

THÈSE EN COTUTELLE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX ET DE L'UNIVERSITÉ D'ABOMEY-CALAVI

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES
ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET AMINISTRATIVES

par **Aïssata DABO**

**L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage
en Afrique noire francophone
Étude comparée des droits
du Bénin, du Burkina Faso et du Mali**

sous la direction de Madame **Marie LAMARCHE**
et de Monsieur le professeur **Ahonagnon Noël GBAGUIDI**

soutenue le 15 décembre 2017

Membres du jury :

Monsieur **Ahonagnon Noël GBAGUIDI**, professeur, université d'Abomey-Calavi (Bénin)

Monsieur **Windpagnangdé Dominique KABRÉ**, professeur, université Ouaga II, *rapporteur*

Madame **Marie LAMARCHE**, maître de conférences, université de Bordeaux

Monsieur **Jean-Jacques LEMOULAND**, professeur, université de Pau et des pays de l'Adour, *rapporteur*

Monsieur **Jean-Louis RENCHON**, professeur émérite, université catholique de Louvain (Belgique) , *président du jury*

Titre : L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone (Étude comparée des droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali)

Résumé : Les États africains de l'espace francophone ont rénové leurs droits de la famille, par la refonte des dispositions du Code civil français de 1804, reçu en héritage colonial. Les textes issus des réformes, dénommés « Codes des personnes et de la famille », étaient censés mettre fin au pluralisme juridique dans les relations d'ordre privé, qui résultait de la coexistence du droit positif et des normes coutumières et religieuses, par l'unification des droits de la famille. En même temps, l'occasion s'offrait de conformer les législations du mariage au dispositif juridique international des droits humains, concernant en particulier le mariage. Dans cette optique, l'égalité de l'homme et de la femme tenait la place centrale dans l'énoncé des motifs des lois. Cependant, les droits des sexes définis au terme des codifications se signalent par leur faiblesse s'agissant de la femme. Bien davantage, le caractère sectoriel des approches juridiques de réduction des inégalités ne permet pas au droit de jouer son rôle transformateur. Par ailleurs, il est constaté, à travers ses manifestations, que le pluralisme normatif demeure, avec une incidence négative sur l'effectivité des règles en vigueur.

En comparant les Codes du Bénin, du Burkina Faso et du Mali, il apparaît qu'en contrepartie de certains droits nouveaux institués en faveur de la femme (comme l'autonomie professionnelle), qui souffrent en outre d'inapplication, des coutumes inconciliables avec les droits humains (comme la polygynie) ont été incorporées dans les droits républicains. Cela tend à montrer que les législateurs africains ne se sont pas significativement détachés des traditions qui participent au maintien de la condition juridique et sociale féminine. La situation appelle des réformes en profondeur des textes régissant la famille, de même que la mise en œuvre de politiques gouvernementales coordonnées, afin d'atteindre l'égalité réelle des sexes dans le mariage.

Mots-clefs : Égalité homme-femme – Mariage – Droits civils – Pluralisme juridique – Inégalités légales et sociales – Afrique noire francophone

Title: Equality of man and woman in marriage in French-speaking black Africa (Comparative study of laws of Benin, Burkina Faso and Mali)

Abstract: French-speaking black African countries have renewed their family rights, on the basis of the French civil code resulting from the 1804 colonial legacy. The texts issued from the reform called "Codes of persons and family" were supposed to put an end to legal pluralism within private relationships, resulting from the coexistence between positive law, customary and religious rules, by the unification of family rights. It provides at the same time the opportunity to confirm marriage regulations within the legal law of international human's rights, particularly about nuptiality. In this respect, equality of man and woman held the central place in statements of laws patterns. However, the rights of sexual equality moreover disadvantage women. Much more, the sectoral character of the legal approaches concerning the reduction of the inequality, compromises the transforming role of the right. Furthermore, some facts demonstrate that normative pluralism remains and that its impact is negative on the efficiency of the rules in force.

When we compare the Codes of Benin, Burkina and Mali it reveals that in return of some new rights instituted in favor of woman, for example the unapplied professional autonomy, irreconcilable customs with human rights such as polygyny has been incorporated in republican rights. It follows that some African legislators are not significantly detached from traditions that contribute to the maintenance of woman legal and social condition. This situation calls for deep reform of family rights, as well as the implementation of a governmental action plan to achieve equality of sexes within marriage.

Keywords: Equality of man and woman – Marriage – Civil rights – Legal pluralism – Legal and social inequalities – French-speaking black Africa

Centre européen de recherches en droit des familles, des assurances,
des personnes et de la santé (CERFAPS) EA 4600

Université de Bordeaux, 16 avenue Léon Duguit, CS 50057, F33608 Pessac CEDEX
Chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie - chaire.unesco@uac.bj
Faculté de droit et de sciences politiques, 01 BP : 6025 RP, Cotonou, Bénin

Les universités de Bordeaux et d'Abomey-Calavi n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

Je tiens à remercier tout particulièrement mes directeurs de thèse, Madame Marie Lamarche et le Professeur Ahonagnon Noël Gbaguidi, qui m'ont guidée, avec patience et bienveillance.

Je remercie également très chaleureusement mes parents et mon époux, pour leur soutien aussi constant que réconfortant, de même que mes enfants, pour leurs touchantes attentions.

Je ne saurais oublier toutes les personnes qui n'ont pas ménagé leurs efforts pour m'aider dans l'accomplissement et l'achèvement de ce travail. Qu'elles trouvent ici l'expression de ma sincère gratitude !

À ma famille

Sommaire

Introduction.....	15
Première partie : Faiblesse des droits de la femme dans le mariage	53
Titre 1 ^{er} : Une égalité imparfaite entre l’homme et la femme dans la formation du mariage	55
Chapitre 1 : Protection marginale de la liberté matrimoniale de la femme dans le mariage civil.....	57
Chapitre 2 : Protection de la liberté matrimoniale de la femme absente du mariage traditionnel.....	123
Conclusion du titre 1 ^{er} – Première partie	167
Titre 2 nd : Une égalité imparfaite entre l’homme et la femme à partir du mariage	171
Chapitre 1 : Des rapports inégaux entre l’homme et la femme durant le mariage.....	175
Chapitre 2 : Des rapports inégaux entre l’homme et la femme à la dissolution du mariage	225
Conclusion du titre 2 nd – 1 ^{re} partie	273
Conclusion de la Première partie	275
Seconde partie : Négation des droits de la femme dans le mariage	277
Titre 1 ^{er} : La consécration légale de discriminations envers la femme	279
Chapitre 1 : Une inégalité maintenue par la légalisation explicite de la polygamie masculine	281
Chapitre 2 : Une inégalité accrue par la légalisation implicite des mutilations génitales féminines.....	331
Conclusion du titre 1 ^{er} – Seconde partie	379
Titre 2 nd : L’impasse législative face à la survie du statut coutumier de la femme mariée.....	383
Chapitre 1 : Insuffisance du dispositif légal face aux violences conjugales.....	385
Chapitre 2 : Insuffisance du dispositif légal relatif aux droits de santé reproductive et professionnels de la femme mariée	423
Conclusion du titre 2 nd – Seconde partie	481
Conclusion de la Seconde partie	483
Conclusion générale.....	487
Index alphabétique	499
Bibliographie.....	507
Table des matières.....	581

Sigles et abréviations

AJ Fam.	Actualité juridique Droit de la Famille
AJ Pén.	Actualité juridique Droit Pénal
al.	alinéa
anc.	ancien
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin civil de la Cour de cassation
c/	Contre
C. A.	Cour d'Appel
C. Civ	Code Civil
C. Cass.	Cassation
C.E.	Conseil d'État
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
coll.	collection
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des Droits de l'Homme
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Civ.	Civil (e)
concl.	conclusions
CPF	Code(s) des personnes et de la famille
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil de jurisprudence Dalloz
DCC	Décision de la Cour Constitutionnelle (Bénin)
dir.	sous la direction de
éd.	éditions
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
Gaz. Pal.	Gazette du Palais

<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>id.</i>	<i>idem</i>
J.	Jurisprudence
J.-Cl.	Jurisclasseur Périodique
JO	Journal officiel
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	numéro
ONG	Organisation Non Gouvernementale
ONU	Organisation des Nations-Unies
OMS	Organisation mondiale de la santé
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i>
OUA	Organisation de l'unité africaine
p.	page (s)
préc.	précité
P.U.F.	Presses universitaires de France
RBD	Revue burkinabè de droit
RBSJA	Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil Sirey
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
<i>sq.</i>	<i>Sequiturque</i> ou <i>sequunturque</i>
ss	sous
t.	tome
T. civ.	Tribunal civil
TGI	Tribunal de grande instance
TPI	Tribunal de première instance
UNESCO	<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i> (Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture)
UNICEF	<i>United Nations International Children's Emergency Fund</i> (Fonds des Nations Unies pour l'enfance)
v.	voir
vol.	volume
WILDAF	<i>Women in Law and Development in Africa</i> /Femmes, Droit et Développement en Afrique

**« De bonnes lois sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ;
elles sont la source des mœurs, le palladium de la propriété,
et la garantie de toute paix publique et particulière ».**

Jean-Etienne-Marie PORTALIS,
Discours préliminaire au premier projet de Code civil
Éd. Confluences, coll. Voix de la cité, Paris, 1999, p. 15

Introduction

1. - Mise en question de l'égalité des sexes dans le mariage. L'égalité en droit, de l'homme et de la femme, résulte de la Déclaration universelle des droits de l'homme, dont l'article 1^{er} dispose que « Tous les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droits »¹. Il est noté que « L'idéologie de l'égalité des sexes est très récente dans son affirmation »². Plus avant, le principe d'égalité revêt une importance particulière s'agissant de mariage, étant donné que celui-ci fonde la famille, qui, curieusement, s'avère être le lieu où se cristallisent les inégalités sociales entre l'homme et la femme³. Il est ainsi constaté que « c'est [surtout] au sein de la famille que subsistent les inégalités, ce qui est logique puisque c'est la spécificité du rôle familial de la femme qui a fondé historiquement le système de son oppression »⁴. Pour situer les interrogations, peut-être faut-il évoquer que le Code civil français de 1804, reçu dans l'ordre

¹ Adoptée à Paris, le 10 déc. 1948, elle figure dans le bloc de constitutionnalité des États du Bénin, du Burkina Faso et du Mali. Elle fait partie de la Charte internationale des droits de l'homme qui comprend en outre : le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La prise en compte du principe d'égalité par les États parties à la Déclaration s'est faite lentement, surtout en matière de genre (notons que le concept de genre ne concerne plus seulement le sexe biologique mais aussi l'identité sexuelle (v. E. FONDIMARE, *La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes : Principe d'égalité (Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes)*, in *Revue des droits de l'homme « Actualités Droits-Libertés »*, juil. 2014, n° 8, disponible sur <https://revdh.revues.org/855>, consulté le 24 sept. 2017)).

² F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, éd. Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », Paris, 1998, p. 4.

³ V. M.-B. TAHON, *Sociologie des rapports de sexe*, Presses universitaires de Rennes/Les Presses universitaires d'Ottawa, Collection « Le sens social », 2004, p. 27 sq.

⁴ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, op. cit., p. 8.

interne des anciennes colonies africaines de la France après les indépendances⁵, était structuré à partir de l'idée d'un « mari », conjoint "tutélaire", et d'une « femme », conjoint "sous tutelle"⁶. Sous l'empire de ce texte, le mariage portait les inégalités de sexe à leur comble⁷. À l'effet de corriger cet état de droit et de fait, certains États africains, tels que le Bénin, le Burkina Faso et le Mali⁸, ont résolu de reconstruire leur droit civil, dans l'esprit de le mettre en conformité avec l'exigence égalitaire du monde contemporain, portée par les instruments internationaux⁹.

Dans quelle mesure les États sont-ils parvenus à intégrer le principe d'égalité dans le droit de la famille, particulièrement en matière matrimoniale ? En d'autres termes, comment ont-ils concilié la nécessité de se conformer aux conventions internationales ratifiées sans réserve, qui les obligent positivement¹⁰, avec la nécessité d'élaborer des lois adaptées à leur milieu ? De même, quelle est la forme de l'égalité promue par les textes de loi ? Celle-ci permet-elle d'aboutir à une égalité réelle des sexes ? Par ailleurs, de quelle manière les droits africains règlent-ils le problème de la permanence souterraine, mais puissante, de la coutume qui contredit le droit positif ? La présente étude se propose de répondre à ces questions, en comparant des systèmes juridiques d'États subsahariens ayant relu leur droit de la famille, afin d'apprécier la mesure des changements apportés en faveur de l'égalité des droits de l'homme et de la femme. L'expérience combinée de trois États de l'Afrique noire francophone, choisis en fonction de leur héritage juridique commun de la France et du caractère récent des réformes,

⁵ V. B. BOKOLOMBE, *L'influence du modèle juridique français en Afrique : Cas de la réception du Code civil en République démocratique du Congo*, éd. L'Harmattan, Paris, 2016, p. 21-22. Pour préciser, le Bénin a obtenu son indépendance le 1^{er} août 1960, le Burkina Faso le 11 sept. 1960 et le Mali le 22 septembre 1960.

⁶ F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, Précis Dalloz, 8^e éd., Dalloz, Paris, 2011, p. 137.

⁷ F. de SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, Essai, Presses universitaires françaises – Collection Quadrige, Paris, 2002, 246 p.

⁸ Les droits de ces États sont ici pris pour échantillon (v. *infra*, n° 25 sq.).

⁹ Cf. A. N. GBAGUIDI, *Family and Succession Law, International Encyclopedia of Laws series*, Suppl. 57, Kluwer Law International BV, The Netherlands, août 2010, n° 26, p. 34; C. AGOSSOU, *Liberté et égalité en droit de la famille dans les États de l'Afrique francophone*, Thèse de doctorat, Université d'Abomey-Calavi/Université Catholique de Louvain, 2012, n° 77, p. 54.

¹⁰ En ratifiant les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme (v. *infra*, n° 17 sq.), les gouvernements africains pour la plupart, et particulièrement ceux du Bénin, du Burkina Faso et du Mali, ont accepté d'être juridiquement liés par les engagements qu'ils contiennent (v. Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, soit le 30^e jour suivant la date du dépôt du 35^e instrument de ratification ou d'adhésion : art. 2, par. 1, al. B ; art. 14, par. 1 ; art. 16). Ces États ont ratifié la Charte des Nations-Unies du 26 juin 1945 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981, pour ne citer que les plus notables (v. *infra*, n° 17-18). Également, ils ont adhéré à la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948 qui n'a pas de force contraignante par elle-même, mais qui les engage en vertu de son insertion dans leurs Constitutions (v. *supra*, n° 1). Sur la force obligatoire des conventions internationales, v. Nations-Unies, Glossaire des termes relatifs aux formalités se rapportant aux traités, consulté le 2 oct. 2017 sur https://treaties.un.org/pages/overview.aspx?path=overview/glossary/page1_fr.xml.

permet de considérer l'évolution globale de la question féminine relativement au mariage, dans la même aire géographique, sur une période assez significative, soit de 1989 à 2011¹¹.

2. - Cadrage conceptuel. Pour la bonne compréhension du sujet, il convient d'apporter des précisions sur les notions principales qui servent de trame de fond à la recherche, et sur quelques autres expressions.

3. - Concept d'égalité. Le terme « égalité » se révèle difficile à définir¹². Le texte fondateur des droits de l'homme, la Déclaration universelle des droits de l'homme, le mentionne plus d'une fois, sans le définir. Dans ses premières lignes déjà, il dispose que « Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination [...] et contre toute provocation à une telle discrimination »¹³. Néanmoins, la disposition n'éclaire pas tellement sur le contenu du principe d'« égalité ». Les autres textes juridiques relatifs aux droits humains fondamentaux ne sont pas plus explicites.

Il faut se tourner vers la doctrine pour trouver une réponse. Dans son *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu définit l'« égalité » de deux manières. D'abord, il la présente comme le « principe d'après lequel tous les individus ont, sans distinction de personne, de race ou de naissance, de religion, de classe ou de fortune, ni [...] de sexe, la même vocation juridique au régime, charges et droits que la loi établit ». Ensuite, l'auteur la mentionne comme l'« idéal d'égalité effective (par exemple économique, d'instruction, etc.) que les règles et institutions tendraient progressivement à réaliser, en atténuant les inégalités de fait »¹⁴. Ces définitions font ressortir deux acceptions possibles de l'égalité : l'égalité théorique et l'égalité réelle. Pour Françoise Dekeuwer-Défossez, « La forme première de l'égalité, celle qui se traduit par des règles simples telles l'attribution d'un droit de vote à chacun, homme et femme indifféremment, ou encore le principe "à travail égal salaire égal", est appelée "égalité en droits" »¹⁵. L'auteur ajoute que « cette égalité, pour indispensable qu'elle soit, n'est pas suffisante. En effet, donner des droits identiques à des personnes qui sont dans une situation concrète d'inégalité ne permet pas de

¹¹ La première réforme intervenue est celle du Burkina Faso (en 1989), suivie de celle du Bénin (en 2004), puis de celle du Mali (en 2011) (v. *infra*, n° 26 sq.).

¹² Le mot est souvent associé à celui de « liberté ». Leur juxtaposition inspire à un auteur l'affirmation suivante : « Réalité philosophique, la liberté est devenue une réalité juridique. Mais la recherche de la justice sociale a fait opter pour le principe d'égalité » (C. AGOSSOU, *Liberté et égalité en droit de la famille dans les États de l'Afrique francophone*, op. cit., n° 5, p. 3).

¹³ Cf. art. 7 de la Déclaration.

¹⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, Paris, 11^e éd., 2016, p. 390.

¹⁵ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, op. cit., p. 13.

réduire cette inégalité de base »¹⁶. Au regard de ces précisions, les développements à venir vont spécialement s'attacher à rechercher si l'égalité réelle des sexes, la plus importante, est valorisée dans les droits du mariage africains, et si elle l'est à tous les niveaux.

4. - Distinction des notions voisines. L'« égalité » se rapproche des principes de non-discrimination et d'équité, mais ne s'y confond pas¹⁷. Ahonagnon Noël Gbaguidi fait la synthèse de ces notions tel qu'il suit : le « principe de non-discrimination signifie que des faits équivalents qui, par la nature même des choses et pour des raisons d'équité, appellent un traitement égal [...] ne peuvent faire, en l'absence de motif suffisant et de suffisantes prises en compte des exigences posées par la justice, l'objet d'un traitement différent : ce qui est égal doit être traité de façon égale et ce qui est différent de façon différente. Concrètement, l'égalité veut dire avant tout que tous les hommes doivent être équitablement traités par la loi et dans l'application de celle-ci. Ils doivent avoir les mêmes droits et les mêmes obligations et doivent être traités en fonction de ceux-ci »¹⁸. Quant à l'équité, elle est donnée pour être « la réalisation suprême de la justice, allant parfois au-delà de ce que prescrit la loi [...] En droit positif, l'invocation de l'équité conduit, soit à faire prévaloir l'égalité dans les rapports d'échange (par exemple, pour fixer les droits de chaque propriétaire quand deux choses ont été adjointes et forment un tout), soit à écarter ou assouplir la règle applicable à l'espèce (refus de condamner une mère qui a volé un pain pour nourrir ses enfants) »¹⁹. Finalement, il apparaît que les différents termes sont

¹⁶ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, op. cit., p. 13.

¹⁷ La loi étant générale, elle est impuissante à assurer l'égalité dans certaines circonstances. L'équité et la non-discrimination viennent en appoint. Sur ces questions, lire T. LAMBERT *et al.*, « Égalité et équité : Antagonisme ou complémentarité ? », éd. Economica, Paris, 1999, 146 p. ; Aristote, *Éthique à Nicomaque*, 1990, Traduction de Tricot Jules 1893-1963, éd. J. VRIN, Paris, 539 p. ; A. HAQUET, L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes, RTD Eur. 2001, p. 305. Ces notions interviennent dans l'appréciation de la justice distributive, dont les lois républicaines doivent être le reflet, étant entendu que « La justice est dite distributive lorsqu'elle vise à répartir entre les personnes les biens, les droits et les devoirs, les honneurs, en fonction de la valeur, des aptitudes, des besoins de chacun et de son rôle dans la société » (cf. S. GUINCHARD et Th. DEBART, *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, éd. Dalloz, 25^e éd., juin 2017, p. 658).

¹⁸ A. N. GBAGUIDI, Égalité des époux, Égalité des enfants et le projet de code de la famille et des personnes du Bénin, in *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, numéro spécial, oct. 1995, p. 3. Un autre auteur la formule en termes d'« absence de discrimination » (J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de Droit international public*, Université francophone, Bruylant/AUF, Paris, 2001, p. 414), sauf à signaler que certaines discriminations, jugées positives parce qu'elles visent à réduire les inégalités de fait, sont admises (M. J. BOSSUYT, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, G. ABI-SAAB (préf.), éd. Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 36 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 10^e éd., éd. Dalloz, Paris, août 2015, n° 284, p. 228). En outre, l'égalité se décline sur plusieurs plans (par exemple : « égalité des chances », « égalité professionnelle », etc. (cf. T. BENOÎT et G. VERDURE, *Le P'tit abécédaire de l'égalité des femmes et des hommes*, La Boucle, Paris, 2009, 122 p.)).

¹⁹ S. GUINCHARD et Th. DEBART, *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, Dalloz, op. cit., p. 478-479. L'équité, contrairement à l'égalité, permet de faire application des principes de la justice, en cas de lacunes du droit

fréquemment utilisés comme des équivalents, mais qu'ils n'ont pas la même teneur²⁰. Le sens de l'égalité étant davantage précis, ce mot sera invoqué de préférence pour apprécier la situation juridique de l'homme et de la femme par rapport au mariage²¹.

5. - Concept de mariage. Le « mariage », dans sa définition africaine, ne correspond pas à celui de type européen ayant inspiré les droits positifs en Afrique. On peut voir ici l'une des premières manifestations de l'hégémonie de la coutume africaine dans la formation du couple. En effet, si le mariage s'entend, dans son essence, comme l'union entre un homme et une femme²², il faut cependant retenir que l'institution y est, avant tout, « une alliance entre lignages destinée à renforcer le tissu social »²³. Dès lors, pour sa formation, « la seule volonté des futurs époux est inopérante » et « l'intérêt supérieur du groupe doit l'emporter »²⁴. Sur la différence entre les conceptions africaine et européenne du mariage, Guy Adjété Kouassigan fait un exposé qui permet d'en saisir la substance. Ainsi, l'auteur présente le mariage comme :

« le contrat par lequel le chef d'une famille agissant au nom et pour le compte de celle-ci engage une jeune fille avec ou sans son consentement dans les liens conjugaux avec un homme, membre d'une famille représentée par son chef et moyennant une contrepartie appelée dot telle qu'elle est définie par la coutume de la jeune fille. Le mariage coutumier africain diffère du mariage européen d'abord, en ce qu'il est avant tout un engagement entre deux familles, ensuite, en ce que cet engagement n'a de valeur et ne se prouve que

positif ou d'atténuer la rigueur d'une solution si le droit était appliqué tel quel. En somme, l'équité serait supérieure à l'égalité. Dans une décision rendue en équité, l'arbitre statue en amiable compositeur. Il faut ajouter que le juge, qui statue en droit, peut aussi trancher en équité dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits et le constituent en amiable compositeur. Sur l'équité, v. C. AGOSSOU, *Liberté et égalité en droit de la famille dans les États de l'Afrique francophone*, op. cit., p. 8-9.

²⁰ T. LAMBERT *et al.*, « Égalité et équité : Antagonisme ou complémentarité ? », op. cit.

²¹ L'égalité des sexes dans le mariage est l'une des applications du concept transversal de l'égalité. À l'échelle de la famille, il est aussi question de l'égalité des filiations (v. A. GOUTTENOIRE, H. FULCHIRON, *Autorité parentale*, Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2016, n° 11).

²² Cf. S. GUINCHARD et Th. DEBART, *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, op. cit., p. 713. Cela étant, le « mariage » peut aussi désigner l'union de personnes de même sexe, comme en droit français. Cette forme de mariage n'est pas autorisée dans la plupart des États africains. De fait, l'Afrique du Sud est le seul pays du continent africain à l'admettre (cf. *L'Obs*, Afrique du Sud : Le premier mariage homo zoulou, Journal en ligne, consulté le 20 juil. 2017 sur <http://tempsreel.nouvelobs.com/politique/mariage-gay-lesbienne/20130503.OBS8130/afrique-du-sud-le-premier-mariage-homo-zoulou.html>).

²³ M. ALLIOT, *Les résistances du droit traditionnel au droit moderne dans les États d'Afrique Francophone et Madagascar*, in *Études de droit africain et de droit malgache*, éd. Cujas, Paris, 1965, p. 12.

²⁴ M. NKOUEJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, LGDJ, Paris, 1975, p. 52.

par la dot, enfin, en ce que le consentement des futurs époux, notamment celui de la jeune fille, n'est pas indispensable à la validité de cet engagement. »²⁵

Dans son acception européenne, « Les noces, ou le mariage, sont la conjonction de l'homme et de la femme produisant une communauté indivisible d'existence »²⁶. Cette définition souligne la dimension communautaire du mariage ; toutefois, si le mariage implique effectivement une mise en concordance de la vie des personnes qui se marient, il n'en laisse pas moins subsister des différences entre elles, ne serait-ce que sous le rapport des biens²⁷. Selon Portalis, le mariage est « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée »²⁸. Cette conception fait de la perpétuation de l'espèce le but premier du mariage, or ce n'est plus forcément vrai²⁹. Plus récemment, le mariage a été défini comme « un acte juridique solennel par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union dont la loi civile règle impérativement les conditions, les effets et la dissolution »³⁰. Cette interprétation met en avant la nature duale du mariage, à savoir un contrat qui se forme par la volonté des parties, mais

²⁵ G. A. KOUASSIGAN, *Famille, droit et changement social en Afrique Noire francophone*, in « Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines », Travaux des VIII^e Journées d'études juridiques Jean Dabin, organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976, LGDJ, Paris, 1978, p. 177.

²⁶ Justinien, *Instituts*, livre I, titre 9, § 1 : « *Nuptiæ sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio individuum vitæ consuetudinem continens* » (in J.-B.-C. PICOT, *Du mariage romain, chrétien et français : considéré sous le rapport de l'histoire, de la philosophie, de la religion, et des institutions anciennes et modernes*, chez l'auteur, 1849, Paris, p. 2, disponible sur <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6142273r/f12.image.r=Du%20mariage%20romain%20chr%C3%A9tien%20et%20fran%C3%A7ais%20consid%C3%A9r%C3%A9%20sous%20le%20rapport>).

²⁷ Cf. J.-B.-C. PICOT, *Du mariage romain, chrétien et français : considéré sous le rapport de l'histoire, de la philosophie, de la religion, et des institutions anciennes et modernes*, *op. cit.*, p. 2-3 ; aussi G. BOKO NADJO, *Union de vie et séparation de biens : quel sens donner au nouveau régime matrimonial légal au Bénin*, in « La personne, la famille et le droit en République du Bénin : Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille », éd. Juris Ouaniolo, fév. 2007, p. 83-85.

²⁸ J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le Code civil*, in F. EWALD, *Naissance du Code civil, Travaux préparatoires du Code civil rassemblés par P. A. FENET*, éd. Flammarion, Paris, 2004, p. 171.

²⁹ La finalité de procréation a faibli au fil du temps. Du reste, elle est absente de mariage des vieillards ou du mariage *in extremis*, pourtant, ils ne sont pas défendus par la loi (v. F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, *op. cit.*, p. 60).

³⁰ Cf. F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, *op. cit.*, p. 60-61. Dans le même sens, Jean-Louis HALPÉRIN définit le mariage comme une « convention par laquelle l'homme et la femme s'engagent, sous l'autorité de la loi, à vivre ensemble, à nourrir et élever les enfants qui peuvent naître de leur union » (v. J.-L. HALPÉRIN, *L'impossible Code civil*, PUF, Paris, 1992, p. 123). À noter toutefois qu'en France, la définition a évolué depuis la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 qui a supprimé « la condition de l'altérité sexuelle dans le mariage » (cf. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 2015, Dalloz, Sirey, Paris, n° 1345, p. 597).

aussi une institution à laquelle la loi prête des effets impératifs³¹. Elle rend mieux compte de ce que représente le mariage actuellement.

6. - Conception du mariage dans les droits modernes africains. La définition figurant dans le Code malien des personnes et de la famille est d'inspiration européenne. Elle est ainsi formulée : « Le mariage est un acte public, par lequel un homme et une femme, consentent d'établir entre eux une union légale »³². Les Codes béninois et burkinabè des personnes et de la famille, sans prévoir de disposition textuellement semblable à celle du Code malien, fixent de même le mariage comme la rencontre de deux volontés³³. Les développements à suivre montreront que les lois africaines sur le mariage s'accordent à reconnaître le mariage comme résultant de la volonté, mais qu'elles ne s'attardent pas sur les conditions de nature à en garantir la libre expression. Pourtant, des précautions de cet ordre sont nécessaires au regard de la place minimale accordée au consentement des futurs conjoints, en particulier de la femme, dans l'approche traditionnelle du mariage³⁴.

7. - Fin du mariage. Il ne saurait être passé sous silence la notion de « divorce », étroitement liée à celle de « mariage ». En effet, il en marque quelquefois la fin³⁵. Le divorce désigne, selon le doyen Carbonnier, « la dissolution d'un mariage valable du vivant des deux époux (*Divertere*, chacun s'en va de son côté). En droit positif, il doit être prononcé par autorité de justice et pour des causes prévues par la loi »³⁶. Ainsi, la dissolution du mariage par divorce est à distinguer de la dissolution intervenant suite au décès d'un conjoint (l'autre cause mettant un terme à l'union conjugale)³⁷. Pour les besoins de l'étude, les droits des conjoints seront examinés lors de la dissolution du mariage, notamment lorsque celle-ci intervient par décès d'un époux, afin de faire

³¹ V. J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, 1^{re} éd. : 1955, 1956, Quadrige/PUF, 1^{re} éd., 2004, n° 567, p. 1262 ; P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, 7^e éd., 2017, Sirey, n° 67, p. 24.

³² Cf. art. 280 du CPF du Mali.

³³ Art. 119 du CPF béninois et art. 234, al. 1^{er}, du CPF burkinabè.

³⁴ V. *infra*, n° 134 sq.

³⁵ Cf. N. DISSAUX, *Divorce : cas de divorce*, Répertoire de droit civil, Dalloz, avril 2017, n° 1.

³⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, *op. cit.*, n° 573, p. 1277 ; I. THÉRY, *Le démariage : Justice et vie privée*, Odile Jacob, Paris, 2001, p. 8 sq. ; S. GUINCHARD et Th. DEBART, *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, *op. cit.*, p. 410-411 ; aussi K. GARCIA, *Synthèse – Cas de divorce*, JCl. Civil Code, LexisNexis, 17 mai 2017, n° 1, consulté le 11 août 2017 sur <https://www.lexis360.fr/>.

³⁷ V. art. 324 du Code malien des personnes et de la famille. Le divorce intervient sur demande d'un conjoint, acceptée par l'autre, ou sur demande des deux époux, ou encore par conversion d'une séparation de corps à la demande de l'un ou des deux conjoints (cf. art. 221 sq. du Code béninois des personnes et de la famille, art. 354 sq. du même Code burkinabè et art. 325 sq. du Code malien).

ressortir les problèmes d'inégalité des sexes qui se posent alors, notamment en ce qui concerne les successions.

8. - « Code des personnes et de la famille ». Dans les passages suivants, il sera souvent fait usage de la désignation de « Code des personnes et de la famille ». Les textes ainsi appelés sont des émanations de l'ancien Code civil français, reçu en héritage colonial par certains États africains³⁸. Pour se réapproprier les principes du Code, ces États ont élaboré des corps de règles diversement nommés, tels que : loi (Cameroun³⁹, Côte d'Ivoire⁴⁰), code de la famille (Sénégal⁴¹), code des personnes et de la famille (Bénin⁴², Burkina Faso⁴³, Mali⁴⁴).

9. - « Afrique noire francophone ». Cette appellation est en rapport avec l'histoire coloniale du continent africain. En effet, avant les indépendances des territoires annexés par la France en Afrique, il avait été constitué deux fédérations territoriales⁴⁵. Aujourd'hui, l'ensemble de ces territoires, devenus indépendants, est désigné par l'expression « Afrique noire francophone », pour signifier à la fois leur appartenance à l'Afrique subsaharienne et leur héritage politique et juridique de la France. Cette délimitation spatiale constitue le champ de l'étude. Étant donné que la plupart des États qui y sont compris sont partis de la même base juridique en matière civile, il est plus aisé de retracer l'itinéraire emprunté les différents droits sur la question de l'égalité des sexes.

³⁸ Par exemple, le Code civil du Burkina Faso a été amputé de ses articles 7 à 515 qui régissaient exactement les personnes et la famille, mais le Code reste applicable en ses autres dispositions non abrogées. Ces articles étaient contenus au livre 1^{er} intitulé « Des personnes ».

³⁹ Loi n° 66-2-COR du 7 juil. 1966 portant sur le mariage.

⁴⁰ Loi n° 64-375 du 7 oct. 1964 relative au mariage.

⁴¹ Loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille.

⁴² Loi n° 2002 - 07 du 14 juin 2004 portant Code des personnes et de la famille.

⁴³ *Zatu* An VII/0013 du 16 nov. 1989 portant Code des personnes et de la famille.

⁴⁴ Loi n° 11-080/AN-RM du 2 déc. 2011.

⁴⁵ J.-R. de BENOIST, *L'Afrique occidentale française de la Conférence de Brazzaville (1944) à l'Indépendance (1960)*, Nouvelles Éditions Africaines (NEA), Dakar, 1982, 617 p. D'une part, il existait la fédération de l'Afrique occidentale française, regroupant les colonies françaises à un moment donné (qui s'est progressivement étendue par des décrets successifs du gouvernement métropolitain entre 1895 et 1958) qui comprenait la Côte d'Ivoire, le Dahomey (actuel Bénin), la Guinée française (actuelle Guinée), la Haute-Volta (actuel Burkina Faso), la Mauritanie, le Niger, le Sénégal, le Soudan français (aujourd'hui le Mali), et le Togo (son chef-lieu se trouvait au Sénégal. Cf. BNF-Gallica, Exposition internationale de Paris, 1931, consulté le 16 juil. 2017 sur <http://gallica.bnf.fr/html/und/enregistrements-sonores/afrique-occidentale-francaise-aof> et <http://gallica.bnf.fr/html/und/enregistrements-sonores/autres-pays-dafrique-subsaharienne>). D'autre part, se trouvait la fédération de l'Afrique équatoriale française qui regroupait le Cameroun, le Moyen Congo (actuel Congo-Brazzaville), le Gabon, l'Oubangui-Chari (actuelle République Centrafricaine), et le Tchad (cf. BNF-Gallica, Exposition internationale de Paris, 1931, consulté le 16 juil. 2017 sur <http://gallica.bnf.fr/html/und/enregistrements-sonores/afrique-equatoriale-francaise-aef>).

10. - « Droits de l'homme ». Selon le Haut-commissariat aux droits de l'homme des Nations-Unies, « Les droits de l'homme sont les droits inaliénables de tous les êtres humains, quels que soient leur nationalité, lieu de résidence, sexe, origine ethnique ou nationale, couleur, religion, langue ou toute autre condition. Nous avons tous le droit d'exercer nos droits de l'homme sans discrimination et sur un pied d'égalité. Ces droits sont intimement liés, interdépendants et indivisibles »⁴⁶. Dans la présente étude, la notion de « droits de l'homme » sera utilisée pour désigner les droits de la personne humaine en général, qui peut être l'« homme », la « femme » ou l'« enfant »⁴⁷. Le vocable « homme » pourra désigner l'« être humain du sexe masculin » ou l'« adulte du sexe masculin par opposition à garçon, jeune homme »⁴⁸. De même, le mot « femme » sera entendu suivant les différents sens qu'il peut avoir selon le dictionnaire⁴⁹, même si l'usage tend à le réserver à la femme mariée. Dans ce sens, premièrement, il pourra renvoyer à la personne de sexe féminin, sans nécessairement faire un lien avec son statut matrimonial. Sous cet angle, il pourra également désigner l'enfant de sexe féminin ou l'adulte de sexe féminin hors mariage ou en passe de se marier. Deuxièmement, le mot pourra aussi se rapporter à l'épouse, c'est-à-dire à la compagne dans le mariage, comme le correspondant du terme « mari » (encore inscrit dans les lois sur le mariage des États de l'Afrique subsaharienne). Enfin, le vocable « enfant » sera employé pour désigner la personne mineure ou encore mettre en exergue le lien juridique existant entre une personne et ses parents. Aux termes de l'article 1^{er} de la Convention internationale des droits de l'enfant⁵⁰, l'enfant est « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». La législation du mariage, rapportée à l'égalité, concerne l'homme et la femme au premier titre, et l'enfant à un degré secondaire.

Après ces définitions préliminaires, il convient de s'intéresser aux rapports de sexe face au mariage, par juxtaposition avec le principe d'égalité.

⁴⁶ Haut-commissariat des droits de l'homme, ONU, Que sont les droits de l'homme ? consulté le 2 oct. 2017 sur <http://www.ohchr.org/FR/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.

⁴⁷ Ces termes ne sont pas tous définis par les Codes des personnes et de la famille, qui se prononcent plus fréquemment sur la personne mineure (v. art. 459 du CPF du Bénin : « Est mineure la personne de l'un ou l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de dix-huit (18) ans accomplis » ; dans le même sens art. 554 du CPF du Burkina Faso et art. 609 du CPF du Mali).

⁴⁸ Cf. définition du *Dictionnaire Larousse*, consulté le 20 juil. 2017 sur <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/homme/40240>.

⁴⁹ Cf. *Dictionnaire Larousse* : être humain du sexe féminin ; adulte de sexe féminin, par opposition à fille, jeune fille ; épouse (consulté le 20 juil. 2017 sur <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/femme/33217>).

⁵⁰ Adoptée le 20 nov. 1989 et entrée en vigueur le 7 sept. 1990.

I. Le mariage au prisme de l'égalité des sexes

11. - Prémisses. À première vue, l'égalité ne paraît pas encore réalisée dans les droits africains, ni tout à fait sur le plan formel, ni sur le plan réel. Du reste, c'est un fait que dans les systèmes nationaux dans lesquels l'égalité formelle est achevée, la lutte s'oriente désormais vers l'atteinte d'une réelle égalité⁵¹.

L'inégalité des sexes est à considérer dans « l'entrée en mariage » (A), de même que dans « la vie en mariage »⁵² (B).

A. Inégalité des sexes au regard du mariage

12. - Tension entre la conception africaine du mariage et les droits individuels. Il a été relevé que le mariage en Afrique ne poursuit pas nécessairement les mêmes finalités que le mariage en Europe, même si la transposition du concept occidental dans les droits de la famille des États subsahariens sans véritable adaptation⁵³ peut laisser penser le contraire. Il ne faut pas perdre de vue que, dans cette partie du monde, le mariage est avant tout une question de familles, et les tractations qui entourent le processus matrimonial font souvent primer l'arrangement des familles sur l'accord de volontés des futurs époux, alors que celui-ci est primordial dans l'union conjugale légale. Les droits individuels sont ainsi déconsidérés, au profit des intérêts communautaires. Ce sens social du mariage nourrit les inégalités entre les sexes.

13. - Isolement des droits individuels face aux enjeux sociaux du mariage. La plupart des droits féminins sur lesquels la communauté internationale s'accorde aujourd'hui⁵⁴ paraissent dérisoires devant les représentations sociales du mariage en Afrique. En effet, en dépit des textes juridiques qui posent désormais le principe du mariage en tant que résultat de la volonté libre et consciente de l'homme et de la femme de se prendre pour époux, force est de reconnaître la distance entre la théorie et le vécu du plus grand nombre d'africains. Plus exactement, la liberté

⁵¹ Ce souci a guidé le législateur français à adopter la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes. L'idée de cette loi « cadre » est née devant le constat du caractère structurel des inégalités de genre (car la persistance des inégalités résulte de stéréotypes qui structurent les mentalités), de même que systémique (entendu au sens de l'enchaînement des facteurs ayant pour résultat l'exclusion ou la préférence d'un groupe donné dans l'exercice d'un droit) (lire E. FONDIMARE, *La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes : Principe d'égalité (Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes)*, *op. cit.*, n° 5-13).

⁵² Ces expressions sont utilisées par le doyen CARBONNIER (v. J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, *op. cit.*, p. 1161 et 1211).

⁵³ V. *supra*, n° 5.

⁵⁴ V. *infra*, n° 17 sq.

de se marier et de choisir son conjoint est encore moins une réalité pour la femme que pour l'homme⁵⁵. Il s'ensuit que la liberté de l'homme n'est pas restreinte dans la même proportion que celle de la femme, que ce soit en vue du mariage ou à sa suite. Le fait est que le mariage africain, en plus de représenter davantage l'entente des familles que l'accord de deux volontés, apparaît comme le cadre institué pour perpétuer la lignée d'un homme⁵⁶. Dès lors, la procréation rattachée au mariage prend un sens particulier⁵⁷, et les droits de la femme qui entrent en conflit avec cet objectif sont largement méconnus. Pour cela, la femme n'est pas toujours scolarisée, car son éducation consiste essentiellement en une préparation au mariage⁵⁸. De même, les mutilations sexuelles féminines, contradictoires du droit à l'intégrité physique et à la liberté sexuelle, poursuivent au fond le but de garantir la virginité féminine jusqu'au mariage et la fidélité de l'épouse après le mariage. La conscience collective n'y trouve pas de mal, leur but ultime étant d'assurer la pureté de la lignée des enfants issus du mariage⁵⁹.

Somme toute, les droits du mariage africains reconnaissent la liberté matrimoniale à tous, mais le déterminisme social ne permet pas en tant que tel à la femme d'envisager son existence en dehors du mariage, ou encore dans le mariage, mais sans former de projet parental. Ainsi, les constructions sociales mènent inexorablement la femme au mariage, parfois au sacrifice de son droit à l'instruction scolaire, ce qui se répercute sur son insertion future dans le système professionnel formel. Pourtant, l'autonomie financière à laquelle le travail donne accès est la condition fondamentale pour une véritable égalité des sexes. Se positionnant contre ces phénomènes, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁶⁰, en son article 5-a, engage les États parties à prendre toutes les mesures appropriées

⁵⁵ Ici, il faut noter que, hormis les milieux urbanisés, les africains sont fréquemment dépossédés du choix de la personne du conjoint, ou du moins le premier conjoint, étant précisé que l'homme est seul à pouvoir être polygame, que ce soit en vertu de la coutume majoritaire ou de certains nouveaux droits comme ceux du Burkina Faso et du Mali (v. *infra*, n° 374 sq.). Ainsi, l'homme, à qui il aura été imposé une première femme, conserve la possibilité de se marier plus tard à d'autres femmes qu'il aura lui-même choisies, ce qui permet de se rendre compte que la contrariété à la liberté matrimoniale n'est pas la même pour les sexes.

⁵⁶ V. *infra*, n° 434.

⁵⁷ V. *infra*, n° 630 sq.

⁵⁸ L'éducation scolaire de la fille n'est pas estimée utile, tant son mariage semble inéluctable (v. C. FOURGEAU, Un exemple d'économie polygamique : petites productrices au Sud Bénin, in « Citadins et ruraux en Afrique subsaharienne », Cahier de l'Université catholique d'Afrique centrale, éd. Karthala/Presses de Université catholique d'Afrique centrale, Paris/Yaoundé, 2000, p. 373). Dès lors, la femme ne paraît pas pouvoir choisir de ne pas se marier.

⁵⁹ V. *infra*, n° 624 sq.

⁶⁰ Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 déc. 1979, elle est entrée en vigueur le 3 sept. 1981.

pour « modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou de l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ». Malgré tout, la discordance entre la théorie et la pratique demeure⁶¹. Au-delà, la conclusion du mariage paraît accentuer le clivage.

B. Inégalité des sexes à partir du mariage

14. - Concessions des droits modernes à la tradition. La situation socio-anthropologique de l'Afrique permet de mesurer l'importance de l'apport du droit pour la concrétisation des droits de la femme⁶². Les codifications africaines du droit de la famille n'ont pas engendré des lois aussi audacieuses qu'il était attendu⁶³. Bien plus, il est observé une récupération de la coutume par certains droits, et encore de manière élitiste⁶⁴. Dans ce registre, il est noté que le droit malien a conservé l'institution du chef de famille⁶⁵, alors que cette notion s'accompagne d'une incapacité juridique plus ou moins prononcée de l'épouse⁶⁶. On peut voir ainsi que l'inégalité des conjoints prend parfois appui sur la loi. La consécration légale de la polygamie masculine, bien que l'institution constitue le socle de nombreuses inégalités entre les époux, fournit une autre illustration de cette anomalie⁶⁷. Thérèse Atangana Malongue fait observer que « même si on doit reconnaître [...] que la jurisprudence a parfois fait preuve d'ingéniosité en la matière, il est difficile de se réjouir du travail prétorien d'adaptation des dispositions du Code civil au mariage

⁶¹ Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ remarque qu'« il existe toujours un certain décalage entre la proclamation des principes et leur mise en œuvre » (F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, op. cit., p. 7).

⁶² M. NKOUEJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, op. cit., 283 p. ; G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, A. Pédone, Paris, 1974, 311 p. ; J. VANDERLINDEN, *Anthropologie juridique*, Dalloz, Collection Connaissance du droit, 1996, 123 p. ; éd. Karthala, « Anthropologie et droit : Intersections et confrontations », Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire, Cahiers d'Anthropologie du droit, hors-série 2004/4, 384 p. Il faut noter que dans d'autres civilisations, une réglementation plutôt sommaire de l'institution matrimoniale peut suffire, parce que d'autres mécanismes socio-politiques de réduction des inégalités entre les sexes, d'effectivité du droit à l'éducation scolaire, concourent à auto-ajuster les intérêts des époux. Mais, en Afrique où ces mécanismes n'existent pas, le droit devient le principal instrument du changement.

⁶³ V. A. N. GBAGUIDI, De l'option de monogamie à l'option de polygamie : la nouvelle voie béninoise, *in* Revue béninoise des sciences juridiques et administratives, numéro spécial, oct. 1995, p 31-33, p. 26.

⁶⁴ V. B. K. ADJAMAGBO-JOHNSON, Inégalités de droit – Coexistence des droits : coutume et droit moderne, pour ou contre l'égalité ? Communication au Colloque international « Genre, population et développement en Afrique », Abidjan, 16-21, juil. 2001.

⁶⁵ Cf. art. 319 du CPF malien.

⁶⁶ V. *infra*, n° 212 sq.

⁶⁷ La polygynie recueille beaucoup de critiques parce qu'elle rompt manifestement l'égalité entre l'homme et la femme dans le couple ; en même temps, la reconnaissance de son équivalent féminin, la polyandrie, paraît être une mauvaise solution, pour les raisons qui seront exposées par la suite (v. *infra*, n° 374 sq.).

polygamique. La question est de savoir si cette élaboration prétorienne œuvre dans le sens de l'égalité. Force est de constater qu'intrinsèquement, la polygamie crée l'inégalité et l'insécurité juridique dans la famille. L'inégalité dans les rapports entre les époux monogames est une conséquence sociojuridique et peut donc évoluer vers plus d'égalité. En revanche, quelle que soit la volonté législative et jurisprudentielle, les solutions apportées à la polygamie ne seront que rafistolage. Pour l'essentiel, il n'est véritablement possible de remédier à cette inégalité que par l'instauration de [...] la polygamie intégrale⁶⁸ ou par la suppression de la polygynie à condition dans ce dernier cas, d'éviter le piège de la monogamie [de fait] »⁶⁹. Pour Alex-François Tjouen, il faudrait, "dans un contexte très marqué par les coutumes, éviter de supprimer la polygynie et trouver plutôt un moyen d'alléger les souffrances de la femme"⁷⁰. La proposition, pour réaliste qu'elle puisse paraître au regard du contexte sociologique, n'en est pas moins discutable du point de vue juridique. Malgré la particularité culturelle souvent invoquée pour soutenir la polygynie, la distorsion des droits des époux qui y est associée ne permet pas de la conserver dans des États de droit. Il est certain que, dans un environnement social où les rapports de force penchent fréquemment en faveur de l'homme, le fait de reconnaître à ce dernier la faculté d'être simultanément marié à plusieurs femmes creuse davantage l'écart entre les sexes.

Enfin, l'inégalité en droit de l'homme et de la femme transparaît dans la réglementation des droits parentaux. Dans les droits africains, l'épouse est infériorisée dans ses droits parentaux, notamment sur le terrain de la transmission du nom ou de l'exercice autonome de l'autorité parentale⁷¹.

15. - Aggravation des assignations sociales de rôle à partir du mariage. Les dynamiques sociales en Afrique subsaharienne concourent à l'assignation sexuée des fonctions. La hiérarchisation des sexes qui en résulte prend un autre relief dans le mariage. De fait, les représentations africaines du couple font habituellement du conjoint masculin celui qui exerce une activité rémunératrice, donc celui qui apporte des ressources à la famille, tandis que la femme est affectée aux tâches de gestion du quotidien du ménage et liées à la reproduction. Ces

⁶⁸ C'est-à-dire la polygamie pour les deux sexes.

