ne peut être contrainte d'épouser un de ses beaux-frères.

169 – Les *aïzos* du lac *Ahémé*, au contraire, sont très stricts sur l'obligation d'épouser un frère du défunt.

SECTION III

LA FILIATION ET LA PARENTE

La parenté

180 – La parenté existe par la mère comme par le père, bien que l'enfant rentre dans la famille de son père et appartienne à ce dernier, s'il est légitime. La parenté par le père est généralement, d'ailleurs, considérée comme la plus proche, sauf chez les *adjas* et les *minas* ; ces derniers considèrent les oncles et les cousins par la mère comme beaucoup plus proches par le rang et l'affection que les oncles et cousins par le père. Dans cette coutume, les neveux héritent de leur oncle maternel et vont habiter chez lui.

181 – L'enfant naturel n'a de parenté que par sa mère, si son père l'a abandonné ; c'est le seul cas d'ailleurs où les enfants puissent appartenir à leur mère et rentrer dans sa famille.

182 – Avec la parenté normale par les mâles, les cousins germains s'appellent entre eux frères et appellent leur oncle père.

Car, ils appartiennent à ce qu'on appelle la même classe d'âge, autrement dit, la même génération au sens strict du mot. De même, tous les cousins issus de germains, s'appellent frères entre eux et ainsi de suite, jusqu'à la 4ème ou 5ème génération.

Annexe 3 Questionnaire

Questionnaire d'enquête

A cocher

1) Avez-vous fait un mariage civil ?

Oui Non

2) Avez-vous fait un mariage en famille ?

Oui Non

3) Avez-vous donné la dot ?

Oui Non

4) Avez-vous fait un mariage religieux ?

Oui Non

5) Etes-vous polygame ?

Oui Non

6) Avez-vous une maîtresse dehors ?

Oui Non

Enquête 1 : Informations recueillies au près deux familles béninoises, relatives à l'évolution de la dot et la succession entre enfants légitimes et naturels au Bénin

Rapport d'informations recueillies

Au Bénin, le mariage traditionnel se matérialise par la dot. C'est une cérémonie à caractère symbolique qui sacralise l'union de deux personnes et au-delà de cette union, celle de deux familles. Si elle diffère de par ses caractéristiques suivantes qu'il s'agisse d'une ethnie ou d'une telle autre, elle demeure toutefois une tradition dont l'importance est unanimement reconnue au Bénin. La dot est une pratique coutumière ancestrale qui renvoie à des réalités multiples et variées selon qu'on soit d'un espace géographique ou d'un autre, d'une époque ou d'une autre. Par conséquent, la conception de la dot et sa pratique ont évolué au fil du temps, conduisant aujourd'hui à une réalité bien différente de celle d'autrefois.

À l'origine, la dot consistait par elle-même en une tradition autonome et authentique consacrant le mariage. Cette pratique était le corollaire de certaines valeurs fondamentales qui en justifiaient le caractère onéreux : le respect de la femme mariée, sa vertu (virginité), l'honneur de la famille, etc... Ainsi, la femme devait conserver sa virginité jusqu'au mariage sous peine de jeter le déshonneur sur elle-même et sur sa famille. De façon parallèle, en représentation de la valeur de cette vertu, la dot peut coûter très cher à la famille de l'homme, impliquant des dons allant du simple cola aux lopins de terre et troupeaux de bœufs.

Chez, les Baribas du nord-Bénin, et plus précisément dans la famille BAPARAPE, les choses n'en vont pas autrement. Jadis, les baribas déjà très jeunes étaient promis au mariage. À l'âge de maturité cette union est matérialisée à travers un rituel particulier à trois étapes : les avances, les fiançailles et enfin le mariage proprement dit, consistant en la dot. C'est après l'étape des fiançailles que la dot intervient. Ce ne sont pas les jeunes qui font les avances. Si un jeune garçon est en âge de travailler, ses parents lui enseignent l'importance du don. Et chaque fois qu'il quitte son champ ou son travail, il donne une partie de sa recette journalière à l'une

quelconque des dames du village, qu'il apprécie. Or dans la tradition Bariba, il était difficile, voire impossible de refuser un don. Comme en réponse à cet acte du jeune garçon, cette dame se doit donc de trouver à ce jeune homme, une femme à marier. Elle observe alors dans sa famille ou dans une famille qui lui est proche une jeune femme, qui n'est encore promise à personne. Après l'avoir trouvée, elle négocie avec les parents de la fille. Une délégation se constitue ensuite par les soins de cette même dame (entremetteuse) pour rendre visite à la famille du jeune homme.

Dès cet instant où les choses sont annoncées et acceptées de part et d'autre dans chaque famille, le jeune homme peut commencer à rendre visite à sa futur épouse. A chaque rencontre chez la fille, celle-ci est désignée par ses parents parmi toutes ses sœurs pour servir ses beaux-parents et futur mari. Sa mère lui enseigne par la même occasion les manières d'une bonne femme au foyer. Alors, la jeune fille comprend progressivement que son mariage est proche. Les parents du garçon vont se charger pendant ce temps de l'observer jusqu'à ce qu'elle ait la maturité nécessaire pour se marier (l'âge est variable : allant généralement de 14 à 18 ans. La menstruation constitue souvent le signal). Une fois que la jeune fille a ses premières menstruations, la famille de son futur mari s'empresse d'apporter la dot. La belle-famille peut refuser de l'accepter si celle-ci n'est pas à la hauteur de la valeur de leur fille. C'est là qu'apparaît l'importance de la virginité. Il n'y a pas de limite fixée, la famille de la future mariée peut demander tout ce qu'elle désire. En revanche, s'il s'avérait que la jeune fille ne soit pas vierge, la dot reçue doit être purement et simplement restituée, avec toute la honte et le déshonneur que cela génère. Ce développement montre bien toute l'importance de la virginité dans le mariage traditionnel chez les Barinas.

Par cette même logique, le facteur sus-évoqué est déterminant dans les changements observés de nos jours. Par la force des changements sociaux et du détachement culturel observés actuellement, la virginité n'est plus sur son piédestal d'antan. La conséquence directe reste bien évidemment la déstructuration de cette pratique traditionnelle qu'est la dot. Elle perd donc ce caractère onéreux que l'on lui connaissait et devient juste symbolique, surtout avec l'influence de la religion et du Droit. Le constat est qu'aujourd'hui, prédomine une société normative où le mariage légal et celui religieux prennent de la place dans la balance et diluent l'importance de la dot, à défaut de l'enrayer.

Quand on se penche sur la question chez les *fons* de Ouidah, à quelques différences près, le constat n'est pas différent de ce qui a été évoqué plus haut. Ci-après se trouvent les résultats d'une enquête menée à propos de la composition de la dot dans la famille TOGNIDE. Il est important de noter qu'ici, la dot se désagrège en deux parties. La petite dot encore appelée « connaissance des familles » et la « grande dot ».

Famille TOGNIDE de Ouidah

Connaissance (petite Dot)

C'est la première étape. C'est le moment où l'homme et sa famille vont rencontrer officiellement la famille de la future mariée munis de certains cadeaux bien déterminés, pour la petite Dot : quatre (04) différentes liqueurs et une enveloppe contenant de l'argent (montant au choix). La façon de recevoir l'homme et sa famille ou de ne pas les recevoir dépend de la famille de la fille.

Grande Dot

C'est suite à la « connaissance des familles » si celle-ci a été positive que la famille de la fille définit la liste de la grande Dot qu'elle va présenter à la famille de l'homme. Dans cette famille, la liste de la Dot se présente en général comme suit :

«Gbébiobio », signifie en langue Fon : permission d'entrée dans la maison : une enveloppe d'argent (montant variable).

2- « Atchossou », les jeunes de la maison : quatre (04) liqueurs et une enveloppe d'argent (montant variable)

3- « Tangninon », les femmes de la maison : quatre (04) liqueurs et une cartouche d'allumettes plus une enveloppe d'argent.

4- Oncles et tantes paternelle : une liqueur et une enveloppe d'argent.

5- Oncles et tantes maternelles : une liqueur et une enveloppe d'argent.

6- Frères et sœurs de la mariée : une enveloppe d'argent.

7- Cousins/cousines paternels : une enveloppe d'argent.

8- Cousins/cousines maternels : une enveloppe d'argent.

9- Les épouses de la maison : un sac de sel (25kg) et une enveloppe d'argent.

10- Père de la mariée : une pièce de pagne Vlisco et une liqueur plus une enveloppe d'argent.

11- Mère de la mariée : 1/2 pièce de pagne Vlisco et une liqueur plus une enveloppe d'argent.

12- 3 types de Colas (ATA, OVI, AHOE) : 21 ou 41 de chacun plus une enveloppe d'argent.

13- Une Valise constituée pour la mariée elle-même, contenant parures, pagnes, bijoux, chaussures, sacs, produits de beauté etc.. ; des ustensiles de cuisine (séries de casseroles, bols, marmites, bouteille de gaz, plats, cuillères, fourchettes etc..), une malle plus 8 ou 12 liqueurs (inclus GET 27 ou DUBONNET plus une enveloppe d'argent).

Si les résultats des enquêtes fournies jusqu'ici dénotent de l'allègement du caractère onéreux de la dot, le fait est plus remarquable chez les Dendis de Djougou dans le Sud du Bénin. On constate nettement par l'analyse de la liste de dot obtenue auprès de la famille YACOUBOU, que la dot est vraiment symbolique aujourd'hui.

Pour doter une femme chez les dendis de Djougou, les choses se présentent généralement ainsi :

La dot proprement dite : Une calebasse de colas plus une somme d'argent allant de 20 à 50.000francs CFA.

Le trousseau de la femme mariée : en ce qui le concerne, le trousseau est au moins constituée ainsi dans la famille YACOUBOU: huit (08) à dix (10) pagnes de luxe, quatre (04)

à six (06) pagnes beaucoup moins onéreux. Des hijabs en raison du “walima”, des vêtements pour femme, des accessoires de beauté, et même de la lingerie.