⁶⁹ T. ATANGANA MALONGUE, Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille, *in* Revue internationale de droit comparé, vol. 58, n°3, 2006, p. 844.

⁷⁰ A.-F. TJOJEN, La condition de la femme en droit camerounais de la famille, *in* Revue internationale de droit comparé, vol. 64, n°1, 2012, p. 154.

⁷¹ V. *infra*, n° 249 sq. Le dernier cas concerne particulièrement le Mali (v. *infra*, n° 265 sq.).

occupations-ci ne sont pas moins absorbantes qu'un travail salarié, mais elles sont dévalorisées à cause de leur contribution indirecte à la création de richesse.

La catégorisation sexuelle dans le couple est donnée pour être naturelle, pourtant, la percée féminine récente dans le monde actif tend à prouver le contraire. Par-delà, la proximité affective des époux ne laisse pas toujours voir à quel point la famille, et la société à une échelle supérieure, contribuent à la reproduction et à la vitalité des rôles stéréotypés qui maintiennent la subordination féminine⁷². La dignité humaine s'en trouve même quelquefois affectée⁷³. Cependant, le dispositif juridique international pose les bases pour l'avènement de l'égalité entre l'homme et la femme.

II. Le cadre juridique international de la prise en compte de l'égalité dans le mariage

16. - Mouvement pour l'égalité des sexes. Longtemps, les sociétés ont mené des luttes pour l'égalité entre tous les hommes⁷⁴. Puis, le problème s'est posé en termes d'égalité homme-femme⁷⁵. En France – dont le système juridique a servi de référence aux pays d'Afrique noire francophone⁷⁶ – la conquête des droits humains s'est faite progressivement, comme dans le reste du monde. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen fut proclamée le 26 août

⁷² Dans ces circonstances, le sentiment amoureux, que certains jugent consubstantiel à l'union matrimoniale et de nature à restaurer l'équilibre dans les rapports des époux quand il y a lieu (J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, op. cit.*, n° 523 – p. 1143, n° 525 – p. 1150, n° 528 – p. 1158, n° 533-534 – p. 1183-1185 ; J.-L. HALPÉRIN, *Le Code civil*, Dalloz, 2^e éd., 2003, p. 33 ; A. BETHERY de la BROSSE, Droit – Amour – Mariage. L'abandon de la transcendance naturelle, *in* *Revue Droits*, 2014/1, n° 59, p. 159-182) ne peut pas jouer son rôle, d'autant plus que, dans la culture africaine, les familles des époux sont indispensables dans la formation du lien conjugal. Au reste, cette donne les dispose à jouer le rôle de sentinelles pour la préservation des intérêts de chaque époux, mais des logiques intéressées peuvent induire des attitudes peu favorables à la femme.

⁷³ Cf. A.-F. TJOUEN, La condition de la femme en droit camerounais de la famille, *in* *Revue internationale de droit comparé*, vol. 64, n°1, 2012, p. 137.

⁷⁴ La France a aboli l'esclavage dans ses colonies le 27 avr. 1848, suite à la Révolution qui eut lieu la même année (cf. France, Sénat, *Repères chronologiques, Victor Schoelcher (1804-1893), Une vie, un siècle, L'esclavage d'hier à aujourd'hui*, consulté le 10 juin 2017 sur http://www.senat.fr/evenement/victor_schoelcher/abolitions.html).

⁷⁵ Cf. F. GASPARD, Les « droits de la femme » : construction d'un enjeu en relations internationales, *in* *Revue internationale et stratégique*, 2002/3, n° 47, p. 46-52 ; v. aussi F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes, op. cit.*, 101 p. ; I. THERY, La distinction de sexe : une nouvelle approche de l'égalité, Odile Jacob, Paris, 2007, 676 p. ; L. SFEZ, *L'égalité*, Presses universitaires de France, Collections Que sais-je ?, Paris, 1989, 126 p. ; A. N. GBAGUIDI, L'égalité dans les rapports personnels entre époux dans le nouveau code de la famille du Bénin, *in* *Revue Recht in Afrika*, vol. 2, 2003, p. 167-188 ; T. ATANGANA-MALONGUE, Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille, *op. cit.*, p. 831-858.

⁷⁶ V. *supra*, n° 1.

1789⁷⁷. Toutefois, cette déclaration, qui entendait rectifier les injustices sociales en consacrant l'égalité de tous, laissait en marge les inégalités transverses concernant les femmes. En réaction, Marie Gouze, dite Olympe de Gouges, a rédigé la "Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne" en septembre 1791, en pastiche à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et l'a proposée à l'adoption à l'Assemblée nationale le 28 octobre 1791⁷⁸. Il s'agissait de revendiquer, par ce canal, non seulement l'identité de droits pour les sexes, mais aussi, pour marquer nettement que la femme est l'égal de l'homme, l'identité de devoirs. Le texte fut rejeté par la Convention chargée de l'examiner⁷⁹. Malgré tout, l'action de Olympe de Gouges a posé les bases du mouvement féministe en France. La lutte pour la reconnaissance des droits de la femme n'a pas cessé de s'affermir depuis⁸⁰. Les avancées du droit français jusqu'aux années 60, période des indépendances africaines⁸¹, ont été insérées dans l'ordre juridique interne des anciennes possessions françaises⁸².

A. Instruments internationaux de portée générale

17. - Textes à dimension mondiale. Il convient de mentionner en premier lieu la Charte des Nations-Unies, signée à San Francisco le 26 juin 1945⁸³. Dans son préambule, la Charte des Nations-Unies proclame « sa foi [...] dans l'égalité de droits des hommes et des femmes ». Elle énonce également sa volonté de contribuer à l'insertion des femmes dans la coopération

⁷⁷ V. Assemblée nationale (France), Le temps de l'invention (1789-1799), consulté le 25 juil. 2017 sur <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>.

⁷⁸ V. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, op. cit., p. 7 ; B. KOLLY, Des sœurs chez les frères : Configuration et reconfiguration à partir d'un objet philosophique sexué, l'exemple des sœurs politiques, in A. CAILLET et C. GENIN (dir.), « Genre, sexe et égalité : Étude critique de nos rôles sociaux », Actes du colloque "À côté du genre", éd. L'Harmattan, Paris, 2014, p. 39 ; Observatoire de la laïcité (France), Olympe de Gouges et la Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne septembre 1791, consulté le 25 juil. 2017 sur http://observatoirelaicite95.org/resources/droit_femme.pdf.

⁷⁹ Cf. Observatoire de la laïcité (France), Olympe de Gouges et la Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne septembre 1791, op. cit.

⁸⁰ En France, et par extension, dans les anciennes colonies françaises où le droit métropolitain était applicable.

⁸¹ Il faut signaler qu'à cette époque, elles n'étaient pas encore notables.

⁸² V. *supra*, n° 1. Sur le continent africain également, les figures de proue féminines ne manquent pas, à l'image des Amazones du Bénin, de la princesse Yennenga du Burkina Faso, de la reine Abla Pokou de la Côte d'Ivoire, de la reine Saraounia du Niger, etc. (cf. S. SERBIN, *Reines d'Afrique et héroïnes de la diaspora noire*, éd. Sépia, Saint-Maur-des-Fossés, 2004, 301 p. ; A. B. STANLEY, *Les amazones de la Sparte noire : les femmes guerrières de l'ancien royaume du Dahomey*, Traduit en français par Christiane OWUSU-SARPONG, éd. L'Harmattan, Paris, 2014, 334 p. ; V. TADJO, *Reine Pokou : concerto pour un sacrifice*, éd. Actes Sud, Arles, mars 2005, 90 p.). Cependant, l'oralité de la culture africaine ne permet pas de retracer avec précision leur contribution pour l'évolution des droits de la femme. L'histoire retient principalement qu'elles ont marqué leur époque par des prouesses qui les ont fait rentrer dans la légende.

⁸³ La Charte des Nations unies est entrée en vigueur le 24 octobre 1945. Le Bénin et le Burkina Faso y ont adhéré le 20 sept. 1960 et le Mali le 28 sept. 1960.

internationale. Cette charte est le premier texte juridique international à se référer au sexe, un renvoi qui, comme le note un auteur, « permettait de sortir de l'ambiguïté qui avait jusque-là régné »⁸⁴, et qui « fut répétée par la Déclaration universelle des droits de l'homme »⁸⁵. Roseline Letteron, à son tour, relève que « L'idée d'une approche séparée des droits des femmes n'a rencontré, à l'origine, qu'un faible écho parmi les États »⁸⁶. L'idée a malgré tout fait son chemin. Dans la lancée, des instances ont été créées sous l'égide du Conseil économique et social des Nations-Unies, afin de s'occuper spécifiquement des questions relatives à la femme. La Commission des droits de l'homme a ainsi vu le jour, en 1946⁸⁷. L'organe a beaucoup œuvré pour l'assise des droits de la femme⁸⁸. Sous sa gouverne, des textes déterminants pour la protection juridique de la femme ont été adoptés.

À côté de la Charte de San-Francisco, la Charte internationale des droits de l'homme représente également un maillon important du dispositif international. Son texte le plus remarquable est la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée à Paris le 10 décembre 1948⁸⁹. Cette déclaration pose véritablement les jalons de la reconnaissance de droits paritaires entre homme et femme en son article premier. Il énonce que « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ».

⁸⁴ F. GASPARD, Les « droits de la femme » : construction d'un enjeu en relations internationales, *op. cit.*, p. 47.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ R. LETTERON, Les droits des femmes entre l'égalité et l'apartheid, in « Mélanges en l'honneur d'Hubert Thierry. Évolution du droit international », éd. A. Pédone, Paris, 1998, p. 281-302.

⁸⁷ Il a ensuite été mis en place une sous-commission chargée de la condition de la femme en son sein.

⁸⁸ Elle a été remplacée en 2006 par le Conseil des droits de l'homme (cf. Nations Unies, Protéger les droits de l'homme, consulté le 17 juil. 2016 sur <http://www.un.org/fr/sections/what-we-do/protect-human-rights/index.html>). François GASPARD fait, à son propos, la remarque suivante : « La commission a [...] permis de sensibiliser la communauté internationale aux questions d'égalité face à l'éducation, en liaison avec l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), et à la situation des femmes face à l'emploi, en liaison avec l'OIT. Ses travaux, facilités par l'existence, auprès du secrétariat des Nations unies, de la division de la promotion de la femme, ont enfin conduit la communauté internationale à prendre en considération le sort des femmes dans le monde à l'occasion de toutes les grandes conférences thématiques, en intégrant la dimension du genre dans les réflexions et documents finaux. Sans cet organe et la mobilisation des mouvements qu'elle a suscités, ce que l'on appelle la « question des femmes » aurait-elle été intégrée dans les débats ? » (cf. F. GASPARD, Les « droits de la femme » : construction d'un enjeu en relations internationales, *op. cit.*, p. 48).

⁸⁹ La Charte internationale des droits de l'homme comprend, outre la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

18. - Textes propres au continent africain. À l'échelle africaine, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁹⁰ s'inscrit comme un instrument juridique d'importance, à la fois par son contenu et par le nombre d'adhésions recueillies. Ratifiée par cinquante-trois États africains⁹¹, cette convention, tout en affirmant la nécessité de tenir compte « des traditions historiques et des valeurs de la civilisation africaine », s'approprie les principes fondamentaux contenus dans la Charte des Nations-Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme, afin d'asseoir le respect des droits reconnus à la femme.

B. Instruments internationaux de portée spécifique

19. - Textes mondiaux. Les textes les plus notables ici sont la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁹² et la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes⁹³. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes reconnaît qu'en dépit des instruments internationaux, les femmes continuent de faire l'objet de discriminations et exprime son souhait d'instaurer un nouvel ordre économique international fondé sur l'équité et la justice, destiné à rétablir l'égalité⁹⁴. Quant à la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, son 1^{er} considérant donne le ton en affirmant l'urgence « de faire en sorte que les femmes bénéficient universellement des droits et principes consacrant l'égalité, la sécurité, la liberté, l'intégrité et la

⁹⁰ Adoptée par la 18^e Conférence de l'Organisation de l'Unité Africaine, à Nairobi, le 27 juin 1981, elle est entrée en vigueur le 21 octobre 1986. Elle a été ratifiée par le Bénin le 20 janv. 1986, qui l'a signée le 11 févr. 2004 ; signée le 5 mars 1984, puis ratifiée le 6 juil. 1984 par le Burkina Faso ; signée et ratifiée par le Mali respectivement le 13 nov. 1981 et le 21 déc. 1981 (cf. Tableau de ratification : Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, disponible sur le site Internet de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, consulté le 24 sept. 2017 sur <http://www.achpr.org/fr/instruments/achpr/ratification/>, v. aussi Annexe I du 13^e rapport annuel d'activités de la Commission Africaine des Droits de l'homme et des Peuples (1999-2000), à lire sur http://www.achpr.org/francais/activity_reports/activity13_fr.pdf (consulté le 25 juil. 2013)).

⁹¹ *Ibid.* Le Soudan du sud, le dernier État indépendant du continent africain est seul à ne l'avoir pas encore ratifié (cet État a fait sécession avec la République du Soudan le 9 juillet 2011, après un référendum d'autodétermination tenu du 9 au 15 janvier 2011, (cf. *Euronews*, Les Sud-Soudanais ont voté en faveur de leur indépendance, 8 févr. 2011, consulté le 24 sept. 2017 sur <http://fr.euronews.com/2011/02/08/les-sud-soudanais-ont-vote-en-faveur-de-leur-independance> ; *AFP*, Sud-Soudan: 98,83% pour la sécession, 7 fév. 2011, consulté le 24 sept. 2017 http://www.lepoint.fr/monde/sud-soudan-98-83-pour-la-secession-07-02-2011-136563_24.php)).

⁹² Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 déc. 1979 et entrée en vigueur le 3 sept. 1981 après avoir reçu la ratification de 20 États. Le Bénin l'a signé le 11 nov. 1981 et ratifié le 12 mars 1992, le Burkina Faso y a adhéré le 14 oct. 1987, et le Mali l'a signé le 5 fév. 1985 et ratifié le 10 sept 1985 (cf. Nations-Unies, Collection des traités, consulté le 25 sept. 2017 sur https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=fr).

⁹³ Adoptée le 20 déc. 1993 par l'Assemblée générale de l'ONU (résolution 48/104).

⁹⁴ Cf. Préambule de la Convention.

dignité de tous les êtres humains ». En dernière date, le Programme d'action de Beijing⁹⁵ est venu constater que « la condition de la femme s'est améliorée dans certains domaines importants au cours de la dernière décennie, mais que les progrès ont été inégaux, que les inégalités entre hommes et femmes persistent et que d'importants obstacles subsistent, ce qui a de graves conséquences pour le bien-être de l'humanité toute entière »⁹⁶. Cette donne renouvelle le débat.

20. - Textes africains. À ce niveau, les textes majeurs sont au nombre de deux. Le Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes⁹⁷ en constitue le premier. Il est dédié, ainsi que l'indique son intitulé, aux questions spécifiques aux femmes. La promotion de l'égalité homme-femme y occupe une bonne place. En raison de ses dispositions distancées avec la coutume africaine, à cette date, seuls 36, sur les 54 États africains, l'ont signé et ratifié (15 l'ont signé sans la ratifier et 3 ne l'ont ni signé ni ratifié)⁹⁸. Le deuxième est représenté par la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant⁹⁹, qui prend en compte les questions relatives à l'enfant. La Charte traite entre autres de la scolarisation de tous les enfants, en recommandant des mesures spéciales en faveur des filles¹⁰⁰, des coutumes préjudiciables à la santé ou encore des mariages précoces¹⁰¹. Le bilan de ses adhésions est assez proche de celui du Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes. En effet, 41 États l'ont à la fois signée et ratifiée, 9 l'ont signée mais non ratifiée, et 4 États n'ont encore satisfait à aucune formalité.

⁹⁵ Point 5° du Programme relatif à la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, adopté à l'unanimité de 189 pays le 15 sept. 1995 (cf. ONU Femmes, Conférences mondiales sur les femmes, consulté le 12 juil. 2017 sur <http://www.unwomen.org/fr/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>).

⁹⁶ Les Nations-Unies ont organisé quatre conférences mondiales sur les femmes dont celle de Beijing est la dernière (en 1995). Les premières se sont respectivement déroulées au Mexique en 1975, à Copenhague en 1980, à Nairobi en 1985. La conférence fait l'objet d'évaluations quinquennales (cf. ONU Femmes, Conférences mondiales sur les femmes, *op. cit.*).

⁹⁷ Adopté par la Conférence de l'Union Africaine à Maputo, le 11 juil. 2003. Elle a été ratifiée par le Bénin le 30 sept. 2005 ; par le Burkina Faso le 9 juin 2006 ; par le Mali le 13 janv. 2005 (cf. Tableau de ratification : Protocole à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples relatif aux droits des femmes en Afrique, consulté le 24 sept. 2017 sur <http://www.achpr.org/fr/instruments/women-protocol/ratification/>).

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Adoptée à Addis-Abeba, le 11 juillet 1990 et entrée en vigueur le 29 novembre 1990, après sa ratification par 15 États. Elle a été ratifiée par le Bénin le 17 avr. 1997, le Burkina Faso le 8 juin 1992 et le Mali le 3 juin 1998 (cf. Tableau de ratification : Charte Africaine des droits et du bien-être de l'enfant, consulté le 24 sept. 2017 sur <http://www.achpr.org/fr/instruments/child/ratification/>).

¹⁰⁰ Cf. art. 11 de la Charte.

¹⁰¹ Art. 21 de la Charte.

Au demeurant, tous ces textes ont permis de passer de la simple affirmation du principe d'égalité de l'homme et de la femme à l'adoption de textes normatifs. Mais, comme ils bousculent justement les idées reçues, les réactions ne leurs sont pas souvent favorables. Il est remarqué à ce propos que « les instruments mis en place et les traités qui ont été adoptés ont parfois été dénoncés comme de nature à rompre avec l'universalisme. Cette critique serait opérante si les textes traitant des droits de l'homme et leurs organes conventionnels avaient, à eux seuls, permis de condamner les discriminations dont les femmes ont été et demeurent les victimes dans de nombreuses régions du monde »¹⁰². Il reste que les droits des États de l'Afrique francophone présentent toujours des non-conformités importantes par rapport au cadre juridique international, particulièrement sur la prise en compte du principe d'égalité dans le mariage.

III. Les vicissitudes des réglementations du mariage en Afrique

21. - Réformes manquées. Toute œuvre de codification est une entreprise difficile¹⁰³. Et le problème se ressent plus spécifiquement lorsqu'il s'agit de réglementer le droit de la famille. Pour ce qui est complications que les États africains réformateurs ont connues, l'explication paraît tenir à l'extranéité des normes fixant le cadre juridique de la matière (B). Mais il est aussi constaté que, sous la colonisation, les textes inspirés de la civilisation européenne ont été vivement rejetés (A).

A. Réformes du mariage par le pouvoir colonial

22. - Entreprise de transformation de la société subsaharienne. Pendant l'ère coloniale, la puissance française a vainement essayé de changer les comportements des populations africaines dans le domaine du mariage. Dans son ouvrage *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, Maurice Nkouedjin Yotnda expose que, dans une note du Ministre des colonies (Georges Mandel) au Président de la République Française en 1939¹⁰⁴, on pouvait lire le propos suivant : « Fidèle à l'engagement pris par la France de respecter les traditions africaines, [l'administration française] s'est gardée de troubler par une intervention prématurée la vie familiale et sociale de ses sujets [...] mais cela ne doit pas conduire jusqu'à nier des

¹⁰² F. GASPARD, Les « droits de la femme » : construction d'un enjeu en relations internationales, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰³ V. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 336 p., spéc. p. 317-334.

¹⁰⁴ Document qui a précédé le décret du même nom sur les mariages en Afrique équatoriale française et en Afrique occidentale française.

transformations à opérer [...] le moment est venu de consacrer dans un texte la jurisprudence qui exige le consentement de la fille pour la validité du mariage »¹⁰⁵. Pour autant, si les tentatives du pouvoir colonial pour transposer son droit propre aux territoires occupés, sans concession aux mœurs des autochtones, ont pu connaître du succès dans les domaines politique et économique, au contraire, l'échec fut retentissant concernant la régulation des relations familiales.

23. - Décrets Mandel et Jacquinet. Les décrets Mandel du 15 juin 1939 et Jacquinet du 14 septembre 1951 furent adoptés¹⁰⁶ dans l'esprit de « phagocyter les coutumes »¹⁰⁷. Le premier texte interdisait les fiançailles ou le mariage des filles "indigènes"¹⁰⁸ avant l'âge de 14 ans¹⁰⁹. L'initiative était louable pour l'époque¹¹⁰. Le deuxième décret supprimait la nécessité du consentement des parents pour le mariage de la femme âgée d'au moins 21 ans, de même que pour la femme veuve ou divorcée. Par ailleurs, il affectait un caractère facultatif à la dot, qui se trouvait plafonnée par la même occasion. Si l'idée de réduire la différence entre les figures familiales de la métropole française et celles des colonies n'était pas mauvaise, en revanche, le fait d'avoir voulu transposer le droit français dans les pays colonisés sans aucune adaptation révélait une méconnaissance du terrain¹¹¹. La conséquence ne s'est pas faite attendre. En effet,

¹⁰⁵ M. NKOUE DJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille, op. cit.*, p. 76.

¹⁰⁶ Respectivement publiés au Journal officiel de la République française des 16 juin 1939 et 18 septembre 1951. Il faut mentionner, en marge, le décret MOUTET (du nom de Marius MOUTET, ministre de la France d'Outre-mer de janvier 1946 à octobre 1947) du 20 février 1946, dont le retentissement a été moins important que celui des deux autres. Son apport a été de qualifier de 'mise en servitude' la réclamation de veuve dans une succession (cf. J. DJOGBENOU, *Les personnes et la famille en République du Bénin : de la réalité sociale à l'actualité juridique, in « La personne, la famille et le droit en République du Bénin : Contribution à l'étude du code des personnes et de la famille », éd. Juris Ouanilo, fév. 2007, p. 18).*

¹⁰⁷ J. DJOGBENOU, *Les personnes et la famille en République du Bénin : de la réalité sociale à l'actualité juridique, op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁸ D'après le *Dictionnaire Larousse*, le mot « indigène » se rapporte à ce « Qui était implanté dans un pays avant la colonisation (par opposition aux populations d'origine européenne) » (consulté le 03 avr. 2015 sur <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/indig%C3%A8ne/42602>). Comme ici, le mot désigne souvent les individus relevant de droits, de coutumes et d'institutions autres qu'occidentales. Le mot revêt une connotation péjorative dans le sens où le colon l'a bien souvent employé à propos des populations autochtones, dont les civilisations étaient jugées inférieures, voire n'étaient pas estimées mériter le qualificatif de civilisation (lire à ce propos G. BALLANDIER, *Civilisés, dit-on*, 1^{re} éd., PUF, Paris, 2003, p. 51).

¹⁰⁹ Pour les garçons, cet âge était de 16 ans.

¹¹⁰ Néanmoins, l'âge restait plutôt juvénile.

¹¹¹ La loi française du 24 avril 1833 pose le principe de l'application du Code civil français de 1804 aux colonies. Contrairement à la France, qui a choisi, tout comme le Portugal, l'Espagne et l'Italie, d'appliquer son droit sans changement sur le sol de ses colonies, la Belgique, elle, a fait élaborer un Code colonial par une commission *ad hoc* afin de tenir compte des aspirations des populations sous protectorat ; pour sa part, la Grande Bretagne a également introduit la *Common Law* telle qu'elle avait cours sur son territoire dans ses colonies (sur le sujet, v.

l'administrateur français a pu aussitôt observer une forte résistance, de la part des "indigènes", au droit venu d'ailleurs.

En réalité, ce droit apparaissait trop décalé par rapport aux réalités du milieu. Rémy Cabrillac soutient qu'« à l'extrême, codifier, c'est civiliser »¹¹². Sans contester cette opinion, il peut être observé que, sous la colonisation française, l'œuvre de codification en Afrique a peut-être manqué son but d'impulser de nouveaux comportements matrimoniaux durables, parce qu'elle n'a pas su composer avec le sentiment social dominant de l'époque¹¹³. Une réflexion souligne que « C'est essentiellement en ce qui concerne les veuves que le texte se présentera comme une violation flagrante du droit local : en effet l'alinéa 3 de l'article 2 considérait comme nulle et nul d'effet toute revendication de veuve ou de personne faisant partie du patrimoine du *de cuius*, si ces personnes n'étaient pas consentantes à suivre l'héritier »¹¹⁴. De fait, la veuve ne pouvait effectivement exercer la liberté matrimoniale que si la dot était remboursée, ce qui se voyait rarement en pratique, bien souvent à cause de la dissipation des biens en constituant l'assiette par les récipiendaires. À défaut de remboursement, la règle incluant la femme du défunt dans l'héritage reprenait toute sa force¹¹⁵. En outre, le décret Jacquinot, dans son article 2, interdisait expressément la perception d'une dot pour le mariage d'une femme âgée de 21 ans ou d'une veuve à l'occasion des fiançailles et pendant le mariage, mais ne se prononçait pas sur la perception après la célébration du mariage. Ce vide juridique pouvait laisser croire que la dot était acceptable après le mariage. L'omission réglementaire créait elle-même les conditions de l'ineffectivité de la loi. Tout bien considéré, ces textes étaient trop éloignés des mœurs des habitants qu'ils étaient censés régir¹¹⁶.

24. - Option de législation. Sous la colonisation, les populations qui se sont vues appliquer un droit d'inspiration étrangère, dans lequel elles ne se reconnaissaient pas, ont simplement contourné le droit en vigueur, en continuant de suivre les règles traditionnelles. L'évitement de

C. NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, vol. 26, Travaux de la Faculté de Droit de Namur, 2004, Presses universitaires de Namur, p. 6-7).

¹¹² R. CABRILLAC, *Les codifications*, Paris : PUF, 2002, p. 147.

¹¹³ Cf. A. N. GBAGUIDI, De l'option de monogamie à l'option de polygamie : la nouvelle voie béninoise, *op. cit.*, p. 26.

¹¹⁴ M. NKOUEJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, *op. cit.*, p. 74.

¹¹⁵ V. *infra*, n° 322 sq.

¹¹⁶ Il est avancé que « le décret Mandel ne pouvait être reçu par la population du fait de son incompatibilité avec l'ordre local établi » (cf. M. NKOUEJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, *op. cit.*, p. 85). La même remarque peut d'ailleurs être étendue au décret Jacquinot, adopté douze ans après le premier.

la loi s'est manifesté à une telle enseigne que l'administration coloniale s'est finalement résolue à reconnaître la coutume¹¹⁷, de même que les règles religieuses locales¹¹⁸. S'exprimant à cet égard, Pierre Bourel note que « C'était d'ailleurs là une attitude de bon sens, les autorités coloniales s'étant très vite aperçues qu'il était parfaitement utopique de vouloir au nom de la prétendue supériorité des valeurs de la civilisation occidentale, imposer un droit totalement inadapté aux mœurs et aux coutumes des populations autochtones »¹¹⁹. Dans une tentative de sauvetage de la réforme, il a été donné la possibilité aux autochtones de choisir entre les statuts personnels en concurrence, à savoir le statut civil moderne et le statut civil coutumier. Selon qu'ils optaient pour l'un ou l'autre statut, ils étaient désignés « citoyens » ou « indigènes »¹²⁰. Ceci a marqué le début du pluralisme juridique en Afrique noire francophone. La coexistence entre le droit métropolitain, la coutume et les principes religieux, était officielle jusqu'à la décolonisation des territoires africains. Les réformes de la famille menées ensuite par les États africains se sont intéressées à la question du pluralisme normatif, sans toutefois réussir à l'anéantir.

B. Réformes du mariage par les États africains indépendants

25. - Échec renouvelé. Après l'insuccès des réglementations du mariage sous la colonisation, les États africains indépendants ont pris la relève, en espérant que la durée du brassage des cultures africaines et européenne aurait mieux disposé les mentalités au changement. Mais les résistances sont restées massives, au point que la codification a pris partout plus longtemps que prévu (1), pour finalement aboutir à un résultat modeste en termes d'égalisation des droits de l'homme et de la femme (2).

¹¹⁷ Entendue au sens de droit coutumier. Comme l'affirme J. VANDERLINDEN, il n'est pas besoin de souligner le caractère juridique de la coutume si ce n'est pour marquer la différence entre la coutume en tant que source du droit et la coutume ensemble de comportements généraux et répétitifs d'un groupe social donné (v. J. VANDERLINDEN, *Anthropologie juridique, op. cit.*, p. 56-57).

¹¹⁸ Pour quelques exemples : l'article 2 du décret colonial du 20 mai 1857 reconnut un statut musulman régi par la loi coranique au Sénégal d'abord, puis le décret fut étendu aux autres colonies françaises d'Afrique noire; un autre décret du 10 novembre 1903, en son article 29, reconnut un statut indigène régi par les coutumes locales en faveur des autochtones non-musulmans de l'Afrique occidentale française et enfin un autre décret vint instaurer les mêmes mesures pour ceux de l'Afrique équatoriale française dans son article 47 (cf. M. ALLIOT, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, éd. Karthala, Paris, 2003, p. 176).

¹¹⁹ P. BOUREL, Préface, in G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone, op. cit.*, p. 9.

¹²⁰ V. A. N. GBAGUIDI, De l'option de monogamie à l'option de polygamie : la nouvelle voie béninoise, *op. cit.*, p. 26.

1) Exceptionnelle longueur des processus de codification en Afrique

26. - Optimisme des débuts de la codification dans les États subsahariens. Le Burkina Faso fut le premier à réformer son droit de la famille, suivi par le Bénin, puis par le Mali. Lorsque la question de la réforme du droit de la famille, et du droit du mariage en particulier, s'est posée à eux, ces États ont d'abord voulu déconstruire les préjugés qui empêchaient l'essor des droits de la femme. Les premières approches des réformes juridiques étaient ainsi résolument modernistes, essayant de rattraper, par des interventions législatives uniques, le niveau de protection des droits humains axés sur le genre, que les nations occidentales avaient mis plusieurs décennies à atteindre. Toutefois, les ambitions premières sont pour la plupart restées à l'étape de résolutions. Les obstacles qui se sont élevés sur le chemin des législateurs des trois États se recourent à peu près. Les moindres n'étaient pas la forte opposition à l'exclusion des normes traditionnelles et le refus de la laïcisation du droit.

27. - Codification interrompue au Burkina Faso. Le Burkina Faso a décidé de se doter d'un code des personnes et de la famille au début des années 70¹²¹, mais le processus n'est parvenu à son terme qu'au bout de deux décennies¹²². Il est signalé qu'après une période d'abondante production par les commissions chargées de la codification entre 1971 et 1974¹²³, le projet a été plus ou moins abandonné, jusqu'à la période révolutionnaire burkinabè. La reprise s'est opérée pendant le régime d'exception, à la faveur des engagements du Conseil national pour la révolution. La dernière mouture du projet de code fut déposée le 16 mai 1986. S'en est suivie une phase de vulgarisation du document, qui a donné l'occasion de prendre la mesure des critiques à l'encontre du Code¹²⁴. De ce fait, le pouvoir exécutif a préféré faire des concessions afin de concilier l'opinion publique. La reconnaissance de la polygamie, au sens polygynique,

¹²¹ Le Burkina Faso a connu une révolution sous la conduite du Président Thomas SANKARA, assassiné le 15 octobre 1987. La Révolution burkinabè, commencée le 4 août 1983, s'est poursuivie jusqu'à la restauration de la République par l'adoption de la Constitution du 2 juin 1991. C'est pendant cette période que la dénomination ancienne du pays, « Haute-Volta », considérée comme un signe de domination coloniale, a été changée pour celle de « Burkina Faso », appellation tirée d'un mélange de deux langues locales (le *moore* et le *dioula*), qui signifie « pays des hommes intègres ».

¹²² V. F. M. SAWADOGO, Le nouveau Code burkinabè de la famille : principes essentiels et perspectives d'application, octobre-décembre 1990, *in* Revue juridique et politique Indépendance et Coopération, n°3, p. 374.

¹²³ F. M. SAWADOGO révèle qu'« entre 1971 et 1974 [...] des sous-commissions ont élaboré onze avant-projets couvrant les divers aspects du droit des personnes et de la famille », à savoir « l'état civil, le nom, le domicile, le mariage, le divorce, la filiation, l'adoption, la protection des mineurs, la protection des majeurs, l'obligation alimentaire et les successions », qui sont restés sans suite (v. F. M. SAWADOGO, Le nouveau Code burkinabè de la famille : principes essentiels et perspectives d'application, *op. cit.*, p. 374).

¹²⁴ Cf. Entretien PER 1, réalisé le 11 avr. 2017.

s'est faite dans ces circonstances. Elle fut instituée en tant que forme exceptionnelle du mariage, à côté du mariage monogamique qui en constitue la forme de droit commun. Le Code des personnes et de la famille a été adopté par la *zatu*¹²⁵ An VII/0013 du 16 novembre 1989¹²⁶. Bien que certaines coutumes s'y soient subrepticement glissées, l'article 1066 du Code proclame que « les coutumes cessent d'avoir force de loi dans les matières régies par le [...] code ».

28. - Soubresauts de la codification au Bénin. La situation est assez semblable pour le Bénin qui s'est engagé dans la voie de la réforme vers les années 90. Dans un premier temps, cet État a voulu instituer la polygynie, à l'instar du Burkina Faso, en le proposant en option aux futurs mariés¹²⁷. On suppose que les initiateurs du projet s'étaient ainsi déterminés pour la même raison que leurs prédécesseurs burkinabè, à savoir davantage par souci de ne pas heurter la conscience populaire que par approbation de cette coutume fortement intégrée dans les habitudes matrimoniales locales. Toutefois, quand la première mouture du projet de code a été transmise à l'Assemblée nationale en 1995 pour adoption¹²⁸, elle n'a pas été bien accueillie. D'un côté, il se trouvait ceux qui jugeaient que le texte était trop féministe et l'avaient ironiquement dénommé le « code de la femme » ; de l'autre, il y avait ceux qui estimaient que le Code n'était pas tant progressiste, puisqu'il recelait des discriminations à l'égard de la femme¹²⁹. Malgré tout, après force hésitations, une première version du Code fut adoptée sept ans plus tard, soit le 07 juin 2002.

Cependant, la reconnaissance légale de la polygamie n'a pu aller jusqu'au bout, au nom du « même droit de contracter mariage » pour l'homme et la femme¹³⁰. En effet, l'intention a été

¹²⁵ « *Zatu* » est l'appellation donnée à la loi pendant la révolution burkinabè.

¹²⁶ Mais, il a fallu attendre le 4 août 1990 pour que le code entre en vigueur, le temps d'en faire une large diffusion auprès du public. Dans sa structuration, le code comprend 1067 articles, organisés en trois parties : la 1^{re}, « Des personnes », porte sur les personnes physiques, l'identification des personnes, l'état civil et la nationalité ; la 2^e partie, « De la famille », aborde les principes généraux, le mariage, le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux, le divorce, la séparations de corps, la filiation, la protection des incapables, la parenté et l'alliance, les successions et les donations entre vifs et testaments ; la 3^e enfin, « Application du Code dans l'espace et dans le temps », concerne les conflits de juridictions et les conflits de lois dans l'espace et dans le temps.

¹²⁷ Art. 143-144 du projet de code.

¹²⁸ Par décret n° 95-236 du 5 sept. 1995.

¹²⁹ J. DJOGBENOU, Les personnes et la famille en République du Bénin : de la réalité sociale à l'actualité juridique, *op. cit.*, p. 13 ; G. BOKO NADJO, Le Code des personnes et de la famille béninois, Forum des ONG d'Addis Abeba, octobre 2004, consulté le 15 septembre 2014 sur www.wildaf-ao.org/fr/IMG/doc/Boko_Nadjo_FR.doc.

¹³⁰ G. BADET, Avant-propos, *in* « La personne, la famille et le droit en République du Bénin : Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille », *op. cit.*, p. 4.

paralysée par un recours en inconstitutionnalité, exercé par la députée Rosine Soglo¹³¹, pour non-conformité du projet de code avec le principe d'égalité de l'article 26, alinéa 2, de la Constitution béninoise¹³². Au fond, cette action poursuivait deux buts. Premièrement¹³³, la requérante entendait obtenir la fin de l'application du Coutumier du Dahomey¹³⁴, dont les dispositions étaient en majeure partie défavorables à la femme. Deuxièmement, elle concluait à la consécration d'un statut juridique identique pour l'homme et la femme dans la loi à venir. La Cour constitutionnelle, faisant suite à la saisine, a rendu une première décision renvoyant le Code devant les députés pour mise en conformité avec la loi fondamentale¹³⁵ ; puis, après le réexamen, une seconde décision constatant la conformité¹³⁶. Au terme de ce périple, le Code, purgé de ses dispositions relatives à la polygamie, put enfin être voté le 14 juin 2004 et promulgué le 24 août suivant. À côté, des dispositions discriminatoires ont été validées par la Cour, telles que celles qui se rapportent au choix du domicile ou à la dévolution du nom de l'enfant¹³⁷. Un auteur observe que le Code béninois, dans sa version finale, n'a pas offert aux femmes « le meilleur niveau de protection légale »¹³⁸.

29. - Interférence des ordres religieux et coutumier dans la codification au Mali. À la différence du Bénin et du Burkina Faso, le Mali a réformé deux fois son droit de la famille. Cet État a d'abord, dans les années 60, adopté la loi portant Code du mariage et de la tutelle¹³⁹, puis, s'est de nouveau engagé dans la voie réformatrice autour des années 90. Cependant, la deuxième réforme se faisait attendre, quand, en 2006, elle a bénéficié d'un coup d'accélérateur dans le cadre du « Programme de développement économique et social » du Président Amadou

¹³¹ *Ibid.*, p. 3.

¹³² Il y est écrit que « L'homme et la femme sont égaux en droit ».

¹³³ Pour un aperçu sur l'exposé des motifs, v. S. BOLLE, L'émancipation de la femme béninoise par la Constitution ? L'émancipation de la femme béninoise par la Constitution ? *in* La Voix de l'Intégration Juridique et Judiciaire Africaine, 2005, n^{os} 5 & 6, p. 1.

¹³⁴ Le coutumier du Dahomey est une compilation des coutumes des différentes ethnies du Bénin (anciennement appelé le Dahomey), réalisée par l'administration coloniale française et mise en place par une circulaire A.P. 128 du 19 mars 1931. Il a été abrogé dans ses dispositions applicables à la famille avec l'adoption du Code béninois des personnes et de la famille.

¹³⁵ DDC 02-144 du 23 décembre 2002. Stéphane BOLLE, commentant cette décision, affirme que « La déclaration d'inconstitutionnalité la plus spectaculaire frappe la polygamie, déclarée contraire à l'égalité entre l'homme et la femme » (v. S. BOLLE, L'émancipation de la femme béninoise par la Constitution ? *op. cit.*, p. 1).

¹³⁶ DCC 04-083 du 20 août 2004.

¹³⁷ Cf. A. N. GBAGUIDI, L'égalité dans les rapports personnels entre époux dans le nouveau code de la famille du Bénin, *op. cit.*

¹³⁸ S. BOLLE, L'émancipation de la femme béninoise par la Constitution ? *op. cit.*, p. 6.

¹³⁹ Issu de la loi n° 62-17 AN/RM du 3 février 1962.

Toumani Touré¹⁴⁰. Le projet de loi a été revisité en peu de temps par la commission instituée à cet effet¹⁴¹, ce qui permit de voter le nouveau Code des personnes et de la famille le 3 août 2009. Toutefois, le Code fut reçu avec de vives protestations de la part de la communauté musulmane, assorties de manifestations de rue¹⁴². En conséquence, la promulgation de cette version du Code n'a pu aboutir. Renvoyé en seconde lecture, le code en est ressorti diminué des dispositions les plus significatives pour les droits de la femme. Il fut voté le 2 décembre 2011¹⁴³. Fondamentalement, ce texte consacre peu de droits nouveaux pour la femme, tout en servant de nid à des coutumes et pratiques religieuses qui lui sont défavorables. Dianguina Tounkara utilise la formule de « triomphe des règles coutumières et religieuses »¹⁴⁴ pour décrire l'escamotage de la procédure législative qui s'est produite en cette occasion. Le Code était censé réaliser un compromis entre les exigences de la modernité et les valeurs traditionnelles, mais surtout conserver les acquis des réformes l'ayant précédé. Or, il a plutôt donné lieu à une récupération du processus législatif par les tenants de la coutume et de la religion, au détriment des droits humains¹⁴⁵.

¹⁴⁰ V. Site Internet de Aide publique au développement (Mali), consulté le 4 mai 2016 sur http://www.maliapd.org/IMG/file/pdf/DOCUMENTS_CLES/6_Projet_pour_le_developpement_eco_et_social/PDES_ATT.pdf.

¹⁴¹ La commission a été créée par la décision n°004/MJ-SG du 10 janvier 2008, avec l'objectif de procéder à un toilettage du projet de Code préexistant, v. D. CAMARA, *Mali, Révision du Code de la famille : quel sera le nouveau statut de la femme ?* 17 janv. 2008, Nouvel Horizon, consulté le 15 sept. 2016 sur <http://www.genreenaction.net/spip.php?article6406>.

¹⁴² Il faut préciser que le Mali est un pays fortement islamisé qui compte environ 90% de musulmans pour 10% de chrétiens (v. P. DIARRA, *Cent ans de catholicisme au Mali : Approche anthropologique et théologique d'une rencontre*, Khartala, Paris, Collection Mémoire d'Églises, 2009, p. 238 ; aussi D. BACHE, *L'inquiétude des chrétiens du Mali*, 26 nov. 2012, consulté le 15 sept. 2016 sur <http://www.rfi.fr/afrique/20121126-inquietude-chretiens-mali-mujao-islam-mnla-ansar-dine/>). Des meetings et des prêches virulents ont été organisés à cette occasion, sous la houlette du Haut Conseil Islamique du Mali. Certains leaders religieux ont même dit du Code qu'il était le « plus "satanique" du Mali indépendant » (cf. *Le Pays*, Réforme du Code de la famille au Mali : comment faire passer la pilule ? 25 août 2009, consulté le 15 sept. 2016 sur http://www.grioo.com/ar,reforme_du_code_de_la_famille_au_mali_comment_faire_passer_la_pilule_,17643.html).

¹⁴³ Loi n°11-080/AN/RM.

¹⁴⁴ D. TOUNKARA, *L'émancipation de la femme malienne : les familles, les normes, l'État*, éd. L'Harmattan, Paris, 2012, p. 34.

¹⁴⁵ Comparativement, le Code sénégalais de la famille issu de la loi n° 72-61 du 12 juin 1972, adopté dans un contexte d'hostilité social marquée comme pour le Mali, a, bon gré mal gré, marqué une rupture avec certaines pratiques jugées incompatibles avec les droits de l'homme. Même si son application est une autre affaire, au moins le texte a le mérite d'avoir fait des choix hardis. Pour son application, il est noté qu'il est plus ou moins suivi en milieu urbain, mais non dans les milieux ruraux, notamment dans les zones où les leaders religieux sont influents. Par exemple, le Calife général des Mourides, Abdûl Ahad MBACKE, a récusé la validité du Code de la famille sur toute l'étendue du territoire de Touba, en décrétant que « seule la loi de Dieu sera appliquée » (cf. P. MBOW, *Contexte de la réforme du Code de la famille au Sénégal*, *op. cit.*, n° 22).

2) Bilans contrastés des codifications

30. - Résultats en deçà des besoins. Les résultats des codifications du droit de la famille dans les trois États considérés laissent voir une certaine évolution dans les droits de la femme au Bénin et au Burkina Faso, mais pas vraiment au Mali (a). Par ailleurs, il est des dispositions des Codes des personnes et de la famille qui annulent presque les effets positifs des réformes ; et encore, des questions essentielles pour l'effectivité des droits de la femme n'ont pas été abordées (b).

a. Évolution relative des droits de la femme

31. - Droit burkinabè. La liberté matrimoniale est affirmée dans le Code burkinabè des personnes et de la famille. Sa protection est assurée par l'exigence du « consentement des futurs époux exprimé au moment de la célébration du mariage »¹⁴⁶, de même que par l'interdiction des mariages forcés, qu'ils résultent d'arrangements familiaux ou des coutumes¹⁴⁷. Parallèlement, afin de renforcer la liberté matrimoniale de la femme, la dot a été supprimée sous toutes ses formes¹⁴⁸. Il est également reconnu une liberté professionnelle à la femme, ainsi que la possibilité de gérer ses biens propres, sous réserve de respecter les règles de contribution aux charges du ménage¹⁴⁹. Dans le sillage de l'extension de l'autonomie professionnelle, la possibilité pour un époux de s'opposer à l'activité de l'autre, lorsque celle-ci est de nature à mettre en péril l'intérêt de la famille, a été bilatéralisée¹⁵⁰.

32. - Droit béninois. Le Code béninois défend à peu près les mêmes valeurs que celui du Burkina Faso¹⁵¹. La liberté de se marier y est affirmée autant pour l'homme que pour la

¹⁴⁶ Art. 240 du Code burkinabè des personnes et de la famille.

¹⁴⁷ Pour lutter par exemple contre la pratique du lévirat, qui veut que la veuve épouse un frère ou un parent proche du défunt mari (cf. V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, Cahiers du Centre d'Études et de Recherches Juridiques sur les Espaces Méditerranéen et Africain Francophones, n°8, Presses universitaires de Perpignan, 2001, p. 44), ou encore du sororat qui a toujours cours dans certaines ethnies du Burkina (*gourounsi, bissa*), qui permet à l'homme d'épouser la sœur de sa femme, du vivant de celle-ci ou après sa mort.

¹⁴⁸ Art. 244 du Code burkinabè des personnes et de la famille : « Le versement d'une dot, soit en espèces, soit en nature, soit sous forme de prestations de service est illégal ».

¹⁴⁹ On note un changement à ce niveau, par rapport au passé où le mari contribuait à titre principal aux charges de la famille.

¹⁵⁰ Art. 295 du Code burkinabè des personnes et de la famille.

¹⁵¹ Composé de 1031 articles, le Code est structuré en quatre livres qui traitent successivement « Des personnes », « De la famille », « Des successions », « Des donations entre vifs et des testaments ». Des articles se rapportent à l'application du Code dans l'espace et dans le temps et à des dispositions transitoires.

femme¹⁵². Également, le Bénin a pris des mesures préventives contre les mariages précoces, en retenant que l'âge des futurs époux est d'au moins dix-huit ans pour les deux sexes. Une dispense d'âge peut être accordée pour motifs graves¹⁵³. L'uniformisation de l'âge du mariage en droit béninois s'inscrit dans le cadre de la promotion de l'égalité des sexes, et elle fait figure de première dans l'espace francophone africain. En considérant l'ensemble des dispositions du Code béninois des personnes et de la famille, on s'aperçoit que ce dernier rompt en partie avec les droits antérieurs¹⁵⁴. Tout compte fait, il faut admettre qu'il est difficile pour tout codificateur africain de remanier brusquement l'ordre familial, d'autant que, dans un passé récent, les individus se sont rebellés envers les lois qui prétendaient régir leurs relations privées¹⁵⁵. Ce facteur était donc à prendre en compte. Au reste, le doyen Carbonnier met en garde contre l'abondance des lois, qui peut générer un repliement sur soi et favoriser l'éclosion du « non-droit », lequel pourrait défier le droit proclamé et régir, à l'ombre, les relations de la plupart des individus¹⁵⁶.

b. Points d'achoppement

33. - Maintien de la hiérarchie entre les sexes. Les lois relatives au mariage du Bénin, du Burkina Faso et du Mali, restent grandement marquées, d'une part par la position inférieure de la femme par rapport à l'homme, et d'autre part par l'ineffectivité des droits qui lui sont expressément reconnus. Au bout du compte, les droits de la femme oscillent encore entre tradition et modernité, une situation qui appelle une meilleure réforme formelle du droit de la famille, ainsi qu'une action gouvernementale parallèle pour consolider les droits de la femme.

34. - Droit burkinabè. Au Burkina Faso, l'âge nuptial reste non conforme au minimum requis par le droit international, qui est dix-huit ans¹⁵⁷. De fait, en droit burkinabè, l'aspirant au mariage

¹⁵² Art. 119 du Code béninois des personnes et de la famille. Contrairement au Code burkinabè, mais à l'image du Code malien (art. 278 et 279), le Code béninois régleme les fiançailles en ses articles 113 à 118 et pose que les consentements de l'homme et de la femme sont nécessaires pour leur validité.

¹⁵³ Art. 123 du Code béninois des personnes et de la famille.

¹⁵⁴ L'ancien Code civil français est aussi concerné, car les droits de la femme n'y étaient pas très avancés au moment où les États africains l'ont reçu en héritage juridique, dans les années 60 (v. *infra*, n° 205-206).

¹⁵⁵ Sous la colonisation française.

¹⁵⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 25 sq. Jean-Étienne-Marie PORTALIS faisait également remarquer qu'« Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires. Elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation » (cf. J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éd. Confluences, coll. Voix de la cité, Paris, 1999, p. 17).