En complément de tous ces objets, une somme conséquente est également versée à la belle famille.

Il ressort comme constat suite à ces diverses enquêtes que la dot de plus en plus aujourd’hui est une pratique symbolique mais qui toutefois garde une importance notoire dans la culture Béninoise.

Un autre point d’intérêt non moins lié à la question du mariage dans la culture Béninoise reste la question de la succession. Nous nous sommes plus particulièrement intéressés à cette problématique au regard du traitement réservé aux enfants naturels dans la succession de leurs parents. Sont-ils considérés de la même manière que les enfants légitimes ? La conclusion générale qui s’impose à l’issue des différentes enquêtes menées démontre que traditionnellement, l’enfant naturel est traité de la même façon que celui issu aussi bien du mariage légal que du mariage coutumier. Culturellement, aucune discrimination n’est faite par rapport aux enfants, qu’ils soient légitimes ou adultérins. Ainsi, un enfant naturel aurait droit à l’héritage de son parent décédé au même titre que l’enfant légitime. La seule discrimination remarquée se situe au niveau du sexe des héritiers. Mais cela indépendamment du fait qu’ils soient enfants adultérins ou issus du mariage.

La dot chez les Dendis

Pour doter une femme chez les dendis de Djougou, dans la famille YACOUBOU, les choses se présentent généralement ainsi :

1- La dot proprement dite : Une calebasse de colas + 20 à 50.000f.

2- Le trousseau :

En effet, concernant le trousseau à Djougou, généralement il faut :

1 *au moins trois pagnes supers hollandais*

2 *quatre vlisco*

3 *deux côte d'ivoire*

4 *deux beaucoup moins onéreux*.

Par ailleurs, si éventuellement l'intéressé (le futur mari) a lu le coran jusqu'à terme, là il y a ce que nous appelons *walima*, et il serait donc nécessaire de mettre un *Hidjab*.

Mis à part les pagnes, le reste se résume en toutes sortes d'accessoires nécessaires à la future mariée. Il s'agit par exemple de :

-Colliers ;

-Accessoires de maquillage ;

-Parfums ;

-Voiles communément appelés "tèkèntè".

En complément de tous ces objets, une somme plus conséquente par rapport à celle de la dot est versée. On peut dire que minimum ne saurait excéder 200.000f

La dot chez les Baribas

Dot en milieu Bariba: famille BAPARAPE

Autrefois, les baribas déjà très jeunes, étaient promis au mariage. À l'âge de maturité cette union est matérialisée à travers un rituel particulier à trois étapes : les avances, les fiançailles et enfin le mariage proprement dit. C'est à l'étape des fiançailles que la dot intervient.

Ce ne sont pas les jeunes qui font les avances. Si un jeune garçon a l'âge de travailler, ses parents lui enseignent l'importance du don. Et chaque fois qu'il quitte son champ ou son travail, il donne une partie de sa recette journalière à une dame qu'il apprécie. Comme en

réponse à cet acte du jeune garçon, cette dame se doit donc de trouver à ce jeune homme, une femme à marier. Elle observe alors dans sa famille ou dans une famille qui lui est proche une jeune femme, qui n'est encore promise à personne. Après l'avoir trouvée, elle négocie avec les parents de la fille. Une délégation se constitue alors pour rendre visite à la famille du jeune. Or, dans la tradition bariba, il était difficile voire impossible de refuser un don.

A chaque rencontre chez la fille, elle est désignée par ces parents pour servir ses beaux parents et sa mère lui enseigne par la même occasion les manières d'une bonne femme au foyer. Par ces actes, la jeune fille comprend progressivement que son mariage est proche. Les parents du garçon vont se charger de l'observer jusqu'à ce qu'elle ait la maturité nécessaire pour se marier. Le moment venu, une délégation s'en va pour rappeler la promesse. Une date est fixée. Ils reviennent donc avec des mets et divers cadeaux, lorsque le consentement leur est donné.

Une fois que la jeune fille a ses premières menstruations, la famille de son futur mari s'empresse d'apporter la dot. Il s'agit d'un geste symbolique. La belle-famille peut refuser de l'accepter si celle-ci n'est pas à la hauteur de la valeur de leur fille. C'est là que l'importance de la virginité apparaît. S'il s'avérait que la jeune fille ne soit pas vierge, la dot est purement et simplement restituée avec toute la honte et le déshonneur que cela procure. Dans le cas contraire, si la fille est vierge, c'est sa famille qui en sort grandie.

Ce facteur est déterminant dans les changements observés de nos jours. Rares sont les jeunes filles qui sont vierges aujourd'hui au moment des fiançailles ce qui fait que leurs familles ont du mal à poser des conditions semblables à celles d'avant. De nos jours, certaines ont même déjà des enfants au moment des fiançailles. Ça n'a pas la même valeur a expliqué le vieux que nous avons questionné. La dot est composée de noix de colas plus une somme financière symbolique. Une fois la dot apportée, une valise est préparée pour la future mariée. Celle-ci comporte des bagnes, bijoux et quelques accessoires indispensables pour toute femme nouvellement mariée. Cette valise est ensuite remise à la belle famille. C'est à la suite de tout cela que la date du mariage est fixée.

Les cérémonies de baptême au sein des peuples baribas : Un attachement à la tradition.

Au sein des peuples baatonus, l'arrivée au monde d'un nouveau-né est un évènement spécial. Connus pour leur attachement à la tradition, les baribas accordent beaucoup d'importance à la naissance d'un nouveau membre de leur clan.

Le baptême : une reconnaissance envers les ancêtres

A en croire les anciens, la cérémonie de baptême est un rituel qui date de plusieurs siècles. Le baptême est considéré comme une immersion rituelle par laquelle on est initié à la vie spirituelle. Le nouveau-né est officiellement lancé dans la vie terrestre. Le baptême est marqué par le rasage des cheveux de l'enfant. Il est à noter que le rite du rasage se fait lors de toutes manifestations officielles chez les baribas et principalement lors des festivités de la Gaani.

L'importance du rasage

Il consiste à enlever les cheveux du baptisé à l'aide d'un rasoir sacré et sous la direction de la prêtresse désignée à cet effet. Cette dernière est appelée Gnon kogui. C'est elle qui est chargée de donner un nom aux personnes rasées. Ces noms sont nombreux. On peut donc citer quelques-uns comme : Mora, kora, Séro, Saka, Lafia, Gounou, etc. Chaque nom a une signification et peut influencer la vie de celui ou celle qui le porte. Le rasage est important en milieu bariba, mais seules certaines personnes bien déterminées en ont le droit.

Une affaire de caste

A priori, le lecteur non initié pourrait penser au regard de ce qui a été dit qu'il suffit d'être bariba pour bénéficier du baptême traditionnel. Erreur ! Seuls les princes wassangaris peuvent se faire raser et donc être baptisés. Les wassangaris sont les membres d'une caste très noble au sein des peuples baatonus. Être un prince ou une princesse wassangaris confère une fierté particulière. L'on n'est pas wassangari par sa propre volonté. Il faut plutôt appartenir à une lignée de cette caste. Le baptême traditionnel qui est tout à fait différent du baptême religieux musulman ou autre, confère donc une certaine légitimité. Contrairement au baptême musulman ou catholique pour ne citer que ceux-ci, le baptême chez les baribas peut se faire à l'âge enfant ou adulte.

Des réticences contemporaines liées au baptême

De nos jours, nombreux sont ceux-là qui n'accordent plus une grande importance à ce rituel. La civilisation en est la principale cause. Ceux-là qui essaient de fuire leur culture sont très souvent mal vus au sein de la communauté baatonu. Toutefois, cette frange de personnes est moindre car la plus grande masse de cette ethnïe est toujours acoquinée du baptême. L'on peut donc voir des intellectuels ou des personnes très hautes placées qui conduisent leurs progénitures à la gaani pour se faire baptiser. Tout compte fait, l'importance de cette cérémonie n'est plus à démontrer et les vrais baatonus, les authentiques le savent parfaitement bien.

La succession chez les Baribas. Famille BAPARAPE

La tradition bariba est l'une des plus discriminatoires en matière de succession. Dans les temps anciens cela était plus palpable. Les femmes n'avaient même pas le droit de siéger là où les questions successorales sont traités. Une fois la personne décédée, ce sont ses enfants garçons qui ont la priorité. On dit souvent chez les baribas que "la femme n'a pas de chez, sinon que sa maison est celle de son mari". Ainsi, les hommes avaient droit aux 3/4 de l'héritage.

Si cela était accepté comme tel avant, cela n'est plus le cas aujourd'hui. Les gens sont allés à l'école et les mentalités ont changé. C'est pour cela qu'on assiste à plus en plus de conflits liés à la succession. Les femmes n'acceptent plus cette discrimination. Pour tout résumer, la question était très nuancée et épineuse. Mais aujourd'hui, la tradition a changé. Aucune différence n'est faite entre les enfants.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Ouvrages généraux

AGBEKPONON Kouévi, *La vocation héréditaire de la femme dans le droit positif togolais*, Penant, 1981, 421 p.

AGOSTINI Emmanuel, *Droit comparé*, PUF, 1988, n°125, 243 p.

AMENUMEY Divine E. Kobla, *Les Éwé aux temps précoloniaux : une histoire politique des Anlan, des Guin et des Krépi* (traduit de l'anglais par Godwin Tété), Paris, L'Harmattan, 2011, 181 p.

Annales de la Propagation de la Foi, Tome XXXIII, mars 1861, 151 p.

ANTA DIOP Cheikh, *L'Afrique noire précoloniale*. Présence Africaine, 1980, Paris, 278 p.

ANTA DIOP Cheikh, *L'unité culturelle de l'Afrique noire. Domaine du patriarcat et du matriarcat dans l'antiquité classique*. 2^e éd, Présence Africaine, 1982, Paris, 220 p.

ANTOINE Philippe, DIAL Fatou Binétou. *Mariage, divorce et remariage à Dakar et Lomé*, septembre 2003. 232p.

ANTONINI-COCHIN Laetitia, *Le paradoxe de la fidélité*, Dalloz, 2005, Chr., 152 p.

ANTONINI-COCHIN Laetitia, COURTIN Christine, Harmattan *L'essentiel de la Jurisprudence civile Famille*, Gualino, Lextenso édition, 2009, Paris, 112 p.

AUSTIN John, *Lecture ou Jurisprudence, conférences sur la jurisprudence ou philosophie du droit positif*, 5^e éd 1885, vol. 2, 504 p.

BADET Gilles, *Cour constitutionnelle et régularité des élections au Bénin, Cotonou, Friedrich Ebert stiftung*, 2000, 187 p.

BÉNABENT Alain, *Droit de la famille*, 2^e éd., Montchrestien, Paris, 2012, n° 1936, 554 p.

BERNARD Sylvain et FARGE Michel (dir), *Les mutations contemporaines du droit de la famille*, PUG, 2019, 216 p.

BERQUE Jacques, *Dépossession du monde*, Paris, Seuil, 1964, 221 p.

BINET Jacques *Le mariage en Afrique noire*, Paris, éd du Cerf, 1959, 176 p.

BLANC François-Pierre, *Introduction historique à l'étude du droit musulman chaféite des États francophones de l'océan Indien (République de Djibouti - Union des Comores)*, éd. Balzac, 2015, 517 p.

BLANDENIER Jacques, *L'Essor des Missions protestantes*, mêmes éditeurs, 2^e édition, 2015, 621 p.

BLOCHER Jacques et BLANDENIER Jacques, *L'Évangélisation du monde, Précis d'Histoire des Missions*, volume I, Emmaüs et Institut Biblique de Nogent, 2011, 382 p.

- BOISTEL Alphonse**, *Précis du cours de droit commercial*, éd. (1876), Hachette, Paris, 2018, 1198 p.
- BOLTANSKI Luc, THEVENOT Laurent**, *Cité domestique*, éd Gallimard 1991.
- BOURDELOIS Béatrice**, *Le mariage polygamique en droit international français*, Paris, édition joly, 1993, 398 p.
- BOURDIEUX Pierre**, *La domination masculine*, éd du seuil, 1998, 190 p.
- BOURDIEUX Pierre**, *Le sens pratique*, Paris, éd de minuit, 1980, 128 p.
- BOUZEKRI Mariem**, *Mariage et liberté ; une étude comparative entre le droit français, tunisien et musulman*, L'Harmattan, 2017, Paris, 406 p.
- CAMARA Fatou Kiné, KANJI Saliou Samba Malaado**, *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, L'Harmattan 2000, Paris, 314 p.
- CAPITANT Henri**, *cours élémentaire de droit civil*, 2^e éd, 2018, tome I, 1064 p.
- CARBONIER Jean**, *Essais sur les lois*, Paris, 2^e éd. Répertoire du Notariat Défrénois, 1995, 176 p.
- CARBONNIER Jean**, *Droit civil, la famille, l'enfant, le couple*, Tome II, 21^{ème} édition, PUF, 2002, 483 p.
- CARBONNIER Jean**, *Droit et Passion du droit sous la VI République*, Flammarion, 1996, 273 p.
- CARBONNIER Jean**, *A chacun sa famille à chacun son droit. Essais sur les lois*, Défrénois, 1979, 167 p.
- CASTALDO André**, *Introduction historique au droit*, 1^{ère} éd. Dalloz, 1999, Paris, 452 p.
- CAVIN Anne Claude**, *Droit de la famille burkinabé. Le code et ses pratiques à Ouagadougou*, Paris, Harmattan, Coll. Sociétés africaines et diaspora, 2000, 322 p.
- CHABAS Jean-François**, *Transformation du Droit local et évolution économique*, Annales africaines, 1962, 151 p.
- CHARBIT Yves et al.**, *Nuptialité et fécondité au Sénégal*, p. 37-58. – INED. (Travaux et documents, n° 112, 148 p.
- CONAC Gérard**, *Dynamique et finalité des droits africains et fidélité des droit africains*, *Economica*, 1980. 476 p.
- CORNU Gérard**, *droit civil : introduction, les personnes, les biens*, Montchrestien. 6^e éd., 181 p.
- CORNU Gérard**, *Droit civil, La famille*, 9^e éd., Montchrestien, 2007, n° 183, Paris. 656 p.
- CORNU Gérard**, *L'art d'écrire la loi, Pouvoirs*, n° 107, 1990,
- COULANGEON Philippe**, *Sociologie des pratiques culturelles*, Paris, La Découverte, 2010, 125 p

COULIBALY Sayon, *Essai sur le droit coutumier africain*, Master Droit des Affaires- FSJES Agdal, Rabat, Aout 2011, 247p.

COURBE Patrick., *Introduction générale au droit*, 6^{ème} éd, Dalloz 1999, 72 p.

COURBE Patrick, et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit de la famille*, Paris, 6^e éd Sirey, n°84, 2013, 572 p.

COUTURIER Charles, *Mission de l'église*, éd. L'Orante 1957. 144 p.

MBASSA MENICK Daniel *Adolescence et violence : impact des traditions et coutumes africaines dans la signification de la loi à l'enfant en pratiques familiales, sociales, éducatives et juridiques*, Med Trop, 2003, 607 p.

DE CHARDIN Pierre Teilhard, *Le Phénomène humain*, Points, 1955, 326 p.

DE SINGLY François, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, 5^e éd Arman Colin, 2014, 127 p.

DE WILDE John, *Expérience de développement agricole en Afrique tropicale*, Paris, Tendances Actuelles, 1968, 256 p.

DEKEUWER-DÉFOSSEZ Françoise, *L'égalité des sexes*, Dalloz, 1998, Paris, 101 p.

DIA Mamadou, *Contribution à l'étude mouvement coopératif en Afrique*, Présence Africaine, Paris, 1981, 62 p.

DIAL Fatou Binétou, *Mariage et divorce à Dakar, itinéraires féminins*, éd Karthala et CREPOS, Paris et Dakar 2008, 204 p.

DIAMOND Arthur Sigismund, *Primitive law*, London, 1935. 78p.

FENOUILLET Dominique, SEVE René, *la famille en mutation, archives de philosophie du droit*, Paris, tome 57, Dalloz, 2014, 583 p.

DOS SANTOS Daniel, *Place du droit coutumier africain dans la formation des Etats africains*, Faculté des sciences sociales, Université d'Ottawa (CANADA), p.17

Droit de l'enfant et de la famille : hommage à Marie-Josèphe Gebler, Presses Universitaires de Nancy, 1999, 188 p

DURKHEIM Émile, *Leçon de sociologie*, 1^{re} éd, PUF, 1950, Paris, 368 p.

DURNING Paul, *éducation familiale auteurs, processus et enjeux*. 1^{re} éd : décembre 1995, PUF, 75006, Paris, 294 p.

BURGAUD Emmanuelle, DELBREL Yann et HAKIM Nader, *Histoire, théorie et pratique du droit, étude offerte à Michel Vidal*, PUB, 2010, 1140 p.

HARTLAND Edwin Sidney, *Primitive law*, 1924, Londres, 222 p.

ETOUGH Dominique, *Justice indigène et essor du droit coutumier au Gabon, la contribution de Léon M'BA-1924-1938*, Paris, Harmattan 2007, 172 p.

FANON Frantz, *les damnés de la terre*, Maspero, 1961, Paris, 311 p.

EZEMBE Fernand, *L'enfant africain et ses univers*. Paris, 1^{ère} éd, Khartala, 2003, 405 p.

ENGELS Friedrich., *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*, L'esprit du temps, 2021, 254 p

FULCHIRON Hugues, *Mariage – conjugalité. Parenté – parentalité*, (dir), Dalloz, 2009, Paris, 209 p.

GALBRAITH John Kenneth, *L'ère de l'opulence*, Paris, Seuil, 1959, 334 p.

GARÉ Thierry, *Droit des Personnes et de la famille*, 3^e éd., Montchrestien, 2004, Paris, 165 p.

GARRISSON Francis, *Histoire du Droit et des Institutions*, Paris, Montchrestien, Tome.1, 409 p.

GBAGO Georges Barnabé et DEVAUX Olivier, *La dot et le mariage en Afrique*, Presses de l'université de Toulouse 1 Capitole, Droit béninois n°2-2013,191 p.

GEERTZ Clifford, *Local Knowledge*, New York, Basic Books, 1983, 260 p.

GHESTIN Jacques, GOUBEAUX Gilles et FABRE-MAGNAN Muriel, *Traité de droit civil, tome 1 : Introduction générale*, 4^e éd. 1994, 891 p.

GONIDEC Pierre-François *droit africains évolution et source*, 2^{ème} édition LDGJ, 1976, Paris, 290 p.

GRIMALDI Michel (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Paris, 5^e éd., Dalloz, 2014, 91p.

GUIGOU, Elisabeth, *Quel droit, pour quelles familles ? Colloque du 4 mai 2000, la documentation française*, Paris, 189 p.

HUGO Victor, *Odes et balades*, Paris, Gallimard, 1980. 478 p.

Jacques BLANDENIER, *L'Essor des Missions protestantes*, volume II, Emmaüs et IBN, 2^e éd, 2015, 610 p.

KIZERBO Joseph, *Histoire générale de l'Afrique : Méthodologie et préhistoire africaine*, tome 1, Présence Africaine, 2000, 134 p.

KNIBIEHLER Yvonne, *Les pères aussi ont une histoire*, Hachette, 1987. p. 343

KOUASSIGAN Guy- Adété, *Quelle est ma loi ? Paris, tradition et modernisme dans le droit de la famille en Afrique noire francophone*, éd A. PEDONE, Paris, 1974, 211 p.