¹⁵⁷ Cf. art. 1^{er} de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 nov. 1989. Il en résulte que la personne humaine âgée de moins de dix-huit ans est un enfant, ce qui laisse entendre que l'âge minimum du

de sexe masculin ne peut se marier que s'il est âgé de plus de vingt ans, soit à l'âge précis de la majorité civile. Parallèlement, la femme peut se marier dès l'âge de dix-sept ans, donc pendant sa minorité¹⁵⁸. Une dispense d'âge pouvant être accordée à chacun pour motif grave¹⁵⁹, cela a pour incidence de permettre à la femme de se marier bien plus jeune. Par ailleurs, le Code institue la monogamie comme forme de droit commun du mariage ; mais cette innovation est tempérée par l'admission de la polygamie en option¹⁶⁰. La légalisation de ce type d'union place le Burkina Faso en porte-à-faux avec les traités internationaux ratifiés, dont il s'est approprié les concepts à travers sa Constitution de 1991¹⁶¹. En effet, la Constitution burkinabè proclame en son article 1^{er} que « Tous les Burkinabè naissent libres et égaux en droits ». L'évidente contradiction suscite l'observation de Filiga Michel Sawadogo suivante : « L'égalité réelle entre l'homme et la femme paraît difficilement réalisable dans la polygamie. On peut penser qu'il y a même une certaine antinomie entre les deux »¹⁶². L'autre illustration caractéristique de l'inégalité des droits des époux dans le Code burkinabè des personnes et de la famille est la dévolution du nom de famille suivant le principe de masculinité¹⁶³.

35. - Droit béninois. Le Code des personnes et de la famille du Bénin reprend sous sa coupe la coutume de la dot. Historiquement, celle-ci assoit la domination masculine dans le mariage¹⁶⁴.

mariage ne doit pas être inférieur à ce seuil ; art. 21-2 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant du 11 juillet 1990 ; v. aussi art. 2 de la Convention de New York du 10 décembre 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages.

¹⁵⁸ Le Code burkinabè fixe l'âge de la majorité à vingt ans (*cf.* art. 554 du CPF).

¹⁵⁹ *Cf.* art. 238, al. 2, du CPF.

¹⁶⁰ Il faut dire que cette concession a été obtenue par la communauté musulmane et animiste au prix de critiques soutenues. Le Code tente néanmoins de contenir la polygamie par des dispositions strictes. Ainsi, en plus de l'exigence d'un choix exprès (art. 258 du Code burkinabè des personnes et de la famille), si le mariage à l'occasion duquel l'option a été faite est dissout sans que l'homme n'ait contracté un second mariage, celle-ci devient caduque, de sorte qu'un autre mariage contracté sans une nouvelle option place d'office l'homme sous le régime de la monogamie (art. 262 du même code). En outre, le choix de la monogamie par les époux est irréversible, pendant que les époux mariés sous le régime de la polygamie peuvent passer à la monogamie (art. 245 du même code). Enfin, la femme dont l'époux polygame veut se remarier peut s'opposer à l'union en vue en rapportant la preuve d'un abandon de famille (elle et ses enfants) par le mari (*cf.* art. 272, alinéa 1^{er}, du même code).

¹⁶¹ Adoptée par référendum le 2 juin 1991 et promulguée par le *kiti* (ce terme était utilisé pendant la période révolutionnaire burkinabè en remplacement de "décret") An VIII 330 du 11 juin 1991, elle a été révisée par la loi n° 033-2012/AN du 11 juin 2012 (promulguée par décret n°2012-616/PRES du 20 juil. 2012).

¹⁶² *Cf.* F. M. SAWADOGO, Le nouveau Code burkinabè de la famille : principes essentiels et perspectives d'application, *op. cit.*, p. 382. Et, même si l'alinéa 2 de l'article 292 du Code burkinabè des personnes et de la famille dispose qu'« En cas de polygamie, chaque épouse peut prétendre à l'égalité de traitement par rapport à l'autre », il est probable qu'elle n'ait aucune portée pratique.

¹⁶³ *Cf.* art. 36 *sq.* du Code burkinabè des personnes et de la famille.

¹⁶⁴ En Afrique, elle est payée par l'homme pour le compte de la femme. L'inverse n'existe pas. Tout ensemble, elle tendrait à "chosifier" la femme.

Quand même l'article 142 énonce que « la dot a un caractère symbolique », la brèche n'en est pas moins ouverte, et jugée dangereuse par ceux qui militaient pour sa suppression définitive. En effet, le paiement de la dot peut altérer la liberté matrimoniale de la femme, qui n'est plus libre, au sens de la coutume, de revenir sur sa décision de se marier¹⁶⁵, à supposer même qu'elle ait pu décider au départ. Bien davantage, la cérémonie qui donne lieu au paiement de la dot correspond au mariage coutumier, dont les conséquences pour la femme sont exceptionnellement lourdes¹⁶⁶. S'agissant du nom de famille, la dévolution patronymique demeure également la règle dans le Code béninois¹⁶⁷. Enfin, le Code ne prévoit pas de disposition spécifique en vue de prémunir la femme contre les mariages forcés, tel que le Code burkinabè¹⁶⁸. Pourtant, au regard des pesanteurs socio-culturelles, une interdiction formelle similaire n'aurait pas été de trop¹⁶⁹.

36. - Droit malien. Au Mali, le nouveau Code des personnes et de la famille légalise de façon tacite les mutilations sexuelles féminines, en son article 5 ainsi libellé :

« Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité de la personne humaine qu'en cas de nécessité médicale pour la personne.

Le consentement préalable de l'intéressé doit être recueilli, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.

Toutefois, les actes d'ordre religieux ou coutumier, dès lors qu'ils ne sont pas néfastes à la santé, ne sont pas visés par la présente disposition. »¹⁷⁰

Le Code reconnaît également la validité du mariage religieux¹⁷¹. Cela constitue une régression par rapport au droit antérieur, dans la mesure où le Code du mariage et de la tutelle qu'il a remplacé faisait du mariage un acte laïc¹⁷². À l'image du Code béninois des personnes et de la

¹⁶⁵ Il en va ainsi au Burkina Faso par exemple chez les *mossi*, les *gourounsi*, les *gourmantché*, etc. V. pour plus de détails A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabé : Le Code et les pratiques à Ouagadougou*, Paris, éd. L'Harmattan, 1999, p. 92.

¹⁶⁶ V. *infra*, n° 154 sq.

¹⁶⁷ Cf. art. 6 sq. du Code béninois des personnes et de la famille.

¹⁶⁸ Art. 5 du Code.

¹⁶⁹ Art. 234 du Code burkinabè des personnes et de la famille : « sont interdits [...] les mariages forcés, particulièrement les mariages imposés par les familles et ceux résultant des règles coutumières qui font obligation au conjoint survivant d'épouser l'un des parents du défunt ».

¹⁷⁰ V. *infra*, n° 458 sq.

¹⁷¹ Cf. art. 300 du Code malien des personnes et de la famille.

¹⁷² V. FIDH, Le nouveau Code de la famille malien : droits fondamentaux bafoués, discriminations consacrées, 8 décembre 2011, consulté le 06 déc. 2016 sur <https://www.fidh.org/La-Federation-internationale-des-ligues-des-droits-de-l-homme/afrique/mali/Le-nouveau-Code-de-la-famille> ; WILDAF, Situation des femmes au Mali,

famille, il admet aussi la dot, mais en affirme le caractère obligatoire¹⁷³. Par ailleurs, ce Code institue la double option en faveur de la polygamie ou de la monogamie¹⁷⁴, la polygamie s'appliquant par défaut. Enfin, il maintient le statut de « chef de famille », malgré les discussions âpres que ce point a suscitées lors du processus d'adoption. Il faut savoir que le statut de « chef de famille » figurait à l'article 34 du Code du mariage et de la tutelle¹⁷⁵, mais qu'il était absent du projet de code voté par le parlement le 3 août 2009, qui n'est jamais parvenu à la promulgation¹⁷⁶. De plus, le Code malien des personnes et de la famille énonce que « la femme doit obéissance à son mari, et le mari, protection à sa femme »¹⁷⁷. Ce Code décide aussi que le nom de l'enfant est déterminé par rapport au père¹⁷⁸ et, en cas de prédécès du père, la tutelle de l'enfant s'ouvre¹⁷⁹. Pour finir, le texte ne se prononce pas sur la liberté professionnelle de la femme, une grave omission en soi si on considère que l'ancien Code du mariage et de la tutelle subordonnait l'exercice d'une activité commerciale à l'autorisation du mari¹⁸⁰.

Les éléments ci-dessus obligent à nuancer l'évolution des droits féminins après les interventions législatives africaines sur la famille. À l'heure actuelle, le contexte international invite chaque État à s'interroger sur les rapports de domination entre les sexes. Cependant, dans le contexte socio-anthropologique de l'Afrique noire, la résistance au changement s'organise essentiellement autour de la spécificité culturelle. L'ancrage de la domination sociale et juridique de l'homme sur la femme s'adosse sur les clichés de supériorité naturelle du sexe masculin¹⁸¹. Il

janvier 2016, consulté le 06 déc. 2016 sur http://www.wildaf-ao.org/index.php?option=com_content&view=article&id=83&Itemid=65&lang=en.

¹⁷³ V. art. 288 du Code malien des personnes et de la famille.

¹⁷⁴ Cf. art. 307 du Code malien des personnes et de la famille.

¹⁷⁵ Qui dispose : « Le mari est le chef de famille. En conséquence :

1. les charges du ménage pèsent à titre principal sur lui ;
2. le choix de la résidence de la famille lui appartient ;
3. la femme est obligée d'habiter avec lui et il est tenu de la recevoir. ».

¹⁷⁶ La religion islamique a beaucoup joué dans ce cas. Il faut savoir que l'islamisation de l'Afrique subsaharienne a été entreprise autour du 8^e siècle, avec force campagnes militaires, et en toile de fond l'esclavage arabo-musulman, afin de convertir massivement les "païens". Par exemple, le Mali, qui compte environ 90% de musulmans, s'est doté d'un Code de la famille récemment, soit le 2 décembre 2011, après s'être heurté à de grands foyers de résistance sous la houlette du Haut Conseil Islamique. L'avant dernière mouture du Code avait été votée le 3 août 2009, mais avait dû être renvoyée devant l'Assemblée nationale pour une seconde lecture, après les vives protestations de la communauté musulmane, assorties de manifestations de rue (v. *Maliweb*, Site d'informations en ligne, Code des personnes et de la famille : Enfin voté ! consulté le 25 juil. 2015 sur <http://www.maliweb.net/category.php?NID=84153>).

¹⁷⁷ Cf. art. 316, al. 1^{er} du Code malien des personnes et de la famille.

¹⁷⁸ V. art. 31 *sq.* du Code malien des personnes et de la famille.

¹⁷⁹ Cf. art. 613, al. 1^{er}, du Code malien des personnes et de la famille.

¹⁸⁰ Cf. art. 38 du Code du mariage et de la tutelle.

¹⁸¹ V. *infra*, n° 42.

s'ensuit que le déséquilibre des rapports homme-femme se produit au détriment du sexe féminin, autant dans les relations hors mariage que dans celles qui ont lieu dans le mariage, mais surtout dans ce dernier cas¹⁸². D'un côté, la coutume, ou plus exactement la coutume dévoyée¹⁸³, semble être le principal vecteur de la domination masculine renouvelée. Pourtant, le continent africain est une terre de coutume¹⁸⁴. De l'autre côté, les religions semblent également influencer sur la construction des rapports de domination, et certaines encore plus que d'autres¹⁸⁵.

C. Échecs des réformes du droit de la famille dans les États africains

37. - Conflits de civilisations. L'évolution des droits humains dans une société est tributaire à la fois d'interventions législatives réussies, et du changement de mentalités. Le choc entre les civilisations africaine et occidentale, qui a commencé sous l'occupation coloniale, a provoqué une crise identitaire chez les peuples colonisés. Elle est aggravée par le fait que la gouvernance actuelle du monde tend à faire abandonner aux africains des systèmes de valeurs jugés incompatibles avec les droits de l'homme, ce que beaucoup perçoivent comme du « néocolonialisme »¹⁸⁶. Alors, la « colonisation juridique de l'Afrique »¹⁸⁷ prend du temps. La résistance au changement complique les réformes législatives, d'autant plus lorsque les

¹⁸² Cf. F. HÉRITIER, *Masculin/Féminin I : La pensée de la différence*, éd. Odile Jacob, sept. 2012, Paris, 332 p. ; F. HÉRITIER, *Masculin/Féminin II : Dissoudre la hiérarchie*, éd. Odile Jacob, sept. 2012, Paris, 441 p. ; P. BOURDIEU, *De la domination masculine*, éd. Points, édition augmentée d'une préface, Paris, 2014, 177 p. ; F. de SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, op. cit. ; F. LAROCHE-GISSEROT, L'échec du mariage occidental en Afrique francophone : l'exemple de la Côte d'Ivoire, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 76^e année, n° 1, éd. Bruylant, 1999, p. 53 à 84.

¹⁸³ Les études démontrent que la coutume africaine originelle n'était pas qu'un corpus de règles défavorables à la femme (v. *infra*, note ss n° 39).

¹⁸⁴ Au Bénin, par exemple, la coutume était consignée dans le coutumier du Dahomey. Dans les cas du Burkina Faso et du Mali, elle n'était pas formalisée à un niveau central comme au Bénin, mais elle y était tout aussi enracinée, notamment pour les questions relatives au statut personnel. Il est noté au Burkina Faso l'existence des coutumiers de cercles territoriaux, sous la colonisation, tels que le coutumier juridique du cercle de Ouahigouya (mentionnés par R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, Laboratoire d'anthropologie sociale, n° 10-11, Collège de France, 1969, 488 p., *passim*). Sur le Mali, pour un aperçu des coutumes, lire D. CISSE, *Structures des malinkés de Kita : Contribution à une anthropologie sociale et politique du Mali*, éd. Populaires, Bamako, 1970, 351 p.

¹⁸⁵ Il est parfois observé une fusion des règles musulmanes, souvent dénaturées par des interprétations extrémistes des textes coraniques (cf. P. BANON, *Ces femmes martyres de l'intégrisme*, éd. Armand Colin, Paris, 2010, 256 p.), avec les règles coutumières. Celle-ci, par l'effet d'une sélection des règles de part et d'autre, renforce la condition sociale de la femme.

¹⁸⁶ « Politique menée par certains pays développés visant à instituer, sous des formes nouvelles, leur domination sur les États indépendants du tiers monde autrefois colonisés » (cf. Larousse.fr, consulté le 23 août 2017 sur <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/néocolonialisme/54151>).

¹⁸⁷ Expression de Régis LAFARGUE (cf. R. LAFARGUE, La permanence du conflit entre normes socioculturelle et norme étatique : le droit de la famille au centre d'un conflit de légitimités, in « Réflexions sur le pluralisme familial », Odile Roy (dir.), Presses universitaires de Paris Ouest – Nanterre, 2011, 242 p., p. 213-227, n° 9).

réformes visent la famille et le mariage. Les vaines tentatives de réforme font observer à Régis Lafargue qu'« Avec les indépendances, les nouveaux États, en occidentalisant leur droit au nom de la "modernité", ont voulu réussir là où le colonisateur avait échoué. D'où, les textes post-coloniaux qui s'étalent sur trois décennies (Mali, Guinée, Madagascar, Côte d'Ivoire, Togo, Burkina-Faso) »¹⁸⁸ ; et de souligner que « Les législateurs successifs ont échoué à transplanter un droit de la famille exogène ; car, à leur aveuglement, les populations ont opposé soit l'indifférence, soit la crispation identitaire »¹⁸⁹. Ces raisons expliquent l'ineffectivité qui caractérise en majeure partie les textes de lois.

38. - Droit légiféré et coutume. Les rapports entre la loi et la coutume ne sont pas toujours évidents, quand bien même, au fond, la coutume participe de la création du droit ou de l'effectivité du droit¹⁹⁰. De fait, il faut distinguer entre les différentes catégories de coutumes car toutes ne remplissent pas cette fonction¹⁹¹. L'on dénombre, pour commencer, les coutumes dites *secundum legem* (en vertu de la loi), qui constituent des règles obligatoires puisant leur force de la loi qui s'y réfère expressément¹⁹². Ensuite, se trouvent les coutumes *praeter legem* (au-delà de la loi), qui existent sans renvoi du législateur, dans des matières non régies par la loi¹⁹³. Celles-ci remédient à une lacune de la loi ou la complètent. Elles constituent une source de droit autonome et sont parfois incorporées dans la loi¹⁹⁴. Enfin, il faut mentionner les coutumes *contra legem* (contraires à la loi) à propos desquelles des auteurs relèvent que : « C'est la situation la plus délicate : une coutume peut-elle aller à l'encontre d'une loi, notamment si celle-ci est tombée en désuétude mais n'est pas abrogée ? La solution diffère selon la nature de la loi

¹⁸⁸ *Ibid.*, n° 14.

¹⁸⁹ *Id.*, n° 8. Par exemple, l'auteur explique que « Ces diverses lois imposèrent la validité du seul mariage civil afin de judiciariser le divorce, en vain car "les populations de leur côté seront tentées de résister à ce mariage laïc par crainte de ne pouvoir divorcer librement". Mesurant enfin l'irréalisme de leur projet, les responsables politiques sont revenus à la tolérance résignée du colonisateur envers un système dualiste » (*ibid.*, n° 14 et 15).

¹⁹⁰ J.-P. MAGNANT, Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine, *in* Revue Droit & Culture, n° 48, 2004-2 : Jus et le Code civil, p. 167-192.

¹⁹¹ Cf. G. CORNU, *Droit civil : Introduction – Les personnes – Les biens*, Montchrestien, 12^e éd., LGDJ, Paris, 2005, n° 433-436, p. 182-183.

¹⁹² C'est le cas des notions vagues que la loi emploie, comme « bonnes mœurs », « bon père de famille » (aujourd'hui supprimées en droit français, mais toujours en usage dans les droits africains), ou encore « ordre public », etc. (*ibid.*, p. 182).

¹⁹³ Il est observé qu'elles sont rares en droit civil, mais abondent en droit commercial (cf. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille, op. cit.*, n° 74, p. 40).

¹⁹⁴ Elles deviennent alors *intra legem* (contenues dans la loi). Il en va ainsi de l'usage du nom du mari par la femme.

à laquelle s'oppose la coutume »¹⁹⁵. En cas de conflit entre un usage et une loi impérative, cette dernière l'emporte¹⁹⁶ ; entre un usage et une loi supplétive, celle-ci étant seulement interprétative de la volonté des parties, la coutume peut donc l'écarter ; entre un usage et une loi de circonstance, celle-ci peut être écartée quand l'événement qui l'avait motivée n'existe plus ; entre un usage et l'ignorance de la loi, on applique l'adage *error communis facit jus* et on admet que la coutume peut l'emporter lorsque la loi est obscure ou que l'interprétation qui en a été donnée par les juridictions est inexacte.

En tout état de cause, la coutume *contra legem* ne devrait pas pouvoir se poser en contresens du droit codifié, plus encore lorsque celui-ci résulte d'une loi récente. Mais il reste entendu que « Si la coutume contraire s'enracine, elle a des chances de l'emporter sur la loi »¹⁹⁷. Dans les systèmes juridiques des États de l'Afrique subsaharienne, ce type de coutume concurrence le droit en vigueur. Il se pose alors un problème de cohérence interne des systèmes normatifs de ces États¹⁹⁸.

39. - Sélection des normes et éviction du droit étatique. En marge des aspects évoqués, il est relevé que les individus, dans les États africains où le pluralisme juridique a encore cours¹⁹⁹, procèdent à une sélection parmi les normes concurrentes. Ce phénomène conforte les rapports inégalitaires entre l'homme et la femme. Brigitte Kafui Adjamagbo Johnson démontre que l'utilisation sélective des règles modernes et coutumières s'opère d'une manière qui renforce la suprématie masculine²⁰⁰. En fin de compte, les droits africains oscillent entre les règles

¹⁹⁵ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille, op. cit.*, n° 74, p. 40-41.

¹⁹⁶ Les auteurs signalent le contre-exemple du don manuel se faisant par simple tradition, que la jurisprudence accepte en tant que coutume, alors que l'article 931 du Code civil français, un texte impératif, impose de le formaliser par acte notarié pour sa validité. En comparaison, l'article 898, alinéa 1^{er}, du CPF burkinabè dispose que « Le don manuel est la donation d'un meuble corporel réalisée par simple tradition de l'objet donné au donataire ».

¹⁹⁷ Cf. G. CORNU, *Droit civil : Introduction – Les personnes – Les biens, op. cit.*, n° 436, p. 183.

¹⁹⁸ Cf. V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme, op. cit.*, p. 17 sq.

¹⁹⁹ À titre officiel ou non (cf. P. MEYER, La structure dualiste du droit au Burkina Faso : problèmes et perspectives, in Penant, n° 790, 1986, p. 77-89).

²⁰⁰ Cf. B. K. ADJAMAGBO JOHNSON, Inégalités de droit – Coexistence des droits : coutume et droit moderne, pour ou contre l'égalité ? *op. cit.* ; v. aussi M. THIOYE, Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone, in *Revue internationale de droit comparé*, 2005, volume 57, n° 2, p. 345-397 ; S. S. M. KANJI et F. K. CAMARA, *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, éd. L'Harmattan, Paris, 2000, p. 143 sq. Par exemple, à propos de la marginalisation de la femme dans les affaires politiques, il est relevé que « L'élimination de la femme de la vie politique à l'époque coloniale est une méconnaissance [des coutumes africaines] et une transplantation de la européenne » (cf. J. DIKÉBLÉ et M. HIBA, La femme dans la vie politique traditionnelle des sociétés à états du centre, de l'est et du sud-est de

traditionnelles et les règles héritées de la colonisation, sans se fixer dans un bloc, ce qui permet, en arrière-plan, de faire une sélection des normes favorables au sexe masculin dans chaque ensemble normatif. Penda Mbow souligne ce travers s'agissant du Code de la famille sénégalais²⁰¹, lequel fait « coexister les lois relevant de la coutume indigène, de la loi musulmane (Sharī'a) et le Code napoléonien » dans un texte unifié, le tout au détriment de la femme²⁰². En même temps, la concurrence existant entre les règles coutumières et religieuses et le droit positif se solde souvent par la mise à l'écart de ce dernier. René Degni-Séguy observe, en effet, que « tout comme durant la période coloniale, les Africains restent indifférents et mêmes hostiles à l'égard du droit français naturalisé, ils refusent d'observer les règles et de recourir aux institutions étatiques, tout particulièrement aux juridictions d'État. Ainsi, à l'envahissement du droit dominant, la *lex extranea*, qui, ayant le support étatique, triomphe sur le plan formel, les droits dominés qui, eux, bénéficient de l'appui populaire, opposent une résistance farouche »²⁰³. Au final, le contexte socio-culturel de l'Afrique, même à l'époque contemporaine, reste clairement défavorable à la progression des droits de la femme et, par-dessus tout, à l'instauration d'une égalité parachevée des sexes. Pourtant, les logiques juridiques et les dynamiques économiques universelles commandent désormais d'aménager une place à la

Côte d'Ivoire, in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972, Présence Africaine, Paris, 1975, p. 377-388, spéc. 382).

²⁰¹ Cf. loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille. Pour son adoption, une commission de codification du droit des personnes et du droit des obligations a été mise en place par le Décret n°61-145 du 12 avril 1961. Au bout de deux ans seulement, soit le 10 juillet 1963, la loi n° 63-62 portant Code des obligations civiles et commerciales était promulguée. Il faudra attendre neuf ans plus tard pour l'adoption du Code de la famille.

²⁰² P. MBOW, Contexte de la réforme du Code de la famille au Sénégal, Droit et cultures, 59, 2010-1, n° 16, consulté le 25 juil. 2015 sur <http://droitcultures.revues.org/1963>. Elle observe d'une part que le Code civil français de 1804 qui a servi de référence aux rédacteurs était celui hérité de la France au moment de l'accession à l'indépendance – et non pas celui mis à jour des concessions remportées de haute lutte par les féministes dans l'ancienne métropole – dans lequel la conception patrilinéaire avait la part belle ; d'autre part, que la loi coutumière a plus ou moins été laissée pour compte, car le résultat final de la codification s'est révélé être une mixtion des seuls droit musulman et droit colonial français. Il en a résulté un déni des droits communément reconnus par la coutume à la femme, quand celle-ci pouvait légitimement s'attendre à les voir figurer en bonne place dans le texte (Pour une vue d'ensemble de ces droits, lire C. A. DIOP, *L'unité culturelle de l'Afrique noire : Domaines du patriarcat et du matriarcat dans l'antiquité classique*, Présence Africaine, 2^e éd., 1982, 219 p. : L'auteur démontre que sous l'influence islamiste et coloniale, l'Afrique s'est déracinée et ne parvient plus à composer avec son organisation sociale d'antan, où la femme jouait un rôle important ; v. aussi dans ce sens S. S. M. KANJJI et F. K. CAMARA, *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, éd. L'Harmattan, Paris, 2000, 309 p.).

²⁰³ Cf. R. DEGNI-SEGUY, De l'amour de la loi extranéenne ou la loi en Afrique, in « L'amour des lois : La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques », Josiane BOULAD-AYOUB *et al.*, éd. L'Harmattan, Paris, et Presses de l'Université Laval, Sainte-Foy, 1996, p. 454 ; v. dans le même sens G. CONAC, Propos introductifs, in « Dynamiques et finalités des droits africains », Economica, Paris, 1980, p. VI.

femme afin de lui permettre de jouer sa partition en tant que membre actif de la société, à l'égal de l'homme, tant pour son bénéfice personnel que pour celui de sa nation. L'indifférenciation des rôles dans la société africaine nécessite de reconnaître à la femme une pleine capacité juridique et d'en faire une réalité.

IV. Les contours de l'analyse

40. - Droits des sexes en vue et à partir du mariage. Afin d'apprécier l'égalité concrète entre les sexes, face au mariage, l'étude se centrera sur l'union conjugale telle que régie dans les Codes des personnes et de la famille béninois, burkinabè et malien, dans la période qui précède le mariage, et dans celle qui suit sa célébration. Néanmoins, le contexte africain particulier amènera souvent à faire des points de vue sur l'union coutumière, qui fait largement concurrence au mariage civil, voire demeure la première forme de conjugalité²⁰⁴. Ne seront pas abordés, toutefois, les autres types d'unions, tels que le concubinage ou l'union libre, qu'il n'est pas possible de développer suffisamment à côté des premiers. Dans la même logique, les rapports conjugaux seront examinés essentiellement à travers les effets personnels du mariage, car les inégalités se localisent d'abord à ce niveau, avant de se répercuter sur l'aspect patrimonial. Par ailleurs, le mariage dont il sera question est l'union matrimoniale entre un homme et une femme. Le mariage entre personnes de même sexe n'est pas autorisé dans la quasi-totalité des États de l'Afrique noire francophone et n'est pas, par suite, représentatif des mœurs du continent²⁰⁵. En outre, afin de rester focalisé sur l'égalité des sexes dans le mariage, il ne sera pas fait de développements sur les droits sociaux ou successoraux de manière extensive, mais seulement dans leur rapport au mariage. De même, l'étude ne s'attardera pas sur les droits politiques, car ils constituent, à eux seuls, un axe de recherche autonome.

Pour les fins de l'étude, il a été effectué une recherche documentaire dans les fonds juridiques des États de l'Afrique subsaharienne en général, et dans ceux du Bénin, du Burkina Faso et du Mali en particulier. La quête d'informations a été étendue au droit français, étant donné que le Code civil de 1804 a servi de base pour la construction des droits africains de la famille. Cela a fourni l'occasion, au reste, de faire des parallèles entre l'évolution de ce droit et celle des droits

²⁰⁴ Son déroulement hors du cadre formel ne permet pas de disposer de chiffres précis en ce qui la concerne, qui pourraient être comparés avec ceux du mariage civil. Elle est souvent relevée dans le cas des couples qui se marient dans la forme coutumière et qui célèbrent ensuite un mariage civil (v. *infra*, n° 99).

²⁰⁵ V. *supra*, note ss n° 5.

étudiés, depuis la décolonisation dans les années 60. Sur la jurisprudence et la doctrine, il faut signaler la difficulté rencontrée pour trouver des sources africaines suffisantes relatives au thème. Pour cela, il a été fait un bon nombre d'emprunts en France²⁰⁶. La compilation matérielle d'informations a été utilement complétée par des recherches sur Internet.

Enfin, pour asseoir certains éléments de l'étude relatifs au Burkina Faso non encore pris en charge par des recherches antérieures, il s'est révélé utile de mener une enquête de terrain dans cet État. L'objectif était de vérifier principalement la concordance entre la pratique de l'option de polygamie avec les dispositions du Code burkinabè des personnes et de la famille. En effet, ce texte est le seul, parmi les Codes auxquels l'étude s'intéresse précisément, à autoriser la polygamie et, en même temps, à la soumettre à des conditions très strictes, si l'on compare avec le Code malien notamment. L'enquête qualitative réalisée a privilégié le profil des personnes enquêtées, en vue de recueillir des données permettant de cerner les principales questions de façon satisfaisante. Pour sa réalisation, il a été élaboré des guides d'entretiens avec des questions, ouvertes pour la plupart, et quelques autres fermées. Elle a concerné deux centres urbains, Ouagadougou et Yako, et un centre rural, Bagaré²⁰⁷. Les personnes qui ont été interrogées sont répertoriées sur deux listes qui figurent en annexe²⁰⁸. Ce sont : trois militants d'associations de défense des droits de l'homme, deux magistrats, quatre officiers de l'état civil, deux chefs coutumiers, trois chefs religieux (de confessions musulmane, catholique et

²⁰⁶ De fait, l'habitude a été prise dans les États de l'Afrique francophone, et cela est favorisé par l'histoire coloniale entre ces États et la France, dont ils ont reçu des branches entières du droit, de se référer au droit français, tantôt pour suppléer la carence juridique sur certains points du droit dans l'ordre juridique interne, tantôt pour parer à la faible traçabilité de la jurisprudence propre ou à la production doctrinale africaine insuffisante (v. F. HOURQUEBIE (dir.), *La doctrine dans l'espace africain francophone*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2015, 412 p.). Un auteur expose que la « naturalisation » de la loi française se fait « par succession du droit colonial et par codification du droit métropolitain » (cf. R. DEGNI-SEGUI, *De l'amour de la loi extranéenne ou la loi en Afrique*, *op. cit.*, p. 453). Pour illustrer son propos, l'auteur mentionne le cas d'une citoyenne gabonaise qui s'étonnait de ce que son État indépendant continuait d'appliquer des textes juridiques français, et s'est entendu répondre par la Cour d'appel de Libreville que « L'indépendance du Gabon n'[avait] pas eu pour conséquence de remettre en cause les textes promulgués lors de la souveraineté française mais de les nationaliser ». De même, il est relevé que « les magistrats cherchent la solution des problèmes juridiques dans la jurisprudence française », comme le montre cet extrait d'une décision de la cour suprême du Congo-Brazzaville : « la Cour de céans estime, conformément à la pratique suivie en cas de vide juridique manifesté, que le droit français doit servir de base en tant que raison écrite » (cf. K. MADLENER, *Droit pénal*, in Gérard CONAC (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique*, Tome IV : Droit de la terre et de la famille, Droit commercial, Droit pénal, Droit musulman, *op. cit.*, p. 177).

²⁰⁷ Suivant le découpage territorial, Ouagadougou (1 475 223 habitants) relève de la province du Kadiogo, tandis que Yako (80 926 habitants) et Bagaré (23 311 habitants) appartiennent à la province du Passoré (cf. Burkina, Institut national de la statistique et de la démographie, estimations 2016, consulté le 1^{er} oct. 2017 sur <http://www.insd.bf/>).

²⁰⁸ Cf. annexes 1 et 2.

protestante), un professeur de Littérature orale africaine, trente-huit personnes mariées sous l'option de polygamie, et trois veuves. L'échantillonnage retenu peut paraître quantitativement limité. Néanmoins, l'enquête, menée entre avril et septembre 2017, apporte un certain éclairage sur les questions examinées, même s'il n'en épuise pas les réponses. Pour l'utilisation des résultats de l'enquête, les entretiens ont été identifiés par des codes, afin de préserver l'anonymat des personnes, conformément au souhait exprimé par certains enquêtés.

41. - Quelle égalité pour les sexes depuis les réformes des droits du mariage africains ? Au premier abord, il apparaît que, malgré le renforcement des corps de règles relatifs au mariage, les systèmes juridiques étudiés affichent la même analogie : *de jure*, l'égalité entre les droits de l'homme et de la femme n'est pas encore atteinte ; *de facto*, les règles qui sont effectivement édictées en faveur de l'égalité entre l'homme et la femme ne sont pas respectées. En effet, il subsiste encore, dans les lois encadrant l'institution, bon nombre de poches de discrimination envers la femme, et quelques-unes envers l'homme. D'une part, le manque de fermeté rédactionnelle se conjugue à l'absence d'une ligne ferme et cohérente dans la nouvelle lecture des droits humains, de sorte que, finalement, les droits de la femme ont peu progressé par rapport au passé. D'autre part, la reprise de certaines règles traditionnelles discriminatoires dans les lois sur le mariage, à laquelle il faut ajouter le délaissement d'aspects affectant substantiellement le statut juridique civil de la femme, laisse voir en définitive que la plupart des droits consacrés en sa faveur le sont en pure forme. L'exposé qui suit va aborder tour à tour ces points. Dans un premier temps, les droits consacrés par les Codes des personnes et de la famille pour la protection de la liberté du mariage, de même que les dispositions qui encadrent les relations conjugales, seront examinés, afin de mettre en évidence la faiblesse des droits de la femme au regard du mariage (première partie). Dans un second temps, le regard sera porté sur la légalisation de pratiques coutumières discriminatoires envers la femme, ainsi que sur l'impasse des législations africaines sur les inégalités de fait inhérentes au milieu, qui ont tendance à neutraliser les efforts consentis en faveur de l'égalité des sexes dans l'union conjugale (seconde partie).

Première partie : Faiblesse des droits de la femme dans le mariage

Seconde partie : Négation des droits de la femme dans le mariage

Première partie :

Faiblesse des droits de la femme dans le mariage

42. - Femme et droits humains. Les civilisations semblent avoir toutes établi, à un moment ou à un autre de leur histoire, l'infériorité de la femme par rapport à l'homme²⁰⁹. Par-delà ce constat, il est remarqué que la hiérarchisation se durcit à partir du mariage, dans lequel le traitement réservé à la femme crée les conditions d'un effacement et d'une précarité sociale prononcés. Dès lors, le rééquilibrage des droits de la femme et de l'homme dans le mariage par la norme juridique est une nécessité, dont certains pays tiennent compte²¹⁰. En Afrique noire

²⁰⁹ Dans la Grèce antique, Aristote affirmait que « L'homme est par nature supérieur et la femme inférieure. Le premier est l'élément dominateur et la seconde l'élément subordonné [...] L'un est fait pour commander, l'autre pour obéir » (cf. Aristote, *Politique* 1254b, 10-14, in P. J. SIMON, *Histoire de la sociologie*, PUF, Paris, 1 janv. 1997, p. 54) ; également, l'on prête à Platon cette assertion : « ...ce sont évidemment seulement les hommes qui sont des êtres humains complets et qui peuvent espérer l'accomplissement ultime, ce qu'une femme peut espérer au mieux est de devenir homme » (Platon, *Timée* 90^e, in M. DIOUF, *Lire le(s) féminisme(s) : Origines-discours-critiques*, éd. L'Harmattan, 2012, Paris, p. 13). Les exemples ne manquent pas non plus dans les livres saints : dans la Bible, on relève en particulier deux passages, à savoir 1 Timothée 2, 11-12 où il est écrit : « Que la femme écoute l'instruction en silence, avec une entière soumission. Je ne permets pas à la femme d'enseigner, ni de prendre de l'autorité sur l'homme [...] », ainsi que dans 1 Corinthiens 11, 3 où figure cette exhortation : « Je veux cependant que vous sachiez que Christ est le chef de tout homme, que l'homme est le chef de la femme » ; dans le Coran, la Sourate 4, verset 34, énonce que « Les hommes assument les femmes à raison de ce dont Dieu les avantage sur elles et de ce dont ils font dépense sur leurs propres biens. Réciproquement, les bonnes épouses sont dévotieuses et gardent dans l'absence ce que Dieu sauvegarde. Celles de qui vous craignez l'insoumission, faites-leur la morale, désertez leur couche, corrigez-les [...] ».

²¹⁰ Le cas de la France, en tant qu'ex-puissance colonisatrice de certains États de l'Afrique noire, est assez illustratif. L'écart entre le droit de l'ancienne métropole et celui des anciennes colonies a commencé à se creuser à compter de l'accession à l'indépendance de ces dernières. Le dynamisme du droit des personnes et de la famille français interroge l'immobilisme de ses parallèles dans les États africains, notamment en raison de la base commune jusqu'à la fin de l'époque coloniale.

francophone, les décideurs politiques se sont récemment saisis du problème de la promotion juridique de la femme, à un moment où, il est vrai, la question s'est imposée sur la scène internationale, grâce à l'action des organisations internationales et des mouvements d'émancipation de la femme qui se sont progressivement affirmés²¹¹. Par ailleurs, le renouveau est impulsé par le nouvel ordre économique mondial, qui place désormais les États en compétition, et, par ce fait, les oblige à mettre à contribution toutes leurs ressources humaines, les femmes y compris donc. Mais, cela ne peut se faire si les droits féminins restent majoritairement ignorés.

43. - Droits humains relatifs au mariage. Il ressort de l'article 16, 1°, de la Déclaration universelle des droits de l'homme qu'« À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution »²¹². Cette disposition fondamentale fait reposer le droit au mariage, par-dessus tout, sur le principe de la liberté. La réalité de la liberté matrimoniale apparaît comme un déterminant de l'égalité des conjoints. Dans les passages suivants, les droits promus par les droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali, notamment leurs Codes des personnes et de la famille, en faveur de l'égalité entre l'homme et la femme au regard du mariage seront soumis à un examen critique. Il sera montré, dans un premier temps, l'inégalité entre l'homme et la femme avant le mariage (titre 1^{er}) et, dans un deuxième temps, l'inégalité entre eux après le mariage (titre 2nd).

Titre 1^{er} : Une égalité imparfaite entre l'homme et la femme dans la formation du mariage

Titre 2nd : Une égalité imparfaite entre l'homme et la femme à partir du mariage

²¹¹ Particulièrement, l'ONU (Organisation des Nations Unies) qui a agrandi son champ d'action à travers des sous-entités telles que l'Institut international de recherche et de formation pour la promotion de la femme des Nations Unies (ONU-INSTRAW), *WomenWatch* – Réseau inter-institutions pour les femmes et l'égalité des sexes, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) (cf. <http://www.un.org/fr/rights/overview/themes/women.shtml>, consulté le 18 mai 2015). Au plan interne, par exemple, l'Association des femmes juristes du Bénin (AFJB) a bénéficié du soutien des organisations non gouvernementales comme *WILDAF* ou encore *Women's Legal Rights initiative* (WLR) (cf. E. V. YAOVI, *Le principe d'égalité dans le Code des personnes et de la famille du Bénin*, Mémoire de D.E.A., Chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie, Faculté de droit et de sciences politiques, Université d'Abomey-Calavi, 2006, p. 5) ; aussi V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, op. cit., p. 24.

²¹² À ce titre, une personne incarcérée ne peut se voir refuser le droit de se marier, excepté pour raison de sécurité, car, pour la Cour européenne de droits de l'homme, ce droit ne dépend pas de l'état de liberté de la personne (Cour EDH, 5 janv. 2010, *Frasik c/ Pologne*, req. n° 22933/02, D. 2011. 1041, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; AJ Fam. 2010. 10 ; Dr. fam. 2010. Comm. 37, note LARRIBAU-TERNEYRE ; RTD civ. 2010. 303, obs. J. HAUSER).

Titre 1^{er} :

Une égalité imparfaite entre l'homme et la femme dans la formation du mariage

44. - Insuffisante affirmation des droits féminins. Les États de l'Afrique noire francophone ont perçu tardivement l'utilité de faire progresser les droits de la femme par le moyen de la loi. De fait, il a fallu attendre trois décennies après la vague des indépendances pour voir les initiatives novatrices en ce sens. Le Burkina Faso en premier lieu, puis le Bénin, et enfin le Mali, ont successivement entrepris la restructuration de leur droit de la famille²¹³. En réalité, la voie avait été préparée par le déploiement du dispositif juridique de protection des droits de l'homme au plan international, et par le plaidoyer des mouvements associatifs à l'échelle nationale²¹⁴. Les revendications se focalisaient sur l'abolition du pluralisme juridique en matière de statut personnel, ainsi que sur le toilettage du Code civil français de 1804 dans ses dispositions régissant les personnes et la famille, le tout dans l'optique de la protection de la femme²¹⁵. Pour autant, les Codes des personnes et de la famille adoptés ont répondu à certaines des préoccupations seulement, car les législateurs n'ont pas entièrement fait fi de la coutume dans

²¹³ V. *supra*, n° 25 sq.

²¹⁴ V. *supra*, n° 29 sq.

²¹⁵ Il faut préciser que l'ancien Code civil français, dans lequel l'homme et la femme n'avaient pas encore de droits égaux (v. *infra*, n° 205), a été reçu en héritage colonial par le Bénin, tout comme par les autres anciennes colonies de la France.

sa forme originaire ou dénaturée par l'influence des religions transplantées²¹⁶. La mixtion entre les principes du droit moderne et les valeurs procédant de la coutume a donné, comme il était prévisible, des résultats non souhaités²¹⁷.

Garantir au mieux la liberté du mariage pour l'homme et la femme obligeait, au vrai, les codificateurs à définir minutieusement les conditions du mariage et à articuler ces dispositions avec les corps de règles supranationales ou nationales de protection de la femme²¹⁸. Il n'en a pas été exactement ainsi. Aujourd'hui encore, l'égalité des droits devant le mariage appréhendée par les Codes des personnes et de la famille des États de l'Afrique francophone n'est pas aboutie. Elle ne l'est pas, non seulement au regard de l'exercice de la liberté matrimoniale dans le schéma du mariage classique, d'inspiration occidentale (chapitre 1), mais encore dans le rite matrimonial singulier à l'Afrique, improprement désigné sous le nom de « fiançailles » (chapitre 2).

Chapitre 1 : Protection marginale de la liberté matrimoniale de la femme dans le mariage civil

Chapitre 2 : Protection de la liberté matrimoniale de la femme absente du mariage traditionnel

²¹⁶ À titre d'exemple, la coutume islamisée a, dans certains endroits, pris le pas sur la coutume locale (cf. G. A. KOUASSIGAN, *Famille, droit et changement social en Afrique Noire francophone*, *op. cit.*, p. 166).

²¹⁷ L'administration coloniale française a tenté en vain d'obtenir le délaissement de coutumes défavorables à la femme telles que le mariage forcé et/ou précoce, la dot, etc. (v. *supra*, n° 22 *sq.*). Finalement, elle a reconnu le pluralisme juridique, qui est resté le principe jusqu'à l'avènement des indépendances des pays colonisés (v. G. A. KOUASSIGAN, *Famille, droit et changement social en Afrique Noire francophone*, *op. cit.*, p. 164). Même à présent, il serait aventureux d'affirmer que le pluralisme juridique a pris fin, au regard de ses manifestations, exposées tout le long de cette étude. Du reste, un auteur observe que le pouvoir colonial n'a pas beaucoup insisté pour remodeler le droit des personnes, car ce qui lui importait le plus était l'extension des intérêts économiques, notamment la gestion des fonds de terre (lire à ce propos J.-P. MAGNANT, *Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine*, *op. cit.*, p. 177-178).

²¹⁸ Comme la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 déc. 1979, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 et les textes dérivés (v. *supra*, n° 17 *sq.*), et les lois fondamentales des pays.

Chapitre 1 :

Protection marginale de la liberté matrimoniale de la femme dans le mariage civil

45. - Conditions de formation du mariage. Brièvement, il peut être observé que le mariage est soumis à trois types de conditions : une condition d'ordre psychologique qui est l'engagement des prétendants à vivre dans le mariage ; des conditions d'ordre physique, parmi lesquelles l'âge du mariage tient une place importante ; et des conditions d'ordre sociologique qui renvoient au formalisme spécial du mariage des incapables ou du remariage²¹⁹. Dans les droits africains, la problématique, sous l'angle de la liberté matrimoniale, se rapporte au consentement au mariage et à l'âge du mariage, étant entendu que la dernière est le support de la première. La majorité de ces droits permettent, à rebours des principes fondamentaux des droits de l'homme, le mariage d'enfants. Le droit béninois est l'un des rares à se démarquer.

Sur un autre plan, il faut se souvenir qu'en Afrique, le mariage représente plus que l'union de deux personnes²²⁰. Les familles se servent de l'union matrimoniale, tantôt pour sceller des pactes familiaux à des fins stratégiques, tantôt pour obtenir la meilleure contrepartie

²¹⁹ Pour aller plus loin, lire J.-J. LEMOULAND, Nature juridique et liberté du mariage, Dalloz action Droit de la famille, Œuvre collective sous la direction de Pierre Murat, 2016, Chapitre 110 – Conditions de fond du mariage.

²²⁰ V. *supra*, n° 5. Kéba M'BAYE relève à ce propos que « Le mariage, en Afrique, n'est pas un contrat entre deux individus, mais un pacte souscrit par deux familles » (K. M'BAYE, Introduction, *in* « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », Études sous la dir. de K. M'BAYE, Ed. G.-P. Maisonneuve et Larose, Paris, 1968, p. 11) ; Valentin OUOBA note également que « l'expression du consentement matrimonial découlait pour l'essentiel des vœux des familles » (*cf.* V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, *op. cit.*, p. 43) ; v. aussi M. NKOUENDJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, *op. cit.*, p. 74.

économique de l'alliance à venir²²¹. La superposition de ces intérêts laisse peu de place au consentement des mariés. Du reste, à s'en tenir à la coutume africaine, les alliances matrimoniales se feraient sous l'égide des familles. Et, suivant la tradition, l'individu doit se marier tôt, une règle qui se vérifie d'autant plus lorsqu'il s'agit de la femme. Cette coutume africaine trouve son reflet dans la plupart des droits actuels de l'Afrique noire, semble-t-il parce que les législateurs n'ont pas su prendre assez de distance à son égard. Ainsi, peut-on remarquer qu'ils fixent souvent un âge nubile de la femme ne lui permettant pas d'exercer une véritable liberté matrimoniale (section 1). Par ailleurs, il existe des failles importantes dans les mécanismes juridiques institués afin de protéger le consentement matrimonial en amont, si bien que la liberté matrimoniale de la femme paraît davantage être posée en théorie (section 2).

Section 1 : Disparité de l'âge du mariage de l'homme et de la femme

Section 2 : Mécanismes inadaptés de protection du consentement au mariage

Section 1 : Disparité de l'âge du mariage de l'homme et de la femme

46. - Support de la liberté matrimoniale. La liberté matrimoniale ou « liberté nuptiale »²²², peut être « entendue, d'un point de vue juridique, comme la possibilité pour l'individu d'agir selon sa volonté dans le dessein de former ou non un couple »²²³. Elle ne résulte pas expressément de la loi. Il est seulement possible de la déduire de la liberté individuelle reconnue aux personnes. En France, la clarification de la notion a été faite par le Conseil constitutionnel et par le Conseil d'État. Pour le Conseil constitutionnel français, « la liberté du mariage [...] est l'une des composantes de la liberté individuelle »²²⁴. Le Conseil d'État français, à son tour, considérant que « la liberté de se marier [...] est une liberté fondamentale »²²⁵, a qualifié un refus de visa d'entrée sur le territoire français à un ressortissant sénégalais, qui voulait contracter un mariage homosexuel avec un français, d'atteinte « grave et manifestement illégale » à la liberté de se

²²¹ Cf. B. BOKOLOMBE, *L'influence du modèle juridique français en Afrique : Cas de la réception du Code civil en République démocratique du Congo*, op. cit., p. 147 sq.

²²² G. CORNU, *Droit civil : La famille*, Montchrestien, 9^e éd., Paris, 2006, n° 156, p. 275.

²²³ F. DUMONT, La liberté matrimoniale, *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, mai 2016, Étude 304, n°304-3.

²²⁴ France, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, JO, n° 190, du 18 août 1993, p. 11722. Le Conseil constitutionnel français aussi reconnaît la liberté nuptiale « comme un principe de valeur constitutionnelle » (France, Conseil constitutionnel, 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, Recueil Conseil constitutionnel 1999, p. 116).