KOUASSIGAN Guy- Adété: *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit de la famille en Afrique noire francophone*, éd. A. PEDONE, 1974, Paris, 311 p.

KUYU Camille, *A la recherche du droit africain du XXI^e siècle*, éd. Londres, Connaissances et savoirs, 2005, 280 p.

LACROIX Jean, *Forces et faiblesses de la famille*, Paris, seuil, 1948, 178 p.

LAMPUE Pierre. *Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone*, *Penant*, n° 765, juillet-Aout-Septembre 1979, 245-288

Le droit privé français à la fin du xx^e siècle. Études offertes à Pierre CATALA, Paris, Litec, 2001, 487p.

- LE PLAY Frédéric**, *la réforme sociale en France*, Paris, Plon, 1984, Paris, 422 p.
- LEBRET Louis-Joseph**, *Suicide ou survie de l'Occident*, Ed. Ouvrière, 1958, Paris, 402 p.
- LEFEBVRE Francis**, *Droit de la famille, mémento pratique*, 2015, Paris, 1347 p.
- LENOIR Rémi**, *Généalogie de la morale familiale*, Paris, Seuil, 2003, 586 p.
- Les grands-parents et leurs descendants : quelles relations juridiques ?* Litec. p. 17
- LEVENEUR Laurent**, *Renforcé l'autorité parentale et promouvoir les droits des enfants ? L'autorité parentale en question*, Paris, Presse Universitaire du Septentrion, 2003, 82 p.
- LEVIS-STRAUSS Claude**, *Anthropologie structurale*, Plon, 1958, Paris, 392 p.
- LEVIS-STRAUSS Claude**, *Race et Histoire*, Gonthier, 1961, Paris, 85 p.
- LEVY-BRUHL Henri**, *Sociologie du droit, Que sais-je ?* 6ème éd., 1981, 128 p.
- M'BAYE kéba**, *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, études préparées à la requête de l'Unesco*, (dir.), Paris, Larose, 1968, p. 75.
- MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, FULCHIRON Hugues**. *Droit civil, la famille*, Défrénois, lextenso, 4^e éd, 2011, Paris, 748 p.
- MALINOWSKI Bronislaw**, *La paternité dans la psychologie primitive*, éd Allia, Avril 2016, 96 p.
- MARAN René**, *légendes et coutumes nègres de l'Oubangui-Chari : choses vues*, Fayard, Paris, les œuvres libre, n° 147, 1933, 359 p.
- PILON Marc, LOCOH Thérèse, VIGNIKIN Émilien, VIMARD Patrice**, *Ménages et famille en Afrique, approches des dynamiques contemporaines*, Les Études du CEPED 1997, 476 p.
- MAYER Raymond.**, *Histoire de la famille gabonaise*, 2^e éd LUTO, 2002, 196 p.
- MELONE Stanislas**, *Droit des personnes et de la famille*, encyclopédie juridique de l'Afrique, Tome VI, Abidjan-NEA, 1982, 477 p.
- Michel ALLIOT**, *Cours d'institutions privé africaines et malgaches*, LAJP, Paris, 1970, fascicule 3, 43 p.
- MIKA L. M. Ruffin**, *Enjeux, Ethiques de la régulation des naissances en Afrique. Sexualité, fécondité, développement*. Ed. Actuel B-1348 Louvain- La- Neuve, 1998, 120 p.
- Missionnaires des Diocèses de Laon et Soisson**, *Annales de la Propagation de la Foi*, Tome XXXIII, mars 1861, 151p.
- MOISDON-CHATEIGNER Sylvie**, *Les grands-parents et leurs descendants : quelles relations juridiques ?* Litec, 2010, 262 p.
- MOULARE Ahioua.**, *L'évolution de la famille ivoirienne*, Abidjan, 1968, 139 p.
- MOUSNIER Mireille, POUMAREDE Jacques**, *La coutume au village dans l'Europe Médiévale et moderne*. Toulouse, 2001, 118 p.

- NIBOYET Frédérique**, *L'ordre public matrimonial*, Paris, L.G.D.J., 2008, n° 1, 444 p.
- NOUKAHA François, ELOMO NTONGA lisette, OMBIONO Siméon**, *Tendance jurisprudentielles et doctrinales des droits des personnes et de la famille de l'ex-Cameroun Oriental*, université de Yaoundé, 1990. 310 p.
- OKOUMA Norbert**, *Le droit des régimes matrimoniaux au Gabon*, Cours de Master I, Université Omar BONGO, Libreville 2006-2007.
- OLAWALE Elias Taslim**, *La nature du droit coutumier africain*, Présence africaine, 1961, g
- OUÉDRAOGO Dieudonné et PICHE Victor** (dir.), *L'insertion urbaine à Bamako*, éd Karthala, 1995, Paris, 144 p.
- OYANE MEGNIER Elisabeth**, *Cuentos nigros de Cuba : aux sources de l'oralité bantoue*, PUP, 2013, 154 p.
- Perspective de reformes en droit de la famille*, Drt. Fam. (n° hors-série), Dèc., 2000, 318 p.
- PLANIOL Marcel ; Georges RIPERT**, *Traité pratique du droit civique français*, tome II, 2^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 1952, 59 p.
- PLIYA Jean**, *Les tresseurs de corde*, Hatier, 1988, 240 p.
- PREVOST Liliane, LAYE Barnabé**, *Guide de la sagesse africaine*, L'Harmattan, 1999, 338 p.
- PREVOST Liliane, DE COURTILLES Isabelle**, *Guide des croyances et symboles, Afrique : bambara, dogon, peul*, Harmattan, 2005, Paris, 253 p.
- RABAIN Jacqueline** *L'enfant du lignage du sevrage à la classe d'âge chez les Wolofs du Sénégal*, Bibliothèque scientifique, Payot, 1994, Paris, 237 p.
- RAYNAUD Philippe**, *La nature juridique de la dot, Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, Sirey 1934, Paris, 263 p.
- RENAUT Marie-Hélène**, *Histoire du droit de la famille*, 2^e éd Ellipses 2012, Paris, 118 p.
- ROMANO Santi**, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1946/1975, Paris, 451 p.
- ROSTOW Walt Whitman**, *Les étape de la croissance économique*, Paris, Seuil, 1960.
- ROULAND Norbert**, *Aux confins du droit : Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 2017, 302 p.
- ROUSSEAU Jean-Jacques**, *Du contrat social*, Flammarion, 255 p.
- RUBELLIN-DEVICHI Jacqueline et FRANK Rainer**, *L'enfant dans les conventions international*, (Dir.). PUL, 1996, 485 p.
- RUDE-ANTOINE Edwige**, *Des vies et des familles, Les immigrés, la loi et la coutume*, Paris, éd Odile Jacob, Paris, 1997, 321 p.
- SACCO Rodolfo**, *Anthropologie juridique : apport à une macro-histoire du droit*, Paris, Dalloz, 2008, 270 p.
- SAVATIER René**, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, 2^{ème} éd LDGJ, 1963, 224 p.

SCHNEIDER Benoît, MIETKIEWICZ Marie-Claude et BOUYER Sylvain, *Grands-parents et grand-parentalités*, Erès, 2005. 282 p.

SELIGMAN Edwin Robert Anderson, JOHNSON Alvin Saunders, *The encyclopedia of the social sciences*, vol. IX, 19, 1945, 376 p.

SENGHOR Léopold Sédar, *Négritude et humanisme*, présence africaine, Paris 1964.

SERPOS Tidjani, *note sur le mariage au Dahomey, nouvelle du sud*, 1998, 163 p.

SOHIER Antoine, *droit coutumier du Congo Belge, Bruxelles*, Larcier, 1954, 165 p.

SOLUS Henry, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, 1927, n° 186, 590 p.

SOSSA Dorothée *introduction à l'étude du droit*, édition Tundé, février 2007, 239 p.

SZRAMKIEWICZ Romuald, *Histoire du droit français de la famille*, Paris, Dalloz 1995, 148 p.

TARDE Gabriel, *Les lois de l'imitation*, 1890. 476 p.

TERRE François, Dominique FENOUILLET. *Droit civil, la famille*, Paris, 9^e éd Dalloz, 2018, 1257 p.

TERRE François, *Introduction générale au droit*, Dalloz 2015, 10^e édition 644 p.

TERRE François, P. SIMLER, Y LEQUETTE, *les obligations*, Dalloz, 7^e ed., 1999, n° 186, Paris. 2036 p.

THERY Irène, *Le démariage*, Paris éd. Odile Jacob, 1993, 396 p.

TIDJANI SERPOS Abdou, « Notes sur le mariage au Dahomey », in études dahoméenne, 1952, p. 74

TSALA-TSALA Jacques Philippe, *Fonctions familiales et recomposition familiale. Clinique d'une famille camerounaise*. Divan Fam 2004, 2(13).

VANDERLINDEN Jacques, *Les systèmes juridiques africains*, PUF Collection Que sais-je n°2103, 1983, 128 p.

WEIL Alex et TERRE François, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapables*, Paris, 28^e éd, Dalloz, 2010, 587 p.

WEILL Alex et TERRE François, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, 5^e éd., Dalloz, 1990, 981 p.

WODIE Francis., *La loi*, n°4, éditions CERAP, Abidjan 2011, 16 p.

YAO Koffi Martin, *Famille et parentalité en Afrique à l'heure des mutations sociétales*, Harmattan, 2014, 276 p.

Thèses, Mémoires

ADIDO Roch, *Les traités essentiels du projet de code de la famille et des personnes du Bénin*, D.E.A., Perpignan. 1998. 164 p.

AHOUANGAN Denis, *Le système de parentalisation communautaire et le droit de la famille au Dahomey*, Thèse, LAJP, 1975, Paris, 401 p.

BITOTA MUAMBA Joséphine, *Recherche sur le statut juridique de la femme en Afrique*, Thèse, Toulouse I, 2003, 582 p.

CRITICO Laura, *Le choix dans la transmission du nom de famille : Un réel besoin ou simple leurre, mémoire de master en droit*, Louvain, 2016, 88 p.

ENGONE NDONG Calixte, *La communauté Haoussa du Gabon, 1930-1990 : Le commerce et l'islam dans la construction de son identité en région d'Oyem et sa marginalisation*, th. Philosophie, Québec, 1998, 431p

Évelyne MICOU, *L'égalité des sexes en droit Privé : de quelques aspects essentiels*, Thèse, Presses universitaires de Perpignan, 1997, 519 p.

GANDJI J., *Terre, Parenté, chez les Mahi (Dahomey)* Thèse, LAJP, 1978, Paris, 112 p.

HOUNGBÉDJI Adrien, *Le droit de la famille dans les coutumes du bas-Bénin*, Thèse, Paris, 1967, 418 p.

KUYU Camille, *Parenté, Droit et Développement en Afrique noire. Evaluation critique des recherches menées au Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris de 1965 à nos jours*, Mémoire, Paris I, 1989. 176 p.

LUSANGU Gabriel, *Structures parentale et développement au Congo.*, Thèse, LAJP, 1971, Paris, 228 p.

NIYIRORA Eliezer, *le problème de concubinage au Rwanda, Mémoire, Rwanda*, 1988, 68 p.

NYANGUI N'NA SANTIA Mariel, *Le droit gabonais de la famille entre tradition et modernité*, thèse, Perpignan, 2014, 566 p.

NZEBI K. L., *Le statut de la veuve en droit successoral gabonais*, Mémoire de Master II, FIDEF, Perpignan, juillet 2009, 83 p.

SANTOS Anani, *Option des indigènes en faveur de l'application de la loi française en Afrique occidentale française et au Togo*, thèse, Paris, 1943, 422 p.

Articles

ABARCHI Djibril, « Problématique des réformes législatives en Afrique, le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Penant*, n° 842, Janvier-Mars, 2003, p. 88-105

ADAMOU Moctar, « Nouvel éclairage sur l'adultère au regard de l'évolution du droit positif béninois », *Colloque sur la décennie du CPF, 2004, in Panel 5 : Le contentieux familial*, p.187.

ADIDO Roch, « les fiançailles dans le code des personnes et de famille au Bénin », *les personnes, la famille et le droit en république du Bénin ; Contribution à l'étude du code de la personne et des familles ; Edition Juriste OUANILO Février 2007*, p.55

ADJAMAGBO-JOHNSON Kafui. « Inégalité de droit, coexistence de droit : coutume moderne pour un contre égalité ? », *colloque internationale Genre population et développement en Afrique*, 2001, p 16-21.

AHMUF, « le sang. Famille, parenté, transmission du Moyen-Age à nos jours » *Colloque internationale de la société et de la démographie historique*, 2017, Paris, p. 1 à 5.

AHOUANDJINO DJOSSILOU, « Le mariage monogame dans le droit positif béninois : intérêt et perspectives » in *la dot et le mariage en Afrique, Droit béninois*, Presses de l'université de Toulouse 1 Capitole, n°2-2013, p. 19 à 32.

ALLIOT Michel, « La coutume dans les droits originellement africains », *Bulletin de liaison du LAJP*, n° 7-8, 1985, p. 79 - 100

ANDREETTA Sophie, « Pourquoi aller au tribunal si l'on n'exécute pas la décision du juge ? Conflits d'héritage et usages du droit à Cotonou », *Politique africaine*, N°141, 2016, p. 147 à 168

ANIGNIKIN Sylvain, « Histoire des populations Mahi », in *Cahier d'étude Africaine*, n° 162, éd 2001. p. 243-266

ANTOINE Philippe, DJIRE Mamadou et NANITELAMIO Jeanne, « Au cœur des relations hommes femmes : polygamie et divorce », in *Trois générations de citadins au Sahel : trente ans d'histoire sociale à Dakar et à Bamako*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 147-180.

ARNAUD André-Jean, « repenser un droit pour l'époque post-moderne », *le courrier du CNRS*, n°75, 1990, pp. 71-98

ARRIGHI Gabriel, « Le droit de la famille au Sénégal », in *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, études préparées à la requête de l'Unesco, Paris, Larose, 1968, p. 83 à 116.

ATANGANA-MALONGUE Thérèse, « Le principe d'égalité en droit camerounais de la Famille », *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, Vol.1, n°3, 2003, p. 171.

ATTIAS-DONFUT Claudine, « Les grands-parents en Europe : de nouveaux soutiens de famille », *Informations sociales*, vol. 149, no. 5, 2008, p. 54-67.

BALANDIER Georges, « Mythes politiques de la colonisation et de décolonisation en Afrique », in *cahiers internationaux de sociologie*, vol XXXIII, 1962, p. 85 et svt.

BAZEMO Maurice, « L'affranchissement chez les Peuls de la région sahélienne du Burkina Faso : la réalité », *Actes des colloques du Groupe de recherche sur l'esclavage dans l'antiquité*, vol. I, Besançon, Presses universitaires de Franche-Comté, 2008, p. 153-158.

BEGE-SEURIN Denise, « Le droit de correction maritale » in *Histoire, théorie et pratique du droit* », étude offerte à Michel Vidal, *LDJI* 2010, p. 141-145

BENSLAMA Fethi, GRANDGUILLAUME Gilbert, « Transformation de la figure du père et fonction paternelle », in *Père-Métaphore paternelle et fonction du père : l'interdit, la filiation, la transmission*, 1989, Paris, p. 349.

BISHIKWABO Chubaka. « Institutions coutumières et modernisation au Zaïre », *Histoire de l'Afrique de l'est (XIXe-XXe)*, éd KARTHALA, 1991, Paris, 524 p.

BLONDEL Ph., « Le fait, source de droit », in *Mélanges offerts à Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, pp. 203-209.

BOUCHAUD Josephe, « Evangélisation et colonisation », *revue d'histoire d'outre-mer*, 1967, n°194-197, pp. 39-43

BOUDOU Dicko Ousmane, « Le mariage et le divorce au Mali », *Penant*, 1965, 475 p.

BOURDIEU Pierre, « La force du droit. Elément pour une sociologie du champs juridique », *acte de recherche en sciences sociales*, n° 64, Septembre 1986, p. 16.

BOURDIEUX Pierre, « La terre et les stratégies matrimoniales », *Le sens pratique*, éd de minuit, Paris, 1980 p. 249-270

BOURGI Albert, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *Revue française de droit constitutionnel*, n°52, 2002, p. 721 - 748.

BRIAN Éric et JAISSON Marie, « Extraits de la Semaine de Synthèse Civilisation. Le Mot et L'idée (1930) » *Revue de Synthèse*, vol. 129, 2008, p. 147–157

CABANIS André, « Le statut de la dot coutumière à l'épreuve de la colonisation : contribution à une théorie des ruptures et des continuités juridiques en Afrique francophone subsaharienne », in *la dot et le mariage en Afrique, Droit béninois*, PUT, n°2-2013, p. 39 à 53.

CABANIS André, DEVAUX Olivier, « La stratégie du colonisateur dans sa volonté de subordonné la validité du mariage au consentement des époux » in *la dot et le mariage en Afrique, droit béninois* n°2-2013, Presse Universitaire de Toulouse I Capitole, 2012, p. 55 à 69.

CARBONNIER Jean, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », *Le droit privé français au milieu du xx^e siècle*, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1950, p. 325-328.

CHARMES Jacques « Femmes africaines, activités économiques et travail : de l'invisibilité à la reconnaissance » *Revue Tiers Monde*, 2005, p. 255-279

COMMAILLE Jacques, « La famille, l'état, le politique : une nouvelle économie des valeurs, Entre tensions et contradictions », *in Informations sociales 2006* n°136, p. 100-111

COMMAILLE Jacques, « Misères de la famille, question d'Etat », *Droit et Société*, Paris, Presses de science Po, 1998, p. 449-552

CONAC Gérard, « Succès et crise du constitutionnalisme africain », *in les constitutions africaines publiées en langues française*, Tome 2, Paris, Bruyant, La documentation française, 1998. p. 15 - 17

CORPART Isabelle, « La vision égalitaire de la dévolution du nom de famille », *chr D.* 2003, p. 2845.

COULIBALY Mohamed, « Le Droit du mariage en côte d'ivoire, contribution à l'analyse d'une utopie législative à l'épreuve des us », *revue ivoirienne des sciences juridiques et politiques. (RISJPO)*. n°4 p. 159.

COULIBALY Mohamed, le droit et ses pratiques au Sénégal, *in A la recherche du droit africain au XXI^e siècle*, Londres, Connaissances et savoirs, 2005, p. 266.

DE COTTIGNIES Roger, « Requiem pour la famille africaine » *in Annale africaines*, 1965, p. 251 - 286

DEVEY Muriel, « Polygamie hors la loi », *in Magazine l'intelligent*, n° 2273, 2004, p. 54

DJOBBO Boukari, « La dot chez les Kotokoli de Sokodè », *Penant*, 1962, p. 546-556

FENOUILLET Dominique, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *Le droit privé français à la fin du xx^e siècle. Études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, 1023 p.

DURKHEIM Émile, « le divorce par consentement mutuel. », *Revue bleue*, Paris, Edition de Minuit, 1975, p. 549-554

FALL Albert Bacon, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », *Revue électronique Afrilex*, 2003, p. 316 - 320.

FLANDRIN Jean-Louis, WALL Richard. « Les caractéristiques de la famille occidentale et leur ancienneté », *revue d'histoire moderne et contemporaine*, tome 25 N°3, Juillet-septembre 1978. pp. 476-480

FOKO Athanase, « Survivance des pratiques coutumières et droit de la famille au Cameroun (A propos des difficultés d'appréciation de la CEDEF) » ; *Cahiers juridiques et politiques, Revue de la Faculté des sciences juridiques et politiques*, 2009, p. 39.