²²⁵ France, Conseil d'État, ordonnance de référé du 9 juil. 2014, M. A., consulté le 28 nov. 2014 sur <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Selection-contentieuse/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Ordonnance-du-9-juil.-2014-M.-A.>

marier. À la lumière de ces décisions, il apparaît que la liberté matrimoniale fait partie de la liberté individuelle reconnue aux personnes, et qu'elle doit, comme telle, être protégée par la loi. Sa protection légale devrait même être particulière, car « ... la liberté du mariage n'est pas une liberté comme les autres. Si l'on en croit la logique de "pulvérisation du droit en droits subjectifs", la reconnaissance de la liberté fondamentale du mariage serait le signe d'une individualisation, d'une subjectivisation du rapport matrimonial, qui viendrait notamment se placer au cœur du tiraillement entre le souci de préserver l'institution même du mariage comme un pilier de la société et la nécessité d'introduire dans la relation matrimoniale la dose de liberté individuelle indispensable à "la vie ultramoderne" »²²⁶.

47. - Traduction concrète. La liberté matrimoniale doit, en définitive, être regardée comme la faculté reconnue à une personne de choisir de se marier, et ce, à l'âge qui lui convient, et à la personne de son choix. Elle doit s'entendre aussi comme la liberté de ne pas se marier²²⁷. Cela étant, le principe peine à trouver sa place dans la société subsaharienne dans laquelle il se trouve souvent en opposition avec la coutume. L'article 119 du Code béninois des personnes et de la famille dispose que « Chacun des futurs époux, même mineur, doit consentir personnellement au mariage ». On retrouve une disposition semblable à l'article 240 du Code burkinabè des personnes et de la famille, à savoir qu'« Il n'y a point de mariage sans le consentement des futurs époux exprimé au moment de la célébration du mariage ». De même, l'article 283 du Code malien des personnes et de la famille affirme qu'« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». Cependant, dans les systèmes traditionnels de droit africains, la liberté du mariage n'a pas la même portée que dans les nouveaux droits qui tentent de les supplanter. Précisément, la coutume africaine ne fait pas du consentement des futurs mariés une condition nécessaire pour la validité du mariage, au contraire des droits modernes. Cette différence s'explique par le fait que les droits modernes ont subi l'influence du mouvement de subjectivisation du mariage qui s'est développé en Occident, permettant à la liberté matrimoniale de gagner en importance. Somme toute, les Codes des personnes et de la

²²⁶ O. LECUCQ et J.-J. LEMOULAND, Avant-propos, in « La liberté fondamentale du mariage », Actes du colloque du 6 juin 2008, PUAM, 2009, p. 7 ; *ibid.* A. PENA-SOLER, Le renouveau du statut constitutionnel de la liberté du mariage au regard de la liberté personnelle, *ibid.*, p. 49.

²²⁷ Jugé que le choix d'un ou d'une partenaire et la décision de l'épouser est strictement privé et personnel (Cour EDH, 5 janv. 2010, *Frasik c/ Pologne*, préc.). À signaler tout de même que le droit de se marier trouve une limite dans les mesures étatiques de prévention ou de rétorsion contre les mariages blancs.

famille du Bénin, du Burkina Faso et du Mali ont bien relevé l'âge matrimonial²²⁸, mais l'effet en reste limité par le fait que l'âge retenu pour la femme est souvent précoce (§ 1). Il en découle une violation des droits humains (§ 2).

§ 1 : Précocité de l'âge matrimonial féminin

§ 2 : Inadéquation de l'âge matrimonial féminin

§ 1 : Précocité de l'âge matrimonial féminin

48. - Non-conformité à la réglementation internationale. Aux termes de l'article 6-b du Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes, « l'âge minimum de mariage pour la fille est de 18 ans ». À partir de ce texte, tout mariage concernant une femme de moins de 18 ans doit être considéré comme un mariage d'enfant. Pour rappel, l'enfant est, aux termes de la Convention internationale des droits de l'enfant, « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable »²²⁹. Le mariage d'enfant est condamné par les règles supranationales. Ainsi, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes engage les États parties à mettre en place des mesures pour que « les fiançailles et les mariages d'enfants [n'aient] pas d'effets juridiques »²³⁰.

Au fond, le mariage d'enfant pose la question de la validité du consentement au mariage. Dans les sociétés africaines où le mariage d'enfant est fréquent, la protection du consentement matrimonial revêt une importance particulière. Pour autant, les législateurs du Bénin, du Burkina Faso et du Mali ont adopté des positions divergentes sur la mesure à lui donner, à travers l'âge matrimonial. Cet âge est, dans les cas du Burkina Faso et du Mali, différencié selon le sexe, et dans le cas du Bénin, le même pour les sexes. Donc, l'âge du mariage de la femme se signale généralement par sa précocité (A) ; une précocité aggravée par le jeu des dispenses d'âge (B).

A. Approches différenciées dans la fixation de l'âge du mariage

B. Incidence de la dispense d'âge en vue du mariage

²²⁸ Pour la France, dont le choix original a été suivie par les anciennes colonies, l'âge du mariage a subi des modifications par touches successives (sur la question, lire I. CORPART, *Minorité – Majorité*, Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2015, n° 94).

²²⁹ Cf. art. 1^{er} du texte adopté le 20 nov. 1989. L'article 2 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (adoptée le 11 juil. 1990 par la vingt-sixième Conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'OUA, à Addis-Abeba, et entrée en vigueur le 29 nov. 1999) dispose aussi que « on entend par "Enfant" tout être humain âgé de moins de 18 ans ». V. *supra*, n° 10.

²³⁰ Cf. art. 16-2°.

A. Approches différenciées dans la fixation de l'âge du mariage

49. - Discrimination envers la femme. Les Codes des personnes et de la famille du Burkina Faso et du Mali ont fixé l'âge du mariage suivant un critère sexuel. Le Bénin fait la différence en fixant un âge uniforme pour tous et en le mettant, par la même occasion, au même niveau que l'âge de la majorité civile. Cette deuxième approche est plus objective, en ce qu'elle est axée sur la maturité intellectuelle des prétendants au mariage. De fait, elle ouvre l'accès au mariage à l'adulte seulement, qui est en mesure de comprendre l'importance de l'engagement matrimonial. Lorsque l'âge du mariage dépend du sexe, la femme est notamment lésée, car, alors, son âge est plus bas que celui de l'homme (1), et de plus, il est inférieur à l'âge de la majorité civile (2).

1) Âge nuptial de la femme inférieur à celui de l'homme

50. - Ressort de l'infériorité de la femme dans le mariage. La domination masculine est davantage perceptible dans la relation de couple²³¹. En l'absence de lois fortes, l'ascendant traditionnel de l'homme sur la femme prend une nouvelle dimension en raison de l'exclusivité conjugale. Au reste, cette issue peut difficilement être évitée lorsque les conjoints affichent un écart d'âge non négligeable, et que l'un d'eux est encore mineur²³². Dès lors, il est souhaitable qu'au moment du mariage, les époux aient tous, au minimum, atteint l'âge de la majorité civile. Initialement, les législateurs du Burkina Faso et du Mali ont eu l'intention d'instaurer le même âge du mariage pour l'homme et la femme, mais ils en ont été déviés par les remous qui ont agité leurs populations²³³.

Pour finir, dans les droits burkinabè et malien, l'âge matrimonial est fonction du sexe. L'article 238 du Code burkinabè des personnes et de la famille dispose ainsi que « Le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme âgé de plus de vingt ans et une femme de plus de dix-sept ans ». Pareillement, le Code malien des personnes et de la famille dispose, en son article 281, que « L'âge minimum pour contracter mariage est fixé à dix-huit ans pour l'homme et [à] seize ans pour la femme ».

51. - Argument de la maturité physique précoce de la femme. Valentin Ouoba constate que les « règles coutumières [...] n'étaient pas très regardantes sur l'âge de la femme à marier », la jeune

²³¹ Lire P. BOURDIEU, *De la domination masculine*, op. cit., 177 p.

²³² Cf. Ph. ANTOINE, B. LAPLANTE, M. DJIRE, Les déterminants socio-économiques de la sortie du célibat à Dakar, in *Revue Population*, 50^e année, n°1, 1995, spéc. p. 98.

²³³ Cf. Entretien PER 1, réalisé le 11 avr. 2017.

fille étant « mise en union parfois dès l'âge de treize ans en considération du degré d'achèvement de son développement physiologique »²³⁴. Ce critère d'appréciation, basé sur le développement physique de la fille, paraît arbitraire. Qui plus est, il se limite à la capacité de procréer propre à la puberté²³⁵, laissant de côté le besoin de développement de l'enfant, quel que soit son sexe, qui détermine sa vie d'adulte. Au-delà, la théorie de la maturité biologique précoce de la femme simplifie outre mesure le problème.

L'âge du mariage retient l'attention parce qu'il est un symbole de la lutte contre les mariages forcés²³⁶. Par conséquent, la concession faite, sur ce point névralgique, par les droits récents à la coutume est discutable. Elle empêche les nouvelles lois sur le mariage d'incarner la rupture attendue avec la tradition des mariages précoces, récurrents en Afrique.

52. - Justifications difficilement recevables. La question n'est pas de savoir si la femme peut procréer à l'âge légal du mariage, mais plutôt si, à cet âge, elle possède un degré de maturité suffisant pour commencer une vie de couple²³⁷, sachant que celle-ci comporte des responsabilités. En réalité, si l'âge du mariage était systématiquement arrimé à l'âge de la puberté, l'homme devrait également pouvoir contracter mariage avant l'âge retenu par les droits burkinabè et malien, puisque les périodes de puberté des sexes sont voisines²³⁸. Alors, la différence d'âge qui existe entre la moyenne pubertaire et l'âge minimum pour se marier serait la même pour les sexes. Qu'il n'en soit pas ainsi montre que la maturité biologique n'est pas le seul référent pour fixer l'âge du mariage, tout au moins pour l'homme.

De fait, une autre théorie s'appuie sur l'idée que l'homme doit pouvoir se marier à un âge où il a pu s'établir professionnellement²³⁹. Visiblement, cette idée va avec la notion du mari « chef de

²³⁴ V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, op. cit., p. 41.

²³⁵ Des auteurs définissent la puberté comme « la période de développement où apparaît l'aptitude à procréer », tout en précisant que « Les mécanismes de déclenchement de la puberté sont encore insuffisamment connus » (v. C. CASNAVE, J.-C. MARTIN et Y. RENONDEAU, *Puberté et adolescence : Pédiatrie au quotidien*, Masson, Paris, 2000, p. 1).

²³⁶ Cf. ONU Femmes, Fixation d'un âge minimum du mariage, consulté le 10 octobre 2017 sur <http://www.endvawnow.org/fr/articles/616-fixation-dun-age-minimum-du-mariage.html>.

²³⁷ V. M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, Mariage (2° Conditions de formation), Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2014 (actualisation fév. 2017), n° 9.

²³⁸ L'échelle de Tanner nous apprend que la période pubertaire chez le garçon est comprise entre de 9,5 et 14 ans et entre 8 et 13 ans chez la fille (cf. J. M. TANNER, *Growth at Adolescence*, 1962, 2nd éd., Blackwell Scientific Publications, Oxford, 325 p.); v. aussi v. C. CASNAVE, J.-C. MARTIN et Y. RENONDEAU, *Puberté et adolescence : Pédiatrie au quotidien*, Masson, Paris, 2000, p. 2 sq.

²³⁹ M.-O. MERGNAC, G.-F. FLORENCE et A. TRICAUD, *Le mariage et ses rites, d'hier à aujourd'hui*, éd. Archives et Culture, coll. Images d'autrefois, Paris, 2010, 144 p.

famille », chargé, à ce titre, de pourvoir aux besoins matériels de la famille²⁴⁰. L'argument est réducteur pour deux raisons : en premier lieu, le mariage intervient de plus en plus tardivement dans les milieux urbanisés, sans plus forcément entretenir de lien avec la position dans le monde du travail, et bien souvent loin de l'âge minimum pour se marier²⁴¹ ; en second lieu, la contribution aux charges ménagères ne pèse plus principalement sur l'homme, les conjoints étant désormais tenus de collaborer, à concurrence de leurs revenus²⁴². De ce fait, cette conception ne justifie pas non plus l'âge du mariage différencié selon le genre.

53. - Âge du mariage dans l'ancien Code civil français. Le décalage entre l'âge légal du mariage de l'homme et celui de la femme était anciennement consigné dans le Code civil français. L'âge nubile y était fixé à dix-huit ans pour l'homme et à quinze ans pour la femme²⁴³. À la faveur d'une relecture du Code, l'article 144 a été modifié afin de relever l'âge du mariage et l'unifier pour tous. Désormais, l'article 144 dispose simplement que « Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus »²⁴⁴. Cette évolution du Code civil français devrait inspirer les codificateurs burkinabè et malien dans le sens de l'harmonisation de l'âge minimum du mariage pour l'homme et la femme.

54. - Intérêt d'un âge du mariage identique pour les sexes. Il a été observé que, lorsque l'âge pour se marier est indexé sur la période pubertaire, il se situe très souvent en dessous de la majorité civile pour la femme²⁴⁵. Pour favoriser l'égalité des sexes, il convient de fixer le même âge nubile pour l'homme et la femme. En effet, si les âges au mariage sont disjoints, les niveaux de maturité psychologique ne peuvent pas, non plus, être les mêmes. Il s'instaure ensuite un déséquilibre dans les rapports de couple. Au demeurant, de nos jours, le mariage ne poursuit

²⁴⁰ V. *infra*, n° 224.

²⁴¹ Lire à ce propos A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè : Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, éd. L'Harmattan, Paris, 1998, p. 107 ; aussi L. VERRIÈRE, Où en est, où va la population du Sénégal ? (I. S. E. A., mars 1963, Dakar, ronéotypé, 30 p., cité par L. V. THOMAS, La parenté au Sénégal, in « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », Études sous la dir. de Kéba M'BAYE, *op. cit.*, p. 64).

²⁴² Ainsi, l'article 299 du Code burkinabè des personnes et de la famille, issu de la *zatu* An VII/0013 du 16 nov. 1989 portant Code des personnes et de la famille dispose que les époux « contribuent à proportion de leurs facultés respectives ». V. dans le même sens art. 159 du Code béninois (*cf.* loi n° 2002-07/AN du 14 juin 2004). L'article 319 de la loi n°11-080/AN/RM du 2 déc. 2011 portant Code malien des personnes et de la famille, au contraire, dispose que « Les charges du ménage pèsent sur le mari », mais il ajoute que « La femme mariée qui dispose de revenus peut contribuer aux charges du ménage ».

²⁴³ *Cf.* ancien article 144 du Code civil de 1804.

²⁴⁴ Pour lutter contre la recrudescence des mariages forcés, l'article 1^{er} de la loi française n° 2006-399 du 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs modifiait déjà l'article 144 en ces termes : « L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus ».

²⁴⁵ V. *supra*, n° 66 sq.

plus, ni principalement, ni nécessairement, une fin de procréation. Devant ce constat, la logique qui avait conduit à ouvrir l'accès au mariage dès la puberté ne devrait plus primer. Une personne peut vouloir se marier sans avoir l'intention de procréer. En Occident, la dissociation a été opérée entre l'intention matrimoniale et la volonté de procréer²⁴⁶. Cependant, il semble que les législations africaines restent attachées à la conception du mariage reposant sur la procréation²⁴⁷. À tout prendre, l'âge du mariage devrait être pensé en termes d'aptitude au mariage, au-delà de l'aptitude à procréer, car si la seconde ne requiert que la puberté, la première est plus exigeante. Ainsi, la solution de l'alignement de l'âge de l'homme et de la femme pour le mariage correspond davantage à la quête égalitaire contemporaine. Le Bénin fait ce choix. Selon le Code des personnes et de la famille, les personnes de l'un ou l'autre sexe désirant contracter mariage doivent avoir au moins l'âge de 18 ans²⁴⁸. Plus encore, l'âge nubile dans cet État se trouve, en même temps, être celui de la majorité civile²⁴⁹.

2) Âge nuptial de la femme inférieur à l'âge de la majorité civile

55. - Non concordance de l'âge nubile féminin avec l'âge de la majorité civile. Il a été vu que l'âge du mariage de la femme au Burkina Faso et au Mali est inférieur à celui de l'homme. Ce seuil présente l'autre inconvénient d'être moindre que l'âge de l'accession à la majorité civile. Pour l'homme, au contraire, l'âge du mariage correspond à l'âge de la majorité civile tel que fixé par chaque État. Pour s'en apercevoir, il suffit de rapprocher les dispositions des Codes des personnes et de la famille sur la majorité matrimoniale²⁵⁰ de celles qui se rapportent à la fin de la minorité²⁵¹. Pour le reste, ce n'est pas tant l'âge de l'homme plus élevé que celui de la femme qui pose problème, mais la précocité de l'âge requis de la femme pour le mariage. Cet état du droit favorise le mariage forcé, la personne étant plus influençable compte tenu de sa jeunesse. La Côte d'Ivoire, un autre État de l'Afrique noire francophone, prévoit pour sa part, de manière assez originale, que « L'homme avant vingt ans révolus, la femme avant dix-huit ans révolus, ne

²⁴⁶ M. FERRAND, *Féminin Masculin*, éd. La Découverte, 2004, Paris, p. 88-89.

²⁴⁷ V. *infra*, n° 625 sq.

²⁴⁸ Cf. art. 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 ».

²⁴⁹ V. *infra*, n° 56.

²⁵⁰ Art. 238 alinéa 1 du Code burkinabè : « Le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme âgé de plus de vingt ans et une femme de plus de dix-sept ans » ; art. 281 alinéa 1 du Code malien : « L'âge minimum pour contracter mariage est fixé à dix-huit ans pour l'homme et seize ans pour la femme ».

²⁵¹ Art. 554 du Code burkinabè : « Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de vingt ans accomplis » ; art. 609 du Code malien : « Le mineur est la personne qui n'a point atteint l'âge de dix-huit ans accomplis »

peuvent contracter mariage »²⁵². Ce faisant, elle fixe un âge nubile différencié en fonction du sexe, mais la solution a le mérite de retenir un âge minimum du mariage de la femme conforme aux standards internationaux, à savoir 18 ans.

56. - Concordance des majorités matrimoniale et civile au Bénin. Le Code béninois des personnes et de la famille, contrairement à la plupart des textes réglementant le mariage, mais à l'instar du Code civil français²⁵³, fixe l'âge minimum du mariage uniformément pour l'homme et pour la femme, et fait coïncider cet âge avec l'âge de la majorité civile²⁵⁴. Au regard de l'évolution actuelle des droits de la famille en Afrique, le choix du Bénin est plutôt solitaire, contrairement à celui opéré par le Burkina Faso et le Mali, mais il est plus conforme aux droits humains. En effet, tel qu'il est disposé en droit béninois, il est possible d'avancer que les conditions sont réunies pour permettre à tout un chacun, homme ou femme, d'exercer sa liberté matrimoniale avec les mêmes aptitudes, sauf autre circonstance²⁵⁵.

En marge, il est noté que dans les droits burkinabè et malien, la femme est jugée apte à se marier plus tôt que l'homme, mais qu'en revanche, elle accède à la majorité civile au même moment que lui. Les autres branches du droit, tels que le droit pénal, le droit du travail, le droit électoral, etc., fixent uniformément l'âge de la majorité pour les deux sexes²⁵⁶. En somme, l'écart d'âge entre l'homme et la femme est propre à la matière matrimoniale.

²⁵² Article 1^{er} de la loi n° 64-375 du 7 oct. 1964 relative au mariage, modifiée par les lois n° 83-800 du 2 août 1983 et n° 2013-33 du 25 janv. 2013.

²⁵³ Cf. art. 414 nouveau du Code civil issu de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance » ; v. aussi art. 488 ancien (loi n° 74-631 du 5 juill. 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité) : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile ».

²⁵⁴ Sur la minorité, le Code dispose en son article 459 qu'« Est mineure la personne de l'un ou l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de dix-huit (18) ans accomplis » et en son article 540 qu'« À dix-huit (18) ans accomplis, les personnes de l'un ou l'autre sexe sont majeurs et capables de tous les actes de la vie civile ».

²⁵⁵ Il faut réserver l'hypothèse où la personne appelée à se marier est soumise à des pressions d'un ordre quelconque. Si la situation se présente ainsi, en dépit du cadre juridique favorable à l'expression de la liberté matrimoniale, la contrainte extérieure peut prendre le pas sur la capacité d'appréciation de l'individu quant à la décision d'entrer en mariage, et, le cas échéant, sur la personne choisie.

²⁵⁶ Pour le Burkina Faso, selon l'article 63 de la loi n° 043/96/ADP du 13 nov. 1996 portant Code pénal, « L'âge de la majorité pénale est fixé à dix-huit ans. » ; en matière de travail, l'article 6 alinéa 2 de la loi n°028-2008/AN du 13 mai 2008 portant Code du travail dispose que « Les travaux ou services [...] ne peuvent être exigés que d'adultes valides dont l'âge n'est pas présumé inférieur à dix-huit ans ni supérieur à quarante-cinq ans. » ; enfin, le Code électoral (issu de l'ordonnance n° 92-18/PRES du 25 mars 1992 et son modificatif, le décret n° 92-24/PRES ; ensuite modifié par la loi n° 005-2015/CNT du 7 avril 2015), en son article 42 (modifié par l'art. 1 de la loi n° 019-2009/AN du 7 mai 2009), fixe l'âge pour voter à 18 ans.

57. - Importance de l'articulation de l'âge du mariage avec l'âge de la majorité civile.

L'harmonisation de l'âge du mariage avec l'âge de la majorité civile se présente comme une bonne solution si on considère que l'âge adulte est fixé par référence à l'évolution psychologique d'une personne. Ainsi, dans chaque État²⁵⁷, l'âge de la majorité civile correspond à un stade de la vie où la personne est présumée avoir atteint un niveau d'intelligence lui permettant de prendre de graves décisions, comme celle d'entrer en mariage²⁵⁸. Toute loi qui entend protéger la liberté matrimoniale ne peut, en même temps, concéder qu'une personne encore mineure possède la maturité psychologique voulue pour l'exercer optimalement. Par voie de conséquence, le mariage ne devrait être ouvert qu'à la personne civilement majeure.

En fin de compte, la redéfinition de l'âge nubile de la femme par le Burkina Faso et le Mali apparaît nécessaire, dans le but de le rendre identique pour les sexes et, en même temps, pour l'assortir à l'âge de la majorité civile. Cela permettrait aussi de le rendre conforme à l'âge du mariage recommandé par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes²⁵⁹. Cependant, même alors, il resterait toujours les exceptions à l'exigence de l'âge minimum pour se marier.

B. Incidence de la dispense d'âge en vue du mariage

58. - Cadre international. La Convention de New York du 10 décembre 1962, sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, prévoit que « Les États parties [doivent prendre] les mesures législatives nécessaires pour spécifier un âge minimum pour le mariage. Ne pourront contracter légalement mariage les personnes qui n'auront pas atteint cet âge, à moins d'une dispense d'âge accordée par l'autorité compétente pour des motifs graves et dans l'intérêt des futurs époux »²⁶⁰. La fonction de la dispense d'âge qui peut se déduire de cette disposition est donc de permettre à une personne de se marier avant d'avoir atteint l'âge minimum du mariage fixé par la loi. Néanmoins, il faut noter que la

²⁵⁷ Des variables régionales sont à prendre en compte, comme l'admet l'article 1^{er} de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 nov. 1989.

²⁵⁸ Il faut signaler la situation des majeurs incapables qui, bien qu'ayant atteint l'âge de la majorité civile, sont dépourvus, à des degrés variables, de la capacité de discernement nécessaire à l'exercice de leurs droits (v. art. 628 *sq.* du CPF burkinabè, art. 540 *sq.* du CPF béninois et art. 705 *sq.* CPF malien).

²⁵⁹ Art. 16-2°.

²⁶⁰ Art. 2 de la convention.

dispense d'âge ne permet pas de passer outre le consentement des parents²⁶¹, qui reste à fournir par toute personne civilement mineure désirant se marier²⁶².

La dispense d'âge est supposée ne pas affecter la qualité du consentement au mariage. Toutefois, dans l'espace juridique de l'Afrique francophone où l'âge nuptial précoce de la femme constitue déjà un facteur limitatif de la liberté matrimoniale, la mise en œuvre de la procédure à fin de dispense d'âge du mariage peut restreindre davantage les droits de la femme (2), même s'il reste entendu que la dispense ne peut être délivrée que sous certaines conditions (1).

1) Conditions de la dispense d'âge en vue du mariage

59. - Motifs. Au Burkina Faso, la loi mentionne que la dispense d'âge peut être accordée « pour motif grave par le tribunal civil », au bénéfice d'« un homme ayant moins de dix-huit ans et une femme ayant moins de quinze ans »²⁶³. Au Bénin, la loi prévoit que la dispense d'âge peut être « accordée pour motif grave »²⁶⁴, sans autre précision sur l'âge à partir duquel elle peut être sollicitée. Au Mali, enfin, le Code des personnes et de la famille aménage la possibilité de « dispense d'âge pour des motifs graves », pour « les futurs conjoints âgés d'au moins quinze ans »²⁶⁵. En pratique, le motif grave fréquent dans les trois systèmes de droit est l'état de grossesse de la femme²⁶⁶. De fait, les propos du doyen Carbonnier sur ce motif en droit français conviennent aussi bien pour les droits africains, à savoir que « la grossesse de la femme [...] vient démontrer d'une autre façon l'aptitude physiologique » au mariage²⁶⁷. À côté, il peut être mentionné les cas plus rares de départ sous les drapeaux²⁶⁸ ou de péril imminent de mort²⁶⁹.

²⁶¹ Il faudrait, pour être rigoureux, utiliser le terme d'autorisation car ce sont les futurs qui consentent au mariage, en tant que parties au contrat (v. en ce sens M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Mariage (2° Conditions de formation)*, *op. cit.*, n° 234).

²⁶² Cf. art. 241-243 du CPF burkinabè, art. 120-121 du CPF béninois et art. 284-286 du CPF malien.

²⁶³ Art. 238 du Code burkinabè des personnes et de la famille.

²⁶⁴ Art. 123 *in fine* du Code béninois des personnes et de la famille.

²⁶⁵ Art. 281 al. 2 et 3 du Code malien des personnes et de la famille.

²⁶⁶ Cf. C. POMARD-NOMDEDEO, *Les conditions de formation du mariage*, *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, Étude 307, oct. 2016, n°307-29.

²⁶⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, *op. cit.*, n°530, p. 1166.

²⁶⁸ La nécessité s'en fait sentir dans l'hypothèse où l'âge pour être enrôlé dans les forces armées est inférieur à l'âge de la majorité matrimoniale. Le Burkina Faso a récemment opéré une réforme en ce domaine, qui porte l'âge de l'enrôlement auparavant de 18 ans à 20 ans. Le problème ne se pose donc plus pour cet État (v. Recrutement dans l'armée : « Il sera accordé plus de temps aux enquêtes de moralité », 9 mai 2012, consulté le 23 sept. 2014 sur <http://www.lefaso.net/spip.php?article47900>).

²⁶⁹ En ce cas, par exemple, lorsque la femme porte une grossesse, le candidat au mariage concerné demande à être dispensé de la condition d'âge, afin de légitimer l'enfant à naître.

60. - Procédure et compétence. La procédure à suivre pour obtenir la dispense d'âge en vue du mariage diffère d'un État à un autre, mais le dénominateur commun reste qu'elle est accordée sur demande de la personne qui veut se marier avant d'avoir atteint l'âge matrimonial légal. Ainsi, au Bénin, la requête afin de dispense d'âge est soumise, non en personne, mais par l'intermédiaire du ministère public et elle est accordée « par ordonnance du président du tribunal de première instance »²⁷⁰. Au Burkina Faso, la demande est introduite directement par la personne intéressée²⁷¹. Ce qui revient à dire que les deux États instituent une procédure judiciaire pour l'obtention de la dispense d'âge. La nouvelle option du Mali s'en distingue cependant.

61. - Modification de la compétence au Mali. Le Code malien des personnes et de la famille reconduit la dispense d'âge en vue du mariage, qui était déjà présente dans l'ancien droit, en modifiant la procédure jusque-là applicable. Il est maintenant disposé que « Le Chef de la circonscription administrative peut [...] par décision susceptible de recours, devant le juge civil, accorder une dispense d'âge pour des motifs graves »²⁷². Sous le régime de l'ancienne loi, l'autorité qui était habilitée à délivrer la dispense de l'âge pour se marier était le ministre de la Justice ; il se prononçait sur justification de « motifs graves », par une « décision non susceptible de recours »²⁷³. L'actuelle dévolution de la compétence à une autorité administrative (on est passé du ministre de la justice au chef de circonscription administrative) est décriée²⁷⁴. La procédure judiciaire de délivrance des dispenses d'âge se prête mieux à la protection des intérêts de la femme, compte tenu de l'obligation de neutralité et d'objectivité qui s'impose au

²⁷⁰ Art. 123 *in fine* du Code béninois des personnes et de la famille.

²⁷¹ Cf. art. 239 du Code burkinabè des personnes et de la famille.

²⁷² Art. 281 al. 2 du Code malien des personnes et de la famille.

²⁷³ Art. 4 de la loi n°62-17/AN/RM du 3 fév. 1962 portant Code du mariage et de la tutelle au Mali.

²⁷⁴ La protestation est portée par le réseau WILDAF – section Mali, la Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (FIDH) et de l'Association malienne des droits de l'Homme (cf. WILDAF-Mali, *Communication sur l'adoption des amendements apportés au Code des personnes et la famille*, déc. 2011, Bamako, consulté le 23 sept. 2014 sur <https://www.awid.org/fre/content/download/133704/1492106/file/CommunicationWILDAFCodePersonnes31d%C3%A9c.docx> ; FIDH, *Le nouveau Code de la famille malien : droits fondamentaux bafoués, discriminations consacrées*, 8 déc. 2011, consulté le 23 sept. 2014 sur <http://www.fidh.org/fr/afrique/mali/Le-nouveau-Code-de-la-famille>). En effet, ces mouvements de défense des droits de la femme ont vainement plaidé pour l'institution d'une procédure judiciaire à l'image de ce qui est retenu par les autres États.

magistrat, en vertu de son statut particulier²⁷⁵, alors que les mêmes précautions ne sont pas observables lorsqu'il s'agit d'un chef de circonscription administrative.

62. - Droit comparé. En France, jusqu'à la loi n° 70-1266 du 23 décembre 1970 modifiant l'article 145 du Code civil relatif aux dispenses d'âge pour se marier, celles-ci étaient accordées par voie de décret du président de la République, en vertu de l'arrêté du Gouvernement du 20 prairial an XI (abrogé par décret n°71-42 du 12 janvier 1971). Par la suite, la procédure d'obtention des dispenses d'âge a été simplifiée, en même temps que la compétence est passée à une autorité judiciaire. Ainsi, les demandes afin de dispense d'âge ressortent désormais de la compétence du procureur de la République du lieu de célébration du mariage, auprès de qui il faut justifier du motif grave (souvent un enfant déjà né ou à naître) pour lequel la dispense est sollicitée²⁷⁶.

2) Effets de la dispense d'âge aux fins de mariage

63. - Neutralisation de l'âge légal du mariage. Parce qu'elle permet de se marier avant l'âge requis pour le mariage, la dispense d'âge a un impact sur l'âge théorique du mariage, plus ou moins accentué suivant le droit considéré et suivant qu'il existe une limite inférieure ou non de l'âge à partir duquel elle peut être requise. Pour le Bénin où l'âge du mariage est fixé à dix-huit ans pour l'homme et la femme²⁷⁷, la loi permet de demander une dispense de l'âge, sans néanmoins préciser l'âge minimum à partir duquel une personne pourrait en bénéficier²⁷⁸. Cela signifie donc que le législateur béninois laisse la latitude à l'autorité compétente de déterminer cet âge en pratique²⁷⁹. Au Burkina Faso, en revanche, il est prévu que la dispense peut être

²⁷⁵ Cf. statut de la magistrature qui régit les conditions de recrutement et, de façon générale, la déontologie de la profession de magistrat (Loi n°02-054/AN/RM du 16 déc. 2002 portant statut de la magistrature).

²⁷⁶ V. C. POMARD-NOMDEDEO, Les conditions de formation du mariage, *op. cit.*, n°307-29 ; aussi M. BIÉGLMANN-MASSARI, La jurisprudence des dispenses civiles au mariage depuis 1960 : un apport sur le sens de l'institution matrimoniale, *in* Revue Droit et Sociétés, 1997, n° 35, p. 167-187.

²⁷⁷ Noter que c'est exactement l'âge minimal du mariage qui se déduit des dispositions croisées de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, de la Convention internationale des droits de l'enfant et de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (v. *supra*, n° 10 et n° 48).

²⁷⁸ Art. 123 du CPF béninois.

²⁷⁹ Si cette option n'est pas mauvaise en soi, l'orientation de la pratique judiciaire se révèle décisive afin que l'esprit du Code béninois des personnes et de la famille, qui promeut la liberté nuptiale, ne soit pas trahi par une multitude de dispenses accordées à des futurs visiblement pas en âge de décider à propos du mariage.

accordée à l'homme âgé d'au moins dix-huit ans et à la femme d'au moins quinze ans²⁸⁰. De même, le Mali la prévoit au bénéfice des futurs conjoints âgés d'au moins 15 ans²⁸¹.

64. - Problématique des mariages forcés. Dans leur ensemble, par comparaison avec les anciens droits, les législations sur le mariage des États africains relèvent l'âge du mariage de la femme, puisqu'en réalité, le problème est posé par rapport à elle. Seulement, les nouvelles lois n'ont pas suffisamment relevé cet âge pour être conformes aux standards internationaux sur l'âge nubile minimum, qui correspond à l'âge de la majorité civile généralement retenu par les États, soit dix-huit ans²⁸². L'analyse révèle ainsi que, par l'effet de la fixation de l'âge du mariage de la femme en dessous du seuil conventionnel, ces législations permettent les mariages d'enfant, qui sont, en fait, des mariages forcés. Si, encore, une dispense de l'âge matrimonial est demandée et obtenue, elle a pour effet de permettre le mariage à un âge trop juvénile. Objectivement, une personne n'est pas en mesure de se prononcer sur le mariage à un âge très jeune, avec la hauteur d'esprit qui sied à la circonstance. D'ailleurs, l'on a pu évoquer une « fausse liberté »²⁸³, à propos de la liberté d'apparat laissée aux filles à peines pubères de se marier, avec pour seul garde-fou l'autorisation parentale, d'autant plus que la fille est alors, comme tout être humain à cet âge, assez influençable²⁸⁴.

65. - Palliatifs. L'institution de la dispense d'âge en vue du mariage, particulièrement au Burkina Faso et au Mali où l'âge du mariage féminin ne respecte pas les normes supranationales, est gênante. Pour autant, il paraît difficile de concevoir un droit du mariage qui serait totalement défavorable à des exceptions concernant l'âge nubile. Pour éviter que la mise en jeu de la dispense de l'âge matrimonial n'accroisse pas les risques d'ineffectivité de la liberté matrimoniale, d'une part, il peut être envisagé de relever de façon perceptible l'âge du mariage,

²⁸⁰ Art. 238, al. 2, du Code burkinabè des personnes et de la famille.

²⁸¹ Art. 281, al. 3, du Code malien des personnes et de la famille. Le texte ne distingue pas entre l'homme et la femme.

²⁸² V. *supra*, n° 55.

²⁸³ D. PERBEN, ancien garde des Sceaux français, dans son discours du 24 mars 2005 pour le relèvement de l'âge du mariage des jeunes filles de 15 ans (resté inchangé depuis le Code civil français de 1804) à 18 ans, afin de contenir les mariages forcés (estimés concerner près de 75.000 adolescentes en France) : L'âge légal du mariage des filles relevé ? 28 mars 2005, consulté le 23 sept. 2014 sur <http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20050325.OBS2219/l-age-legal-du-mariage-des-filles-releve.html>.

²⁸⁴ Isabelle Corpart le souligne bien quand elle observe au sujet du mineur que « Son très jeune âge laisse présumer de sa faiblesse, de son inexpérience et de sa vulnérabilité. En effet, à sa naissance, sa fragilité et son manque de développement physique et intellectuel, puis plus tard, son manque de maturité et de discernement fait qu'il est dans l'incapacité de prendre les décisions qui le concernent, de se diriger et de gérer ses biens, s'il en détient. Il ne peut pas agir seul et doit être protégé tant qu'il n'est pas devenu majeur » (cf. I. CORPART, *Minorité – Majorité*, Répertoire de droit civil, janv. 2014, Dalloz, n° 11).

pour le porter à dix-huit ans au moins²⁸⁵. La dispense d'âge pour se marier ne pourrait alors que jouer peu sur l'âge du mariage. D'autre part, il conviendrait d'encadrer strictement les motifs graves pouvant justifier l'octroi de la dispense. Cette question de fond est pour l'heure laissée à l'appréciation souveraine de l'autorité compétente. Il est à craindre un détournement de la loi à des fins répréhensibles. En effet, il a pu être constaté, au fil du temps, et surtout du fait de la transposition de la dispense d'âge à des systèmes de valeurs autres que celui qui l'a vu naître, lesquels sont, par ailleurs, favorables aux mariages d'enfants, qu'elle ne répond plus à sa finalité première qui était d'assouplir les conditions du mariage pour des personnes affichant une réelle intention matrimoniale. De nos jours, elle facilite davantage le mariage forcé d'enfants. Par exemple, le motif de grossesse de la femme fréquemment invoqué, sert plus souvent à camoufler des cas d'abus sexuels ayant justement pour but de forcer le mariage²⁸⁶. Pour prévenir ces cas, les législateurs pourraient exiger plusieurs comparutions de la jeune femme devant l'autorité habilitée à délivrer la dispense, ainsi qu'une évaluation psychologique éventuellement²⁸⁷. Cela pourrait contribuer à garantir le libre consentement qui est une condition de fond du mariage.

Et pour cause, l'âge juvénile de la femme au moment du mariage est source de complications à plusieurs niveaux.

²⁸⁵ V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, *op. cit.*, p. 41.

²⁸⁶ Un article rapporte que dans les pays en développement (le Niger y est nommément cité), une fille sur trois est mariée avant l'âge de 18 ans (lire M. DUMAZET, En Floride, une fillette de 11 ans forcée d'épouser son violeur qui l'a mise enceinte, un cas loin d'être isolé, 31 mai 2017, consulté le 13 juin 2017 sur <http://www.slate.fr/story/146328/monopole-mariages-mineurs>) ; également, les cas du Maghreb et de l'Orient sont assez illustratifs (cf. A.-L. FRÉMONT, Ces pays où les violeurs peuvent épouser leurs victimes pour ne pas être poursuivis, *L'express.fr*, 22 nov. 2016, consulté le 13 juin 2017 sur <http://www.lefigaro.fr/international/2016/11/21/01003-20161121ARTFIG00304-ces-pays-o-les-violeurs-peuvent-epouser-leurs-victimes-pour-ne-pas-etre-poursuivis.php>). Au contraire, dernièrement, la Jordanie a abrogé une disposition légale qui permettait à l'auteur d'un viol de se marier à la victime (v. ParisMatch, AFP, La Jordanie abolit un article de loi autorisant un violeur à épouser sa victime, 1^{er} août 2017, consulté le 3 août 2017 sur <http://www.parismatch.com/Actu/International/La-Jordanie-abolit-un-article-de-loi-autorisant-un-violeur-a-epouser-sa-victime-1320497>). Dans le même esprit, la Cour suprême de l'Inde a décidé que, désormais, avoir une relation sexuelle avec une mineure constituait un viol, même en cas de mariage, cela en vue d'empêcher que l'auteur d'un viol n'échappe à la sanction en se mariant à la victime (v. BBC, L'Inde reconnaît le viol conjugal sur mineure, 11 oct. 2017, consulté le 12 oct. 2017 sur <http://www.bbc.com/afrique/monde-41587648>).

²⁸⁷ En France, toute demande de dispense donne lieu à une enquête et à l'avis préalable du Procureur de la république (cf. M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Mariage (2^e Conditions de formation)*, *op. cit.*, n° 392).

§ 2 : Inadéquation de l'âge matrimonial féminin

66. - Mariage d'enfants. Les analyses précédentes montrent que lois burkinabè et malienne autorisent indirectement le mariage d'enfants, ou plus exactement de « femmes-enfants »²⁸⁸. Cette situation interroge le respect de la hiérarchie des normes supranationales²⁸⁹. L'âge du mariage de la femme défini dans ces États ne se fixe pas sur la maturité psychologique de la personne qui peut convoler, pourtant essentielle au moment de se marier. Pour autant, si la condition biologique dans le mariage est importante, la condition psychologique ne l'est pas moins. D'ailleurs, Jean Carbonnier n'avance-t-il pas qu'« il faut, pour le mariage, une certaine expérience de la vie », observant que « Les unions précoces semblent plus sensibles au divorce »²⁹⁰ ? L'inexpérience de la femme mineure au moment du mariage est source de précarité (A) et de vulnérabilité (B) pour elle.

A. Précarisation de la situation de la femme par le mariage précoce

B. Vulnérabilité accrue de la femme par le fait du mariage précoce

A. Précarisation de la situation de la femme par le mariage précoce

67. - Risques liés à l'âge précoce du mariage. L'âge de la majorité matrimoniale de la femme est au cœur de la lutte pour les droits de la femme, parce qu'il est au confluent de nombreux éléments qui déterminent la réussite sociale d'une personne. Comme le relève le dernier rapport du Fonds des Nations-Unies pour la population, le fait d'« Empêcher une fille de vivre son adolescence en bonne santé et en sécurité pour devenir une adulte productive et autonome est une violation de ses droits »²⁹¹. Ainsi, l'âge légal du mariage se reflète sur le droit à l'éducation, le droit au travail, le droit à la santé sexuelle et reproductive, pour ne citer que les plus importants. Dans cette idée, l'article 2, 2°, de la Convention internationale des droits de l'enfant dispose que « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit

²⁸⁸ Une étude estime que chaque jour, 47 700 filles sont mariées à l'âge de 17 ans ou moins dans les pays en développement (cf. Fonds des Nations-Unies pour la population sur l'état de la population, Rapport, 2016, p. 32, consulté le 2 juil. 2017 sur http://www.unfpa.org/sites/default/files/sowp/downloads/The_State_of_World_Population_2016_-_French.pdf).

²⁸⁹ Sur la hiérarchie des normes, en particulier sur la place de la loi dans la hiérarchie des normes et la primauté de la Constitution sur les traités et accords internationaux, lire V. LASSERRE, *Loi et règlement*, Répertoire de droit civil, juil. 2015 (actualisation janv. 2016), n°s 164 sq. ; aussi H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., 1960, trad. Eisenmann, 1962, Dalloz, rééd. Bruylant, LGDJ, 1999, p. 224 sq.

²⁹⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, op. cit., n°530, p. 1167.

²⁹¹ Fonds des Nations-Unies pour la population sur l'état de la population, Rapport, op. cit., p. 3.

effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille »²⁹². Le fait pour le Burkina Faso et le Mali de fixer respectivement l'âge théorique du mariage de la femme à 17 et 16 ans, avec en outre la possibilité d'obtenir une dispense d'âge, n'aide pas à la protection de l'enfance selon la Convention. Ainsi, peut-on en voir l'impact direct sur les études de la jeune femme (1), ce qui se ressent par ailleurs sur sa future vie professionnelle (2).

1) Handicap dans l'instruction scolaire de la jeune fille

68. - Non-scolarisation des filles. En Afrique subsaharienne, les filles ont moins de chances que les garçons d'être scolarisées²⁹³. De fait, l'âge du mariage de la femme influence beaucoup son niveau d'éducation²⁹⁴. Étant considéré qu'historiquement, les sociétés africaines se montrent favorables aux mariages d'enfants²⁹⁵, le fait d'admettre légalement la femme à se marier à un âge mineur aggrave le phénomène. Outre cela, il nourrit le préjugé selon lequel la scolarisation d'un garçon est un « meilleur investissement pour la famille », lequel a plus de chances de pousser loin les études avant de se marier, et ainsi de trouver un travail bien rémunéré pour soutenir ses parents. Pour la jeune femme, la scolarisation apparaît comme un "investissement à perte"²⁹⁶. De plus, dans les régions fortement islamisées, l'instruction moderne de la jeune fille

²⁹² V. dans le même sens, art. 3 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

²⁹³ Cf. G. B. SPERLING et R. WINTHROP, *What Works in Girls' Education: Evidence for the World's Best Investment*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2016, p. 65 sq.

²⁹⁴ L'éducation s'entend de « l'ensemble des activités visant à développer chez l'être humain l'ensemble de ses potentialités physiques, intellectuelles, morales, spirituelles, psychologiques et sociales, en vue d'assurer sa socialisation, son autonomie, son épanouissement et sa participation au développement économique, social et culturel » (cf. art. 2 de la loi burkinabé n°013-2007/AN du 30 juil. 2007 portant loi d'orientation de l'éducation).

²⁹⁵ Par exemple, dans certaines coutumes d'Afrique noire, il est permis de donner une fille en mariage avant sa puberté, voire avant sa naissance en exécution d'une promesse de mariage contractée entre les familles ou par leurs représentants (v. S. FAINZANG et O. JOURNET, *La femme de mon mari : Anthropologie du mariage polygamique en Afrique et en France*, éd. L'Harmattan, Paris, 1988, p. 46). Si le mariage de femmes-enfants tirait antan son fondement du maintien de la cohésion sociale et participait à créer des alliances entre groupes, aujourd'hui, elle sert plus de paravent pour dissimuler l'insuffisance des ressources financières des parents pour entretenir les enfants en bas âge. Le fait est que le mariage d'une fillette soulage la famille qui vit dans le dénuement d'une « bouche supplémentaire à nourrir » (v. M. R. S. BOUMEDINE, L. VEIRIER, *Le Sahara : Des cultures et des peuples*, juil. 2003, Étude thématique, Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture – UNESCO).

²⁹⁶ Cf. Rapport du Fonds des Nations-Unies pour la population sur l'état de la population, *op. cit.*, p. 38. La fille est supposée se marier vite, de sorte que l'on considère que les retombées de son instruction scolaire profiteraient, non pas à sa famille d'origine, mais à sa famille alliée (v. A. ZACARIAS, *La présence des femmes dans l'image de la construction sociale de la connaissance au Mexique...*, in A. CAILLET et C. GENIN (dir.), « Genre, sexe et égalité : Étude critique de nos rôles sociaux », Actes du colloque "À côté du genre", éd. L'Harmattan, Paris, 2014, p. 27.).

est perçue comme un instrument de subversion de la place de la femme suivant l'ordre social établi²⁹⁷. Au reste, la scolarisation et le maintien des filles à l'école continue de faire figure d'exception car les parents ignorent souvent, notamment en milieu rural, l'obligation légale qu'ils ont d'assurer à leurs enfants une durée minimum de scolarisation, et ce, indépendamment de leur sexe²⁹⁸. Néanmoins, il est des parents qui connaissent la loi, mais qui la transgressent délibérément. Le manque de suivi administratif ne permet pas d'appliquer les sanctions, quand elles existent²⁹⁹. Une étude révèle ainsi qu'en Afrique subsaharienne, entre 1999 et 2008, sur 29 millions d'enfants non scolarisés, 54% de ces individus étaient des filles³⁰⁰. Devant ce problème, une loi du Bénin retient qu'« Une plus grande attention doit être accordée à l'éducation des jeunes filles »³⁰¹. On regrette cependant qu'elle ne s'attarde pas plus que cela.

69. - Déscolarisation des filles. Lorsqu'une loi étatique permet à la femme de se marier tôt, la règle se reflète sur ses chances de mener loin les études. La femme déscolarisée pour être mariée est privée du pouvoir transformateur de l'école³⁰². En ce sens, Thérèse Pujolle souligne que « L'accès à l'instruction, aux savoirs, à l'information, aux messages "étrangers" transforme la femme en personne. "L'élève" n'est ni fille ni garçon ; l'élève est un individu qui par l'instruction peut se situer dans son groupe et sait qu'il peut accéder à la "mobilité" sociale. L'instruction par l'école fait échapper l'élève fille ou garçon au rôle assigné par la tradition. L'intégrisme ne s'y trompe pas ! La modernisation sociale fait émerger une identité féminine autre, celle d'un

²⁹⁷ En fonction du sexe et de l'âge.

²⁹⁸ Au Burkina Faso, la loi n°013-2007/AN du 30 juil. 2007 portant loi d'orientation de l'éducation dispose en son article 4 que « L'enseignement de base est obligatoire pour tous les enfants de six à seize ans. ». Comme mesure d'accompagnement, la gratuité de l'enseignement primaire est instituée par l'article 6 de la loi (v. aussi l'article 7 du décret n° 2008-236/PRES/PM/MEBA/MESSRS/MASSN/MATD du 08 mai 2008 portant organisation de l'enseignement primaire). La Côte d'Ivoire a également, par une loi n° 2015-635 du 17 sept. 2015 portant modification de la loi n° 95-696 du 7 sept. 1995 relative à l'enseignement, rendu l'école obligatoire de six à seize ans (cf. art. 17 nouveau de la loi). Des mesures gouvernementales de cet ordre font défaut dans la plupart des États.

²⁹⁹ La loi ivoirienne n° 2015-635 du 17 sept. 2015 prévoit à son art. 17-1 que « Le parent qui viole l'obligation de scolarisation [...] est puni d'une peine d'emprisonnement de deux à six mois et d'une amende de 50.000 à 500.000 F CFA ou de l'une de ces deux peines seulement ». Pour la conversion de la devise, 1 € = 655,957 F CFA (francs de la Communauté financière africaine, en abrégé F CFA) (cf. Banque centrale des États de l'Afrique de l'Ouest, Cours des devises contre Franc CFA à appliquer au change manuel, disponible sur <http://www.bceao.int/-Cours-des-devises-contre-Franc-CFA,362-.html>).