FOURN-GNANSOUNOU Elisabeth, « Genre et évolution des valeurs familiales en Afrique : cas du Benin », *CEDEAO/ECOWAS Bénin*, 2009, p. 19

FREMEAUX Nicolas « Mariage et patrimoine quelles évolution récentes et quelles conséquences ? » *Les mutations contemporaines du droit de la famille, PUG, 2020, p. 73-85*

G. J. GOMIS, « Les députés ont commencé à examiner les 854 articles du code de la famille », *Le Soleil*, 31 mai 1972.

GAUDUSSON Jean Du Bois, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, n° spécial, octobre-décembre 1996, p. 251-256.

GBAGUIDI Ahonagnon Noel, « Égalité des époux, égalité des enfants et le projet de Code de la famille et des Personnes », *RBSJA*, 1995, p. 1 à 26.

GBAGUIDI Ahonagnon Noel, « Droit applicable et application du droit en république du Bénin », *Bulletin de Droit et d'information de la cour suprême*, n° 001, 1997, p. 12 - 24

GLÈLÈ Maurice A., « Le renouveau constitutionnel du Bénin : une énigme ? » *in mélanges Michel ALLIOT*, Paris, Sorbonne, 2000, p. 328-330

GOBERT Michelle, « L'accueil », *in mélange Roger DE COTTIGNIES*, PUG, 2003, p. 127

GOUBEAUX Gilles, « Le nom », *in Droit de l'enfant et de la famille : hommage à Marie-Josèphe GEBLER*, Presses Universitaires de Nancy, 1999, p. 24.

GRANET-LAMBRECHTS Frédérique, « convergence et divergence des droits européen de la famille », *in Perspective de reformes en droit de la famille*, Drt. Fam. (n° hors-série), Dèc., 2000, p. 6.

HAUSER Jean, « Le nom des enfants : une législation discriminatoire et obsolète », *RTD Civ.* 1994, p. 829.

HAUSER Jean, « rapport de synthèse : de petits hommes ou des petits d'hommes » *in l'enfant dans les conventions international*, PUL, 1996, p. 485.

HENRY Michel. « Philosophie et subjectivité », *in Encyclopédie philosophique universelle*, Paris éd. A. Jacob, t. 1, PUF, 1989, p. 273- 276

HONVOU Simone, « Regard du juge constitutionnel béninois sur le principe d'égalité en droit de la famille », *in Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanzo-Glélé*, Paris, Harmattan, 2012, pp. 567-586.

ILUNGA Kapeta Nzovu, « La problématique de la dot comme condition de fond du mariage en droit congolais », *Cahier africain des droits de l'homme et de la démocratie*, p. 17 à 29

JACOB Robert, « Les coutumiers du XIIIe ont-ils reconnu la coutume ? », *in La coutume au village dans l'Europe Médiévale et moderne*, Toulouse, 2001, 118 p.

JEANCLOS Yves « Coutume et loi : une approche logistique du droit », *in mélanges wiederkehr*, Paris, 2008, p. 429 à 442.

JESTAZ Philippe, « À propos du nom patronymique : diagnostic et pronostic », *RTD civ.* 1989, p. 269-276

KURUK Paul, « Droit coutumier africain et la protection du folklore », *Bulletin du droit d'auteur* Volume 36, n°2 2002, p. 3 à 35.

KUYU Camille, « les reformes des droits africains de la famille : un projet visant une hégémonie culturelle », *in à la recherche du droit africain du XXI^e siècle*, Londres, connaissances et savoirs, 2005, pp. 81-114

LAMPUE Pierre, « Les conflits de loi internationaux et interpersonnels dans le système juridique français » *Revue critique de droit internationale privé*, n°2 avril-juin, 1954, p.249- 255

LAMPUTE G., « Influence du droit français et du droit coutumier sur les lois civiles africaines » *in dynamique et finalité des droits africains et fidélité des droit africains*, Economica, 1980, p. 14.

LE ROY Etienne, « Quel projet de société pour les africains du XXI^e siècle ? » *in A la recherche du droit africain du XXI^e siècle*, Londres, Connaissances et savoirs, 2005, p. 72 - 76

LE ROY Etienne, Quel projet de société pour les africains du XXI^e siècle ? *in A la recherche du droit africain du XXI^e siècle*, Connaissances et savoirs, 2005, Londres, p. 74

LETT Didier, « éducations et conseils pédagogiques au moyen âge » *in revue des politiques sociale et familiale*, Persée 1999, n°57/58 p. 85 à 89.

LEVY- BRUHL, « introduction à l'étude du droit africain », *RIDC* 1956, Paris, p.67 à 77.

LINDON Raymond, « La nouvelle disposition législative relative à la transmission de l'usage du nom », *D.* 1986, chron. p. 87 - 90

LINDON Raymond, « La nouvelle disposition législative relative à la transmission de l'usage du nom », *D.* 1986, *chron.* p. 87. Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, p. 24

LO NDIAYE, « Entrée en union et divorce », in : Y. CHARBIT. et al., *Nuptialité et fécondité au Sénégal*, 1985, p. 37-58.

LONGNEAUX Jean Michel, « D'une philosophie de la transcendance à une philosophie de l'immanence », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 2001/3, Tome126, p. 305 à 309

LUCHAIRE François, « Le champ d'application des statuts personnels en Algérie et dans les territoires d'outre-mer », in *Revue juridique et politique de l'union française*, Paris, LGDJ, 1955, p. 1 à 52.

M'BAYE Kéba, « Droit et développement en Afrique francophone de l'ouest », *revue sénégalaise du Droit*, 1967, p. 23 à 60.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, « La famille », in *revue internationale de droit comparé*, 3e éd 1993, vol.45(1), p. 303-304.

Marc PILON, 1991, « Contribution à l'analyse de la polygamie », *Étude de la Population Africaine*, n° 5, 1991, p. 1-17.

MARCOUX Richard, 1991. « Nuptialité, activité des femmes et maintien de la polygamie en milieu urbain au Mali », in : *Conférence Femme, Famille et Population*, vol. 1, p. 350-368.

MARCOUX Richard, GUEYE M., KONATÉ Mamdou, 1995. « La nuptialité : entrée en union et types de Célébration à Bamako », in *L'insertion urbaine à Bamako*, éd Karthala, 1995, Paris, p. 117 à 144.

MARCOUX Richard, PICHE Victor, « Crise, pauvreté et nuptialité à Bamako », *Communication présentée aux Secondes journées scientifiques du Réseau Démographie, Crises, pauvreté et changements démographiques dans les pays du Sud*, 1996, p. 13 à 15.

MBACK Charles Nach, « La lente décentralisation de l'Etat de droit au Bénin : dynamiques politique et régulation constitutionnelle », *Afrique contemporaine*, n° 204. 2002, p. 87 à 100.

MBAMBI Vincent, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : cas des pays de l'Afrique subsaharienne », *Les cahiers de droit*. 2005. n° 1-2 vol. 46. p. 315 à 330

MBAYA R., « Le passé et l'avenir et l'avenir des droits africains », *RJPEM* 1990, n°24 (Spécial), Rabat, p.13 à 27.

MELONE Stanislas, « Le poids de la tradition dans les droits africain contemporain » *Rec. Penant*, 1971, n° 4, p. 421 - 441

MELONE Stanislas. « Introduction », in *encyclopédie juridique de l'Afrique*, Droit des personnes et de la famille, tome 6, 1982, p. 5 - 19

MERLLIE Dominique, « Le sexe de l'écriture », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 83, juin 1990, Masculin/féminin-1. p. 40-51.

MEYO-ME-NKOGHE Dieudonné, « Succession et héritage chez les fang du Gabon de 1841 à nos jours : un phénomène un phénomène social enraciné dans les mœurs » in *Rev. hist. Archéol. Afr.*, *Godo Godo*, n°20-2010. éd Educui 2010. p. 168 - 178.

MOLFESSI Nicolas et **HILAIRE Jean**, « La vie du droit,», *Droit et société*, n°32, 1996, p. 191-194

MOURY Jacques, « Regard d'un juriste sur la tradition : la coutume », *L'Autre*, 2009, p. 29- 36

MUNGALA Sundara, « L'éducation traditionnelle en Afrique et ses valeurs fondamentales », *Revue socialiste de culture négro-africaine*, 1982, p 51 à 71.

OUATTARA Fatoumata, « Une étrange familiarité », *cahiers d'études africaines*, EHESS éd 2004, n° 175, p. 635-657

PAUTRAT Rémy, « Les vicissitudes du statut personnel » in *Annales africaines*, Institut des hautes études de Dakar, 1957. p. 331 - 365

PISON Gilles, « La démographie de la polygamie », *Population*, n° 1, 1986, p. 93-122.

RASSAT Michèle-Laure, « Inceste et droit pénal », *JCP G*, 1974, I, 261.

RENCHON Jean-Louis, « La prégnance de l'idéologie individualiste et libérale dans les récentes réformes du droit de la personne et de la famille », *Mariage – conjugalité. Parenté – parentalité*, Paris, Dalloz, 2009, p. 209 - 210.

ROCHEGUDE Alain, *Ubi Societas, ibi jus ; ubi jus, ibi societas*, in *à la recherche du droit africain au XXIè siècle*, connaissances et savoirs, Londres, 2005, p. 115-139

ROCHER Guy, « Le droit canadien : un regard sociologique », in *Les Études/Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*, Ottawa, Centre d'édition du gouvernement du Canada, vol. 46, 1986, p. 149 - 161.

SCHMITZ Jean, « Les peuls, islam, pastoralisme et fluctuations de peuplement », *Cahier des sciences humaines*, vol. 4, n° 26, 1990, p. 499 à 504.

STARCK Boris, « À propos des "Accords de Grenelle" : Réflexions sur une source informelle de droit », *J.C.P.* 1976. I . 2363, n° 22-26

THIOYE Moussa, « Les droits de la famille en Afrique francophones », *Revue internationale de droit comparé*, 2005, p. 382.