³⁰⁰ Cf. Plan International, Parce que je suis une fille, Rapport Afrique 2012 : Progrès et obstacles à l'éducation des filles en Afrique, p. 20.

³⁰¹ Loi n° 2003-17 du 11 nov. 2003 portant orientation de l'éducation nationale en république du Bénin.

³⁰² V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, op. cit., p. 41.

individu qui peut "se choisir" »³⁰³. Derrière la réticence des milieux africains à accompagner de longues études pour la fille, il s'agit en réalité de restreindre l'autonomisation de la femme par rapport à son groupe, étant compris que « La femme est force de travail et force de reproduction de la force de travail [...] La féminité est capacité à procréer »³⁰⁴.

2) Handicap dans la vie professionnelle de la femme

70. - Inégalité des chances professionnelles. La marginalisation des filles dans l'éducation en Afrique subsaharienne est une grande préoccupation. Monique Ilboudo note, à cet égard, que « la scolarisation sélective n'est pas une discrimination comme les autres. Elle est la source de nombreuses autres inégalités dont souffrent les femmes dans la société. C'est la racine des maux comme l'inégalité de chances dans le monde du travail, l'ignorance des droits, l'inégalité d'accès aux postes de responsabilités politiques et administratifs »³⁰⁵. En effet, une bonne éducation ouvre au possible les portes du monde professionnel. Aussi la femme ayant un cursus scolaire satisfaisant trouvera-t-elle plus aisément du travail, par rapport à celle qui n'a jamais fait d'études ou qui n'a pas obtenu un diplôme lui conférant un avantage comparatif³⁰⁶. Pour finir, les femmes non instruites ou déscolarisées pour être mariées se retrouvent confinées aux tâches domestiques, ou, au mieux, vont grossir les rangs des acteurs du secteur informel³⁰⁷. En outre,

³⁰³ T. PUJOLLE, La femme pauvre en Afrique sub-saharienne, *in* « La place des femmes : Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales », Mission de coordination de la 4e conférence mondiale sur les femmes – Ephésia, Pékin, septembre 1995, éd. La Découverte, Paris, 1995, p. 325.

³⁰⁴ T. PUJOLLE, La femme pauvre en Afrique sub-saharienne, *op. cit.*, p. 324. V. aussi *infra*, n° 694.

³⁰⁵ M. ILBOUDO, Le féminisme au Burkina Faso : mythes et réalités, *in* Revue Recherches féministes, vol. 20, n° 2, 2007, p. 172.

³⁰⁶ J. A. JIAGGE, Ph. D. LAW, *Looking towards the future the role of women in Africa's evolution*, *in* « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *op. cit.*, p. 423-432.

³⁰⁷ Le secteur informel est « un ensemble d'unités produisant des biens et des services en vue principalement de créer des emplois et des revenus pour les personnes concernées. Ces unités, ayant un faible niveau d'organisation, opèrent à petite échelle et de manière spécifique, avec peu ou pas de division entre le travail et le capital en tant que facteurs de production. Les relations de travail, lorsqu'elles existent, sont surtout fondées sur l'emploi occasionnel, les relations de parenté ou les relations personnelles et sociales plutôt que sur des accords contractuels comportant des garanties en bonne et due forme » (Bureau international du Travail, 1993), *in* Rapport Afrique de l'Ouest 2007-2008, Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), déc. 2008, p. 169, consulté le 26 août 2017 sur <https://www.oecd.org/fr/csao/publications/42358563.pdf>. En Afrique, le secteur informel accueille la plupart des femmes vivant dans la pauvreté (lire J. O. IGUE, Les femmes et le secteur informel en Afrique de l'Ouest, UNESCO, Atelier sous régional de recherches et d'actions pour les femmes du secteur informel en Afrique de l'Ouest francophone, Porto-Novo (Bénin), 19-22 juil. 1993, consulté le 02 sept. 2015 sur <http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000955/095507fb.pdf> ; O. A. AKINBOADE, Les femmes, la pauvreté et le commerce informel en Afrique orientale et australe, *in* Revue internationale des sciences sociales, 2005/2, n° 184, p. 277-300 ; V. MBOUNGOU, Le secteur de l'informel en Afrique : l'économie au féminin, 06 nov. 2012, consulté le 02 sept. 2015 sur <http://www.afriqueexpansion.com/le-secteur-informel-en-afrique-/5778-le-secteur-de-linformel-en-afrique--leconomie-au-feminin.html>).

sur le plan coutumier, les responsabilités qui incombent à la femme mariée sont difficilement conciliables avec une carrière professionnelle³⁰⁸.

71. - Pénible insertion professionnelle. La femme n'ayant pas un niveau d'instruction compétitif rencontre inévitablement des difficultés pour s'insérer dans le monde professionnel. Pour cela, le temps doit être donné à la fille, comme au garçon, de poursuivre les études afin de pouvoir s'établir professionnellement avec plus de succès. Le mariage, qu'il soit à l'initiative de la fille ou de ses parents, ne devrait pas perturber cet ordre des choses. En ce sens, les États devraient promouvoir l'accès à l'emploi pour tous les citoyens, avec un accent particulier pour la femme qui, du fait des contraintes évoquées, a besoin d'un accompagnement particulier. Le relèvement marqué de l'âge du mariage y participerait. D'ailleurs, on assiste à l'effritement du modèle traditionnel dans lequel l'homme seul apporte les revenus au ménage. En effet, depuis la monétarisation des échanges sur le continent africain, la femme est de plus en plus sollicitée dans le cadre de la prise en charge financière de la famille. Elle a donc besoin de travailler, ce qui nécessite un bon parcours scolaire.

B. Vulnérabilité accrue de la femme par le fait du mariage précoce

72. - Responsabilisation hâtée de la femme. Les mariages précoces sont fréquents dans les États d'Afrique noire francophone, pour partie, à cause de la permissivité des lois et, pour l'autre, à cause de la faveur des coutumes. Mais, admettre ces mariages sur le terrain légal signifie qu'il n'est pas suffisamment tenu compte des modifications immédiates que le statut d'époux opère sur la personne de l'enfant. Ainsi, le mariage entraîne l'émancipation juridique (1), indépendamment de la capacité réelle de l'individu autorisé à se marier (2).

1) Émancipation de plein droit de la femme mineure par le mariage

73. - Responsabilisation d'office. La loi prévoit que le mariage emporte émancipation de plein droit du mineur³⁰⁹. En principe, l'émancipation³¹⁰ est accordée au mineur qui en fait la demande, s'il est avéré qu'il est en mesure d'assurer par lui-même la sauvegarde de ses intérêts³¹¹. Pour en

³⁰⁸ V. *infra*, n° 664 *sq.*

³⁰⁹ Cf. art. 534 du CPF du Bénin, art. 622 du CPF du Burkina Faso et art. 698 du CPF du Mali.

³¹⁰ Elle désigne l'acquisition anticipée de la capacité d'exercice par une personne n'ayant pas encore atteint l'âge de la majorité.

³¹¹ Ensuite, le mineur perd la protection spécifique qui lui était réservée, comme la représentation dans les actes de la vie civile, l'annulation, la réduction pour excès ou la rescision pour lésion (cf. art. 1304 et 1305 du Code civil burkinabè par exemple).

établir la preuve, le juge peut aller jusqu'à ordonner des investigations³¹². En revanche, pour ce qui relève de l'émancipation par le mariage, ce préalable n'est pas observé. Ainsi, l'homme ou la femme mineur(e) est émancipé(e) d'office à partir de la célébration du mariage, sans qu'il puisse être établi si la présomption de maturité correspond à la réalité. Dans les États où la femme peut se marier avant l'âge de la majorité civile, lorsque celle-ci atteint l'âge légal du mariage, elle est virtuellement capable de poser tous les actes de la vie civile. Dans le même temps, elle doit s'intégrer dans la vie conjugale qui comporte sa part de difficultés. Il faut se rendre à l'évidence qu'à 16 ans (au Mali) ou à 17 ans (au Burkina Faso) ou moins, en cas de dispense d'âge pour se marier³¹³, la jeune femme mariée peut ne pas être en mesure de s'adapter à toutes les implications du statut d'époux. Pourtant, à l'âge de se marier, toute personne doit avoir le sens des responsabilités, un facteur important pour la stabilité de la relation matrimoniale même. En effet, le rapport de présentation de la Commission de rédaction du projet de Code des personnes et de la famille du Burkina Faso relève que les mariages précoces sont « souvent néfastes pour l'harmonie du couple »³¹⁴.

74. - Normes sexospécifiques. Les normes juridiques dont dérivent le traitement différencié de l'homme et de la femme en ce qui concerne l'âge du mariage se révèlent discriminatoires. En effet, il peut difficilement être justifié que la femme puisse légalement se marier quasiment à partir de la puberté, et que l'homme ne puisse le faire au plus tôt qu'à l'âge de la majorité civile. Le rapprochement de l'âge matrimonial défini pour chaque sexe avec l'âge de la puberté dégagée par la célèbre étude de James Mourilyan Tanner³¹⁵ est édifiant. Selon l'auteur, la fille parvient à la puberté entre 8 et 13 ans et le garçon entre 9,5 à 14 ans. Parallèlement, l'âge du mariage est fixé à 17 ans pour la femme et à 20 ans au Burkina Faso pour l'homme³¹⁶, et respectivement à 16 ans et 18 ans au Mali³¹⁷. La discrimination est patente. L'incidence de la dispense d'âge en vue de se marier aggrave le problème de la minorité de la femme au moment

³¹² En ce sens, l'alinéa 2 de l'article 535 du CPF béninois précise que : « L'émancipation est prononcée par le président du tribunal de première instance ou le juge par lui délégué, assisté de son greffier, seulement si elle satisfait aux intérêts de l'enfant et s'il y a de justes motifs, établis au besoin par enquête » (v. art. 535 *sq.* du CPF du Bénin, art. 623 *sq.* du CPF du Burkina Faso et art. 699 *sq.* du CPF du Mali).

³¹³ La dispense peut être obtenue si la femme a 15 ans au Burkina Faso et peut-être moins au Mali (v. *supra*, n° 59 *sq.*).

³¹⁴ Cf. Rapport de présentation du projet de Code en conseil des ministres, p. 12, in V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, *op. cit.*, p. 41.

³¹⁵ J. M. TANNER, *Growth at Adolescence*, *op. cit.*, p. 28 *sq.*

³¹⁶ Art. 238 al. 1 du Code burkinabè des personnes et de la famille.

³¹⁷ Art. 281 du Code malien des personnes et de la famille.

du mariage. Parallèlement, les applications pratiques du mariage précoce chez l'homme sont rares³¹⁸, si bien que les demandes en dispense d'âge émanent presque toujours de la femme. En outre, comme il n'est pas exigé la comparution personnelle du demandeur de la dispense d'âge au mariage devant l'autorité compétente, les familles peuvent agir en justice contre la volonté de la jeune fille, qui n'est pas forcément en mesure de s'y opposer³¹⁹.

75. - Risques d'instabilité conjugale. La considération de la puberté biologique au premier plan fait perdre de vue qu'il ne suffit pas d'être en âge de procréer pour avoir les aptitudes nécessaires à la vie maritale, le mariage ne se réduisant plus à la procréation. Ainsi, lorsqu'une fille contracte une union à la limite inférieure de l'âge légal du mariage, ou en deçà par le jeu de la dispense d'âge, le grand écart d'âge entre les conjoints, ou si, dans le même temps, le mari est un adulte encore très jeune, les conditions peuvent ne pas être réunies pour que les époux établissent des rapports harmonieux entre eux³²⁰. La stabilité conjugale peut se trouver affectée, même après la naissance d'enfants, laquelle fournit la preuve de la maturité biologique si besoin était³²¹. Cela montre que la capacité à procréer ne va pas toujours avec la maturité psychologique. Dans les cas où la jeune femme mariée tôt, contre sa volonté, n'accepte pas sa situation, l'union peut connaître une issue dramatique³²². Pour empêcher que l'émancipation de

³¹⁸ Les rares cas du genre sont liés à certaines coutumes telles que le lévirat ou les alliances "prescrites par les mânes", à l'image du rituel, célébré en deux temps, qui a uni un garçon de 9 ans à une femme de 62 ans, déjà mariée et toujours en couple. En l'occurrence, il s'agissait d'un mariage blanc sans vie commune (*Metronews.fr*, À 9 ans, il renouvelle son mariage avec sa femme de 62 ans, 21 juil. 2014, consulté le 23 sept. 2014 sur <http://www.metronews.fr/info/a-9-ans-il-renouvelle-son-mariage-avec-sa-femme-de-62-ans/mngulqqIX78gE95BI/>).

³¹⁹ Le 27 oct. 2008, la Cour de justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) a rendu un arrêt tenant la République du Niger « responsable de l'inaction » de ses services administratifs et judiciaires, dans l'affaire Adidjatou Mani KORAOU. Saisie pour la première fois d'une affaire d'esclavage, l'institution a estimé que les juges nigériens n'avaient pas rempli leur mission de protection de la victime (cf. Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/06/08 du 27 oct. 2008, disponible sur <http://www.juricaf.org/arrêt/CEDEAO-COURDEJUSTICE-20081027-ECWCCJJUD0608>). La victime avait été vendue comme cinquième épouse à l'âge de 12 ans pour 240.000 francs CFA (366 euros). Cet arrêt historique ouvre la voie de la contestation en justice de pratiques insuffisamment combattues par les États.

³²⁰ Dans les États qui autorisent le mariage polygynique, comme le Burkina Faso et le Mali, la situation de l'adolescente mariée interpelle davantage parce qu'en plus d'être privée de l'affection parentale, elle se retrouve sur un terrain de rivalité qui l'oblige, pour sa sauvegarde immédiate, à développer des stratégies pour affronter l'antagonisme des coépouses (cf. S. FAINZANG et O. JOURNET, *La femme de mon mari : Anthropologie du mariage polygamique en Afrique et en France*, op. cit., p. 87 sq.).

³²¹ Le propos est encore à nuancer, en raison des risques élevés de fistules obstétricales (v. *infra*, n° 530).

³²² Un mariage d'enfant a tourné au drame au Nigéria : mariée de force à l'âge de 14 ans à un homme de 35 ans, la jeune femme a empoisonné le mari et trois de ses amis (v. C. PLEASANCE, *Child bride forced into marriage makes poisoned a which kills groom and three of his friends in Nigeria*, 11 avr. 2014, *DailyMail*, consulté le 23 sept. 2014 sur <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2601718/Child-bride-forced-marriage-makes-poisoned-meal-kills-groom-three-friends-Nigeria.html>). Pour un autre cas plus récent, v. E. ASSAH, Niger

plein droit par le mariage ne produise des résultats absurdes, il paraît indispensable de retarder l'âge du mariage.

76. - Relèvement nécessaire de l'âge matrimonial. Considérant l'évolution actuelle des mœurs, l'âge du mariage doit être détaché de la puberté. Pour la France, le cap a été franchi depuis un temps, tel qu'il ressort des propos suivants de Marc Azavant : « Force est de reconnaître que le relèvement de l'âge légal par la loi du 4 avril 2006 fragilise un peu plus l'analyse institutionnelle d'un mariage adossé à la procréation et conforte sa dimension individuelle. Par là même, l'explication qui considère que l'âge légal est moins requis pour des raisons biologiques qu'intellectuelles, afin de s'assurer de la maturité et donc de la réalité du consentement se trouve étayée. Le glissement de la condition d'une puberté biologique vers une puberté psychologique confirme que l'ordre public matrimonial est davantage féru de protection individuelle que de finalités collectives »³²³. Pour certains auteurs, l'âge idéal du mariage se situe entre 22-24 ans pour la femme et 25-27 ans pour l'homme³²⁴.

77. - Devoir de secours et d'assistance. Le mariage d'enfants pose aussi la question de l'exécution du devoir de secours et d'assistance que fait naître l'union matrimoniale³²⁵. La personne qui entre vite en mariage, si elle n'a pas eu le temps de commencer ou d'achever des études, part défavorisée dans la recherche d'un emploi. Le chômage ou un emploi mal rémunéré peuvent être des obstacles au respect du devoir de secours notamment, parce qu'il a une traduction financière. Quant à l'assistance entre époux, il serait hasardeux d'attendre d'une épouse, ayant encore l'âge d'un enfant, qu'elle apporte tout le réconfort possible au conjoint traversant des épreuves³²⁶. Dans ce cas, la femme aurait bien plus besoin d'accompagnement pour parachever son processus d'individuation³²⁷, souvent négligé dans le contexte africain.

: après 5 mois de mariage forcé, une fille de 14 ans assassine son époux, *AfriMag.com*, 31 juil. 2017, consulté le 1^{er} août 2017 sur <http://www.afrikmag.com/niger-apres-5-mois-de-mariage-force-fille-de-14-ans-assassine-epoux/>.

³²³ M. AZAVANT, Regard civiliste sur la loi du 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, *in* Revue Droit de la famille, n° 10, oct. 2006, étude 40, n° 8.

³²⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES, *La famille*, 5^e éd., éd. Cujas, Paris, 1995-1996, p. 77. L'opinion de ces auteurs confirme un fait : la loi et la doctrine s'accordent en général pour envisager un âge du mariage plus avancé pour l'homme, comparé à celui de la femme, excepté les cas dans lesquels l'âge est harmonisé pour les sexes.

³²⁵ Sur le devoir de secours et d'assistance, v. *infra*, n° 448.

³²⁶ Tel un chômage, un deuil, etc.

³²⁷ L'individuation est « Ce qui distingue un individu d'un autre » (*cf.* <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/individuation/42664/locution>).

2) Atteintes au droit à la santé de la femme mineure

78. - Devoir conjugal. La femme mineure, comme toute autre personne mariée, est soumise à l'obligation d'entretenir un commerce charnel avec son mari, en vertu du devoir conjugal³²⁸. Les rapports sexuels forcés au sein du couple sont un problème récurrent dans les mariages d'adolescentes³²⁹. L'expérience montre que, même lorsque le niveau de croissance de la fille ne permet pas d'avoir des rapports sexuels avec elle, il est pratiqué l'introcision qui est une forme de mutilation génitale³³⁰. La femme mineure est également plus exposée au viol conjugal du fait de sa faiblesse vis-à-vis de l'homme à qui elle est mariée³³¹. Par ailleurs, en matière de santé sexuelle, il existe une relation entre la prématurité et la fréquence des rapports sexuels et les risques de contracter le cancer du col de l'utérus³³². Ces dangers interpellent fortement au plan juridique. Ces situations qui touchent à la sphère intime des individus étant difficiles à saisir au moment où les problèmes se posent, la protection de la femme devrait essentiellement se baser sur la prévention, à travers des lois interdisant purement et simplement le mariage d'enfant. Du reste, la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes se situe dans cette logique lorsqu'elle condamne « La violence physique, sexuelle et psychologique perpétrée ou tolérée par l'État, où qu'elle s'exerce »³³³.

³²⁸ J.-M. BRUGUIÈRE, Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge, Recueil Dalloz 2000, p. 10.

³²⁹ Rapport du Fonds des Nations-Unies pour la population sur l'état de la population, *op. cit.*, p. 33-34.

³³⁰ Dans les mariages précoces, si l'intromission d'une fillette par son mari est impossible, il est pratiqué l'introcision qui consiste à élargir l'orifice vaginal et à déchirer le périnée par des moyens rudimentaires (couteau, lame en pierre ou en bois (*cf.* Haut-commissariat des droits de l'homme, ONU, *Harmful Traditional Practices Affecting the Health of Women and Children, Fact Sheet* n° 23, consulté le 15 juin 2017 sur http://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Publications/FactSheet23en.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1)).

³³¹ V. *supra*, n° 75 ; aussi Y. MAYAUD, Le viol : deux lois interprétatives pour une définition ! AJ Pén. 2017, p. 257.

³³² Cette maladie étant liée à une vie sexuelle active, la fille précocement mariée y est plus exposée qu'une autre. Il est aussi noté que les risques sont multipliés dans les mariages polygyniques. Une étude révèle que « Chaque année en Afrique subsaharienne, le cancer du col est diagnostiqué chez 34,8 femmes sur 100 000, et 22,5 sur 100 000 meurent de cette maladie. Ces chiffres sont à comparer à 6,6 diagnostics et 2,5 décès pour 100 000 femmes en Amérique du Nord. Ces différences dramatiques peuvent s'expliquer par le manque d'accès à un dépistage efficace et de services de détection précoce et de traitement », Centre international de recherche sur le cancer, Communiqué de presse n° 223 : Dernières statistiques mondiales sur le cancer, 12 déc. 2013, consulté le 15 juin 2017 sur http://www.iarc.fr/fr/media-centre/pr/2013/pdfs/pr223_F.pdf ; lire aussi Institut Pasteur, Cancer du col de l'utérus et Papillomavirus, janv. 2013, consulté le 15 juin 2017 sur <http://www.pasteur.fr/fr/institut-pasteur/presse/fiches-info/cancer-du-col-l-uterus-et-papillomavirus?rt76=43-5554&rt77=34053837020&gclid=CKSKp4eV9MACFSEcwodSKYAJQ>.

³³³ Art. 2, C de la Convention, adoptée le 20 décembre 1993.

79. - Procréation. En raison de l'attachement de certaines sociétés à la procréation, le mariage d'enfant favorise les grossesses précoces et nombreuses³³⁴. Anne-Claude Cavin souligne à cet égard que : « La procréation est l'élément central du mariage, parce qu'elle assure aux époux la descendance indispensable à leur survie spirituelle : dans la pensée africaine, les gens qui n'ont pas de descendants proches pour cultiver leur mémoire s'évanouissent par leur décès de l'existence humaine. Ils ne peuvent pas s'intégrer comme ancêtre au monde invisible et disparaissent de la mémoire collective »³³⁵. La précocité de la procréation, à laquelle s'ajoute le phénomène de surnatalité, remet en cause le droit à la santé sexuelle et reproductive, autant que le droit au travail féminins. De fait, des maternités rapprochées peuvent difficilement être cumulées avec une vie active³³⁶. Par ailleurs, les sociétés africaines ne se sont pas vraiment, jusqu'ici, ralliées au concept de la limitation des naissances³³⁷. Or, les maternités prématurées et répétitives³³⁸ sont cause d'accouchements prématurés³³⁹, de surmortalité maternelle et

³³⁴ Elle est souvent considérée comme un frein au développement des pays pauvres (cf. L. MAURIN, La baisse de la fécondité est-elle un espoir pour le développement ? in *Revue Alternatives Économiques*, 1^{er} avr. 2000, Hors-série n° 110, janv. 2016, consulté le 20 avr. 2017 sur <https://www.alternatives-economiques.fr/baisse-de-fecondite-un-espoir-developpement/00053904> ; v. aussi l'interview de John MAY, démographe à la Banque mondiale, « La population de l'Afrique subsaharienne devrait doubler d'ici à 2036 », disponible sur <http://go.worldbank.org/G2OXVRN7U0> (consulté le 15 juin 2017).

³³⁵ A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè, Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, op. cit., p. 93. John Samuel MBITI explique aussi que si une femme mariée tarde à faire des enfants, le mari n'hésite pas à en épouser une ou plusieurs autres, pour lui donner des enfants, lesquels vont cultiver sa mémoire (J. S. MBITI, *Religions et philosophies africaines*, éd. CLE, Yaoundé, 1972, p. 26).

³³⁶ L'Afrique noire affiche le taux de natalité le plus élevé au monde : « Le taux de natalité Africain est de 35,4 pour 1000 habitants soit 1,2 naissance toutes les secondes et 36,45 millions de naissances par an. La natalité africaine est surtout forte en Afrique subsaharienne et centrale. La fécondité en Afrique reste élevée (5 enfants par femme en moyenne [...]) », Planetoscope, Nombre de naissances en Afrique, consulté le 15 juin 2017 sur <http://www.planetoscope.com/natalite/20-nombre-de-naissances-en-afrique.html>. En 2016, le taux de fécondité était estimé pour le Bénin à 4,86, le Burkina Faso à 5,79 et le Mali à 5,95 (v. *Central Intelligence Agency (CIA), The World factbook*, 2014, consulté le 3 juil. 2017 sur <https://www.cia.gov/library/publications/resources/the-world-factbook/fields/2127.html#uv>).

³³⁷ La régulation des naissances est perçue comme une production de l'Occident qui ne correspond pas à la culture de l'Afrique noire (R. TIEMOKO, Mesure de la demande de planification familiale à partir de la taille de la famille souhaitée par les filles et de la parité à leurs mères, in « Maîtrise de la fécondité et planification familiale au Sud », Actes des V^e Journées démographiques de l'Institut de recherche pour le développement, Paris, 28-30 sept. 1994, Éditeurs scientifiques Marc PILON et Agnès GUILLAUME, Paris, 2000, p. 251-264 ; Larousse, Encyclopédie, Burkina Faso, consulté le 3 juil. 2017 sur <http://www.larousse.fr/encyclopedie/pays/Burkina/110582>).

³³⁸ Selon les statistiques, en moyenne, la femme africaine se marie autour de 15 ans et met au monde un enfant tous les 3 ans. L'espacement des naissances de 3 ans est obtenu au moyen de l'abstinence *post-partum* (lire sur le sujet J.C. Caldwell, P. Caldwell, *The role of marital sexual abstinence in determining fertility : a study of the Yoruba in Nigeria*, 1977, *Population Studies*, Vol. 31, n° 2). Une étude menée au Burkina Faso révèle que la fécondité précoce élevée (131 ‰ entre 15-19 ans), augmente encore pour atteindre son maximum dans les tranches d'âge de 20-24 ans et de 25-29 ans (respectivement 275 ‰ et 271 ‰), puis elle amorce une décrue régulière (M. BARRERE, *Fécondité. Chapitre 4*, Institut national de la statistique et du développement (INSD) du Burkina Faso, 2003, p. 47).

néonatale, d'incontinences et de fistules obstétricales³⁴⁰. Il convient donc de mettre un terme aux mariages d'enfants, par une interdiction ferme dans les droits burkinabè et malien. Pour autant, une réforme des Codes des personnes et de la famille sur l'âge du mariage de la femme n'est pas la garantie de la cessation immédiate des mariages d'enfants, mais l'espoir repose sur le long terme³⁴¹.

Les considérations sur la minorité de l'âge du mariage de la femme mettent en lumière les problèmes qui en découlent. Cela étant, la protection du consentement au mariage par les autorités administratives et judiciaires apporterait un correctif appréciable à la situation, si elle ne présentait pas elle aussi des travers.

Section 2 : Mécanismes inadaptés de protection du consentement au mariage

80. - Protection en pratique du consentement matrimonial. François Dumont souligne que « La liberté matrimoniale [...] s'étend du consentement que sont susceptibles de se donner deux individus à la célébration proprement dite du mariage »³⁴². Cette assertion met en évidence que la protection du consentement matrimonial ne devrait pas être conçue de manière instantanée, mais plutôt comme un processus continu, depuis la promesse des futurs conjoints jusqu'au mariage lui-même. Au-delà du cadre théorique dont les insuffisances ont été montrées, la protection se joue aussi sur un plan pratique. Dans les Codes des personnes et de la famille, l'organisation de la protection du consentement matrimonial repose essentiellement sur deux acteurs : l'officier de l'état civil et le juge. Tous deux contribuent à garantir l'intégrité du consentement au mariage, qui participe à l'effectivité de la liberté matrimoniale. En effet, il

³³⁹ Noter que dans cet environnement, la prise en charge des enfants nés avant terme n'est pas accessible à beaucoup de parents.

³⁴⁰ L'Organisation Mondiale pour la Santé (OMS) constate que « Dans les pays à revenu faible ou moyen, les complications de la grossesse et de l'accouchement sont l'une des principales causes de décès pour les jeunes filles âgées de 15 à 19 ans. Les mortinaissances et les décès néonataux sont 50% plus nombreux chez les enfants de mères adolescentes que parmi ceux de femmes âgées de 20 à 29 ans » (cf. OMS, La grossesse chez les adolescentes, mai 2012, Aide-mémoire n° 364).

³⁴¹ Par exemple au Bénin où la loi ne permet plus de se marier à une femme de moins de 18 ans, les mariages précoces perdurent, mais, au moins, ils sont légalement proscrits. En outre, l'absence de reconnaissance officielle de ces mariages présente un caractère dissuasif pour les personnes qui ont intérêt à faire la preuve de leur situation d'époux (pour bénéficier d'exonérations fiscales, etc.).

³⁴² F. DUMONT, La liberté matrimoniale, Lamy Droit des Personnes et de la Famille, mai 2016, Étude 304, n°304-3.

importe de s'assurer, au-delà de l'existence du consentement, de la réalité de l'intention matrimoniale³⁴³.

81. - Prévention et traitement des mariages irréguliers. L'officier de l'état civil intervient, à titre préventif, afin d'éviter ou de limiter les unions non conformes à la loi, tandis que le juge intervient à titre curatif, pour défaire les unions irrégulières dont la célébration n'a pas pu être évitée. En principe, la combinaison des deux niveaux de protection devrait conforter la liberté matrimoniale et par la même occasion l'intégrité du consentement au mariage pour chaque individu. Mais il est observé que le contrôle opéré par l'officier de l'état civil ne respecte pas toujours ni la lettre ni l'esprit des dispositions légales destinées à mettre fin aux discriminations à l'égard de la femme (§ 1). Il est également constaté l'inadaptation de la protection judiciaire du consentement au mariage à la conception subsaharienne de la justice (§ 2).

§ 1 : Protection insuffisante du consentement matrimonial par l'officier de l'état civil

§ 2 : Protection inadaptée du consentement matrimonial par le juge

§ 1 : Protection insuffisante du consentement matrimonial par l'officier de l'état civil

82. - Vérification du consentement au mariage. L'entrée en mariage procède de la volonté de deux personnes, qui satisfont par ailleurs aux conditions préalables du mariage³⁴⁴. Le consentement nuptial est valable s'il obéit à l'exigence d'intégrité ; alors seulement, il parfait l'union matrimoniale. À cet égard, le Code burkinabè des personnes et de la famille, plus explicite sur le consentement matrimonial que les Codes béninois et malien, dispose que « Le mariage résulte de la volonté libre et consciente de l'homme et de la femme, de se prendre pour époux »³⁴⁵. De là, l'obligation pour l'officier de l'état civil de vérifier, entre autres³⁴⁶, que la volonté de convoler est libre autant que lucide³⁴⁷.

³⁴³ Là, il convient de distinguer entre l'existence du consentement au mariage et l'intégrité de ce consentement (cf. J. HAUSER, De la liberté et de l'intégrité du consentement en mariage (Civ. 1^{re}, 6 janv. 2010, n° 08-19.500, inédit), RTD Civ. 2010, p. 304 ; aussi R. MÉSA, Le mariage en droit international privé, Lamy Droit des personnes et de la famille, étude 392, mai 2016, n° 392-6 - Vérifications opérées par l'officier d'état civil).

³⁴⁴ Pour se marier dans les États de l'Afrique francophone, il faut avoir atteint l'âge de la majorité nuptiale, être de sexe différent, ne pas être sous le coup d'une interdiction ou d'un empêchement à mariage et enfin remplir les formalités légales précédant la célébration du mariage (v. art. 119 *sq.* du CPF du Bénin, art. 238 *sq.* de celui du Burkina Faso et art. 281 *sq.* du même Code malien).

³⁴⁵ Art. 234 du CPF burkinabè. À peu près dans le même sens, art. 119 du CPF béninois : « Chacun des futurs époux, même mineur, doit consentir personnellement au mariage » ; art. 283 du CPF malien : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ».

83. - Étendue de la liberté matrimoniale. La liberté du mariage se traduit par l'expression de la volonté de se marier ou de ne pas se marier, et elle s'étend, dans le premier cas, à la sélection de la personne du conjoint. C'est la raison du refus de principe des atteintes à la liberté nuptiale sous forme de promesses ou de clauses contraignant l'individu à se marier, ou restrictives au mariage³⁴⁸. Le consentement est jugé conscient lorsqu'il exprime un engagement pris en connaissance de cause. Paul Chauchard estime qu'« On est libre dans la mesure où on comprend, mais on comprend dans la mesure où l'on sait »³⁴⁹. Mais, pour « savoir », il faut une certaine expérience de la vie, ce qui n'est pas garanti lorsque la personne qui se marie est un mineur³⁵⁰. En pratique, il est considéré que la volonté d'entrer en mariage est éclairée si elle n'est pas entachée de vices. Les formalités préparatoires au mariage sont l'occasion pour l'officier de l'état civil de faire un contrôle d'usage. Il vérifie, entre autres conditions de fond et de forme du mariage, que le consentement est conforme à la loi (A). Puis, il opère des contrôles supplémentaires lors de la cérémonie de mariage (B).

A. Limites de la protection du consentement nuptial avant la célébration du mariage

B. Limites de la protection du consentement nuptial pendant la célébration du mariage

A. Limites de la protection du consentement nuptial avant la célébration du mariage

84. - Formalités pré-nuptiales. L'officier de l'état civil supervise la constitution du dossier de mariage. Mais en droit burkinabè, avant tout, il reçoit les futurs conjoints afin de s'entretenir avec eux sur les règles fondamentales du mariage. La discussion porte notamment sur le principe d'égalité des époux et sur la forme du mariage. L'entretien pré-nuptial n'atteint son but d'informer les futurs époux que si ceux-ci s'y présentent effectivement. Pourtant, les futurs

³⁴⁶ Il faut rappeler que d'autres points sont soumis à la vérification de l'officier de l'état civil, tel que l'âge requis pour se marier, l'hétérogénéité des sexes, l'absence de prohibition à mariage en raison d'un lien de parenté ou d'alliance entre les prétendants.

³⁴⁷ J.-J. LEMOULAND, *Nature juridique et liberté du mariage*, *op. cit.*, n° 110-51.

³⁴⁸ Lire sur cette question F. DUMONT, *La liberté matrimoniale*, *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, mai 2016, Étude 304, n°304-27 ; I. NAJJAR, *Libéralités (3° Conditions et charges)*, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juin 2011 (actualité : juin 2015), n° 73 *sq.* ; aussi, J.-R. BINET, *Clause de non-divorce et libéralités conjugales : un heureux mariage*, *Recueil Dalloz* 2006, p. 1923. Les atteintes visées sont les clauses de célibat, de viduité ou encore de sélection ou d'exclusion matrimoniale. Il a été jugé que la liberté du mariage est un droit individuel d'ordre public qui ne peut être limité ni être aliéné, d'où la nullité de principe qui frappe les clauses de célibat, à moins de démontrer une raison impérieuse évidente (*cf.* France, CA, Paris, 30 avr. 1963 : D. 1963. 428, note A. ROUAST). Certaines clauses sont cependant admises, pour des « raisons impérieuses évidentes » (*cf.* France, CA, Paris, 30 avr. 1963, JCP G 1963, II, no 13205 bis, D. 1963, jur., p. 428, note A. ROUAST).

³⁴⁹ P. CHAUCHARD, *Hypnose et suggestion*, 6^e éd., 1974, PUF, Paris, p. 99.

³⁵⁰ *V. supra*, n° 54.

conjointes ne sont pas toujours présents (1). De plus, au Burkina Faso et au Mali où les époux peuvent choisir entre plusieurs formes légales du mariage, normalement, l'entrevue préalable est le moment où ils reçoivent les explications utiles afin de parvenir à un commun accord. À ce niveau, il faut distinguer deux cas : celui du mariage célébré par un officier de l'état civil et celui du mariage célébré par un ministre du culte, qui est permis en droit malien³⁵¹. S'agissant de l'officier de l'état civil, il doit suivre le schéma de la loi, mais il ne faut pas écarter le risque qu'il ne s'y conforme pas. Au contraire, le ministre du culte, agit selon sa foi, qui ne prévoit pas forcément une comparution préalable des futurs époux. Dans ce dernier cas donc, le choix de la forme du mariage n'est pas nécessairement précédé par un entretien, un état de fait qui laisse libre cours aux abus. L'analyse va se limiter au cas du mariage célébré par l'officier de l'état civil (2).

1) La non-comparution personnelle d'un futur conjoint pendant l'audience préalable

85. - Causes. Dans le cadre de la préparation du dossier de mariage, les futurs conjoints doivent normalement comparaître en personne devant l'officier de l'état civil³⁵². Dans un premier cas de figure, le futur époux peut ne pas comparaître personnellement devant le représentant de l'état civil, parce qu'il en est empêché, par exemple en cas de mariage forcé, ou simplement parce

³⁵¹ Cf. art. 280 al. 2 du Code malien des personnes et de la famille.

³⁵² Cette étape est d'autant plus importante si on la compare avec le déroulement du mariage selon la tradition africaine. Dans celle-ci la présence des époux n'est pas forcément requise tout le long des démarches matrimoniales (cf. K. M'BAYE, L'évolution des formes de mariage au Sénégal, in « Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel », éd. A. Pédone, Paris, 1975, p. 178). Pour comparer, en France, selon l'article 63, al. 2-2°, du Code civil français (modifié par la loi n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages), une audition des futurs époux, préalable à la publication des bans, est effectuée dans le but de vérifier la réalité de l'intention matrimoniale des candidats au mariage. Issue de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, l'audition des futurs époux a été consolidée par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs. Il est prévu que l'officier de l'état civil peut demander à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux. Également, l'audition du futur conjoint mineur se fait hors la présence de ses père et mère ou de son représentant légal et de son futur conjoint. Tout de même, il peut être décidé, au regard des articles 146 et 180 du Code civil français de ne pas soumettre les futurs époux à la formalité, lorsque leur sincérité ou leur liberté n'est pas sujette au doute, ou en cas d'impossibilité matérielle (tenant, entre autres, à l'absence de représentation diplomatique et consulaire dans le pays de résidence des futurs époux ou à la maladie). Dans ces hypothèses, une note doit exposer les motifs pour lesquels l'audition n'a pas été réalisée. L'entretien avec les futurs conjoints est inscrit dans la loi burkinabè (cf. 252 du Code burkinabè des personnes et de la famille). La réglementation béninoise ne se prononce pas de façon explicite sur la tenue de cet entretien, de sorte qu'on peut seulement le déduire à travers les articles 127-130 du Code béninois des personnes et de la famille. Pour le Mali, la loi ne fait pas référence à la formalité.

qu'il ne mesure pas l'importance de la comparution propre³⁵³. La représentation n'est pas en principe possible, de sorte que l'officier de l'état civil ne la dénonce pas manque à son obligation. Dans la configuration du mariage célébré par le ministre du culte, il faut savoir que toutes les religions n'exigent pas la comparution personnelle préalable de ceux qui veulent se marier, sur le modèle de ce que prévoit la loi. Ainsi est-il constaté que dans le mariage suivant le culte chrétien, l'audition des futurs époux est une étape obligatoire, mais que ce n'est pas le cas dans le mariage suivant le culte musulman³⁵⁴. Le droit malien reconnaît une valeur légale au mariage religieux, alors même que toutes les religions n'accordent pas la même valeur au consentement au mariage ou, en tout cas, ne prennent pas toutes les précautions pour en garantir l'intégrité. À cet égard, la loi malienne aurait pu imposer l'entrevue avec les futurs conjoints quelle que soit la qualité du célébrant, car elle participe à la protection de la liberté matrimoniale.

86. - Vérification de l'existence du consentement. Le but principal de l'entretien préalable avec les futurs mariés est de s'assurer de l'existence de leur consentement à l'union projetée, mais aussi de ce que ce consentement présente les caractères exigés par la loi³⁵⁵. De fait, si l'un ou les deux futurs mariés ne prennent pas part à l'audience préalable, la mission d'information et de protection du consentement confiée à l'officier de l'état civil, pour ne considérer que le cas où l'entretien est légalement prévu, se trouve entravée³⁵⁶. En effet, l'entretien doit se dérouler simultanément avec les candidats au mariage, pour prendre chacun à témoin des déclarations ou des choix de l'autre. L'officiant procède à la vérification de l'existence et de la sincérité de leur consentement au mariage³⁵⁷. En revanche, aucune sanction n'est attachée à l'inobservation de la formalité par les prétendants au mariage, même si elle est lourde de conséquences.

87. - Vérification de la liberté du consentement au mariage. Il a déjà été souligné que le mariage doit résulter de la volonté libre et consciente de l'homme et de la femme de se prendre

³⁵³ Ces cas se cachent souvent derrière les mariages par procuration (v. *infra*, n° 106 sq.).

³⁵⁴ Cf. Entretien PER 7, réalisé le 13 mai 2017.

³⁵⁵ V. art. 252 al. 3 du CPF du Burkina Faso. D'ailleurs, l'article 126, alinéa 3, du CPF du Bénin dispose que « Pour l'accomplissement des formalités [de mariage], 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 ». Cette disposition traduit le souci de s'assurer que les futurs conjoints comprennent les informations qui leur sont fournies à l'occasion de la préparation du mariage. Cela, afin de leur permettre d'exprimer un consentement aussi éclairé que possible, étant entendu qu'ils peuvent se rétracter à tout moment s'ils ne sont pas d'accord sur un point.

³⁵⁶ Art. 252, al. 2, du CPF du Burkina Faso. Les modalités de l'audition des époux n'apparaissent pas clairement dans le CPF du Bénin, et le CPF malien ne prévoit pas expressément cet entretien.

³⁵⁷ Art. 252, al. 3, du CPF du Burkina Faso.

pour époux³⁵⁸. À cette fin, l'officier de l'état civil doit vérifier que chacun des futurs époux exprime librement son consentement au mariage quand il les reçoit. Certains faits s'interposent devant cet objectif. Tout d'abord, l'officier de l'état civil ne dispose pas toujours des moyens matériels et financiers nécessaires pour mener les investigations pouvant éclairer son jugement. D'un point de vue juridique, il est noté qu'il est des investigations qui outrepassent sa compétence. L'officier de l'état civil est donc réduit à constater le consentement apparent de chaque futur époux, quitte à ce que le consentement feint ou forcé soit par la suite invoqué au soutien d'une action en nullité du mariage³⁵⁹.

88. - Vérification de l'autorisation parentale. Outre la réalité et l'intégrité du consentement au mariage des futurs conjoints, l'officier de l'état civil vérifie, en cas de mariage d'un mineur ou d'un majeur incapable, que le mariage est dûment autorisé par les personnes ou l'organe habilité à le faire³⁶⁰. À cet effet, le document qui constate l'autorisation est fourni comme pièce au dossier de mariage³⁶¹. Le Code béninois prévoit une étape similaire. Il prévoit que dans le cas où l'un ou les deux futurs époux sont mineurs, l'officier de l'état civil rappelle, au moment de l'entretien préliminaire au mariage, qu'il ne pourra être procédé à la célébration du mariage que s'il est préalablement rapporté la preuve du consentement de la personne habilitée à le donner ou de l'autorisation judiciaire en tenant lieu³⁶². Le Code malien, lui, énonce seulement des sanctions contre l'officier de l'état civil qui célébrerait un mariage sans avoir recueilli le consentement des père ou mère, du tuteur, du conseil de famille, ou l'autorisation spéciale du chef de circonscription administrative compétent³⁶³.

89. - Présentation des principes relatifs au mariage. Le futur époux qui ne prend pas part à l'audience préliminaire manque l'occasion d'être informé sur les grands principes qui gouvernent le mariage, qui sont d'ailleurs destinés à éclairer son consentement³⁶⁴. En effet, dans

³⁵⁸ Cf. alinéa 1^{er} de l'article 234 du CPF burkinabè.

³⁵⁹ V. *infra*, n° 114 sq.

³⁶⁰ Cf. art. 241 et 243 du CPF du Burkina Faso.

³⁶¹ Art. 253, 6°, du CPF du Burkina Faso.

³⁶² Art. 129 du CPF du Bénin.

³⁶³ À savoir un emprisonnement de six mois à un an et/ou une amende de 25 000 à 120 000 francs CFA (cf. art. 287 du CPF du Mali).

³⁶⁴ Pour comparer, en France, il existe une obligation de délivrance d'information aux futurs époux, conformément au décret n° 2002-1556 du 23 déc. 2002 relatif à l'application de l'article 22 de la loi n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 sur les droits du conjoint survivant et des enfants adultérins, modificatif du décret n° 74-449 du 15 mai 1974 sur le livret de famille. Ce décret précise le contenu de l'information répartie en dix rubriques : le nom des époux et de leurs enfants ; les droits et devoirs respectifs des époux ; les obligations alimentaires dues aux époux et par eux ; la filiation ; l'adoption ; l'autorité parentale ; le logement des époux ;

le cas burkinabè, l'officier de l'état civil est tenu d'exposer à ceux qui désirent se marier les règles essentielles du mariage légal, à savoir l'exigence d'un consentement libre et conscient pour la régularité de l'union matrimoniale³⁶⁵, le principe d'égalité des époux, les régimes de gestion des biens des époux et les formes de mariage légalement autorisées.

90. - Principe d'égalité des époux. La conception des relations du couple a beaucoup évolué avec la suppression de la notion de « chef de famille » des Codes burkinabè et béninois des personnes et de la famille, contrairement au Code malien des personnes et de la famille qui l'a conservé³⁶⁶. Les États qui ne reconnaissent plus la figure du « chef de famille » ont essayé de reconstruire les relations de couple de façon à placer l'homme et la femme sur un pied d'égalité, quoique la démarche reste inaboutie, ne serait-ce que sur le plan théorique. Néanmoins, afin de vulgariser cette nouvelle orientation du droit positif, le Code burkinabè des personnes et de la famille prévoit en son article 252, alinéa 1, que l'officier de l'état civil doit signifier aux futurs époux qu'à partir du moment où ils seront mariés, ils auront les mêmes droits et devoirs, aussi bien dans leurs rapports personnels que dans leurs rapports avec les enfants³⁶⁷.

91. - Rapports patrimoniaux du couple. L'officier de l'état civil doit préciser aux futurs conjoints que le mode de gestion de leurs biens sera défini par le régime matrimonial qu'ils auront choisi³⁶⁸. Celui-ci se décompose en un régime primaire et en un régime secondaire. Le régime primaire³⁶⁹ se constitue d'un corps de règles impératives encadrant les rapports pécuniaires des

le régime fiscal ; le régime matrimonial ; les droits du conjoint survivant (v. C. POMARD-NOMDEDEO, L'obligation de délivrance d'une information sur le droit de la famille, Lamy Droit des Personnes et de la Famille, oct. 2016, Étude 310, n°310-9).

³⁶⁵ Ce point a déjà été abordé (v. *supra*, n° 86-87).

³⁶⁶ Cf. art. 319 : « Le mari est le chef de famille. Il perd cette qualité au profit de la femme en cas :

- d'absence prolongée et injustifiée ;
- de disparition ;
- d'interdiction ;
- d'impossibilité de manifester sa volonté. ».

³⁶⁷ V. *infra*, n° 208.

³⁶⁸ Cf. art. 252, al. 5, du Code burkinabè des personnes et de la famille. Pour savoir, le régime matrimonial est « ...un ensemble cohérent de règles (ce qui renvoie à la notion de statut), soit légales, soit conventionnelles, qui ont pour objet de régler les relations patrimoniales des époux entre eux et des époux avec les tiers. Ce statut permet de déterminer la composition des patrimoines des époux et de fixer les pouvoirs respectifs des époux sur les biens », M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, Mariage (4° Effets), Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2014 (actualisation fév. 2017), n° 92.

³⁶⁹ Certains auteurs préfèrent l'appeler le « statut fondamental des gens mariés » (cf. F. TERRÉ et P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd., 2015, Précis Dalloz, Paris, n° 48, p. 41). Comme le relève Guillaume SERRA, « Les expressions « statut impératif de base » et « statut fondamental » sont également employées pour désigner cette notion. La première met l'accent sur son caractère d'ordre public, la seconde sur ses finalités » (G. SERRA, Les effets pécuniaires du mariage, Lamy Droit des Personnes et de la Famille, oct. 2011, Étude 320, n°320-5) ; Henri MAZEAUD et autres font état, quant à eux, de « statut patrimonial de base » (*Leçons de droit civil*,

époux. Il s'impose à tous les époux par le seul fait du mariage³⁷⁰. Le régime primaire recouvre essentiellement la contribution aux charges du mariage³⁷¹ qui comprend l'obligation à la dette, la protection du logement familial et l'autonomie professionnelle et bancaire des époux³⁷². Il est complété par le régime matrimonial dit secondaire, qui peut emprunter une forme communautaire ou séparatiste, ou encore être de type conventionnel ou légal selon qu'il résulte d'un contrat entre les époux³⁷³ ou plutôt qu'il s'applique par défaut³⁷⁴. À cet égard, le Code burkinabè des personnes et de la famille prévoit que l'officier de l'état civil interroge les prétendants au mariage sur le régime matrimonial qu'ils entendent choisir et leur explique qu'en l'absence d'un contrat de mariage ou d'une déclaration optant pour le régime de la séparation de biens, ils seront soumis au régime de la communauté de biens, exception faite des cas d'unions polygamiques pour lesquels le régime de la séparation de biens est appliquée d'office³⁷⁵. Le Bénin, en revanche, a institué le régime de la séparation des biens comme régime de droit commun³⁷⁶. C'est aussi le cas au Mali, que le mariage soit monogamique ou polygamique, sauf à préciser qu'en cas d'union monogamique, il est possible de choisir le régime communautaire³⁷⁷.

2) Le non-respect de la procédure sur le choix de la forme du mariage

92. - Formalisme du choix du mariage polygamique. En droit burkinabè, possibilité est donnée à ceux qui veulent se marier de choisir exceptionnellement le mariage sous l'option de

Régimes matrimoniaux, t. 4, 1^{er} vol., 5^e éd., éd. Montchrestien, 1982, avec mise à jour par M. de JUGLART, 1986, n° 13).

³⁷⁰ Art. 159 et 165 du CPF du Bénin ; art. 299 et 312 du CPF du Burkina Faso ; art. 319 al. 4 et 386 de celui du Mali. Cependant, au lieu de la collégialité de la contribution aux charges du ménage des codes béninois et burkinabè, l'article 319, alinéa 4, du Code malien retient que les charges du ménage pèsent sur le mari, et que la femme peut seulement y contribuer. À part cela, en cas de relâchement du lien matrimonial, le régime matrimonial subsiste, avec des adaptations.

³⁷¹ Gérard CORNU considère la contribution aux charges du mariage qui incombe aux époux comme une « obligation mutuelle de participation » (G. CORNU, *Droit civil : La famille*, Montchrestien, 9^e éd., 2006, n° 36).

³⁷² Cf. respectivement art. 304, 305 et 295 du CPF du Burkina Faso ; art. 179, 180 et 157 du CPF du Bénin ; art. 413 du CPF du Mali (le Code malien ne contient pas de disposition qui protège en particulier le logement familial et il ne dispose pas non plus en ce qui concerne la liberté professionnelle des époux).

³⁷³ Cette volonté peut se manifester par un contrat de mariage ou par le choix de l'un des modèles proposés par la loi (cf. art. 167 *sq.* du CPF du Bénin ; art. 311 *sq.* du même Code du Burkina Faso ; art. 299 al. 2, du Code du Mali).

³⁷⁴ Pour aller plus loin, lire J. N. DABIRE, *Droit de la famille*, Collection Précis de droit burkinabè, PADEG, Ouagadougou, 2008, p. 165 *sq.* ; aussi H. A. DJOSSINO, *Droit béninois de la famille - Cours de Droit civil (manuel et applications)*, éd. La Croix du Bénin, Cotonou, 2011, p. 88 *sq.*

³⁷⁵ Cf. art. 252 al. 5 du Code burkinabè.

³⁷⁶ Cf. art. 184 du Code béninois des personnes et de la famille.

³⁷⁷ Cf. art. 388 du Code malien des personnes et de la famille.

polygamie. Cependant, en droit malien, les futurs époux doivent faire une option obligatoire pour la forme monogamique ou polygamique du mariage³⁷⁸. On peut ainsi voir que la forme de droit commun du mariage au Burkina Faso est la monogamie³⁷⁹. À cet effet, le Code burkinabè des personnes et de la famille prescrit à l'officier de l'état civil d'annoncer aux futurs époux qu'ils peuvent opter pour la polygamie³⁸⁰. Selon les articles 258 à 259 du code, l'« option de polygamie » résulte d'une déclaration commune souscrite avant la célébration du premier mariage de l'homme, devant l'état civil³⁸¹. Il s'agit d'une pièce à part entière qui figure au dossier du mariage, comme l'indique l'article 112, 8°, du même code. Le formalisme qui est ici prescrit ne peut pas être interprété de façon minimaliste, au regard de l'importance de l'engagement considéré. Pourtant, l'expérience démontre le contraire. En effet, il apparaît que, dans la pratique, le choix est oralement recueilli par l'officier de l'état civil qui le mentionne sur un imprimé, lequel n'est pas forcément signé en plus par les déclarants et par l'officier³⁸². Cette simplification, même si elle peut s'expliquer par le souci de ne pas accroître la défiance des citoyens burkinabè envers le mariage civil, n'en contribue pas moins à banaliser le choix de la forme polygamique du mariage. Or, celle-ci était pensée pour coexister avec la forme de droit commun à titre transitoire seulement³⁸³. Et encore, cette violation des textes paraît mineure au regard de celle que révèle le choix du mariage polygamique par un seul des futurs époux (a). Dans ce cas, la responsabilité de l'officier de l'état civil est clairement engagée (b).

a. Choix de la forme polygamique du mariage à l'insu d'un futur conjoint

93. - Violation de la procédure de l'option de polygamie. En droit burkinabè, l'option de polygamie, pour être valable, doit être conjointement faite par les époux et bien avant le jour de la célébration. Dans le cas contraire, le mariage est soumis au régime de droit commun : la

³⁷⁸ V. *infra*, n° 394.

³⁷⁹ Sur la monogamie comme forme de droit commun du mariage, v. aussi art. 257 du CPF du Burkina Faso : « Faute par les futurs époux de souscrire une option de polygamie, le mariage est placé de plein droit sous le régime de la monogamie. ».

³⁸⁰ Cf. art. 252 al. 4 du CPF du Burkina Faso.

³⁸¹ Art. 258 : « L'option de polygamie résulte d'une déclaration souscrite par les futurs époux antérieurement à la célébration du mariage. Ceux-ci comparaissent personnellement devant l'officier de l'état civil du lieu de constitution du dossier de mariage et, en cas de mariage à l'étranger, devant l'agent diplomatique ou consulaire territorialement compétent » ; art. 259 : « L'officier de l'état civil, après s'être assuré de la liberté du consentement des comparants, leur donne lecture de l'écrit constatant leur déclaration, recueille leurs signatures et signe lui-même. Un original de cet écrit est joint au dossier de mariage ».

³⁸² Cf. Entretiens réalisés avec les officiers de l'état civil PER 11 (réalisé le 4 mai 2017), PER 12 (réalisé le 16 mai 2017), PER 13 (réalisé le 19 mai 2017) et PER 14 (réalisé le 22 mai 2017).

³⁸³ V. art. 232 du CPF burkinabè ; cf. aussi Entretien PER 4, réalisé le 21 avr. 2017.

monogamie³⁸⁴. En comparaison, en droit malien, « L'option matrimoniale peut être souscrite dans le contrat de mariage ou au moment de la célébration »³⁸⁵. Cependant, au Burkina Faso, l'antériorité de la souscription est rigoureuse. Malgré cela, il semble que, parfois, c'est au jour de la célébration du mariage, précisément au moment de la lecture du projet d'acte de mariage, que la femme qui se marie est informée pour la première fois de ce que le mariage va être contracté sous l'option de polygamie. Il ressort d'entretiens avec certains responsables au niveau de centres d'état civil burkinabè, qu'il n'est pas rare qu'après l'entretien pré-nuptial entre l'agent de l'état civil et les futurs conjoints³⁸⁶, l'un d'eux revienne seul par la suite pour demander à changer le régime choisi en présence de l'autre, sous divers prétextes³⁸⁷. Le cas échéant, le principe du parallélisme des formes oblige à réunir les parties prenantes à la première déclaration pour tout changement important, mais la règle n'est pas toujours respectée. Alors, la complicité de l'officier de l'état civil est évidente.

94. - Altération du consentement au mariage. Au-delà de l'entorse à la règle de droit, le problème qui est posé est celui de la qualité du consentement au mariage de la femme dans cette hypothèse. S'il apparaît au jour de la célébration que la femme n'était pas préalablement informée du vœu du mari d'opter pour la polygamie, sa liberté matrimoniale peut encore être sauvegardée par l'ajournement de la célébration. Elle disposerait ainsi d'un temps de réflexion afin de décider si elle consent toujours à se marier à cette condition. Au contraire, si la cérémonie n'est pas du tout suspendue ou ne l'est que pour un court instant, cela oblige la femme à rendre sa décision sur le champ. En ce cas, la femme subit une violence morale qui altère son jugement. La violence psychologique peut être renforcée par la coutume des grandes assistances aux cérémonies de mariage en Afrique, propre à engendrer la pression de tous ceux venus prendre part à la célébration³⁸⁸. L'officier de l'état civil ne devrait pas pouvoir avaliser une décision prise sur l'heure à propos d'une question aussi grave que le mariage sous le régime polygamique, car elle engage les époux pour toute leur vie de couple. Afin de lever toute

³⁸⁴ Cf. art. 245 du CPF du Burkina Faso.

³⁸⁵ Cf. art. 308 du CPF du Mali.

³⁸⁶ V. *supra*, n° 85.

³⁸⁷ V. Entretien avec l'officier de l'état civil PER 14, réalisé le 22 mai 2017.

³⁸⁸ En Afrique, les mariages rassemblent encore un grand nombre de personnes (les parents, les voisins, les collègues et amis), qui ne comprendraient pas que la femme refuse de se marier sous le régime de la polygamie. De fait, la question apparaît dérisoire au regard de beaucoup, ce qui fait que la femme ne peut pas être comprise dans sa volonté de ne plus conclure le mariage, qui jetterait l'opprobre sur ses proches (v. C. NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, op. cit., p. 95 et 132).

équivoque, le célébrant avisé devrait ajourner la cérémonie. S'il ne le fait pas, sa responsabilité est en cause.

b. Responsabilité de l'officier de l'état civil

95. - Manquement professionnel. L'officier de l'état civil a l'obligation de mettre en œuvre tous les moyens afin de s'assurer de la liberté du consentement au mariage. Dans cet esprit, l'article 65 du Code burkinabè des personnes et de la famille engage les officiers de l'état civil, « en cas de difficultés graves [à] provoquer les avis et instructions du procureur du Faso près le tribunal civil dans le ressort duquel ils se trouvent placés ». Lors de l'audience avec les futurs époux, l'agent de l'état civil doit donner les informations principales sur le mariage et les options, notamment l'option de polygamie. Cependant, si l'officier de l'état civil agit en complicité avec un futur époux, les informations délivrées en cette occasion peuvent ne pas être complètes, ou alors ne pas être données avec la clarté souhaitée pour éclairer la décision des principaux intéressés. Juridiquement, en l'absence d'une option de polygamie régulièrement souscrite, le mariage est monogamique³⁸⁹ et le constat doit en être fait au moment de la célébration du mariage. À défaut, la faute professionnelle du célébrant est établie ; au reste, elle peut prendre sa source dans la phase préparatoire du mariage³⁹⁰. L'officier de l'état civil qui transgresse la règle va à l'encontre de sa mission et il devrait pouvoir être poursuivi en vertu de l'article 66 du Code burkinabè des personnes et de la famille³⁹¹.

96. - Poursuites pour faute. Au Burkina Faso, il n'est pas constaté de poursuites judiciaires contre les officiers de l'état civil qui commettraient des fautes dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, notamment en matière de mariage³⁹². Pourtant, l'action judiciaire contre l'officier de l'état civil convaincu de comportement frauduleux, et les condamnations prononcées contre lui, auraient certainement un effet dissuasif pour d'autres. De fait, c'est au plan pénal que les sanctions peuvent véritablement être mises en œuvre, en vertu de l'article

³⁸⁹ V. art. 245 du CPF du Burkina Faso.

³⁹⁰ Au cas où le même officier de l'état civil a supervisé la constitution du dossier de mariage (cf. art. 273 du Code burkinabè des personnes et de la famille).

³⁹¹ Art. 66 : « Les officiers de l'état civil sont civilement, disciplinairement et pénalement responsables des fautes et négligences qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions ».

³⁹² La question semble secondaire dans l'esprit commun. Au contraire, la presse rapporte régulièrement des cas de poursuites pour des faits de mauvaise gestion de parcelles de terrain (pour exemple, v. *Netafrique*, Saaba : Le maire sous le coup d'une procédure judiciaire pour rachat de 120 hectares par la société Abdoul Service international, 30 juin 2017, consulté le 30 juin 2017 sur <http://netafrique.net/saaba-le-maire-sous-le-coup-dune-procedure-judiciaire-pour-rachat-de-120-hectares-par-la-societe-abdoul-service-international/>).

172 du Code pénal burkinabè. Il dispose que « L'officier de l'état civil ou la personne par lui déléguée en vertu des dispositions légales, est puni d'un emprisonnement de deux à six mois et d'une amende de 50.000 à 150.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsqu'il célèbre un mariage en violation des conditions prescrites par la loi »³⁹³. À sa suite, l'article 173 du Code précise que cela vaut « alors même que la nullité des actes de l'état civil n'aurait pas été demandée ou aurait été couverte ».

Dans un autre sens, il est également possible de mettre en œuvre des sanctions administratives. Mais, celles-ci se révèlent rares en pratique en raison de la disparité des statuts des personnes assumant la fonction d'officier de l'état civil. En effet, il ressort de l'article 62 du Code burkinabè des personnes et de la famille que cette fonction est remplie dans les centres d'état civil principaux par les chefs de circonscriptions administratives et par les maires ou par leurs adjoints. Puis, l'article 63 de même Code énonce que dans les centres secondaires, « les fonctions d'officiers de l'état civil sont remplies par un militant compétent désigné par le bureau du [comité révolutionnaire du village ou du secteur] ». Ainsi, les responsables des centres principaux sont nommés par le gouvernement ou élus au suffrage universel, et ceux des centres secondaires sont désignés par leurs pairs dans les bureaux des circonscriptions administratives. Ils ne relèvent donc pas d'un corps d'emploi spécifique de l'État auquel des sanctions disciplinaires pourraient être appliquées. Pour le reste, même s'ils exercent tous leurs fonctions sous la surveillance d'un procureur du Faso, suivant le découpage territorial du pays, il n'existe pas de lien de subordination entre eux³⁹⁴.

97. - Nécessité d'un meilleur encadrement de la fonction. La fonction d'officier de l'état civil est importante dans un État, parce qu'il est le premier acteur de l'état civil, important pour la personne humaine. De ce fait, il faudrait veiller à mieux l'encadrer dans les États africains. Au Burkina Faso, il n'est pas exigé de diplôme minimum pour accéder à la fonction d'officier de l'état civil. L'assise politique est plus déterminante pour y parvenir. Or, les missions confiées aux personnes qui remplissent cette fonction sont primordiales, ne serait-ce que par rapport à la protection de la liberté du mariage. Pour cela, il conviendrait d'élaborer des règles spécifiques permettant de contenir les risques d'insuffisance professionnelle et de prévenir autant que possible le manque de conscience professionnelle.

³⁹³ Issu de la loi n° 43/96/ADP du 13 nov. 1996.

³⁹⁴ Cf. art. 63 al. 2 du CPF du Burkina Faso.

Au total, c'est pendant les formalités préalables au mariage que l'officier de l'état civil peut spécialement contribuer à la prévention de mariages entachés de nullité, en faisant preuve de rigueur dans l'appréciation du dossier pré-nuptial et en ayant soin de se départir de toute complaisance envers les administrés. À ces conditions uniquement, il lui serait possible de déceler les indices sérieux indiquant toute irrégularité du mariage projeté et, en conséquence, de saisir le procureur du Faso pour avis. Cependant, même si tout se passait comme prévu à ce niveau, il resterait encore à faire face aux faiblesses du dispositif juridique de protection du consentement au mariage au cours de la célébration.

B. Limites de la protection du consentement nuptial pendant la célébration du mariage

98. - Autre niveau de contrôle. L'intérêt porté à l'intégrité du consentement au mariage justifie l'institution de mécanismes supplémentaires de contrôle lors de la célébration du mariage. Dans l'exemple burkinabè, l'union est normalement célébrée par l'officier de l'état civil du lieu de l'accomplissement des formalités préalables. Celui-ci a une bonne connaissance du dossier, pour l'avoir instruit et pour s'être entretenu avec les futurs époux. Mais, exceptionnellement, le mariage peut être célébré par un autre officier de l'état civil, si les futurs époux obtiennent une dérogation à cet effet³⁹⁵. En outre, l'union est en principe célébrée dans un local, portes ouvertes, afin de respecter le principe de publicité du mariage³⁹⁶. Toute personne qui le désire peut donc prendre part à la cérémonie et éventuellement dénoncer un fait de nature à empêcher la célébration du mariage. Toutefois, malgré ces précautions, des complications d'un autre genre apparaissent au regard du mariage religieux, reconnu en droit malien (1), ou du mariage par procuration, reconnu dans les droits béninois et malien (2).

1) La célébration du mariage par le ministre du culte en droit malien

99. - Droit comparé. Au Bénin comme au Burkina Faso, le mariage ayant une valeur légale est celui qui est célébré au plan civil³⁹⁷. Suivant la réglementation burkinabè, l'officier de l'état civil doit préciser aux futurs époux que les mariages coutumiers et les mariages religieux ne font pas

³⁹⁵ Art. 273 al. 2 du CPF du Burkina Faso.

³⁹⁶ La célébration clandestine du mariage est une cause de nullité relative du mariage (*cf.* art. 282, 1^{er} tiret du Code burkinabè des personnes et de la famille).

³⁹⁷ *Cf.* art. 126, al. 1^{er}, du Code béninois des personnes et de la famille et art. 273, al. 1^{er}, du même Code burkinabè.

l'objet d'une reconnaissance légale³⁹⁸. Cela étant, il convient quand même d'observer que la précision à ce stade des démarches pré-nuptiales n'est plus pertinente, étant donné que les candidats qui arrivent à cette étape ont déjà choisi de contracter un mariage civil. Tout au plus, présente-t-elle un intérêt pour les couples qui choisissent de se marier suivant plusieurs formes de mariage, c'est-à-dire religieusement et/ou coutumièrement, en plus du mariage civil³⁹⁹. Sous cet angle, elle les avertirait de ce que la loi n'attache d'effets qu'à l'union civile. Au demeurant, il faut rechercher un moyen plus efficace que le devoir d'information à la charge de l'officier de l'état civil, afin d'assurer la vulgarisation de ce principe général du droit matrimonial burkinabè.

100. - Autorisation de la célébration religieuse du mariage en droit malien. Selon l'article 280 du Code des personnes et de la famille du Mali, « Le mariage [...] est célébré par l'officier d'état civil ou par le ministre du culte »⁴⁰⁰. Ainsi, la loi malienne reconnaît le mariage religieux, mais elle ne dispose pas spécifiquement à propos de sa célébration comme elle le fait pour le mariage civil. Plus exactement, le Code malien des personnes et de la famille énonce que le consentement au mariage « doit être donné oralement et en personne devant l'officier de l'état civil par chacun des futurs époux »⁴⁰¹. Il faut remarquer que l'article vise le cas du mariage civil seulement, alors que le mariage religieux est également autorisé dans cet État. En même temps, tout semble indiquer que le législateur a voulu éviter un exercice qui relevait de la gageure, tant il lui aurait été difficile de prescrire une procédure pour toutes les religions représentées sur le territoire malien, même si la plupart sont minoritaires par rapport à l'Islam⁴⁰². Dans le silence de la loi, donc, la célébration religieuse du mariage se retrouve soumise aux principes de la foi

³⁹⁸ Art. 233 du CPF du Burkina Faso, référé par l'article 252 alinéa 2 du même code.

³⁹⁹ Cette pratique est très fréquente en Afrique où les prétendants célèbrent souvent trois formes de mariage, le mariage coutumier, le mariage civil et le mariage religieux, pour être en règle à la fois avec leur communauté, la loi et leur foi (lire sur le sujet C. NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Presses universitaires de Namur, Namur, 2005, p. 132-135 ; N. H. MITENDO, *Vers une sacramentalité du système matrimonial négro-africain : une analyse des concepts de contrat-alliance appliqués au mariage*, éd. Saint-Paul, Fribourg, 2003, p. 105-108 ; I. A. ANANI, La dot dans le Code des personnes et de la famille au Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire et Togo, in « Les droits de la femme et de l'enfant, Réflexions africaines (*Women and children rights, African views*) », Khartala, Paris, 2011, p. 224).

⁴⁰⁰ Pourtant, le principe de la laïcité du mariage figurait à l'article 1^{er} alinéa 1 de du Code du mariage et de la tutelle jusqu'alors en vigueur.

⁴⁰¹ Art. 283, al. 3, du code.

⁴⁰² En 2013, le taux de musulmans était estimé à 90% de la population (cf. Larousse encyclopédie : Mali, consulté le 03 juil. 2017 sur <http://www.larousse.fr/encyclopedie/pays/Mali/131330>). En marge de la religion musulmane, l'on note aussi la présence de chrétiens, d'animistes et d'adeptes d'autres bords religieux (cf. Fédération internationale des ligues des droits de l'homme, Rapport de mission internationale d'enquête, 34^e session du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, n°438, janv. 2006, p. 3 ; aussi *Central Intelligence Agency (CIA), The World factbook*, Mali, consulté le 27 juil. 2017 sur <https://www.cia.gov/library/publications/resources/the-world-factbook/geos/ml.html>) ; v. aussi *infra*, n° 399.

concernée. Le Mali étant un État à forte prévalence islamique, il paraît indiqué, afin d'avoir un aperçu de la mesure de la protection accordée au consentement nuptial par la religion, de prendre exemple sur le mariage musulman.

101. - Consentement de la femme dans le mariage musulman. En Islam, les questions relatives au mariage peuvent être tranchées par référence au *Livre des bons usages en matière de mariage* du célèbre théologien de l'Islam Al-Ghazâlî⁴⁰³. L'auteur enseigne que, pour conclure une union valable et assurer la légitimité de l'épouse, le consentement de la femme est requis, mais dans deux cas seulement : premièrement, lorsque la femme est « déflorée et pubère », et deuxièmement, lorsqu'elle est « vierge et pubère » et qu'elle a été « donnée en mariage par une personne autre que le père ou l'aïeul paternel »⁴⁰⁴. On peut se demander ce qu'il en est dans les autres cas, comme lorsque la femme est vierge et qu'elle a été donnée en mariage par un ascendant habilité à le faire suivant la foi islamique. L'interprétation *a contrario* de la règle religieuse incline à croire que le consentement de la femme n'est pas requis hormis les cas expressément visés⁴⁰⁵. D'ailleurs, un autre passage du livre semble conforter cette idée, qui précise que « Ce qui concerne le futur sera porté à la connaissance de la future, fut-elle vierge, car cela est plus convenable et meilleur en vue de faire naître l'amitié entre eux ; c'est pourquoi aussi il est recommandé que le futur puisse apercevoir la future avant leur mariage, car cela est plus propre à faire naître la bonne entente entre eux »⁴⁰⁶. Au final, il apparaît que la femme ne connaît pas son futur époux dans tous les cas, et aussi qu'elle n'a pas toujours l'opportunité de consentir à son mariage. En outre, le *Livre des bons usages en matière de mariage* indique que la demande en mariage est faite auprès du *wâli*, le tuteur matrimonial de la femme⁴⁰⁷, ce qui laisse voir que cette étape est institutionnalisée dans le mariage musulman. Si elle n'est pas gênante par elle-même, en revanche, elle donne une dimension obligatoirement familiale à l'accord matrimonial, quand il ne devrait être regardé qu'au consentement des premiers intéressés⁴⁰⁸.

102. - Cadre d'expression du consentement de la femme dans le mariage musulman. Sur ce point, les travaux de Cyril Glassé apportent l'éclairage nécessaire. En effet, l'auteur s'attarde,

⁴⁰³ AL-GHAZÂLÎ, *Livre des bons usages en matière de mariage*, Traduction française annotée de L. BERCHER et de G.-H. BOUSQUET, Jean MAISONNEUVE, Paris, 1953, 130 p.

⁴⁰⁴ AL-GHAZÂLÎ, *Livre des bons usages en matière de mariage*, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁰⁵ V. dans ce sens J. SOURDEL et D. SOURDEL, *Dictionnaire historique de l'Islam*, PUF, Paris, sept. 2007, p. 540.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 51.

⁴⁰⁷ Suivant les préceptes islamiques, le tuteur est désigné par les représentants masculins de la famille de la femme (v. M. A. AMIR-MOEZZI (dir.), *Dictionnaire du Coran*, éd. Robert Laffont, Paris, 2007, p. 532).

⁴⁰⁸ M. DIAKHO, *Le mariage forcé en Islam : Liberté, dignité, excision*, éd. Albouraq, Liban, 1427-2006, p. 75-98.

dans son *Dictionnaire encyclopédique de l'Islam*⁴⁰⁹, sur les circonstances dans lesquelles le consentement au mariage de la femme est recueilli. Il y apparaît qu'« En Islam, le mariage est scellé par un contrat qui est confirmé lorsque la mariée reçoit sa dot (*mahr*) et qu'elle exprime son consentement devant témoins. Si elle reste silencieuse, le silence est assimilé à un accord »⁴¹⁰. D'un point de vue juridique, le fait que la femme soit interrogée sur son acceptation du futur mariage devant témoins crée un malaise, car il peut être vu comme un moyen de pression. À la vérité, de telles circonstances ne favorisent pas l'expression libre de la volonté de la femme. Du reste, on peut se demander à quel moment précis du processus matrimonial la femme est interrogée sur son accord pour le mariage. Il semble que c'est au plus tôt après la présentation de la demande en mariage, voire le jour même du mariage⁴¹¹. En toute hypothèse, lorsque celle qui doit se marier est présumée vierge, elle est représentée par son *wâli*, celui-ci étant censé rapporter son consentement au mariage lors de la cérémonie qui a lieu, suivant les cas, dans une mosquée, devant un *câdi*⁴¹² ou encore dans un cadre privé. Si la femme n'est plus vierge, elle peut en théorie prendre part à la cérémonie de mariage, mais, là également, sa participation n'est pas usuelle. Pourtant, la présence personnelle des futurs mariés au jour du mariage est une condition qui protège le consentement matrimonial⁴¹³. En effet, la présence des futurs mariés lors de la cérémonie permet au célébrant de relever, jusqu'au prononcé de la formule finale qui scelle l'union, tout fait indiquant que le mariage se déroule sous la contrainte, auquel cas il peut surseoir à la célébration, en attendant d'être éclairé sur la situation.

103. - Protection limitée du consentement au mariage devant le ministre du culte. Dans l'approche musulmane du mariage, le consentement n'est pas adéquatement protégé, si on considère que celui-ci n'est pas forcément exprimé par l'un des futurs mariés, en l'occurrence la femme. Cela constitue une entorse à la règle de droit. Or, le cas du mariage musulman n'est qu'un exemple de traitement cultuel parmi d'autres, dont les préceptes ne sont d'ailleurs pas

⁴⁰⁹ Cf. C. GLASSÉ (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'Islam*, Bordas, Paris, 1991, 444 p.

⁴¹⁰ C. GLASSÉ (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'Islam*, op. cit., p. 250.

⁴¹¹ *Ibid.*

⁴¹² Ainsi est appelé le juge selon la foi musulmane, « celui qui décide » (cf. Larousse, *Dictionnaire*, disponible sur <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/cadi/12038>).

⁴¹³ Cf. Entretien PER 7 avec un *imam* (chef religieux musulman), réalisé le 13 mai 2017. Il en ressort que, tout au moins pour les musulmans du Burkina Faso, il est maintenant élaboré des fiches de mariage que les futurs mariés doivent renseigner, signer et déposer avant la célébration du mariage. Seulement, la signature n'a pas lieu devant le leader religieux, mais dans le secret des familles où un futur époux peut facilement être contraint de remplir le document. Cela est encore plus vrai s'agissant de la femme. Puisqu'elle n'est pas nécessairement présente le jour du mariage, une irrégularité peut passer totalement inaperçue.

toujours connus. En outre, il faut remarquer que, dans les milieux dans lesquels la tradition et la religion sont imbriquées, comme il est courant en Afrique, la protection du consentement au mariage de la femme devient plus complexe, en raison de la hiérarchie sexuée des statuts. En effet, si l'homme a souvent la faculté de choisir la femme qu'il va épouser ou, à tout le moins, de consentir au choix qui a été fait pour lui⁴¹⁴, la femme n'a pas la même opportunité. Elle est, dans le meilleur des cas, avertie des intentions matrimoniales la concernant au moment de la première entrevue entre la famille du prétendant et la sienne⁴¹⁵. En d'autres termes, elle peut n'être avisée que le jour même du mariage, ce qui est d'autant plus probable si l'on redoute quelque rébellion de sa part.

104. - Interrogations sur les motifs de l'autorisation légale du mariage religieux. La reconnaissance légale du mariage religieux s'explique difficilement⁴¹⁶. Plus encore, cette reconnaissance va à l'encontre du principe de la laïcité consacré par la Constitution⁴¹⁷. Le mariage religieux suscite à juste titre la méfiance des défenseurs des droits de l'homme, dans un

⁴¹⁴ G. A. KOUASSIGAN le constate en effet en ces termes : « Le problème du consentement des futurs époux se pose différemment selon qu'il s'agit du jeune homme ou de la jeune fille. En effet, si le principe établi par les coutumes est que la validité du mariage n'est pas soumise à l'accord préalable des intéressés, dans la pratique, les parents s'assurent de l'accord du jeune homme sur le choix qu'ils ont fait pour lui, ou entérinent celui qu'il a personnellement fait. Le consentement du futur époux se manifeste soit par l'initiative qu'il a prise de choisir son conjoint soit par la liberté qui lui est reconnue d'accepter le choix que la famille a fait en son nom » (G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 217) ; lire aussi M. ILBOUDO, La liberté matrimoniale, in *Revue burkinabè de droit*, n° 32, 1997, p. 226-265.

⁴¹⁵ Cf. A.-B. DIOP, *La famille wolof : Tradition et changement*, éd. Karthala, Paris, 1985, p. 100 sq.

⁴¹⁶ De fait, la différence entre les règles qui gouvernent les mariages religieux et celles du mariage laïc provient de ce que les valeurs défendues de part et d'autre ne sont pas les mêmes. Tandis que le mariage civil met en avant l'engagement libre et mûrement réfléchi de deux personnes qui décident de vivre ensemble, assorti de la possibilité de divorcer ultérieurement à l'initiative de chacun des époux, le mariage chrétien est défini comme un pacte d'amour entre un homme et une femme qui souscrivent librement au sacrement indissoluble du mariage, s'engageant par-là à la fidélité et à la procréation (lire R.-M. TCHIDIMBO (Mgr), Le sacrement du mariage, in *Mariage civil et mariage canonique*, Actes du 5^e colloque national des juristes catholiques, Paris, du 20-21 avr. 1985, éd. Pierre Téqui, Paris, 1985, p. 15-35) ; le mariage musulman, lui, est une union entre un homme et une femme, dans le but de fonder une famille et d'établir des alliances familiales, l'homme pouvant unilatéralement y mettre fin par la répudiation de la femme (v. J. SOURDEL et D. SOURDEL, *Dictionnaire historique de l'Islam*, op. cit., p. 539-541 ; M. A. AMIR-MOEZZI (dir.), *Dictionnaire du Coran*, op. cit., p. 528-535).

⁴¹⁷ Le préambule de la Constitution malienne du 25 fév. 1992 affirme l'engagement solennel « à défendre la forme républicaine et la laïcité de l'État ». Il faut dire que l'article 280 a fait l'objet de vifs débats car, au départ, il figurait dans le projet de Code en tant qu'article 281, lequel instituait la laïcité du mariage en usant de termes neutres : « Le mariage est un acte laïc et public par lequel un homme et une femme, consentent d'établir entre eux une union légale dont les conditions de formation, les effets et la dissolution sont régis par les dispositions du présent [code] » ; mais après les agitations au sein des organisations religieuses musulmanes, sa rédaction a été revue (cf. Le portail de la société civile malienne, Les 51 amendements apportés au Code des Personnes et de la Famille, consulté le 11 mars 2015 sur <http://www.societecivilemali.org/?Les-51-amendements-apportés-au>).

contexte marqué par la multiplicité des courants religieux⁴¹⁸. Pour cela, certains États comme le Bénin et le Burkina Faso, ont pris le parti de ne pas lui attacher d'effets juridiques⁴¹⁹. D'autres États, comme la Côte d'Ivoire, ne l'évoquent dans la loi que pour signifier qu'il doit être consécutif au mariage civil, sans pour autant lui reconnaître de valeur légale⁴²⁰. Ces positions des législateurs sur le mariage religieux ou coutumier, quoique différentes dans leur conception, contribuent à affirmer la suprématie du mariage civil, réputé être plus protecteur du consentement matrimonial, au minimum lorsque les futurs conjoints sont présents pendant la célébration. Ceci pose la question du mariage par procuration autorisé par les droits béninois et malien.

2) Le mariage par procuration dans les droits malien et béninois

105. - Principe de la comparution personnelle des futurs époux au mariage. Le mariage résulte de l'accord de deux personnes qui s'engagent à vivre ensemble. Cet engagement revêt une telle importance pour les individus qui s'unissent que leur présentation au jour de la célébration devrait naturellement procéder de leur intention matrimoniale, si celle-ci existe et est intègre, sauf cas de force majeure. Bien plus, la comparution personnelle est une mesure établie par le législateur afin de protéger la liberté matrimoniale jusqu'au dernier moment. Pour soutenir cet objectif, la présence d'un témoin majeur pour chacun des futurs époux est obligatoire⁴²¹. Son rôle est de certifier l'identité des époux, mais aussi de renforcer le caractère solennel de l'échange des consentements qui marque le commencement de la communauté de vie et d'intérêts.

106. - Exception à la règle. Le mariage par procuration ou par double procuration désigne le mariage qui est célébré hors la présence de l'un ou des deux futurs époux. Dans cette

⁴¹⁸ Ainsi que le soulignait un groupe de travail sur la réforme du droit de la famille en France, « Il n'est donc pas souhaitable d'attacher à la célébration d'un mariage religieux la valeur d'un mariage civil. Au-delà de cet argument républicain, des obstacles majeurs s'opposent à une telle solution. Elle conduirait nécessairement à établir une liste des religions bénéficiant du privilège, ce qui poserait d'évidentes difficultés, accrues par le phénomène des sectes. » (v. F. TERRE *et al.*, Rapport du groupe de travail Droit de la famille, Académie des sciences morales et politiques, 6 juin 2001, p. 14).

⁴¹⁹ Art. 126 du CPF du Bénin et art. 233 du CPF du Burkina Faso.

⁴²⁰ Ainsi de l'art. 20 de la loi ivoirienne n° 64-375 du 7 oct. 1964 relative au mariage (modifiée par les lois n° 83-800 du 2 août 1983 et n° 2013-33 du 25 janv. 2013). Également, en France, le Code pénal punit le ministre du culte qui procède à une célébration religieuse du mariage avant sa célébration civile (art. 433-21 C. pén. français).

⁴²¹ Cf. art. 136 al. 1 du CPF du Bénin, art. 275 al. 1 du CPF du Burkina Faso, art. 181 al. 2 et art. 298 al. 2 CPF du Mali. À certains égards, l'absence de critères juridiques pour le choix des témoins constitue une faiblesse dans la protection du consentement au mariage. Si le sens commun recommande de désigner comme témoins des personnes qui ont une sérieuse expérience du mariage, la loi, elle, laisse libre cours à la liberté des intéressés.

hypothèse, l'époux absent à la cérémonie de mariage se fait représenter par une personne munie d'une procuration spéciale. Cela étant, il faut rappeler qu'à l'origine, le mariage par procuration a été institué pour des cas extrêmes, justifiés par les circonstances exceptionnelles (a). Mais, de telles situations ne se retrouvent quasiment plus en pratique de nos jours, si bien que la reconduction du mariage par procuration dans les réglementations du Bénin et du Mali se comprend peu, encore que les dispositions qui y sont relatives ne sont pas très explicites (b).

a. Le mariage par procuration dans l'ancien droit du mariage en France

107. - Origine de l'autorisation du mariage par procuration. Historiquement, le mariage par procuration a été autorisé en France pendant la première guerre mondiale. Clémentine Vidal-Naquet explique qu'« avant la mise en place des permissions, les législateurs, conscients des ruptures provoquées par le conflit et inquiets des hécatombes des premiers mois de guerre, votèrent une loi permettant le mariage par procuration des mobilisés »⁴²². Pour introduire la loi qui fut ensuite votée, il fut avancé que « l'état de guerre impose parfois des solutions rapides »⁴²³. Le citoyen mobilisé pour la guerre, même s'il ne pouvait pas se déplacer pour se présenter devant le maire, pouvait « avoir des enfants à légitimer, la réputation d'une fille séduite à rétablir, le désir d'allouer à une personne avec laquelle il a vécu des avantages successoraux ou des allocations en cas de décès, etc. »⁴²⁴. Le cadre juridique du mariage par procuration fut effectivement fixé par une loi française du 4 avril 1915⁴²⁵, aujourd'hui abrogée⁴²⁶.

108. - Catégories de personnes visées par la loi française du 4 avril 1915. Le mariage en l'absence d'un futur époux, en tant que modalité exceptionnelle du mariage, était seulement ouvert aux militaires et aux marins présents sous les drapeaux. La loi du 4 avril 1915 disposait

⁴²² C. VIDAL-NAQUET, *S'épouser à distance : Le mariage à l'épreuve de la guerre*, in Belin – Revue d'histoire moderne et contemporaine, 2006/3, n° 53-3, p. 143.

⁴²³ Archives Nationales, Paris, C 7643, « Projets et propositions tendant à modifier les articles du Code civil », dossier 3708, in C. VIDAL-NAQUET, *S'épouser à distance : Le mariage à l'épreuve de la guerre*, *op. cit.*, p. 143. Comme le relève un article, « Cette loi était censée faciliter, pour les couples séparés, la traversée de l'épreuve; cette politique devait favoriser le bon moral du soldat ; elle avait aussi pour objectif la sauvegarde de l'institution du mariage et de la famille en permettant, malgré les bouleversements et les séparations, les cérémonies d'union » (cf. A. MOYAT, 243/Journal du 4 avr. 1915 : Les soldats peuvent se marier par procuration, 4 avr. 2015, consulté le 4 juil. 2017 sur <https://reims1418.wordpress.com/2015/04/04/243journal-du-4-avr.-1915-les-soldats-peuvent-se-marier-par-procuration/>).

⁴²⁴ A. WAHL, *Le mariage par procuration des mobilisés*, RTD Civ., t. 14, Recueil Sirey, 1915, p. 6.

⁴²⁵ Loi du 4 avr. 1915 ayant pour objet de permettre en temps de guerre le mariage par procuration. Elle était applicable à l'Algérie et aux colonies françaises en vertu de son article 2.

⁴²⁶ Elle fut abrogée par l'article 6 du décret-loi du 9 sept. 1939 ayant pour objet de permettre en temps de guerre le mariage par procuration des militaires et marins présents sous les drapeaux.

ainsi au 1^{er} alinéa de son article 1 qu'« En temps de guerre, pour causes graves et sur autorisation du ministre de la justice et du ministre de la guerre ou du ministre de la marine, il peut être procédé à la célébration du mariage des militaires et des marins sans que le futur époux, s'il est présent sous les drapeaux, soit obligé de comparaître en personne et à la condition qu'il soit représenté par un fondé de procuration spéciale ». En conséquence, le délai d'attente entre l'inscription à la mairie et le mariage, pendant lequel les bans étaient publiés, était réduit à quinze jours, au lieu des trente jours de rigueur qui découlaient alors des articles 151 et 154 du Code civil⁴²⁷. Pour sa part, Albert Wahl estimait que cette loi apportait une « grave dérogation [...], pour des motifs impérieux, à un principe essentiel du droit civil », étant donné que, pour se marier, « les époux doivent se présenter en personne devant l'officier de l'état civil »⁴²⁸. D'après une circulaire du 8 avril 1915 venue préciser la loi du 4 avril 1915, maintenant abrogée, était considérée comme cause grave permettant de demander à se marier par procuration « non seulement [l'existence d']enfants à légitimer ou en cas de grossesse de la future épouse ou encore dans l'hypothèse où, la mort de l'un des futurs époux étant imminente, il [s'agissait] de procéder à un mariage *in extremis*, mais aussi toutes les fois que le futur époux, désireux de donner suite à une promesse de mariage antérieure à la mobilisation, [servirait] comme militaire ou marin à un poste où sa vie est en danger ». Aussi, il résultait de l'article 1^{er}, alinéa 1, de la loi du 4 avril 1915, qu'il fallait une double autorisation ministérielle pour se marier par procuration, à savoir celles des ministres en charge de la Justice et de la Guerre ou de la Marine.

Dans l'ensemble, il est manifeste que la volonté du législateur français de l'époque était d'autoriser avec prudence les mariages dans lesquels les deux époux n'étaient pas présents⁴²⁹.

⁴²⁷ Cf. art. 1^{er}, al. 2, de la loi du 4 avr. 1915 (la publication des bans est aujourd'hui réglée par les articles 63 et 64 du Code civil français).

⁴²⁸ A. WAHL, *Le mariage par procuration des mobilisés*, *op. cit.*, p. 5. Pour la deuxième guerre mondiale également, des mesures similaires ont été reconduites par le décret-loi du 9 sept. 1939 ayant pour objet de permettre en temps de guerre le mariage par procuration des militaires et marins présents sous les drapeaux (abrogé par ordonnance 2007-465 du 29 mars 2007, art. 13, 7^o). Il n'y a pas longtemps, les militaires associés aux opérations de la guerre du Golfe se sont aussi vu offrir la possibilité de se marier sans comparution personnelle (Arrêté du 8 fév. 1991 relatif au mariage sans comparution personnelle des militaires intervenant dans le cadre des opérations résultant de la résolution n° 678 datée du 29 nov. 1990 du Conseil de sécurité des Nations Unies).

⁴²⁹ Il est relevé que les conditions difficiles à réunir afin de bénéficier de la dérogation expliquent le succès mitigé de cette loi (v. A. WAHL, *Le mariage par procuration des mobilisés*, *op. cit.*, p. 7 ; aussi C. VIDAL-NAQUET, *Le couple pendant la Grande Guerre : un sujet d'histoire ?*, Mission Centenaire 14-18, consulté le 11 mars 2015 sur <http://centenaire.org/fr/societe/le-couple-pendant-la-grande-guerre-un-sujet-dhistoire>. L'auteur relève

Pour les personnes civiles de droit français, la loi française a toujours laissé entendre, à défaut de l'affirmer expressément, que les futurs époux doivent comparaître personnellement le jour de leur mariage⁴³⁰. Finalement, la loi française n° 93-1027 du 24 août 1993⁴³¹ est venue mettre fin à toute équivoque par l'insertion dans le Code civil français en vigueur du nouvel article 146-1 selon lequel « Le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence »⁴³².

b. Le mariage par procuration dans les droits du mariage des États francophones africains

109. - Exception non circonscrite à des hypothèses particulières. Les raisons qui ont guidé certains législateurs de l'Afrique noire francophone à admettre le mariage par procuration dans les lois sur le mariage ne sont pas suffisamment exprimées. De fait, le mariage par procuration institué dans les droits béninois et malien ne répond pas à un besoin impérieux comme de permettre le mariage à distance de gens mobilisés en temps de guerre. En conséquence, en théorie, toute personne peut se marier par procuration, si elle peut prouver qu'elle est dans l'impossibilité de se présenter devant le maire pour faire célébrer son mariage. Au demeurant, cette condition paraît difficile à démontrer de nos jours, avec le développement des moyens de communication et de transports⁴³³.

110. - Influence de la coutume. Un regard attentif sur le mariage par procuration africain laisse penser que son appropriation par les nouvelles législations est le résultat d'une concession aux coutumes, qui ont de tout temps admis les mariages célébrés sans la présence des époux. La

qu'« Au total, en France, 6 240 unions sont conclues entre avr. 1915 et avr. 1921, soit moins d'1% des mariages de cette période »).

⁴³⁰ Cela apparaît à l'analyse de l'art. 75 du Code civil français, qui prescrit à l'officiant de donner lecture de certains articles du Code aux parties (cf. A. WAHL, Le mariage par procuration des mobilisés, *op. cit.*, p. 5-6).

⁴³¹ Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

⁴³² Cf. art. 31 de la loi. La Cour de cassation a, pour sa part, mis fin à la controverse jurisprudentielle en décidant qu'il s'agit d'une véritable condition de fond de l'union régie par la loi personnelle des futurs époux (France, Civ. 1^{re} civ., 15 juill. 1999, n° 99-10.269, Bull. civ. I, n° 244, D. 2000, somm., p. 414, obs. J.-J. LEMOULAND, LPA 2000, n° 40, p. 20, note J. MASSIP, Rev. crit. DIP 2000, p. 207, note GANNAGE, RJPF 1999-12/9, note KERCKHOVE, confirmé par France, Civ. 1^{re} civ., 28 mars 2006, n° 03-10.072, Dr. famille 2006, comm. 118, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, D. 2007, p. 1564, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, DEFRENOIS 2006, art. 38441, obs. J. MASSIP). Désormais, la jurisprudence ne tient pas le défaut de comparution au mariage pour une simple fraude à la loi, mais l'assimile à une absence pure et simple de consentement, cause de nullité absolue du mariage (cf. C. POMARD-NOMDEDEO, Les conditions relatives à la célébration du mariage, Lamy Droit des Personnes et de la Famille, oct. 2016, Étude 310, n° 310-63).

⁴³³ Même sous l'empire de la loi française du 4 avr. 1915, Albert WAHL relevait déjà que s'il était présumé que les mobilisés étaient souvent dans l'incapacité de se présenter à la mairie pour leur mariage, cela n'était pas rigoureusement exact (cf. A. WAHL, Le mariage par procuration des mobilisés, *op. cit.*, p. 6).

généralisation du mariage par procuration est pour le moins risquée, car ce type d'union ne permet pas de confirmer, autant que faire se peut, l'existence et la liberté du consentement au mariage, sachant que cela participe à prévenir les mariages forcés. L'ONU, dans sa « Recommandation sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages », pose le principe qu'« Aucun mariage ne [doit] être contracté légalement sans le libre et plein consentement des deux parties, ce consentement devant être exprimé par elles en personne, en présence de l'autorité compétente pour célébrer le mariage et de témoins, après une publicité suffisante, conformément aux dispositions de la loi »⁴³⁴. De ce fait, selon l'article 1^{er}, point 2, de la recommandation, « Le mariage par procuration ne [doit être] autorisé que si les autorités compétentes ont la preuve que chaque partie intéressée a, devant une autorité compétente et dans les formes que peut prescrire la loi, donné librement son plein consentement en présence de témoins et ne l'a pas retiré ». Ces dispositions appellent à la plus grande circonspection dans l'autorisation de la célébration du mariage hors la présence des époux. Mais, ce n'est pas le constat qui se dégage de l'examen de son régime juridique dans les États qui l'admettent.

111. - Conditions du mariage par procuration. Le Code béninois des personnes et de la famille, en son article 136, alinéa 2, énonce simplement que « 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 ». Le Code malien des personnes et de la famille, à son tour, n'est pas plus explicite à travers les alinéas 2 et 3 de son article 283, dont il ressort respectivement que le consentement « doit être donné oralement et en personne devant l'officier de l'état civil par chacun des futurs époux » et qu'« en cas d'éloignement, si l'un des futurs époux résidant en dehors du lieu où le mariage doit être célébré, ne peut se présenter en personne devant l'officier de l'état civil, la partie ainsi empêchée, peut donner son consentement par un acte dressé par l'officier de l'état civil de sa résidence ». Le caractère sommaire de ces dispositions laisse sans réponse bien de questions. Par exemple, dans les deux États, la forme du document qui tient lieu de procuration n'est pas spécifiée, si bien qu'en pratique, les individus peuvent fournir une procuration délivrée par des autorités diverses

⁴³⁴ Résolution 2018 (XX) de l'Assemblée générale en date du 1er nov. 1965. Elle s'appuie sur la Convention des Nations-Unies sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, issue de la résolution 1763 A (XVII) du 7 nov. 1962, art. 1^{er}, point 1.

(notaires, commissaires de police, etc.). En l'absence d'exclusions légales, les officiers de l'état civil ne sont pas fondés à refuser un mandat matrimonial non établi en la forme authentique, ainsi que le veut le principe⁴³⁵.

112. - Imprécision de la nature du mandat de représentation d'un futur époux. Le défaut de précision de la forme du mandat donné afin de consentir à un mariage est une faille dans le dispositif de protection du consentement. En effet, suivant l'article 1985 du Code civil français de 1804 resté inchangé dans les Codes civils des États de l'Afrique subsaharienne, une procuration peut être donnée verbalement, l'écrit n'étant exigé que pour la preuve testimoniale. De plus, une procuration écrite peut emprunter la forme sous *seing* privé, qui ne requiert aucune solennité. Dans ce cas, rien ne garantit qu'elle ne soit pas obtenue sous l'effet de la contrainte du futur époux dans le cadre privé, les auteurs de la violence pouvant ensuite prendre leurs précautions pour faire représenter le supposé candidat au mariage. Dès lors, si les législateurs béninois et malien entendent conserver dans leurs Codes des personnes et de la famille l'ouverture vers le mariage par procuration, ils devraient l'encadrer plus strictement, pour qu'il ne tende pas à se substituer à la situation normale dans laquelle les futurs époux sont tous présents durant la célébration du mariage, afin d'échanger leur consentement mutuel.