THOMAS louis-Vincent, « La parenté au Sénégal », *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, études préparées à la requête de l'Unesco*, Paris, Larose, 1968, p. 75.

THOMAS louis-Vincent, « Panorama de la négritude », in *actes du colloque sur la littérature africaine d'expression française*, 1965, p. 45.

WIEJE Van-Den, « les systèmes familiaux et matrimoniaux au sein des sociétés négro africaines », *rev. Juridique et politique*, P.U.F., 1953 n°3, p.429.

Webographie

<http://www.axl.cefan.ulaval.ca/afrique/benin.htm> SSS<http://www.bk.admin.ch/thème/lang/00938>

<https://www.atoi2voir.com/spiritualite/bible-et-evangiles/dossier-comprendre-la-bible/1785-les-10-commandements-dans-la-bible/>

<https://www.nofi.media/2018/02/fete-nationale-vaudou-benin/46771>,

https://www.persee.fr/doc/outre_0300-9513_1967_num_54_194_1440

M. BONI TEIGA, « Bénin, le berceau du vaudou », 2011, en ligne sur <http://www.slateafrique.com/693/benin-berceau-vaudou>.

Lexiques et dictionnaires

CABRILLAC Rémy, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2016, 7^e éd LexisNexis.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd 2012, Paris. 1136 p.

GUINCHARD Serge et **DEBARD Thierry**, *Lexique des termes juridiques*, Paris, 22^e éd. Dalloz, 2014. 1070 p.

POIRIER Jean-Paul, et **R. ECHES**, « Vocabulaire et grammaire de la parenté », *Dossier d'histoire et de méthode*, 1974, p.75

SOURCE

Textes législatifs

Code civil français (2004)

Code civil camerounais

Code civil congolais

Code civil gabonais :

Loi n°15/72 du 29 juillet 1972 portant adoption de la première partie.

Loi n° 18/89 du 30 décembre 1989 portant adoption de la deuxième partie.

Code civil des personnes et de la famille ivoirienne

Code de la famille sénégalais

Code de la famille burkinabais

Code des personnes et de la famille béninois

Code de la famille togolais

Code de la famille malien

Circulaire de la République du Mali du 25 juillet 1962 sur l'application du code du Mariage.

Loi n°2015-08 du 08 décembre 2015 portant code de l'enfant en république du Bénin

Décision DCC 96-0063 du 26 septembre 1996 portant abolition du coutumier du Dahomey

Décret n° 95-236 du 5 septembre 1995 portant transmission à l'Assemblée Nationale du projet de loi portant code des personnes et de la famille, *petites feuilles Juridiques*. n° 001-Décembre 1996.

Décret du 20 Mai 1857 donnant compétence à certaines coutumes sénégalaises

Loi no 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe en France.

Loi n° 2006-399 du 04 avril 2006 du code civil.

Loi n° 65-570 du 13 juil. 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

La Loi n° 85-1372 du 23 déc. 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

Loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité (PACS).

Jurisprudences

Tribunal civil de Seine, 1er déc. 1926 (DH 1927, p. 127) ;

civ. 1ère, 6 janvier 1981, Bull. civ. I, n° 4 ; 16 janvier 1983, D. 1984, p. 39, note Revel

civ 2- 12-1992 n°91-11.428: Bull. civ. L n° 299

Civ. 1re, 13 mars 2007, pourvoi no 05-16627, conclusions Domingo rapport Pluyette et publiés dans la Gazette du Palais, 22 mars 2007 no 81, p. 10.

Civ. 1re, 4 nov. 2011, J.C.P. G. 2012.9

CA, d'AOF, 30 juin 1914, Daresté, 1915

CA d'Abidjan 19 janvier 1968, Penant196s9, p.106

CA, Chambéry, 29 mai 1984, JCP, 1985, II, 20347, note R.L.

CA, Nancy, 6 Mars 1995, Juris-Data, n°042964.

CA. Grenoble, 30 Avril 1996, Juris-data, n° 042964.

CS, arrêt n°12/L du 18 janvier et n° 17/L du 28 février 1979, inédit

Ass. plén. 29 oct. 2004, Bull. civ., no 12

CEDH, Dudgeon c/Royaume-Uni, 22 Octobre 1981.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	I
DROITS D'AUTEUR.....	II
LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS	III
SOMMAIRE.....	V
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : L'EFFICIENCE ET ROLE DES PRATIQUES DANS L'ELABORATION DU DROIT DE LA FAMILLE	20
Titre 1 : L'observation de l'omnipotence du droit coutumier dans la construction originelle du droit de la famille.	23
Chapitre 1 : L'éducation familiale traditionnelle base de la construction normative	25
Section I : Les domaines de l'éducation familiale traditionnelle	26
Paragraphe 1 : Les usages en matière matrimoniale dans les coutumes béninoises.....	26
A. Les fiançailles, consentement au mariage, l'option matrimoniale et le régime dotal .	27
1- Les fiançailles et consentement au mariage	27
2- La dot et l'option matrimoniale.....	29
B. Le divorce	33
1- Les motifs de divorce.....	33
2- Les conséquences du divorce	35
Paragraphe 2 : Les pratiques en matière de filiations et de successions dans les coutumes béninoises	37
A. La conception de la parenté dans les coutumes béninoises	38
1- Une conception de lien de sang.	38
2- Une conception de lien social et religieuse	40
B. Le système successoral dans la famille traditionnelle au Bénin.....	43
1- Transmission de biens	44
2- Transmission de fonction de la fonction patriarcale	47
Section 2 : La conception des normes applicables à la famille.....	48
Paragraphe 1 : L'approche normative dans la construction du droit de la famille	50
A. Les questions préalables à l'édiction de la norme juridique	50

1-	Une expérimentation législative.....	50
2-	Étude d'impact du projet.....	53
B.	La recherche de l'efficacité de la norme	54
1-	Adhésion sociale.....	54
2-	Le règlement d'un problème social	56
Paragraphe 2 :	Les pratiques familiales comme sources du droit de la famille	59
A.	La coutume une véritable source concurrente de la règle de droit.....	59
B.	Les fonctions de la coutume.....	63
Chapitre 2 :	Les valeurs traditionnelles familiales bases de la construction normative	67
Section 1 :	Les valeurs fondamentales de l'éducation traditionnelle.....	68
Paragraphe 1	Les valeurs liées à la nature de l'éducation familiale traditionnelle	69
A.	Les principes éducatifs	69
1-	Liaison intime avec la vie, le caractère complet et polyvalent de l'éducation	69
2-	Méthodes, cohérence interne, technique d'enseignement	71
B.	Les techniques éducatives.....	73
1-	Les contes, les devinettes et les légendes	74
2-	Les proverbes, la peur et les rites d'initiation	75
Paragraphe 2 :	Les valeurs transmises par l'éducation familiale traditionnelle	77
A.	La suprématie de la collectivité sur l'individu et la solidarité responsable.....	77
1-	La suprématie de la collectivité sur l'individu	77
2-	La solidarité responsable.....	79
B.	L'obligation de respect envers les aînés, l'esprit des lois et la moralité	81
1-	L'obligation de respect envers les aînés.....	81
2-	La moralité et le travail en groupe	83
Section 2 :	Les antivaleurs de l'éducation traditionnelle.....	84
Paragraphe 1 :	Les antivaleurs liées à la nature de l'éducation traditionnelle.....	85
A.	L'absence de l'écriture et l'éducation par la peur.....	85
1-	L'absence de l'écriture dans l'éducation traditionnelle	85
2-	L'éducation par la peur.....	86
B.	Le caractère ségrégationniste de l'éducation traditionnelle.....	89
1-	La domination masculine.....	89
2-	La grande permissivité et le sevrage	91
Paragraphe 2 :	Les antivaleurs liées à la transmission de l'éducation traditionnelle	93
A.	Le complexe de dépendance et le mysticisme.....	93
B.	L'égalité mentale restrictive et la possession égale	95
Titre 2 :	l'emprunt du législateur à l'espace coutumier pour l'évolution du droit de la famille	98
Chapitre 1 :	La révision du droit de la famille influencée par les pratiques coutumières	99

Section 1 : L'évolution et influence des coutumes sous le règne de l'application du code des personnes et de la famille	99
Paragraphe 1 : L'évolution des usages de mariages et des successions.....	100
A. Rapport sur l'évolution de la pratique du consentement au mariage et de la dot	100
B. Rapport sur l'évolution des pratiques successorales	105
Paragraphe 2 : Les nouvelles pratiques générées par l'application du code des personnes et de la famille	107
A. Le concubinage.....	107
B. La pratique du phénomène du deuxième bureau et la croissance du divorce	110
Section 2 : Les motifs liés à la persistance des pratiques coutumières.....	113
Paragraphe 1 : La très grande reconnaissance en la légitimité des coutumes	113
A. Une reconnaissance en la légitimité des pratiques du mariage.....	114
B. Une complicité de l'Etat dans la reconnaissance en la légitimité des coutumes	118
Paragraphe 2 : La difficulté pour les juridictions béninoises dans l'application du code des personnes et de la famille.....	121
A. L'analyse du contexte actuel établi par plus d'une décennie d'application du code .	122
B. Les difficultés des juridictions béninoises dans l'application et la mise en œuvre des procédures.	126
Chapitre 2 : la révision du droit de la famille influencée par les pratiques coutumières étrangères	129
Section 1 : Une révision sous influence du droit occidental.....	130
Paragraphe 1 : Une déformation du modèle de la famille africaine	130
A. D'une famille africaine de type large	131
B. La famille réduite.....	134
Paragraphe 2 : La transposition des valeurs familiales occidentales dans la famille africaine.....	140
A. Les valeurs familiales occidentales.....	140
1- Liberté et égalité des époux dans la jouissance des droits et des rapports familiaux	140
2- La reconnaissance de l'identité personnelle et la critique à la liberté individuelle dans la famille	143
B. Les conséquences de la transposition des valeurs familiales occidentales dans la famille africaine	145
1- Les conséquences juridiques liées à la transposition des valeurs	145
2- Les conséquences économiques et sociales liées à la transposition des valeurs..	148
Section 2 : Une révision sous influence des droits coutumiers voisins	150
Paragraphe 1 : Les conditions favorables à l'influence des droits coutumiers voisins.....	151
A. Les liens de familiarité entre divers groupes sociaux voisins d'un pays à un autre .	152
B. Le partage des valeurs et convictions communes des pratiques familiales.....	155