En définitive, la protection juridique du consentement matrimonial dans la phase précédant le mariage présente beaucoup de points faibles, que ce soit pendant les formalités préliminaires au mariage ou pendant la célébration du mariage qui se déroule devant l'officier de l'état civil ou devant le ministre du culte. Néanmoins, en ce qui concerne l'officier de l'état civil célébrant une union, qui peut se voir reprocher de n'avoir pas relevé l'absence évidente de consentement au mariage de la part d'un futur époux, en revanche, il est moins à blâmer lorsque le consentement existe bien, et que son intégrité est plutôt en cause. En effet, à son niveau, il est seulement en mesure d'appréhender les cas flagrants d'inexistence du consentement au mariage. Dans les cas où l'inexistence est dissimulée, la compétence revient au juge par un autre mécanisme.

§ 2 : Protection inadaptée du consentement matrimonial par le juge

113. - Place du juge. Sur le terrain de l'office du juge, la protection de la liberté matrimoniale est assurée à travers la sanction de l'inobservation des conditions du mariage tenant au

⁴³⁵ Cela peut se déduire à partir de l'article 315 du Code burkinabè des personnes et de la famille qui impose de rédiger, avant la célébration du mariage, toutes les conventions matrimoniales par devant notaire.

consentement. En principe, une fois le mariage célébré, il ne peut prendre fin, du vivant des époux, qu'avec le divorce, ou bien pour cause de mort. Mais, pour cela, le mariage doit être valide. Si, par hypothèse, le mariage célébré recèle une cause d'invalidité, l'époux victime, ou un tiers dans les cas autorisés par la loi, peut saisir la justice aux fins d'obtenir l'annulation du mariage. En ces occasions, le juge apprécie les causes de nullité affectant le mariage et sanctionne les personnes coupables de fraude au consentement, dans les cas où les textes juridiques le permettent. De fait, la nullité de l'union matrimoniale intervient pour le non-respect des conditions psychologiques, biologiques et sociologiques du mariage⁴³⁶, mais ici, l'attention sera spécifiquement portée aux causes de nullité relatives au consentement au mariage.

En Afrique, le juge étatique n'est pas souvent saisi en annulation du mariage⁴³⁷. La raison semble être une certaine défiance envers la justice moderne. Cependant, le juge est un intervenant de premier plan dans la protection du consentement matrimonial, et si les victimes s'abstiennent de porter devant lui les affaires qui devraient l'être, le dispositif de protection du consentement nuptial s'en trouve bouleversé. Cette spécificité sociologique sera examinée (B), mais auparavant, il convient de se pencher sur les cas dans lesquels la saisine du juge pour cause de nullité du consentement matrimonial est admise (A).

A. Cas de recours judiciaires dans le cadre de la protection du consentement nuptial

B. État de la jurisprudence en matière de protection du consentement au mariage

A. Cas de recours judiciaires dans le cadre de la protection du consentement nuptial

114. - Consentement valide. Pour sa régularité, le mariage doit avoir été conclu par des personnes capables, ayant échangé des consentements qui satisfont aux critères légaux⁴³⁸. À ce titre, le consentement matrimonial considéré doit exister (1), mais aussi être intègre (2).

⁴³⁶ Les conditions biologiques tiennent notamment à l'âge et, dans les États qui ne reconnaissent pas encore le mariage homosexuel (comme pour les États étudiés) à la différence de sexe ; les conditions sociologiques sont relatives aux autorisations requises pour se marier, à l'absence d'union antérieure non dissoute sauf option de polygamie pour l'homme, au respect du délai de viduité, à l'absence de lien de parenté ou d'alliance à un degré prohibé pour le mariage, etc. (cf. G. CORNU, *Droit civil : La famille, op. cit.*, p. 285 sq.).

⁴³⁷ Les actions en justice usuelles relatives au mariage concernent le divorce ou la garde d'enfants.

⁴³⁸ Cf. art. 119 et 148, 1^{er} tiret, du Code béninois des personnes et de la famille ; art. 240 et 281-4° du Code burkinabè ; art. 283 al. 1 et 311 al. 1 du Code malien.

1) Inexistence du consentement

115. - Condition d'existence du consentement. Pour exister, le consentement d'abord doit avoir été clairement exprimé. Il doit de même traduire la volonté réelle de son auteur d'être uni par les liens du mariage, avec la personne qui comparait simultanément devant le maire ou l'autorité célébrant le mariage. Cependant, la forme de l'expression du consentement n'est pas figée, afin de tenir compte des situations dans lesquelles une personne peut ne pas être en situation d'extérioriser sa volonté suivant le mode habituel : une réponse affirmative à la question de savoir si chaque futur époux veut prendre l'autre pour époux⁴³⁹. Il revient à l'officiant, ou au juge en cas de saisine, d'apprécier⁴⁴⁰. La jurisprudence retient généralement que la prononciation du « oui » rituel vaut aussi bien qu'un autre signe d'acquiescement qui exprime suffisamment la volonté de se marier⁴⁴¹.

116. - État de non conscience. Il ressort des Codes des personnes et de la famille des États africains que le consentement au mariage doit être donné en pleine conscience pour former le contrat. Il est considéré qu'il y a défaut de consentement lorsque le consentement est exprimé par une personne qui n'est pas en pleine possession de ses moyens⁴⁴². Du point de vue de la jurisprudence française, deux causes principales peuvent fonder l'absence de consentement. Selon une première hypothèse, le consentement exprimé est considéré comme inexistant lorsque la personne qui a consenti au mariage souffre d'une perte momentanée de lucidité. Au fil des décisions jurisprudentielles, la théorie des intervalles lucides a vu le jour, qui postule que la lucidité d'un individu ayant expressément consenti à son mariage est toujours présumée. De

⁴³⁹ V. M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, *Mariage (2° Conditions de formation)*, *op. cit.*, n° 47 *sq.* ; aussi J.-J. LEMOULAND, *Mariage - Concubinage - Pacte civil de solidarité*, Recueil Dalloz 2006, p. 1414.

⁴⁴⁰ La jurisprudence française – qui est aussi opérante dans les États de l'Afrique francophone : lire à ce propos M. ADAMOÛ, *Les erreurs judiciaires en matière criminelle : contribution à une réforme de la justice criminelle au Bénin et en France*, Thèse de doctorat, Université de Bourgogne, 2009, p. 58-59 ; aussi R. DEGNI-SEGUI, *De l'amour de la loi extranéenne ou la loi en Afrique*, *op. cit.* – se montre relativement souple, notamment pour le mariage *in extremis*. Elle estime que si l'un des époux ne peut parler pendant la célébration du mariage, il appartient au juge de relever et d'interpréter les signes (attitude, larmes, regard) par lesquels cet époux a entendu affirmer sa volonté (*cf.* France, Civ. 1^{re}, 22 janv. 1968, n° 66-12.308, JCP G 1968, II, n° 15442, obs. R. LINDON). Elle retient aussi qu'un rôle émis en réponse à la question du consentement posée par l'officier de l'état civil peut être interprété comme une manifestation de la volonté de l'intéressé d'épouser sa compagne (France, Civ. 1^{re}, 31 janv. 2006, Bull. civ. 2006 I, n° 47, p. 48). Dans un sens contraire, des signes ont été jugés insuffisants parce que l'intéressé ne comprenait pas le sens et la portée des questions posées (France, CA d'Aix-en-Provence, 23 avr. 1996, Dr. fam. 1996. Comm. 17, obs. H. LÉCUYER).

⁴⁴¹ Il a été jugé en France que l'appréciation de l'existence du consentement est une question relevant du pouvoir souverain des juges du fond (France, Civ. 1^{re}, 29 janv. 1975, n° 72-13.326, Bull. civ. I, n° 42 p. 39, D. 1975, p. 668, note J. HAUSER).

⁴⁴² *Cf.* R. MÉSA, *La capacité d'exercice des personnes protégées*, Lamy Droit des Personnes et de la Famille, oct. 2015, Étude 241, n°241-9.

cette manière, il appartient à celui qui allègue l'insanité d'esprit d'un époux lors de la célébration d'en établir la preuve afin d'obtenir l'annulation du mariage⁴⁴³. Une seconde hypothèse concerne la personne se trouvant dans un état de démence avéré. Ainsi, par exemple, est nul pour défaut de consentement, le mariage pour lequel un époux a consenti alors qu'il se trouvait dans un état de sénilité notoire⁴⁴⁴. Pareillement, le mariage contracté par une personne souffrant d'une pathologie psychotique conduisant à des mariages répétitifs est frappé de nullité⁴⁴⁵. En somme, il peut être retenu que, « Pour que le consentement fasse défaut, il est nécessaire que l'individu n'ait [pas] compris, même en partie, ni le sens ni la portée du « oui » prononcé »⁴⁴⁶.

117. - Consentement non sérieux. Dans les droits béninois, burkinabè et malien, l'annulation du mariage peut être demandée sur le fondement d'un consentement non sérieux. Selon la jurisprudence française⁴⁴⁷, le consentement est jugé tel s'il ne permet pas de déceler une véritable intention conjugale. Comme l'affirme Xavier Labbé, « Le droit contemporain du mariage assimile au "défaut de consentement" le "défaut d'intention matrimoniale" »⁴⁴⁸. Dans cette optique, il s'agit d'appréhender les mariages de complaisance, donc les mariages pour lesquels le consentement est donné dans un but étranger à la finalité du mariage. En effet, cette catégorie de mariage se caractérise par le fait que l'un des conjoints au moins veut, à travers le mariage, obtenir un résultat précis qui découle de l'institution, sans avoir l'intention véritable de mener une vie de couple.

Les raisons qui peuvent guider un mariage de complaisance sont diverses. Dans un cas, le mariage a été annulé, faute de consentement, parce que l'épouse « n'avait pas eu l'intention de

⁴⁴³ Sur la genèse de cette théorie, lire P. A. MERLIN et J. P. RORET, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, vol. 17, 1828, p. 224 sq. Dans une espèce, la jurisprudence française avait semblé faire un revirement pour admettre que le juge puisse apprécier la validité du consentement au regard de l'état mental d'ensemble du sujet à l'époque de la célébration (France, Civ. 1^{re}, 28 mai 1980 : JCP 1981. II. 19552, note G. RAYMOND), mais elle est ensuite revenue à sa position initiale de la preuve à fournir par celui qui conteste la validité de l'acte de mariage (Civ. 1^{re}, 2 déc. 1992 : D. 1993. 409, note F. BOULANGER, Bull. civ. I 1992, n° 299, p. 195 ; France, Civ. 1^{re}, 4 mai 2011, Bull. civ. I 2011, n° 82).

⁴⁴⁴ France, Civ. 1^{re}, 28 mai 1980 : JCP 1981. II. 19552, note G. RAYMOND.

⁴⁴⁵ France, CA, Paris, 2 juil. 2009, D. 2010, p. 728, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU.

⁴⁴⁶ M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Mariage (2^e Conditions de formation)*, *op. cit.*, n° 57.

⁴⁴⁷ Pour rappel, elle est exploitée dans les systèmes juridiques des États de l'Afrique francophone.

⁴⁴⁸ Cf. X. LABBÉE, *Le droit commun du couple*, 2^e éd., Presses universitaires du Septentrion, 2012, Villeneuve d'Ascq, p. 70.

se soumettre à toutes les obligations nées de l'union conjugale »⁴⁴⁹. Dans une autre affaire, le juge a prononcé la nullité du mariage pour but contraire à l'essence du mariage, le mariage ayant été contracté en vue d'obtenir un titre de séjour, sans intention réelle de créer une famille ni d'en assumer les charges⁴⁵⁰. Quand bien même le vrai motif du mariage n'est pas répréhensible en soi, il suffit de caractériser le but « unique et exclusif » de l'union, étranger à l'institution matrimoniale pour conclure au défaut de consentement valide⁴⁵¹. Dans ce sens, un mari, demandeur en nullité de son mariage, a obtenu gain de cause pour avoir avoué qu'il s'était marié « par amitié » et que le mariage n'avait pas été consommé⁴⁵².

118. - Sanction du défaut de consentement. Au niveau des sanctions, l'inexistence du consentement au mariage emporte nullité absolue du mariage. L'action est ouverte aux époux, à toute personne qui justifie d'un intérêt ou au ministère public⁴⁵³. La question est réglée aux articles 149 du Code béninois des personnes et de la famille, 283 du Code burkinabè et 311 du Code malien, mais, dans ce dernier, seulement en ce qui concerne le mariage célébré par l'officier de l'état civil et non celui célébré par le ministre du culte. Le Code béninois précise que l'action est imprescriptible. Le Code burkinabè est muet sur le délai de l'action, de sorte que l'action est par défaut soumise à la prescription trentenaire de droit commun⁴⁵⁴. Dans le Code malien, le délai n'est pas non plus indiqué. De fait, l'article 313 de celui-ci précise que « Le mariage contracté sans le consentement [des époux et des personnes dont l'autorisation est requise pour le mariage des mineurs] ne peut être attaqué que par celles dont le consentement

⁴⁴⁹ Dans cette espèce, l'épouse s'était mariée dans le but exclusif d'appréhender le patrimoine de l'époux, et ce dernier avait exprimé sa volonté de demander l'annulation du mariage quelques jours avant de subir les coups mortels portés par l'épouse (France, Civ. 1re, 19 déc. 2012, Bull. I, n° 267).

⁴⁵⁰ France, Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, Bull. civ. 2011 I, n° 102. V. aussi France, Civ. 1re, 6 juill. 2000 (LPA 31 janv. 2001, obs. J. MASSIP), où la nullité du mariage a été prononcée pour avoir été contracté dans le seul but de faire d'obtenir la nationalité française.

⁴⁵¹ Cf. J. HAUSER, De la liberté et de l'intégrité du consentement en mariage, *op. cit.*, p. 304.

⁴⁵² France, Pau, 6 mars 2006, Dr. fam. 2006, oct. ; 2006, n° 10, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

⁴⁵³ Dans le cas du Bénin, la mise en œuvre de l'action par le ministère public est expressément limitée pendant la vie des époux (art. 149, 3^e tiret). Le Code burkinabè ne donne pas de précision sur ce point, mais, là aussi, il faudrait retenir une solution identique car, de toute façon, l'ordre public n'est concerné que pour autant que les deux époux sont encore vivants (pour plus de développements sur la question, lire M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, Mariage (3^e Sanction de l'inobservation des conditions de formation), Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2014 (actualisation fév. 2017), n° 46).

⁴⁵⁴ Article 2262 du Code civil burkinabè. En France, la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile a uniformisé les délais de prescription des actions civiles à cinq ans, que ce soit une cause de nullité absolue ou une cause de nullité relative qui est invoquée ; cette loi ne touche pas cependant à la matière matrimoniale où la nullité absolue demeure soumise à la prescription trentenaire (art. 7-II et 7-III de la loi modifiant les articles 184 et 191 du Code civil) avec un point de départ fixé au jour de la célébration du mariage.

était nécessaire ». Curieusement, le Code malien n'ouvre pas l'action en nullité du mariage pour absence du consentement à toutes les personnes intéressées, à l'instar des autres États africains ayant hérité du Code civil français de 1804. L'état du droit malien sur cette question laisse perplexe quant à la nature de l'action qui semble, en définitive, plus tenir de la nullité relative que de la nullité absolue, d'autant plus que le délai n'en est pas précisé⁴⁵⁵.

Il vient d'être présenté des cas d'inexistence du consentement au mariage. Pour opérer, ces moyens doivent être invoqués par la voie d'une action en justice. Cependant, en Afrique, les individus sollicitent peu l'office du juge dans ce domaine⁴⁵⁶. Il peut être fait le même constat en ce qui concerne les vices du consentement au mariage.

2) Vices du consentement au mariage

119. - Vices du consentement en matière matrimoniale. En droit français comme dans les droits des États africains francophones, sur les trois vices du consentement habituellement admis en théorie générale des contrats⁴⁵⁷, il en est deux qui sont admis s'agissant du consentement au mariage. Ce sont l'erreur et la violence, à l'exception du dol⁴⁵⁸. En effet, la célèbre formule d'Antoine Loysel, selon laquelle « en mariage [...] trompe qui peut »⁴⁵⁹, vient rappeler que « l'art de plaire et la séduction, consubstantiels au mariage et inhérents aux rapports de couple »⁴⁶⁰, ne permettent pas de ranger le mensonge anodin au nombre des manifestations du dol, cause de nullité du mariage⁴⁶¹. Il reste néanmoins possible de sanctionner les manœuvres, artifices et mensonges graves, dont un des époux aurait usé pour obtenir le consentement de l'autre, à travers l'erreur sur les qualités essentielles de la personne.

120. - Erreur. L'erreur qui se produit sans avoir été recherchée est dite spontanée, contrairement à celle résultant d'un dol qui est dite provoquée⁴⁶². Selon la jurisprudence

⁴⁵⁵ Cela provient sans doute de la juxtaposition des cas de défaut de consentement des époux et de défaut de l'autorisation parentale exigée pour le mariage des personnes mineures. En principe, les deux cas ne débouchent pas sur le même type de nullité, le premier étant classiquement une cause de nullité absolue tandis que le second est une cause de nullité relative.

⁴⁵⁶ V. *infra*, note ss n° 126.

⁴⁵⁷ Cf. art. 1130 *sq.* du Code civil français (issus de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 fév. 2016, art. 2, entrée en vigueur le 1^{er} oct. 2016) ; art. 1109 *sq.* du Code civil français de 1804 encore en application dans les États d'Afrique francophone.

⁴⁵⁸ Ainsi, le dol n'est pas une cause de nullité du mariage.

⁴⁵⁹ A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, n° 103.

⁴⁶⁰ F. TERRE *et al.*, *Rapport du groupe de travail Droit de la famille*, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁶¹ Il faut distinguer entre le *bonus dolus*, toléré en droit des contrats, et le *malus dolus*, qui, lui, peut fonder l'annulation d'une convention.

⁴⁶² J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, *Erreur*, Dalloz, Répertoire de droit civil, sept. 2006 (actualisation avr. 2016).

française, l'erreur est provoquée si un époux a caché à son conjoint sa qualité de divorcé⁴⁶³, l'a trompé sur sa capacité à procréer⁴⁶⁴, sur son intégrité mentale⁴⁶⁵ ou encore lui a caché sa séropositivité⁴⁶⁶. En revanche, mentir sur sa virginité n'est pas cause de nullité du mariage car « en toute hypothèse le mensonge qui ne porte pas sur une qualité essentielle n'est pas un fondement valide pour l'annulation d'un mariage »⁴⁶⁷. Par ailleurs, l'erreur peut porter sur la personne même du conjoint. Elle se rapporte alors à l'identité civile ou physique de la personne⁴⁶⁸. À la faveur de certaines actions en annulation, en France, le juge a retenu que l'erreur sur l'identité civile, sur la nationalité, sur le nom, ou encore sur l'appartenance familiale, ne peut constituer un vice du consentement au mariage que si elle a été déterminante du consentement⁴⁶⁹.

121. - Violence. Le consentement au mariage est aussi entaché de vice dans le cas où il est fait usage de contrainte pour obtenir le consentement au mariage. La contrainte peut être physique⁴⁷⁰ ou psychologique⁴⁷¹. Il appartient au juge d'en apprécier la gravité⁴⁷². Sur ce point, si « le droit commun des contrats [...] exclut que la seule crainte révérencielle, sans violence exercée, suffise à faire annuler le contrat »⁴⁷³, en revanche, le législateur français admet la

⁴⁶³ France, Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, RTD civ. 1998. 659, obs. J. HAUSER.

⁴⁶⁴ France, TGI Avranches, 10 juill. 1973 : D. 1974. 174, note P. GUIHO.

⁴⁶⁵ France, TGI Rennes, 9 nov. 1976, D. 1977. 539, note H.-D. COSNARD.

⁴⁶⁶ France, TGI Dinan, 4 avr. 2006, RTD civ. 2007. 550, obs. J. HAUSER.

⁴⁶⁷ France, Douai, 17 nov. 2008, JCP 2009, II, 10005, note P. MALAURIE.

⁴⁶⁸ J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, *Erreur*, *op. cit.*, n° 21-22.

⁴⁶⁹ Cf. France, Paris, 12 juin 1957, JCP 1957. II. 10110, note R. LINDON ; France, Lyon, 16 janv. 1980 : D. 1981. 577, note P. GUIHO ; Gaz. Pal. 1980. 2. 428, note J. VIATTE ; France, Paris, 7 juin 1973 : JCP 1973. II. 17539, note G. GOUBEUX ; D. 1974. 174, note P. GUIHO, confirmé par France, Civ. 1^{re}, 19 févr. 1975 : Bull. civ. 1975 I, n° 70 ; sur la nationalité de l'autre (France, T. civ. Seine, 4 févr. 1918 : DP 1920. 2. 78).

⁴⁷⁰ En pratique, les cas de violence physique sont plutôt rares. Un auteur rapporte que chez les *serere* du Sénégal, la femme pouvait être « livrée enchaînée [...] à son futur époux » (cf. J. CHABAS, *Le statut personnel des autochtones de l'Afrique noire*, in *Revue Civilisation*, vol. 3, n° 2, Institut de Sociologie de l'Université de Bruxelles, 1953, p. 200). Pour un cas jurisprudentiel, v. France, Bordeaux, 21 févr. 2006, Dr. fam. 2007, n°6, juin 2007, Comm. 121, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, où la jeune femme a subi des violences de la part de ses parents et de son futur prétendant).

⁴⁷¹ France, Trib. civ. de Montpellier, 16 juil. 1946, Gaz. Pal., 2. 183 : le juge a annulé le mariage pour violence, l'époux ayant consenti à l'union suite à une contrainte morale exercée tant ses père et mère que par son supérieur hiérarchique ; France, CA de Bastia, 27 juin 1949, D. 1949, D., 1949.2.417, JCP 1949 II 5083, note J. S. : l'époux a consenti à l'union par suite de menaces de mort proférées par le père de la femme ; France, CA de Rennes, 10 déc. 1981, Jurisdata 1981-641982 : la femme a accepté de se marier après avoir reçu des menaces de son père, devant témoins, de lui faire du tort si elle ne se mariait pas ; France, TGI Paris, 7 mai 1996, Dr. fam. 1997. 38, obs. H. LÉCUYER : le mariage a été annulé sur la base de la « pression des familles ».

⁴⁷² France, Civ. 1^{re}, 17 déc. 1968, RTD civ. 1970. 154, obs. R. NERSON.

⁴⁷³ Cf. art. 1114 du Code civil français. Lire E. CHAUVEL, *Violence*, Dalloz, Répertoire de droit civil, janv. 2013 (actualisation avr. 2016), n° 20 ; aussi LARRIBAU-TERNEYRE, *L'effectivité de la liberté fondamentale du*

crainte révérencielle comme un vice du consentement au mariage. En effet, l'article 180 du Code civil français, modifié par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006⁴⁷⁴, dispose que « l'exercice d'une contrainte sur les époux ou sur l'un d'entre eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage ». La prise en compte de la crainte révérencielle dans le droit du mariage en France est une évolution souhaitable dans les droits des États de l'Afrique noire francophone, compte tenu de la forte hiérarchisation des relations familiales qui donne une dimension particulière à l'autorité des parents. De fait, il est relevé que les droits des personnes y sont déterminés en fonction de leur âge et de leur sexe⁴⁷⁵. Le pluralisme juridique qui se poursuit dans les faits tend même à donner la prééminence à la coutume, qui reconnaît tous pouvoirs aux familles pour conclure le mariage de l'un de ses membres⁴⁷⁶. Dans ces conditions, la volonté familiale⁴⁷⁷ prime sur la volonté individuelle⁴⁷⁸. Dans la mesure où toute velléité à faire prévaloir l'intérêt individuel sur l'intérêt familial fait encourir à une personne le risque d'une rupture définitive avec les membres de sa famille, l'orientation insistante d'un membre influent de la famille sur le principe même du mariage ou sur le conjoint souhaité suffit pour forcer son consentement au mariage⁴⁷⁹. Pour ces raisons, la crainte

mariage : la protection du consentement, in « La liberté fondamentale du mariage », Actes du colloque du 6 juin 2008, PUAM, 2009, p. 115.

⁴⁷⁴ Loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

⁴⁷⁵ Cf. J.-P. MAGNANT, *Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine*, op. cit., p. 176 ; aussi L. MATA-LATA, *L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne*, 8^e congrès français de droit constitutionnel, Nancy, 16-18 juin 2011, Atelier n°4, in *Revue Civitas Europa*, éd. Irenée/Université de Lorraine, 2013/2, n° 31, p. 243.

⁴⁷⁶ Lire à ce propos G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., 311 p. ; A. N. GBAGUIDI, *Pluralisme juridique et conflits internes de lois en Afrique noire*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Montesquieu de Bordeaux IV, 1998, 400 p. ; A. SOW-SIDIBÉ, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, LGDJ, Paris, 1991, 383 p. ; *Les pluralismes juridiques*, ouvrage collectif, Collection Cahiers d'anthropologie juridique, éd. Karthala, Paris, 2003, 231 p. ; aussi J. VANDERLINDEN, qui, développant la conception du pluralisme juridique, met en exergue que « pour chaque individu, existe un certain nombre de réseaux sociaux normatifs et autonomes qui s'efforcent de gouverner son comportement » (J. VANDERLINDEN, *Production pluraliste du droit et construction de l'État africain*, *Afrique Contemporaine*, 2001, consulté le 30 mars 2015 sur <http://www.dhdi.free.fr/recherches/etatdroitjustice/articles/vanderli2.htm>).

⁴⁷⁷ Elle se résume en fait à la volonté du représentant masculin le plus influent de la famille, généralement le père de famille.

⁴⁷⁸ Norbert ROULAND a mis ce trait en évidence, lorsque, traitant des sociétés communautaires, il affirmait que « Les droits des groupes y prédominent sur ceux de leurs membres, auxquels ils assurent leur protection. » (N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Coll. Que sais-je ? n°2528, PUF, Paris, 1990, p. 3).

⁴⁷⁹ Pour comparer, en France, un mariage a été annulé pour simple insistence de la part des parents, considérée par les juges comme ayant privé le consentement de l'époux de toute efficacité (cf. TGI Versailles, 25 avr. 1979, *Gaz. Pal.* 1979. 2. 532 ; *RTD civ.* 1981. 142, obs. R. NERSON ET J. RUBELLIN-DEVICHI).

révérencielle devrait figurer au nombre des causes de nullité du mariage prévues par les Codes des personnes et de la famille.

122. - Sanction des vices du consentement au mariage. Les vices du consentement entraînent la nullité relative du mariage, suivant les articles 145 du Code béninois des personnes et de la famille et 282 du Code burkinabè des personnes et de la famille⁴⁸⁰. De nouveau, sur ce point, le Code malien des personnes et de la famille se démarque des deux autres car il ne fait nullement référence aux vices du consentement. Que peut-on en conclure ? La réponse n'est pas aisée. Au demeurant, il serait hardi de soutenir que le Code malien exclut la possibilité d'annuler un mariage lorsque ce n'est pas l'existence du consentement qui est en cause, mais le raisonnement ne saurait être élargi au critère de la sincérité. La solution est peut-être à rechercher dans le Régime général des obligations⁴⁸¹, où sont énumérés les vices du consentement dans les contrats⁴⁸².

123. - Conditions de l'action en nullité du mariage pour vices du consentement. Les Codes béninois et burkinabè des personnes et de la famille reconnaissent le droit d'agir en nullité à la victime du vice du consentement⁴⁸³ ou au parent dont l'autorisation n'a pas été requise conformément aux exigences légales, sous certaines conditions⁴⁸⁴. Il faut cependant noter que la demande en nullité n'est plus recevable s'il y a eu cohabitation continue pendant six mois au moins depuis que l'époux victime a recouvré sa pleine liberté ou qu'il a découvert son erreur⁴⁸⁵. De même, dans le cas du mariage d'un incapable célébré sans autorisation, outre l'époux pour lequel l'autorisation était nécessaire⁴⁸⁶, le tiers peut agir en nullité du mariage, dans un délai de six mois à compter du jour où il a eu connaissance du mariage, sauf s'il l'a approuvé d'une

⁴⁸⁰ Pour illustrer, on peut se baser sur l'article 284 alinéa 1^{er} du Code burkinabè des personnes et de la famille qui dispose que : « L'époux victime d'une violence physique ou morale, d'une erreur sur la personne ou sur les qualités essentielles de la personne, peut demander l'annulation du mariage ».

⁴⁸¹ Issu de la loi malienne n°87-31/AN/RM du 29 août 1987.

⁴⁸² Cf. art. 28 sq. du Régime général des obligations.

⁴⁸³ Cf. art. 146, 1^{er} tiret, du CPF du Bénin et art. 284, al. 1^{er} du même Code du Burkina Faso. En France, dans une espèce, les juges ont rejeté l'action exercée par les enfants, au nom de leur père, pour défaut de qualité pour agir (v. France, Civ. 1^{re}, 4 juil. 1995, Bull. civ. 1995 I, n° 291, p. 203).

⁴⁸⁴ Cf. art. 146, 2^e tiret, et art. 285 des CPF du Bénin et du Burkina Faso.

⁴⁸⁵ Cf. art. 147, 1^{er} tiret, du Code béninois des personnes et de la famille et art. 284, al. 2 du même Code burkinabè. Dans ce cas, on parle de confirmation tacite. Mais la confirmation peut être expresse et être faite par anticipation (cf. art. 286, al. 1^{er}, du Code burkinabè des personnes et de la famille).

⁴⁸⁶ L'action de l'époux peut être exercée dans un délai de six mois à compter de sa majorité, sous réserve de l'hypothèse de la confirmation du mariage (cf. art. 286, al. 2, du Code burkinabè des personnes et de la famille).

manière quelconque⁴⁸⁷. De fait, le délai de six mois accordé pour exercer l'action en nullité se révèle court, si on le compare avec le délai de cinq ans que prévoit désormais le Code civil français⁴⁸⁸. Il est aussi remarqué que la France a étendu l'initiative de l'action en nullité du mariage pour vice du consentement au ministère public, afin de renforcer la détection des mariages forcés⁴⁸⁹.

124. - Effets de la nullité du mariage. La nullité du mariage opère dans les droits burkinabè et béninois comme en droit français. L'annulation du mariage anéantit rétroactivement le mariage. Ainsi, il est considéré comme n'ayant jamais existé, aussi bien dans les rapports entre les époux que dans les rapports qu'ils ont pu établir avec les tiers. Les époux sont remis dans leur situation antérieure, et les effets personnels et pécuniaires du mariage disparaissent⁴⁹⁰. Cependant, les effets de l'annulation se trouvent souvent atténués par application de la théorie du mariage putatif⁴⁹¹, laquelle permet de conserver aux époux le bénéfice des effets déjà produits par le mariage et d'en paralyser seulement les effets à venir. La bonne foi de l'un au moins des époux, reposant par exemple sur la croyance erronée en la validité du mariage, est la condition essentielle pour bénéficier de la putativité. Elle est appréciée au moment du mariage⁴⁹². À

⁴⁸⁷ L'approbation peut être expresse ou tacite (cf. art. 147, 2^e tiret du Code béninois des personnes et de la famille ; art. 286, al. 1^{er}, du Code burkinabè des personnes et de la famille), et, dans ce dernier cas, l'on tient pour approbation le fait de prendre part à la célébration du mariage.

⁴⁸⁸ Art. 181 du Code civil français, modifié par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008. Le délai de l'action en nullité du mariage dans les droits des États d'Afrique francophone, distinct de celui de l'action en nullité en théorie générale des contrats, semble se justifier par le souci de réduire la période d'incertitude du lien matrimonial. Le délai de droit commun pour agir en nullité relative dans ces pays est généralement de cinq ans, par application de l'article 1^{er} de la loi du 18 fév. 1938 modifiant le Code civil français de 1804, sauf les exceptions dans certaines législations, comme au Burkina Faso où le délai de prescription de l'action en nullité relative est de dix ans (Cf. art. 1304 du Code civil) ou en Côte d'Ivoire où l'article 37 de la loi n° 64-375 du 7 oct. 1964 relative au mariage accorde un délai de trente ans pour agir en nullité relative du mariage lorsque le consentement « a été extorqué par la violence ou [...] n'a été donné que par suite d'une erreur sur l'identité physique ou civile de la personne ».

⁴⁸⁹ Cf. art. 180 modifié du Code civil. V. LARRIBAU-TERNEYRE, L'effectivité de la liberté fondamentale du mariage : la protection du consentement, *op. cit.*, p. 115. Certains ont parlé à propos de l'extension de l'action en nullité pour vice du consentement au ministère public de reconnaissance d'une « nullité relative d'ordre public » (DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Nullité pour erreur sur les qualités essentielles du conjoint : la leçon de droit de la cour de Douai, RLDC 2009/57. 3304.

⁴⁹⁰ V. F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, op. cit.*, p. 130-131.

⁴⁹¹ La théorie puise sa source dans le droit canonique qui l'a forgé afin d'éviter aux enfants issus d'un mariage annulé la disgrâce d'être requalifiés en enfants naturels plutôt que légitimes (v. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 5^e éd, LGDJ-Lextenso, Paris, 2016, p. 178).

⁴⁹² La connaissance ultérieure de la cause d'invalidité du mariage est sans incidence (France, Chambéry, 15 juin 1869, DP 1869. 2. 188). La bonne foi est souverainement appréciée par les juges du fond (France, Civ. 1^{re}, 12 déc. 2003 ; RTD Civ., 2004, p. 978). D'ailleurs, elle est toujours présumée (art. 288 *in fine* du CPF du Burkina Faso, art. 152 al. 1^{er} du CPF du Bénin). Elle résulte notamment de l'ignorance non fautive de la cause de nullité du mariage avant sa célébration. Il a été jugé que, pour écarter le bénéfice du mariage putatif, il faut prouver

l'endroit de l'époux dont la bonne foi est avérée, le mariage annulé produit ses effets comme s'il avait été valable jusqu'au jour où la décision prononçant la nullité est passée en force de chose jugée. Il cesse de produire ses effets uniquement pour l'avenir⁴⁹³. Pour l'époux de mauvaise foi, l'annulation du mariage déploie ses effets rétroactivement. Concernant les enfants, par le passé, en droit français, la putativité ne leur profitait qu'en cas de bonne foi de l'un au moins des parents. Cette condition avait été supprimée (la distinction entre enfants légitimes et enfants naturels n'existe plus en droit français⁴⁹⁴) et les enfants issus d'un mariage nul conservaient leur légitimité vis-à-vis des parents comme des tiers, sans référence à la bonne ou mauvaise foi de leurs auteurs⁴⁹⁵. La garde des enfants était tranchée comme en matière de divorce. Ce régime dérogatoire faisait dire au doyen Cornu que « La légitimité de la filiation fleurit sur la nullité du mariage... la légitimité puise sa source dans la seule volonté du législateur. Seule la souveraineté législative peut accréditer ou instituer une telle fiction »⁴⁹⁶.

Après cet aperçu sur les irrégularités relatives au consentement matrimonial pouvant motiver la saisine du juge, il convient de s'intéresser à la pratique qui en est faite.

B. État de la jurisprudence en matière de protection du consentement au mariage

125. - Évitement généralisé des procédures judiciaires. Les populations africaines manifestent encore aujourd'hui une grande défiance envers l'institution judiciaire⁴⁹⁷. De la sorte,

que l'épouse avait eu, au moment de la célébration de son mariage, connaissance du maintien des liens du mariage antérieur de l'époux (v. France, Civ. 1^{re}, 20 nov. 2013, RTD civ. 2014. 91, obs. J. HAUSER).

⁴⁹³ Concernant les biens, la date à considérer pour les effets de la dissolution est celle de la demande en nullité, mais à l'égard des tiers l'opposabilité est conditionnée par la transcription de la décision d'annulation à l'état civil (cf. art. 289 du CPF du Burkina Faso).

⁴⁹⁴ Cf. ordonnance n° 2005-759 du 4 juil. 2005 portant réforme de la filiation. Elle hiérarchisait les filiations.

⁴⁹⁵ V. la loi française n° 72-3 du 3 janv. 1972 sur la filiation modifiant l'article 202 du Code civil français : « [Le mariage] produit aussi ses effets à l'égard des enfants, quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi ». Les CPF des États de l'Afrique noire francophone qui ont été adoptés à la suite de cette réforme l'ont reprise à leur compte : art. 291 du CPF du Burkina Faso ; art. 152, al. 3, du CPF du Bénin (lire A. N. GBAGUIDI, Égalité des époux, égalité des enfants dans le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin, *in* Revue béninoise de sciences juridiques et administratives, n° spécial, oct. 1995, p. 16), à l'exception du Mali qui n'aborde pas la question.

⁴⁹⁶ Cité par J. FOYER, Réflexion sur l'article 202 du Code civil, *in* « L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré », PUF, Paris, 1999, p. 469 à 477.

⁴⁹⁷ Cf. Entretien avec l'officier de l'état civil PER 11, réalisé le 4 mai 2017. L'intéressée expose que, lors d'une célébration collective de mariages (les mariages collectifs sont une politique des autorités publiques afin d'inciter les personnes vivant en couple à régulariser leurs unions), la plupart des hommes ont choisi l'option de polygamie, « en expliquant qu'en cas de mésentente [avec la conjointe], ils pourraient se remarier sans avoir obtenu le divorce, d'autant plus qu'ils n'aiment pas aller en justice ».

il est constaté la rareté des saisines du juge en vue de l'annulation du mariage (1), ce qui laisse voir que les justiciables continuent de régler leurs différends par des voies parallèles (2).

1) Rareté des recours en annulation du mariage

126. - Dualité juridictionnelle. Sous la colonisation, la dualité juridictionnelle a prévalu dans les territoires aujourd'hui représentés par les États de l'Afrique francophone, après les vaines tentatives du pouvoir colonial pour y implanter le système métropolitain⁴⁹⁸. À cette époque, les tribunaux de droit moderne coexistaient avec les tribunaux de droit coutumier⁴⁹⁹. L'accession des pays colonisés à l'indépendance a marqué un autre tournant. À cette étape cruciale de leur construction identitaire⁵⁰⁰, les États africains francophones ont pour la plupart choisi de rompre avec le droit traditionnel précolonial, considéré à tort ou à raison comme un frein au développement économique⁵⁰¹. Ces États se sont dotés d'une justice moderne, basée sur des institutions et des personnes nouvelles, calquée sur le modèle occidental, et ont, par la même occasion, mis fin à la coexistence des tribunaux d'État avec les juridictions coutumières, qui traitaient jusque-là des affaires des "indigènes"⁵⁰² ayant fait une option en faveur du droit coutumier⁵⁰³.

127. - Échec de la réforme des institutions judiciaires. Le délaissement de la coutume a inspiré à Joseph John-Nambo ce commentaire sans complaisance : « aux indépendances, les États africains sortis de la colonisation française, s'ils n'ont pas ressuscité l'ancienne justice traditionnelle ou recopié intégralement la justice européenne, se sont essentiellement fondés sur les principes élaborés en Europe et pour l'Europe. Or ces principes ne pouvaient être appliqués en Afrique ni intégralement ni de façon satisfaisante car, malgré les apparences

⁴⁹⁸ V. P. MEYER, L'évolution du dualisme des juridictions, *Revue burkinabè de droit*, spécial n° 13, janv. 1988, p. 39-68. Pendant la colonisation, le pouvoir métropolitain a tenté d'obtenir l'abandon du droit coutumier, puis, devant la résistance des peuples qui continuaient de recourir aux modes non formels de règlement des litiges, il a progressivement reconnu le droit traditionnel africain (v. *supra*, n° 24).

⁴⁹⁹ J. H. HERBOTS, L'ordre général, technique jurisprudentielle et l'institution du mariage dotal, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, Lubumbashi, 14-18 nov. 1966, *Bulletin du Centre d'étude des Problèmes Sociaux Indigènes (CEPSI)*, vol. 27, Lubumbashi, 1968, p. 35-36.

⁵⁰⁰ V. G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 89-90.

⁵⁰¹ V. A. BARRY, Femmes, pouvoir et prise de décision en Afrique au sud du Sahara, éd. Présence Africaine, Paris, 2007/1, n° 175-176-177, p. 717 ; UNESCO, « Tradition et développement dans l'Afrique d'aujourd'hui », Série Introduction à la culture africaine, n° 8, PUF, Paris, 1990, p. 25-65.

⁵⁰² Pour le sens du terme indigène, v. *supra*, note ss n° 23.

⁵⁰³ Lire A. N. GBAGUIDI, De l'option de monogamie à l'option de polygamie, in *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° spécial, oct. 1995, p. 25-36.

historiques, les institutions impliquent toujours des structures sociales et une conception qui ne se transfèrent pas d'une société à une autre »⁵⁰⁴. La transition entre des systèmes que tout oppose aurait pu être mieux articulée. Le changement ayant plutôt été brusque, il s'est installé une distance entre le juge moderne et les sujets africains, qui est quelque part renforcée par les méthodes dont celui-ci use⁵⁰⁵. De sorte que, souvent, une personne peut vouloir l'annulation du mariage pour lequel son consentement a été surpris ou forcé, mais avoir peur des répercussions de son action sur le plan pénal. Le bouleversement dans ses relations familiales que cela provoquerait peut finalement la dissuader de saisir le juge⁵⁰⁶.

2) Règlement non juridictionnel des litiges

128. - Prévalence des modes traditionnels de résolution des litiges. Norbert Rouland relevait, il y a quelques décennies déjà, que « la diminution globale du nombre des litiges en zone rurale montre non pas qu'il n'y a plus de conflits, mais que ceux-ci sont de préférence réglés par les instances non officielles. Par ailleurs, un examen attentif des cas de litiges civils montre que ceux portant sur les relations familiales décroissent alors qu'inversement se multiplient ceux qui ont trait à la propriété foncière et aux contrats. Nous pensons que ces différences reflètent celle des degrés d'acculturation dans ces différentes matières : plus forte en droit foncier (pression démographique, raréfaction des terres) et des obligations (diffusion de l'économie marchande), elle se traduit par un recours accru aux juridictions de droit moderne, le mécanisme fonctionnant en sens inverse pour les relations familiales, globalement moins atteintes par la modernisation »⁵⁰⁷. Cette opinion permet de comprendre pourquoi il est si peu recouru au juge moderne.

129. - Prévalence du groupe sur l'individu. Par ailleurs, on peut aussi convenir avec Jean-Didier Boukongou que l'un des facteurs limitatifs des recours en justice est aussi l'absorption de l'individu par son groupe, « Par le contrôle social qu'il exerce sur l'individu, le modèle de la famille africaine a tendance "à étouffer toute spontanéité et tout esprit d'initiative" entravant

⁵⁰⁴ J. JOHN-NAMBO, Quelques héritages de la Justice coloniale en Afrique noire, LGDJ, Droit et Société, n° 51/52, 2002, p. 325 ; v. dans le même sens A. N. GBAGUIDI, De l'option de monogamie à l'option de polygamie, *op. cit.*

⁵⁰⁵ P. MEYER, L'évolution du dualisme des juridictions, *op. cit.*

⁵⁰⁶ Lire dans ce sens E. KAGAMBEGA, Les droits de la femme et de l'enfant, in « Les droits de la femme et de l'enfant, Réflexions africaines (*Women and children rights, African views*), Khartala, Paris, 2011, p. 212.

⁵⁰⁷ N. ROULAND, *Anthropologie juridique, op. cit.*, p. 383-384.

ainsi la personnalisation et la liberté nécessaires à l'épanouissement de chaque membre »⁵⁰⁸. De même, Maurice Nkouedjin Yotnda explique qu'« en général l'Africain (qui est toujours resté près des sources) ne comprend pas ou mal, qu'il a une personnalité propre et distincte du groupe auquel il appartient »⁵⁰⁹. À partir de là, il est possible de comprendre que la proximité de la victime d'un mariage forcé avec les coupables présumés, par exemple, empêche le recours en justice.

130. - Différences de fond entre la justice moderne et la justice traditionnelle. Le juge moderne « tranche » quand il rend la justice, mais le juge traditionnel n'use pas de cette méthode. De fait, le juge moderne doit "dire" le droit dans les affaires qui lui sont régulièrement soumises⁵¹⁰, et cela le mène assez souvent à désigner un vainqueur et un perdant au procès. Le juge coutumier, au contraire, recherche une solution pacifique chaque fois qu'il doit se prononcer dans une affaire ; mais, en cas d'échec, il réfère les parties à une autre autorité⁵¹¹. En cela, la manière de procéder du juge coutumier fait penser à l'arbitrage, dans lequel l'arbitre juge en équité⁵¹² autant qu'en droit, et non pas en droit seulement comme le juge étatique. De cette façon, le citoyen africain ne se reconnaît pas souvent dans la « décision imposée » de la justice moderne, qui n'œuvrerait pas à une bonne restructuration de la société⁵¹³. Dans ce sens, Jacques Vanderlinden observe que « Le souci de maintenir la paix sociale a pour corollaire direct dans les droits originellement africains la primauté de la démarche conciliatrice sur celle consistant à appliquer une norme préétablie en tranchant d'autorité un litige sans se soucier de l'adhésion des deux parties (et non pas du seul vainqueur) à la décision [...] Il en résulte que le procès africain est originellement d'abord et dans la quasi-totalité des cas, tentative d'arbitrage. »⁵¹⁴. Cela explique pourquoi les coutumes africaines ignorent la peine de prison⁵¹⁵.

⁵⁰⁸ J.-D. BOUKONGOU, La vie familiale comme lieu d'exercice des droits fondamentaux : lecture des pratiques africaines, in *Les défis des Droits fondamentaux, Actes des Deuxièmes journées scientifiques du réseau Droits fondamentaux de l'AUF*, Québec, 29 sept. - 2 oct. 1999, AUPELF-UREF, éd. Bruylant/AUF, 2000, p. 135.

⁵⁰⁹ M. NKOUENDJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, op. cit., p. 84.

⁵¹⁰ En termes de compétence d'attribution et territoriale (pour le Burkina Faso, cf. loi n° 10-93/ADP du 17 mai 1993 portant organisation judiciaire au Burkina Faso, modifiée par la loi 28-2004/AN du 8 sept. 2004 portant création des juridictions pour mineurs au Burkina Faso et par la loi n° 22-2009/AN du 12 mai 2009 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce au Burkina Faso.

⁵¹¹ A. DIENG, Approche culturelle des *Alternative Dispute Resolution* en OHADA, *Journal africain du droit des affaires*, 2001, n°1, p. 27.

⁵¹² V. *supra* : note ss n° 4 ; n° 19.

⁵¹³ M. ALLIOT, Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie, op. cit., p. 62.

⁵¹⁴ J. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, op. cit., p. 22. L'auteur emploie le terme d'arbitrage, mais les termes de conciliation ou de médiation conviendraient mieux car la solution finalement dégagée constitue un compromis des parties ; elle n'est pas une décision imposée par celui que les protagonistes ont

Dans le cas même où il s'avère difficile de départager les protagonistes d'une affaire, l'ordalie apparaît encore comme une issue préférable⁵¹⁶. Cette vision ne permet pas au juge moderne de jouer pleinement son rôle dans la protection de la liberté matrimoniale.

131. - Nécessaire contextualisation de la justice moderne. Les différences fondamentales entre la justice moderne et la justice traditionnelle sont à l'origine de l'ineffectivité des dispositions instituant le juge étatique comme un acteur primordial de la protection du mariage en général et du consentement matrimonial en particulier. De fait, outre la réticence habituelle à le saisir en général, le problème est accentué lorsque le mariage est concerné, ce domaine restant l'un des plus imperméables au droit moderne. Peut-être ne fallait-il pas rejeter trop vite la spécificité du sentiment de justice du citoyen africain⁵¹⁷. De l'avis d'Alioune Badara Fall, la justice et le juge africains, tels qu'ils se présentent aujourd'hui, sont en déphasage avec « l'idée que les populations africaines se font d'une part, de « l'institution » de la justice, et d'autre part, de la personne « investie » de la sagesse et de la « capacité » de juger »⁵¹⁸. L'auteur relève « la résistance des croyances traditionnelles, marquées [...] entre autres, par la persistance des

saisi. De fait, la « palabre » (c'est ainsi que l'on appelle le procès traditionnel) n'a pas pour finalité de déterminer les torts respectifs des parties en conflit et de prononcer des sentences. Elle agit plutôt comme une thérapie afin de rétablir l'harmonie et la paix. Aussi, le procès dans la tradition judiciaire africaine se déroule dans un cadre public (habituellement sous un arbre, de là l'expression d'« arbre à palabre »), non seulement en signe d'ouverture à toute la collectivité, mais aussi pour permettre à celle-ci de prendre une part active à son déroulement. L'assistance est ainsi autorisée à intervenir dans les débats, le but étant d'obtenir son adhésion au résultat final, d'où celui-ci tire sa légitimité (lire à ce sujet J. VANDERLINDEN, Enseigner sans reproduire - Innover sans tout détruire : Propos hétérodoxes au départ de quelques constats élémentaires, *in* Les défis des Droits fondamentaux, Actes des Deuxièmes journées scientifiques du réseau Droits fondamentaux de l'AUF, Québec, 29 sept. - 2 oct. 1999, AUPELF-UREF, éd. Bruylant/AUF, 2000, p. 442).

⁵¹⁵ V. J.-P. MAGNANT, Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine, *op. cit.*, p. 180.