Paragraphe 2 : La manifestation réelle de l'influence des droits coutumiers voisins	159
A. Une manifestation par brassages inter-coutumiers.....	159
B. Une nécessité d'adaptation du droit positif de la famille	162
Conclusion de la première partie	166

SECONDE PARTIE : LE ROLE MINIMISE DES PRATIQUES DANS L'ELABORATION DU DROIT DE LA FAMILLE167

Titre 1 : L'abandon des pratiques par le législateur dans la construction du droit de la famille 169

Chapitre 1 : Une transposition des RÈGLES ÉTRANGÈRES.....	170
Section 1 : La réception du Droit étranger de la famille	172
Paragraphe 1 : Une réception par occupation étrangère	173
A. L'influence religieuse.....	173
B. Imposition de système juridique par colonisation	177
Paragraphe 2 : les débats sur l'élaboration du code des personnes et de la famille	180
A. Un élan de prise en compte du législateur des traditions.....	180
B. Un élan effréné par la constitution	185
Section 2 : La consécration de nouvelles institutions familiales en droit positif béninois	189
Paragraphe 1 : Une reproduction des règles du mariage défini dans le code civil.....	190
A. Les règles de fond du mariage	191
1- Les dispositions relatives à l'âge et au consentement au mariage	191
2- Les dispositions relatives à la bigamie et aux mariages prohibés	194
B. Les dispositions relatives aux conditions de formes du mariage	196
1- La disposition relative à l'option matrimoniale	196
2- Les dispositions relatives à la dot et à l'autorité célébrant du mariage	198
Paragraphe 2 : Une reproduction des règles régissant les rapports de droit dans la famille .	200
A. Les règles relatives aux rapports de droit entre époux.....	200
1- Les dispositions relatives aux rapports de droits et d'obligations entre les époux	200
2- Les dispositions relatives aux régimes matrimoniaux	202
B. Les règles relatives aux rapports de droit entre parents et enfants	204
1- Les dispositions relatives à la filiation et la tutelle	204
2- Les dispositions relatives aux successions.....	206
Chapitre 2 : Une inadaptation avec les pratiques et coutumes indigènes.....	209
Section 1 : Les écarts entre les réalités sociales, état de droit.....	209
Paragraphe 1 : La désacralisation du mariage, par le droit moderne, inconciliable aux réalités des traditions africaines.....	210
A. Le sacré dans le mariage coutumier africain.....	210
B. La désacralisation du mariage en droit de la famille	215

Paragraphe 2 : Les conflits de valeurs entre le droit moderne de la famille et les droits coutumiers africains	218
A. Les contrariétés entre les valeurs familiales des coutumes africaines et celles du droit moderne de la famille	219
B. Les exigences socio-traditionnels propres	222
Section 2 : Les échecs du droit moderne transposé de la famille face aux coutumes indigènes	225
Paragraphe 1 : La non-adhésion à certaines règles du droit positif actuel de la famille	226
A. Un désintéret des citoyens pour l'institution du mariage monogamique	226
B. Un mépris des règles de divorces de successions, de régimes matrimoniaux	231
Paragraphe 2 : La fébrilité de la législation de la famille face à la persistance des coutumes	235
A. La mauvaise vulgarisation du code des personnes et de la famille.....	236
B. Les échecs provoqués par les mutations contemporaines du droit moderne de la famille	238
Titre 2 : Une nécessité de renforcement dans la prise en compte des pratiques coutumières. (Une nécessité de repenser les législations africaines de la famille)	243
Chapitre 1 : L'appropriation générale des pratiques coutumières locales par le législateur	244
Section 1 : La nécessité de recours à l'histoire de la famille africaine noire.	244
Paragraphe 1 : Une réconciliation de la famille africaine avec son passé.	245
A. L'appréhension de la nature du droit de la famille dans les sociétés africaines noires	245
B. La recherche des solutions dans le passé culturel de la famille africaine.	248
Paragraphe 2 : Un recours aux mécanismes culturels de construction de la règle de droit de la famille	250
A. Une nécessité de l'implication des acteurs culturels et sociaux de la famille.....	251
B. Une connaissance et interprétation des pratiques culturelles familiales dominantes.	253
Section 2 : Une nécessité de réforme législative par la prise en compte des coutumes	256
Paragraphe 1 : Une réforme visant une hégémonie des coutumes	257
A. Dans la formation du couple et sa scission	257
B. Dans les domaines de la parenté.	259
Paragraphe 2 : Un aménagement des politiques législatives africaines de la famille.	262
A. L'abandon du mimétisme juridique	262
B. L'adoption d'une procédure spécifique de construction de la règle de droit de la famille	266
Chapitre 2 : Une intégration des réalités du droit moderne occidental de la famille.....	270
Section 1 : Les motifs justifiant l'intégration des réalités du droit moderne dans la construction du droit de la famille en ANF.	270
Paragraphe 1 : Les inégalités dans les pratiques du mariage coutumier	271

A. Les exigences unilatérales dans la formation du mariage.....	271
B. Les exigences unilatérales dans la gestion du mariage.	275
Paragraphe 2 : Les inégalités relatives aux autres domaines de la famille.....	278
A. Le problème de l'identification de la personne dans les pratiques coutumières	278
B. Les injustices des coutumes relatives aux pratiques coutumières des successions...	283
Section 2 : Les enjeux de l'intégration des réalités du droit moderne occidental de la famille. .	286
Paragraphe 1 : Les impératifs de développement	287
A. L'emprunt de la technique juridique occidentale	287
B. Un emprunt des politiques de développement de la famille occidentale	289
Paragraphe 2 : Une méthode de prise en compte des réalités du droit occidental de la famille	
.....	292
A. L'identification des valeurs adaptables aux réalités sociales de la famille africaine noire	
292	
B. La formulation des stratégies spécifiques de développement de la famille	293
Conclusion DEUXIÈME partie	296
 CONCLUSION GENERALE.....	298
 ANNEXES	302
 RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES	368
 TABLE DES MATIÈRES	390

Résumé de la thèse en Français

Si la règle de droit doit répondre à un idéal, il faudra qu'elle soit aussi et surtout conforme aux aspirations et aux réalités sociales. Ainsi, les pratiques sociales participent à la formation du droit dans toutes les sociétés, en y jouant un rôle important. C'est dans ce sens que la présente thèse aborde la question du rôle des pratiques dans la formation du droit de la famille en Afrique Noire francophone et plus précisément au Bénin. Les problèmes qui relèvent de ce sujet sont : est-il convenable que puisse s'opérer progressivement sinon insensiblement, le passage du fait au droit ? Pourrait-on avoir de droit sans les pratiques ? Les pratiques sont-elles préalables au droit ? Y a-t-il de construction de droit sans l'implication des pratiques ?

L'analyse de ces problèmes a permis de mieux appréhender : le fonctionnement des pratiques dans la formation du droit de la famille d'une part et de l'influence des pratiques dans la formation du droit de la famille d'autre part. Les pratiques ont une fonction importante dans la construction du droit de la famille, dans un système béninois où ces pratiques constituent les règles piliers, base du fondement de même que du fonctionnement de la famille. D'ailleurs construire le droit de la famille en méconnaissance des pratiques culturelles et coutumes béninoises familiales serait comme construire un bâtiment sans fondation. Le risque serait d'avoir une législation inefficace et impuissante devant la coutume. Le problème n'est pas exclusif au droit béninois. Tous les pays de l'Afrique noire francophones ne tiennent pas vraiment compte de leur réalité sociale dans la construction de leur droit moderne. Les réalités sociologiques sont les éléments piliers sur lesquels se reposent les interactions et relations entre les individus. Les règles qui régissent ces interactions et relations ne peuvent être étrangères à la société, au risque de paraître inefficaces et inadaptable.

La démarche utilisée dans la présente étude est axée sur la recherche documentaire fondée sur la méthode empirique. Elle est aussi fondée sur des enquêtes de terrains.

MOTS CLES : Pratique coutumière, Formation du droit, droit de la famille, Afrique noir francophone, Bénin

Abstract

While the rule of law must respond to an ideal, it should also and above all conform to social aspirations and realities. Thus, social practices participate in the formation of law in all societies, playing an important role. In that sense, this thesis examines the role of practices in the formation of family law in French-speaking South Africa, specifically in Benin. The problems that arise from this subject are: is it appropriate for the passage from fact to law to take place progressively, or imperceptibly? Is it possible to have law without practice? Does the practice precede the law? Is there any construction of law without the implication of practices?

The analysis of these problems allowed to get a better understanding of the practices' functioning in the family law formation on the one hand and the practices' influence in the family law formation on the other hand. The practices have an important function in the construction of family law, in a Beninese system where these practices constitute the pillar rules, the basis of the foundation as well as the functioning of the family. Furthermore, establishing family law in ignorance of Beninese cultural practices and family customs would be like constructing a building without a foundation. The risk would be to have ineffective and powerless legislation in face of custom. The problem is not exclusive to Beninese law. All the countries of French-speaking West Africa don't consider their social reality in the construction of their modern law. The sociological realities are the pillars on which the interactions and relations between individuals are based. The rules that govern these interactions and relationships cannot be alien to society, at the risk of appearing ineffective and unsuitable.

The approach used in this study is based on documentary research using the empirical method. It is also based on field surveys.

KEYWORDS: Customary practices, Law formation, Family law, Francophone black Africa, Benin