⁵¹⁶ *Ibid.* En effet, les croyances mystiques demeurent très fortes. Il est ainsi relevé que « L'Afrique traditionnelle ignore certes les tribunaux, les procès judiciaires et leurs corollaires de longues procédures suivies de grandes ou petites condamnations; mais s'il arrive qu'une personne commette une faute ou fasse un tort non réparé à une victime ou à la communauté (villageoise, ethnique ou tribale), c'est l'Esprit invisible qui se manifestera soit pour frapper de 'peine' l'auteur de l'infraction ; soit pour inspirer et motiver la réparation du dommage causé. » (L. MATALE-TALA, L'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne, *op. cit.*, p. 257) ; v. aussi N. ROULAND : « Les esprits ancestraux sont les gardiens du mythe et des coutumes et peuvent intervenir directement en infligeant la maladie ou la mort. L'homme peut aussi les solliciter par l'intermédiaire de la malédiction, qui aboutira aux mêmes résultats » (*Anthropologie juridique*, PUF, 1988, p. 191).

⁵¹⁷ P. N. MVONDO, La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone : Études des causes du « divorce » entre la justice et les justiciables, *in* Revue Penant, vol. 107, n° 824, 1997, p. 215.

⁵¹⁸ A. BADARA FALL, Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique, *in* Les défis des Droits fondamentaux, Actes des Deuxièmes journées scientifiques du réseau Droits fondamentaux de l'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF), Québec, 29 sept. - 2 oct. 1999, AUPELF-UREF (Association des universités partiellement ou entièrement de langue française-Université des réseaux d'expression française), éd. Bruylant/AUF, 2000, p. 312.

modes non juridictionnels de règlement des litiges si chers aux populations africaines »⁵¹⁹. De l'opinion de Michel Alliot, « Le droit d'un pays est si lié aux habitudes d'un peuple, à sa mentalité, à ses croyances religieuses, qu'il devrait être impossible d'appliquer aux peuples africains le droit élaboré par la France »⁵²⁰. Le choix de la rupture avec le dualisme juridique (il demeure dans les faits) et *ipso facto* avec le dualisme juridictionnel est donc à la base d'une fracture entre les sujets africains et la justice nouvelle d'inspiration occidentale. Les États africains doivent ainsi s'employer à corriger la vision négative que leurs citoyens ont du juge moderne, pour ne pas garder les enceintes des prétoires déserts.

132. - Point sur la sanction pénale du défaut de consentement au mariage. L'absence de consentement au mariage est pénalement réprimée lorsque qu'elle résulte de la violence. Pour exemple, en droit burkinabè, l'article 376, alinéa 1^{er}, du Code pénal punit « d'un emprisonnement de six mois à deux ans quiconque contraint une personne au mariage »⁵²¹. La minorité ou l'impuberté⁵²² de la victime sont considérées comme des circonstances aggravantes du délit d'extorsion de consentement au mariage⁵²³.

Au demeurant, les dispositions pénales qui sanctionnent le mariage forcé paraissent accorder une grande latitude au juge pour appréhender les cas de mariage forcé, mais en réalité, elles sont de faible portée. En effet, le juge ne peut appliquer les sanctions prévues que par rapport à un mariage reconnu pour tel en droit⁵²⁴. Pourtant, la plupart du temps, les mariages forcés ne sont pas des mariages célébrés devant un officier de l'état civil. Dans le même temps, les autres formes de mariage ne sont pas légalement reconnues⁵²⁵. Il s'ensuit que le juge est limité dans son pouvoir d'intervention, étant donné qu'il ne peut annuler un acte qui n'existe pas au sens du droit. À propos d'une union coutumière dans laquelle la femme a été contrainte de consentir, Élisabeth Kagambega observe que « C'est cette forme de mariage [traditionnelle] qui a permis aux auteurs (le père et son complice) d'échapper à la sanction pénale prévue en cas de mariage

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 314.

⁵²⁰ M. ALLIOT, Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie, *op. cit.*, p. 176.

⁵²¹ Le complice est sanctionné dans les mêmes conditions.

⁵²² Au sens du Code pénal burkinabè, est impubère la fille mineure de moins de treize ans (*cf.* art. 376, al. 3, du code).

⁵²³ Dans le premier cas, la peine encourue devient un emprisonnement d'un à trois ans, et dans le second cas, la peine est portée à son maximum (*cf.* alinéas 2 et 3 de l'article 376 du Code pénal burkinabè).

⁵²⁴ E. KAGAMBEGA, Les droits de la femme et de l'enfant, *op. cit.*, p. 212, à propos de Burkina Faso, Tribunal de grande instance de Kaya, 25 janv. 2001, *in* Revue burkinabè de droit, n° 42, 2002, p. 147 *sq.*

⁵²⁵ V. en ce sens Burkina Faso, CA de Ouagadougou, 15 fév. 2002, *in* Revue burkinabè de droit, n° 42, 2^e semestre, 2002, p. 159 *sq.*

forcé. Dans cette affaire, le juge, en se référant au texte incriminant le mariage forcé, a reconnu implicitement l'existence de la contrainte exercée sur la jeune fille mais a déploré l'inexistence d'un mariage légal »⁵²⁶. Pour surmonter la difficulté, la loi pénale devrait incriminer expressément l'usage de la contrainte pour forcer le consentement d'une personne quelle que soit la forme du mariage.

⁵²⁶ E. KAGAMBEGA, Les droits de la femme et de l'enfant, *op. cit.*, p. 212.

Conclusion de chapitre

133. - Importance de la majorité civile au moment du mariage. La théorie originelle du primat de l'homme sur la femme explique l'inégalité des sexes dans le mariage, constatée dans la plupart des systèmes juridiques de l'Afrique noire francophone. Cela se remarque dès la définition du seuil de la majorité nuptiale. L'âge du mariage est le pivot de la liberté matrimoniale, et pourtant, concernant la femme, il est souvent précoce et en outre inférieur à celui de l'homme. Ces caractéristiques la désavantagent doublement. Premièrement, lorsqu'elle se marie à la limite inférieure de cet âge, elle ne peut décider avec la clairvoyance qui sied sur le principe de l'entrée en mariage ou sur le choix du conjoint, par défaut de maturité d'esprit. En effet, il est plus que certain que la femme ayant seulement seize ans au Mali ou dix-sept ans au Burkina Faso, qui n'a donc pas l'âge de la majorité civile respectivement fixé à dix-huit ans et vingt ans, aie un vécu suffisant pour se marier. Le problème posé est accentué par la faculté octroyée à la femme mineure de demander une dispense d'âge en vue du mariage. Deuxièmement, l'âge du mariage de la femme est fréquemment inférieur à celui de l'homme dans les droits africains. Au Mali, l'homme ne peut se marier qu'à partir de dix-huit ans et, au Burkina Faso, à partir de vingt ans. Dans les deux cas, l'âge minimum fixé pour le futur conjoint masculin se trouve être en même temps celui de la majorité civile.

Somme toute, la précocité de l'âge du mariage de la femme ne lui permet pas d'exercer une véritable liberté matrimoniale, ce qui est d'autant plus grave au regard des nombreuses failles relevées dans les mécanismes de protection du consentement au mariage par l'officier de l'état civil et le juge. Elle renforce le déséquilibre entre l'homme et la femme dans les relations conjugales. Pour ces raisons, le Bénin retient uniformément l'âge de 18 ans pour tous. Cependant, cet État autorise le mariage par procuration, de même que le Mali, sans qu'aucun des deux n'entoure l'hypothèse de règles strictes. Le consentement au mariage peut être remis en cause si la procédure est abusivement utilisée.

Après s'être étendu sur l'insuffisance de la protection du consentement dans le mariage classique, il convient de s'intéresser à un particularisme de la culture africaine qui influe sur la liberté du mariage : la cérémonie matrimoniale traditionnelle. Pour la plupart, les législateurs de l'Afrique subsaharienne ne lui réservent pas de traitement particulier, et elle passe, à tort, pour être l'équivalent des fiançailles occidentales.

Chapitre 2 :

Protection de la liberté matrimoniale de la femme absente du mariage traditionnel

134. - « Fausses fiançailles », « vrai mariage ». Dans la conception juridique moderne, les fiançailles se définissent comme « une convention solennelle par laquelle un homme et une femme se promettent mutuellement le mariage »⁵²⁷. Elles constituent des préliminaires au mariage, circonscrites dans le temps qui s'écoule entre la promesse de mariage et le mariage proprement dit. Toutefois, elles n'ont pas un caractère obligatoire et n'obligent pas juridiquement au mariage⁵²⁸. Même si certains législateurs subsahariens, comme ceux du Bénin, et du Mali (mais non celui du Burkina Faso), règlementent les fiançailles⁵²⁹, la civilisation africaine ne connaît pas l'institution des fiançailles telles qu'elles existent en Occident. Il y existe plutôt un rituel matrimonial, remarqué dans la plupart des coutumes, mais sur l'appellation duquel il ne se dégage pas de consensus⁵³⁰. Ce rite se distingue des « fiançailles » par son

⁵²⁷ Art. 113 du CPF du Bénin.

⁵²⁸ Il est noté que « le droit des fiançailles est un droit jurisprudentiel édifié par nécessité dans un vide législatif » (G. CORNU, *Droit civil : La famille, op. cit.*, p. 267).

⁵²⁹ Cf. art. 113 à 118 du Code béninois des personnes et de la famille et art. 278 et 279 du même Code malien.

⁵³⁰ Parmi ses multiples appellations, celles qui reviennent souvent sont les suivantes :

- « dot » (cf. Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, 521 p.) ;
- « mariage dotal » (cf. J. H. HERBOTS, *L'ordre général, technique jurisprudentielle et l'institution du mariage dotal, op. cit.*, p. 35 sq.) ;
- « pré-mariage » (cf. A. ILOKI, *Le droit du mariage au Congo : Le pré-mariage, le mariage à l'État civil*, éd. L'Harmattan, Paris, 2008, 271 p.) ;
- « fiançailles » (cf. Ph. ANTOINE, *Le mariage, Droit canonique et coutumes africaines*, éd. Beauchesne, Paris, 1992, p. 97).

caractère obligatoire, sur le plan traditionnel. Cependant, sa valeur juridique est variable en doctrine. Certains préfèrent y voir une formalité préliminaire au mariage⁵³¹ et d'autres un mariage coutumier qui n'est pas légalement reconnu⁵³². Régis Lafargue explique que « Le Congo, après avoir interdit la dot, l'a rétablie en 1984 : c'était reconnaître le mariage coutumier dont la dot constitue la première condition d'existence. En Centrafrique le projet de Code de la famille déguise le mariage coutumier en "fiançailles" et crée une double célébration dont tout le monde comprend que c'est la première (les fiançailles) qui est la plus importante puisque c'est à son niveau que la dot est versée. En fait, ce système revient à faire de la célébration en mairie une formalité proche du simple enregistrement d'autrefois puisque les engagements auront été pris au niveau des fiançailles (en réalité le mariage coutumier) »⁵³³.

135. - Laconisme législatif. Il est surprenant que les législateurs subsahariens n'aient pas réglementé en tant que tel le rituel matrimonial, tant son hégémonie est indiscutable⁵³⁴. Quelques-uns ont prévu des dispositions uniquement sur la dot, qui ne représente en fait qu'une facette de l'institution. La liberté matrimoniale de la femme y est niée à tous égards, mais l'homme, au contraire, conserve une relative liberté dans ce cadre. Il résulte de l'observation que les droits africains de la famille ne devraient pas passer sous silence la cérémonie matrimoniale traditionnelle, dans la mesure où celle-ci recèle de nombreuses inégalités factuelles entre les sexes, qui remettent en cause l'ensemble législatif sur le mariage. S'il est possible d'estimer que l'impasse législative sur l'institution coutumière vise à ne pas accréditer

⁵³¹ Comme la République démocratique du Congo (v. D. NKOUNKOU, *Droit congolais de la famille*, éd. ICES, Paris, 2009, p. 88 sq.).

⁵³² Tel qu'au Burkina Faso (v. art. 233 du CPF).

⁵³³ Cf. R. LAFARGUE, La permanence du conflit entre normes socioculturelle et norme étatique : le droit de la famille au centre d'un conflit de légitimités, *op. cit.*, n° 15.

⁵³⁴ Le doyen CORNU observait à propos des fiançailles en droit français que « le silence du législateur est intentionnel. Les fiançailles existaient dans l'Ancien Droit, comme élément de l'ordre juridique [...] L'institution n'était donc pas inconnue des rédacteurs du Code Napoléon. Leur omission étant une abstention, il apparaît qu'elle a été, dans la loi, sinon méconnue au moins volontairement non reconnue. La recherche de la nature des fiançailles redevient donc première, parce que son énoncé prétorien s'éclaire du non-dit législatif dont il est d'ailleurs né ». La même remarque pourrait être faite concernant le rituel matrimonial sur lequel beaucoup d'États n'ont pas légiféré. En effet, son existence ne peut être ignorée tant il a fait l'objet d'une abondante doctrine (par exemple : Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.* ; Société africaine de culture, « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », Société africaine de culture, Actes du Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972, Présence Africaine, Paris, 1975, 606 p. ; G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, *op. cit.*, p. 215 sq. ; S. N. DABIRE PODA, *Système matrimonial et reconstruction identitaire : la mutation de la dot en pays Dagara*, Mémoire de maîtrise, Université de Ouagadougou, 2004, 114 p. ; I. A. ANANI, La dot dans le Code des personnes et de la famille au Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire et Togo, *op. cit.*, p. 223-250).

toute autre forme de mariage que celui contracté à l'état civil, il faut tout de même relever que la méconnaissance légale de la cérémonie dotale n'en a point affaibli la pratique. Pour en comprendre les ressorts, il faut l'examiner à la lumière de la coutume africaine⁵³⁵. Au demeurant, l'usage du terme « fiançailles » dans les lois africaines sur la famille peut laisser croire que l'institution revêt le même sens qu'en Europe. Pourtant, dans sa manifestation comme dans ses effets, le rituel matrimonial se distingue fondamentalement des fiançailles occidentales : tout d'abord, l'homme et la femme n'y sont pas égaux (section 1) ; ensuite, la dot qui l'accompagne nécessairement, accentue l'inégalité (section 2).

Section 1 : L'inégalité des sexes dans la cérémonie matrimoniale traditionnelle

Section 2 : La dot comme instrument de renforcement de l'inégalité des sexes

Section 1 : L'inégalité des sexes dans la cérémonie matrimoniale traditionnelle

136. - Norme sociale. La cérémonie matrimoniale traditionnelle est célébrée par la majorité des africains⁵³⁶. En réalité, elle a une valeur normative et sa célébration systématique est une preuve du décalage important entre le droit légiféré des États et le vécu des sujets de droit africains⁵³⁷. La pluralité des sources du droit est un fait⁵³⁸. Si le « triomphe du droit européen

⁵³⁵ Cela parce qu'elle est inconnue en droit, excepté dans le droit congolais où sa transposition est assez critiquée (v. à ce propos A. ILOKI, *Le droit du mariage au Congo : Le pré-mariage, le mariage à l'état civil*, *op. cit.*, p. 19-21 ; aussi D. NKOUNKOU, *Droit congolais de la famille*, éd. ICES, Paris, 2009, p. 200, note n° 175).

⁵³⁶ Les fiançailles en Afrique se signalent par le nombre de personnes réunies pour l'occasion, qui peut s'étendre à l'ensemble des habitants d'une localité, voire de deux localités lorsque les fiancés sont ressortissants de localités différentes (A.-B. DIOP, *La famille wolof : Tradition et changement*, *op. cit.*, p. 97), pendant qu'en Europe, les fiançailles sont plus généralement conclues au cours d'une cérémonie intime (lire à ce sujet A. VAN GENNEP, *Manuel de folklore français contemporain, Introduction générale et première partie : du berceau à la tombe - Naissance, Baptême, mariage*, Tome 1, Volume 1, Réimpression de l'édition originale de 1943, A. & J. PICARD, Paris, 1982, p. 277 sq. ; aussi M. PARQUET, *Droit de la famille*, Collection Lexifac Droit, éd. Bréal, 2^e éd., 2007, p. 36-42).

⁵³⁷ La force de cette coutume est constatée et même les juristes reconnaissent s'y conformer (Entretien PER 4, réalisé le 21 avr. 2017, dans lequel un magistrat admet avoir respecté la coutume). Un autre magistrat affirme que « ...la dot existe dans tous les mariages. On continue non seulement de réclamer la dot, mais ceux à qui on la réclame ne s'y opposent pas » (*cf.* Entretien PER 5, réalisé le 9 juin 2017).

⁵³⁸ A. N. GBAGUIDI, Pluralisme juridique et conflits internes de lois en Afrique noire, *op. cit.* ; A. SOW-SIDIBÉ, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, *op. cit.* ; J. VANDERLINDEN, Les droits africains entre positivisme et pluralisme, Bulletin des séances de l'Académie royale des sciences d'outre-mer, n° 46, 2000, p. 279-292, disponible sur <http://www.dhdi.free.fr/recherches/etatdroitjustice/articles/vanderli3.pdf>, consulté le 08 mars 2016 ; R. LAFARGUE, La permanence du conflit entre normes socio-culturelles et normes étatiques : le droit de la famille au centre d'un conflit d'identité, in *Réflexions sur le pluralisme familial* (sous la direction de Odile ROY), Presses universitaires de Paris-Ouest, Nanterre, 2011, p. 213-227.

dans l'ordre juridique interne des États africains »⁵³⁹ n'est pas problématique en soi⁵⁴⁰, l'existence de ce particularisme culturel hors du champ juridique pose un problème, et non des moindres, dans la protection de la liberté matrimoniale, d'autant que ce particularisme domine dans la conception africaine du mariage.

137. - Nécessité d'une législation spécifique. Le caractère systématique de la cérémonie traditionnelle du mariage en Afrique fait penser qu'il vaut mieux la reconnaître légalement, pour se donner corrélativement les moyens d'en définir les contours. En effet, comme le soutient Guy Adjété Kouassigan, « On peut assurer le consentement des futurs époux au mariage, supprimer ou régler la dot⁵⁴¹ coutumière, limiter les effets de la polygamie ou remettre même en cause l'existence de cette institution sans pour autant détruire les structures familiales traditionnelles »⁵⁴². Même si l'on suppose que le quasi mutisme des lois sur la cérémonie matrimoniale traditionnelle est un moyen de réaffirmer la primauté du mariage civil, la réalité et le caractère répandu de cette cérémonie n'en continuent pas moins de créer des difficultés pratiques. En outre, les Codes des personnes et de la famille semblent régir la cérémonie matrimoniale africaine à travers les « fiançailles », alors qu'elle n'a pas d'appellation équivalente dans la langue française⁵⁴³. Les différences fondamentales que présentent les deux institutions ne permettent pas de faire leur assimilation. En effet, au contraire de la cérémonie matrimoniale traditionnelle, les fiançailles en droit français n'entament pas la liberté matrimoniale⁵⁴⁴. De ce

⁵³⁹ L'expression est de Guy Adjété KOUASSIGAN (cf. G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 87).

⁵⁴⁰ Si ce n'est en termes d'autonomisation véritable des anciennes colonies (G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 92 sq.)

⁵⁴¹ Tout porte à croire que le mot « dot » est ici employé comme équivalent du mariage traditionnel.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 286.

⁵⁴³ V. *supra*, n° 134.

⁵⁴⁴ La jurisprudence française a contribué à déterminer la valeur juridique des fiançailles. Le débat a d'abord porté sur leur nature juridique, avant de glisser sur leurs effets. Le premier aspect n'a pas retenu l'attention longtemps car il est apparu très vite qu'il n'était pas possible de reconnaître aux fiançailles une source contractuelle, parce qu'une telle conception contredirait le principe de liberté du mariage. Depuis l'arrêt Bouvier, il est admis que lorsqu'une action en réparation pour rupture des fiançailles est exercée, elle ne se fonde pas sur l'inexécution de la promesse de mariage, mais sur le préjudice né de la rupture abusive (France, Civ., 30 mai 1838, S. 38. 1. 492, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, 13^e éd., 2015, par H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, n°31, p. 231-235 ; Civ. 2^e, 28 avr. 1993, RTD civ. 1995. 604, note J. HAUSER). Cela étant, il est reconnu des effets juridiques aux fiançailles, qui se produisent essentiellement en cas de rupture, que Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON qualifient d'effets secondaires (v. Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, op. cit., p. 99 sq.). Donc, la rupture de la promesse de mariage n'est pas fautive en elle-même, étant donné qu'il est de l'essence des fiançailles que les aspirants au mariage puissent se défaire unilatéralement de leur engagement pour des raisons diverses (jugé ainsi que n'est pas fautive la rupture par manque d'amour (Montpellier, 19 mars 1954, D. 1954. 377) ou pour désaccord sur le régime matrimonial lorsque chacun des fiancés avance un motif légitime (Civ. 1^{re}, 19 juill. 1966, Bull. civ. I, n° 443)). Au total, les

fait, cette tradition doit être considérée sans *a priori*, pour en relever les caractéristiques singulières, telles que sa solennité (§ 1) ou sa vocation à engager irrévocablement et exclusivement les parties ou à tout le moins la femme (§ 2).

§ 1 : Éviction de principe de la volonté de la femme dans le processus matrimonial traditionnel

§ 2 : Irréversibilité de l'engagement de la femme résultant de la cérémonie matrimoniale traditionnelle

§ 1 : Éviction de principe de la volonté de la femme dans le processus matrimonial traditionnel

138. - État de la réglementation. Les Codes des personnes et de la famille des États de l'Afrique noire francophone traitent quelquefois des fiançailles⁵⁴⁵. En revanche, les droits béninois et maliens les réglementent à travers un certain nombre de dispositions qui, à défaut d'aborder la question de façon exhaustive, ont au moins le mérite d'exister⁵⁴⁶. Cela étant, même si les nouveaux législateurs des États africains ont voulu bannir du domaine juridique la coutume du rituel dotal, il semble qu'ils n'y ont pas tout à fait réussi. L'illustration en est fournie par la définition des fiançailles figurant dans le Code malien des personnes et de la famille. En effet, il y est décelé comme une anomalie, si elle est rapprochée de la conception française de la notion. Ce Code dispose que « Les fiançailles sont une convention par laquelle un homme et une femme, en accord avec leur famille, se promettent mutuellement le mariage »⁵⁴⁷. Pour quelle raison le

fiançailles se présentent plus comme un engagement moral que comme une promesse juridique qui lie ses auteurs. Toutefois, leur rupture peut ouvrir droit à des dommages-intérêts « lorsqu'elle est brutale et soudaine » (France, CA Rouen, 15 juin 2005, n° 03/01005 : JurisData n° 2005-278689 ; Dr. famille 2005, comm. 235, V. LARRIBAU-TERNEYRE ; France, CA Aix-en-Provence, 3 mars 2005, n° 03/07185 : JurisData n° 2005-271242) ou « lorsque les circonstances dans lesquelles elle intervient font ressortir un manque de respect et de considération ainsi qu'une grande désinvolture alors que les préparatifs du mariage étaient bien avancés, les invités ayant été prévenus, la robe de mariée achetée et le traiteur réservé » (France, CA Nîmes, 31 oct. 2012, n° 11/01686 : JurisData n° 2012-029050) (cf. J.-F. ESCHYLLE, *Mariage : Conditions*, JurisClasseur Procédures Formulaire > V° Mariage, Fasc. 10, 27 déc. 2016, n° 6 sq.).

⁵⁴⁵ Par exemple, le Code burkinabè des personnes et de la famille ne traite pas du tout de l'institution. Valentin OUOBA explique que « C'est au nom de la protection du libre consentement que la sous-commission n'a pas réglementé les fiançailles, afin [...] "d'éviter au maximum l'intervention des familles dans le choix des futurs époux" [Rapport de présentation de l'avant-projet du Code des personnes et de la famille en conseil de ministres, p. 11, inédit]. En effet, les fiançailles apparaissent comme un véritable contrat collectif en Afrique, parce que sa conclusion rapproche non pas deux individus seulement mais deux familles. En outre, elles mettent à la charge du futur époux un certain nombre d'obligations qui renverraient à un contrat réel. Ces deux considérations seraient à la base de la méfiance du législateur burkinabè qui a finalement observé à l'égard de cette pratique sociale un silence "officiel" » (cf. V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, op. cit., p. 45).

⁵⁴⁶ En tout six articles dans le cas du Code du Bénin (art. 113 à 118) et deux articles dans celui du Mali (art. 278 et 279).

⁵⁴⁷ Article 278 du code.

législateur malien précise-t-il que les fiançailles requièrent l'accord des familles ? L'action des groupes de pression traditionalistes constitués pour faire échec à la réforme du droit de la famille, n'y est certainement pas étrangère⁵⁴⁸. Au reste, c'est un fait indéniable que la conception africaine du mariage ne va pas sans l'implication de la famille. Le processus nuptial est empreint de solennité : il sert de cadre d'adhésion des membres de la famille au projet de mariage (A), et ceux-ci sont les récipiendaires traditionnels des cadeaux remis à cette occasion (B).

A. Le rite matrimonial comme cadre d'adhésion de la famille au mariage projeté

B. Le rite matrimonial comme cadre d'extension du bénéfice des cadeaux à la famille

A. Le rite matrimonial comme cadre d'adhésion de la famille au mariage projeté

139. - Dualité du droit privé dans le processus matrimonial. Le pluralisme officiel paraît avoir cédé la place à un pluralisme de fait, plus pernicieux parce que sous-jacent⁵⁴⁹. En voulant transplanter dans le droit de la famille un modèle de pensée allogène, le colonisateur français, autant que les gouvernants des colonies émancipées, poursuivaient certainement le but d'inverser les attitudes dénégatrices des droits de la femme⁵⁵⁰. Mais, tous ont manqué de tenir compte du poids des choix individuels dans les matières touchant à la sphère intime. Les autochtones y ont vu une menace d'acculturation intégrale, après la conquête assez réussie sur les plans religieux, politique et économique ; par réaction, ils ont refusé de se laisser déposséder de leur identité culturelle matrimoniale⁵⁵¹. Cependant, à défaut de pouvoir s'opposer ouvertement aux nouvelles lois, ils les ignorent simplement, les privant ainsi d'efficience. Il est possible de souligner avec Amsatou Sow Sidibé que la survie clandestine des coutumes, voire leur affichage au grand jour, met en évidence le problème de l'inadéquation entre le droit « voulu » par l'État et le droit « vécu » par une fraction importante de la société⁵⁵². De fait, même si le phénomène peut étonner, il est constaté encore maintenant que les africains se conforment plus à la coutume qu'au droit institué, pour les questions relevant du mariage.

⁵⁴⁸ V. *supra*, n° 29.

⁵⁴⁹ Désormais, les difficultés résultant de l'oralité de la coutume se joignent à une pratique en cachette de l'administration, des transformations qui rendent la coutume plus insaisissable que jamais.

⁵⁵⁰ V. M. ADAMOU, *Les erreurs judiciaires en matière criminelle : contribution à une réforme de la justice criminelle au Bénin et en France*, op. cit., p. 58 ; G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 91 sq.

⁵⁵¹ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit.

⁵⁵² A. SOW-SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, op. cit., p. 15.

140. - Impuissance du droit écrit. La situation de fait s'explique par la prégnance des règles coutumières en matière d'institutions du droit privé. Dans ce domaine, le contraste est saisissant entre le droit dit moderne, officiellement en vigueur mais très peu suivi, et le droit traditionnel, non écrit, mais spontanément appliqué⁵⁵³, bien qu'étant abondamment décrié pour son caractère passéiste. L'écart entre le droit objectif et la tradition est considérable, au point que le triomphe va finalement à ce que le doyen Carbonnier appelle le « non-droit » ou l' « infra-droit »⁵⁵⁴, c'est-à-dire « les droits des minorités qui continuent à être appliqués, formant des sous-cultures juridiques [...] ou des sous-ensembles marqués par leur extranéité au sein d'un système juridique majoritaire »⁵⁵⁵. En se fondant sur le propos du doyen Carbonnier, on peut observer que le rituel matrimonial africain tire sa force du fait qu'il représente une valeur commune à presque tous les systèmes matrimoniaux du continent noir. Dans la mesure où le droit coutumier est instinctivement appliqué aux affaires matrimoniales, il se pose un problème d'effectivité du droit objectif d'inspiration occidentale.

141. - Coutume vivace. Les lois modernes mettent l'accent sur l'accord des volontés des aspirants au mariage, mais, en Afrique, le mariage demeure davantage l'affaire des familles que des époux. En conséquence, les préférences personnelles des individus passent au second plan. Tout de même, il s'amorce un mouvement de subjectivisation de l'union matrimoniale qui n'est pas sans rapport avec l'œuvre de transposition du mariage occidental entreprise depuis la colonisation. Pour autant, cette tendance subjectiviste affiche ses propres caractéristiques, car elle compose avec l'intervention des familles, une fois que les premiers concernés ont accordé leurs volontés (1). Pour cela, l'approbation des familles est incontournable (2).

⁵⁵³ L'oralité de la coutume, ainsi que la multiplicité des sources tribales, suscitent la méfiance (lire à ce propos J. C. MUKASA, *Le conflit de coutumes sur la dot dans la ville de Jadotville*, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 151). Pour sa part, Jacques VANDERLINDEN estime que « l'oralité pose un problème dans la mesure où les droits originellement africains sont incorporés à un système juridique contemporain. En effet, leur application par des fonctionnaires coloniaux ou, après les indépendances, par ceux des États africains est rendue particulièrement difficile puisque ni les uns ni les autres, sauf cas exceptionnels ne connaissent de première main les droits originellement africains qu'ils sont censés appliquer » (J. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, *op. cit.*, p. 12).

⁵⁵⁴ J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, *op. cit.*, p. 25 sq. et p. 241 sq. ; v. R. VERDIER (dir.), *Jean Carbonnier : L'homme et l'œuvre*, *op. cit.*, p. 97 à 185.

⁵⁵⁵ J. COSTA-LACOUX, *Le droit à distance*, in Jean Carbonnier : *L'homme et l'œuvre* (sous la direction de Raymond VERDIER), *op. cit.*, p. 68.

1) L'implication nécessaire des familles

142. - Cercle élargi d'intervenants. Dans les usages européens, la promesse de mariage est un échange de volontés entre deux individus, par lequel ceux-ci s'engagent à se prendre comme époux. Les fiançailles, comme elles ne concernent avant tout que les futurs époux, ne sont pas toujours contractées en présence de représentants des deux familles. Elles peuvent l'être cependant devant une poignée de personnes⁵⁵⁶. Sous cet angle déjà, il existe une grande différence avec la cérémonie matrimoniale africaine, dans la mesure où il ne ressort pas de l'essence des fiançailles modernes qu'elles doivent être nouées dans un cadre élargi. On peut penser que la présence de tiers met seulement en exergue la gravité du moment, afin de renforcer le sens des responsabilités des promettants. À l'inverse, dans l'approche traditionnelle africaine, à supposer que les futurs époux décident de se fiancer au sens véritable du terme, la famille joue également un rôle prépondérant à ce niveau. Pour autant, les lois en vigueur n'exigent rien de tel⁵⁵⁷. Bien plus, lorsque la cérémonie coutumière est concernée, l'intervention des familles est une condition *sine qua non* de la réussite de l'entreprise matrimoniale.

143. - Cérémonie coutumière. L'officialisation de l'engagement matrimonial a lieu au cours d'une grande cérémonie qui réunit toutes les familles qui vont être alliées⁵⁵⁸. À cette occasion, la participation de la famille du prétendant, ainsi que de celle de la femme à marier, n'est pas une simple faculté, mais un impératif pour la validité de l'engagement pré-matrimonial ou matrimonial. Dès lors, on peut remarquer que la seule manifestation de volonté des prétendants au mariage devant l'officier de l'état civil ne suffit pas, selon la coutume, à les constituer époux. Plus encore, dans la société traditionnelle ayant précédé les mouvements de conversion à l'Islam et au Christianisme, le consentement des futurs époux n'importait pas vraiment au moment du mariage, dans la mesure où il était avant tout le lieu de tractations entre les familles. Maurice Nkouendjin Yotnda le traduit par les mots suivants : « le consentement des époux ne constitue pas un élément très important dans le mariage qui intéresse plus les groupes respectifs des

⁵⁵⁶ Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille, op. cit.*, p. 102.

⁵⁵⁷ Les ressortissants de certains départements ou territoires français d'outre-mer ont des pratiques matrimoniales assez semblables à celles des subsahariens, notamment en ce qui concerne le rôle des familles dans la conclusion de l'alliance (lire R. LAFARGUE, *Le droit coutumier en Nouvelle Calédonie*, Maison de la Nouvelle-Calédonie, Paris, 2012, p. 8-9, disponible sur http://www.mncparis.fr/uploads/le-droit-coutumier-en-nouvelle-caledonie_2.pdf, consulté le 09 mars 2016 ; aussi, M. H. LENORMAND, *Le mariage à Lifou, coutumes et acculturation*, *Journal de la Société des océanistes*, 1970, n° 26, Tome 26, p. 39-54, disponible sur http://www.persee.fr/docAsPDF/jso_0300-953x_1970_num_26_26_2283.pdf, consulté le 09 mars 2016).

⁵⁵⁸ V. A.-B. DIOP, *La famille wolof : Tradition et changement, op. cit.*, p. 97.

futurs époux que ces derniers eux-mêmes »⁵⁵⁹. D'ailleurs, assez souvent, le choix de la promise était le fait des patriarches de la famille dès sa petite enfance, voire avant sa naissance⁵⁶⁰, suivant le régime exogamique ou endogamique propre au groupe⁵⁶¹, éventuellement combiné au critère de mariage préférentiel⁵⁶² ou dotal⁵⁶³. Parfois, la dot était perçue au moment de la promesse de mariage⁵⁶⁴, ce qui liait évidemment la volonté de l'enfant promise en mariage⁵⁶⁵. Ainsi que le note Valentin Ouoba, « Ces multiples formes de mariage coutumier constituent autant d'unions dans lesquelles le consentement de la femme est extorqué ou tout simplement ignoré »⁵⁶⁶.

144. - Importance des familles dans le règlement des litiges conjugaux. En droit de la famille, les fiançailles sont valablement contractées suivant le seul accord de volonté des premiers concernés⁵⁶⁷. Leur valeur juridique est certaine, mais elles peuvent être privées d'efficacité lorsque l'un des promettants faillit à son engagement. Dans le cas où les familles n'auraient pas auparavant été impliquées, le fiancé délaissé ne peut pas recourir à la médiation des "anciens", afin de tenter une réconciliation avec l'autre. De fait, la médiation familiale a fait ses preuves dans ce domaine en Afrique⁵⁶⁸. Suivant les lois sur le mariage, le fiancé éconduit peut seulement exercer une action en justice à des fins de dédommagement, à l'exclusion de toute autre

⁵⁵⁹ M. NKOUEJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, op. cit., p. 93.

⁵⁶⁰ C'est la pratique de la coemption (lire G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 57).

⁵⁶¹ Entre deux lignages ou au sein d'un même lignage (v. A.-B. DIOP, *La famille wolof : Tradition et changement*, op. cit., p. 81 sq.).

⁵⁶² V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, op. cit., p. 44.

⁵⁶³ Cf. A.-B. DIOP, *La famille wolof : Tradition et changement*, op. cit., p. 81 sq. ; aussi R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, op. cit., p. 277-282.

⁵⁶⁴ A. NYEMBA, La dot congolaise dans la problématique du mariage chrétien, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », op. cit., p. 209.

⁵⁶⁵ Kéba M'BAYE observe qu'« une bonne législation consisterait [...] à exiger des fiancés un consentement valable, ce qui exclut l'engagement des jeunes enfants » (K. M'BAYE, Introduction, in « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », op. cit., p. 16).

⁵⁶⁶ V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, op. cit., p. 44.

⁵⁶⁷ Cf. art. 113 du CPF du Bénin.

⁵⁶⁸ Cf. I. A. ANANI, La dot dans le Code des personnes et de la famille au Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire et Togo, op. cit., p. 199 ; aussi Institut des droits de l'homme et de la paix et Université Cheikh Anta Diop de Dakar, en collaboration avec l'Institut danois des droits de l'homme, Rapport de synthèse du séminaire de travail sur le projet de recherche régional sur le divorce en Afrique de l'Ouest francophone, 30 nov. - 2 déc. 2009, Dakar, consulté le 10 juil. 2017 sur http://idhp.ucad.sn/index.php?option=com_content&view=article&catid=24:la-recherche&id=105:actualites-du-projet&Itemid=145.

prétention⁵⁶⁹, si encore une faute peut être retenue contre l'auteur de la rupture. Sous ce jour, il apparaît que l'implication coutumière des familles dans le mariage confère une portée plus grande à la promesse mutuelle de mariage et au mariage⁵⁷⁰. Les époux n'ayant pas suivi les règles coutumières pour se marier ne peuvent pas, par la suite, compter sur l'intervention des proches afin d'aider à la résolution de leurs conflits de couple. Cette sanction communautaire du non-respect des us et coutumes est suffisamment dissuasive pour que les individus se soumettent spontanément à la norme sociale, non seulement pour éventuellement nouer leurs fiançailles, mais surtout pour sceller leur mariage.

2) L'assentiment indispensable des familles

145. - Accord des familles. À l'heure actuelle, il arrive plus souvent que le choix des fiancés se fasse de manière conventionnelle. Ainsi, les intéressés forment d'abord leur projet de mariage et dévoilent ensuite leurs intentions à leurs parents respectifs. À ce stade, c'est au membre influent de la famille qu'ils se confient, le père ou à défaut un ancien⁵⁷¹. Cette formalité a pour but de recueillir l'assentiment familial. En effet, l'étape de la saisine officielle des anciens est incontournable, en vue du rôle de premier plan qu'ils sont appelés à jouer pour la concrétisation de la promesse de mariage. Du reste, dès qu'ils sont avertis des intentions matrimoniales de leur enfant, les anciens effectuent, à l'échelle de leurs moyens, des vérifications sur l'ascendance des futurs époux, notamment pour prévenir l'inceste⁵⁷². La tâche de vérification porte aussi sur la recherche d'antécédents éventuels, tels que mésententes ou conflits ayant pu opposer les familles respectives, demeurés non résolus et qui pourraient interférer avec le mariage envisagé.

146. - Quête matrimoniale. Lorsque l'examen des lignées ne révèle pas de faits de nature à empêcher le mariage⁵⁷³, les personnes dépositaires de l'autorité matrimoniale au sein de chaque

⁵⁶⁹ L'obligation de respecter la promesse de mariage n'est pas susceptible d'exécution forcée (cf. par exemple art. 1142 du Code civil burkinabè).

⁵⁷⁰ V. *infra*, n° 145 sq.

⁵⁷¹ La famille est ici entendue au sens large, étant précisé que le modèle africain de la famille est très élastique. Guy Adjeté KOUASSIGAN explique qu'elle se construit au-delà des liens physiologiques, entre des personnes qui partagent une communauté de vie religieuse et de vie sociale (v. G. A. KOUASSIGAN, *Famille, droit et changement social en Afrique Noire francophone*, *op. cit.*, p. 168) ; lire aussi A.-B. DIOP, *La famille wolof : Tradition et changement*, *op. cit.*, p. 43 sq.

⁵⁷² L'inceste est généralement considéré en Afrique comme une source de calamités publiques comme la sécheresse, la famine, les épidémies, etc. (lire M. QUENOM, *Au pays des fons, us et coutumes du Dahomey*, Maisonneuve et Larose, Paris, 1999, p. 109).

⁵⁷³ En marge, d'autres éléments peuvent rentrer en ligne de compte justifier le refus de l'une des familles d'approuver le désir de mariage de son enfant, tels que « la grossièreté des coutumes chez l'une d'entre elles,

famille⁵⁷⁴ s'organisent entre elles à l'effet d'effectuer les démarches nécessaires auprès de l'autre famille. Les démarches prennent la forme de négociations matrimoniales qui n'ont pas toutes une traduction monétaire, même si elles revêtent assez souvent un caractère financier⁵⁷⁵. Avant que ne commencent les démarches, les prétendants doivent renouveler leur volonté de se marier devant le patriarche désigné, en présence des témoins coutumiers qui sont investis d'une certaine autorité religieuse⁵⁷⁶. Cette étape, notamment si elle dérive de la volonté du chef de lignage, consolide à l'avance l'engagement matrimonial, en sorte qu'il ne peut plus être rompu du chef d'un fiancé⁵⁷⁷.

147. - Formalités coutumières. Exemple peut être pris de l'identification formelle de la jeune fille à marier au sein de l'ethnie *mossi*⁵⁷⁸. À ce sujet, Robert Pageard explique qu'une délégation de cinq personnes de la famille donatrice, dont deux hommes, deux femmes et un enfant, se rend auprès de la famille bénéficiaire pour lui "porter l'information"⁵⁷⁹. Du côté de la famille la requérante également, des personnalités sont mises à contribution pour porter la dot à la famille donatrice. Les déclarations de part et d'autre pendant le processus matrimonial se font devant une assistance réunie dans la cour des chefs de famille respectifs, l'assistance étant essentiellement composée des membres des familles directes et alliées des prétendants. Pareillement, dans la société *dagara* du Burkina Faso, les oncles paternels de l'homme, constitués en groupe, se rendent dans la famille de la femme, munis d'une poule dite « poule de salutation »⁵⁸⁰. La poule de salutation est offerte au moment même où les émissaires expriment les intentions de leur enfant envers la jeune fille choisie. Cette offrande marque le début des

la mauvaise étoile du prétendant devenu déjà plusieurs fois veuf, une tare notoire, un travers physique, la diversité des religions » (v. M. QUENOM, *Au pays des fons, us et coutumes du Dahomey*, op. cit., p. 106).

⁵⁷⁴ À titre d'exemple, chez les *dagara*, un groupe ethnique du Burkina Faso, ce sont les oncles de la ligne paternelle de la famille de l'homme qui ont la charge des démarches matrimoniales et qui prennent l'initiative envers l'autre famille, excepté le père (lire S. N. DABIRE PODA, *Système matrimonial et reconstruction identitaire : la mutation de la dot en pays Dagara*, op. cit., p. 29).

⁵⁷⁵ S. N. DABIRE PODA, *Système matrimonial et reconstruction identitaire : la mutation de la dot en pays Dagara*, op. cit., p. 29.

⁵⁷⁶ Sur la confusion originelle entre le juridique et le religieux en Afrique, lire G. A. KOUASSIGAN, *Famille, droit et changement social en Afrique Noire francophone*, op. cit., p. 195 sq.

⁵⁷⁷ Comme en milieu *mossi* par exemple (cf. R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, op. cit., p. 275-276).

⁵⁷⁸ Au moment des premiers contacts entre les familles, l'identité de la jeune fille peut ne pas encore être connue ou confirmée.

⁵⁷⁹ Chez le peuple *mossi*, la promesse de mariage, ou pour être exact le mariage, peut se faire au moyen d'une déclaration solennelle ou par le fait de répandre de la poussière sur la tête du bénéficiaire ou des hommes de sa famille. Il s'ensuit « les trois cris » poussés par la délégation de la famille qui accueille la femme (cf. R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, op. cit., p. 290).

⁵⁸⁰ Ou « *non puora* » en langue *dagara*.

pour parler en vue de l'échange matrimonial, étant précisé que ceux-ci peuvent se révéler longs si la poule de salutation n'est pas acceptée dès la première visite⁵⁸¹. Il faut attendre que les familles parviennent à un accord de principe afin que s'ouvre la phase relative à la dot, plus exactement la fixation de sa composition et des modalités de paiement ou d'exécution. On peut ainsi voir l'importance de la famille, qui est manifeste tout au long des tractations matrimoniales, jusqu'au moment décisif du paiement de la dot⁵⁸².

B. Le rite matrimonial comme cadre d'extension du bénéfice des cadeaux à la famille

148. - Incidence de l'implication principale des parents dans le mariage africain. En Afrique, le mariage traditionnel donne lieu à des échanges de présents dont le bénéfice va à la famille, largement entendue⁵⁸³. Cette habitude découle de la pensée africaine transcendante selon laquelle les événements importants, joyeux ou pénibles, qui émaillent l'existence d'une personne doivent être partagés par sa famille⁵⁸⁴. À ce titre, le mariage fait figure d'évènement majeur à l'occasion duquel les proches ne peuvent pas être tenus à l'écart, depuis sa préparation jusqu'à sa conclusion. Ensuite, les cadeaux de mariage sont distribués au plus grand nombre possible, en manière de récompense des efforts fournis par les membres de la famille, qui sont particulièrement sollicités pour la réussite de la matérialisation de l'alliance. Par conséquent, les cadeaux de mariage ont un caractère obligatoire (1), mais leur composition est déterminée suivant la coutume de la femme (2).

1) Le caractère obligatoire des présents de mariage

149. - Symbolique originelle. La symbolique des présents de mariage est très importante dans le mariage africain. Les bénéficiaires de la dot varient selon le système de parenté du groupe. Il faut souligner que ces cadeaux sont remis par la famille de l'homme à celle de la femme. C'est un trait distinctif par rapport à l'ancienne coutume française⁵⁸⁵. Dans les sociétés patrilinéaires, les destinataires nommés des présents sont le père de la fille, les oncles paternels, le frère aîné

⁵⁸¹ En ce cas, les envoyés doivent renouveler leur demande à la famille de la jeune fille, jusqu'à l'acceptation du cadeau.

⁵⁸² Du point de vue de la tradition, la cérémonie au cours de laquelle la dot est payée clôt le processus matrimonial, en sorte qu'elle se confond avec le mariage en lui-même (v. *infra*, n° 167 sq.).

⁵⁸³ Sur la « grande famille » africaine, v G. A. KOUASSIGAN, *Famille, droit et changement social en Afrique Noire francophone*, *op. cit.*, p. 199-200.

⁵⁸⁴ V. J.-B. SOUROU, *Afrique : Rites anciens, Célébrations nouvelles*, éd. Menaibuc, Paris, 2010, p. 64 sq.

⁵⁸⁵ V. *infra*, n° 165.

et la mère ; dans une société matrilineaire au contraire, ceux qui reçoivent des parts de la dot sont les oncles maternels, la mère, les tantes maternelles et le père⁵⁸⁶. Etienne Lamy explique, dans son étude sur la dot au Congo, que « la fiancée est celle qui souvent reçoit la pré-dot pour la remettre à son père ou à son oncle, manifestant ainsi son consentement »⁵⁸⁷. D'autres sociétés font le choix de la bilinéarité, en sorte que les apports profitent à la fois aux père et mère, aux grands-parents des deux lignes, aux oncles et tantes paternels et maternels de la jeune fille⁵⁸⁸. Toutefois, l'évolution contemporaine oblige à faire preuve de mesure dans la détermination des récipiendaires, à cause du renchérissement du coût de la vie. De ce fait, il s'opère désormais un resserrement du cercle des bénéficiaires au profit de la famille nucléaire de la jeune fille. Dans la même dynamique, bien que plus lentement, la dot tend à s'individualiser en faveur de la femme⁵⁸⁹.

150. - Détournement de l'institution. La monétarisation de la société africaine a provoqué la dénaturation de la coutume des offrandes de mariage⁵⁹⁰. Désormais, la convention dotale peut nécessiter de grands moyens, qui n'ont plus rien à voir avec la symbolique originelle, au point de nécessiter l'échelonnement du paiement⁵⁹¹. De telles surenchères, assurément, ne participent pas à la quiétude future dans la vie du couple, les époux devant mobiliser leurs premières ressources pour éteindre la dette née à cette occasion. Cela explique la controverse doctrinale sur la dot⁵⁹².

2) La détermination des présents de mariage selon la coutume de la femme

151. - Variété des présents de mariages. La dot versée par le futur époux à la famille de la femme peut emprunter des formes variées. Après l'accord de principe entre les familles sur l'union de leurs enfants, la famille donatrice de femme fait connaître à la famille qui va l'accueillir la composition de la dot, avec les obligations additionnelles qui s'exécutent en même

⁵⁸⁶ Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », Lubumbashi, 14-18 nov. 1966, Bulletin du Centre d'étude des Problèmes Sociaux Indigènes (CEPSI), vol. 27, Lubumbashi, 1968, 521 p.

⁵⁸⁷ E. LAMY, La dot congolaise à ce jour, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 72.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 94-95.

⁵⁸⁹ Comme pour l'ancienne dot européenne (v. *infra*, n° 164).

⁵⁹⁰ Cf. I. A. ANANI, La dot dans le Code des personnes et de la famille au Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire et Togo, *op. cit.*, p. 198 sq.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 73.

⁵⁹² V. *infra*, n° 166.

temps que le paiement de la dot⁵⁹³. Le plus souvent, les apports concernent des animaux (poulet, mouton ou chèvre), des choses (« dolo »⁵⁹⁴, noix de cola, cauris⁵⁹⁵), ou un peu d'argent. Les obligataires de la dot doivent au moins commencer à s'en acquitter pour confirmer la promesse de femme. Au demeurant, la dot ne se réduit pas à la somme des cadeaux distribués au cours de la cérémonie dotale ou des biens donnés en marge, car elle peut prendre des figures supplémentaires. Dans certains lieux, le jeune homme à qui une femme est promise doit s'acquitter d'autres obligations depuis le moment où ses intentions matrimoniales sont dévoilées aux futurs beaux-parents et lorsque ceux-ci ont consenti au mariage. Le prétendant peut être tenu de fournir des prestations matrimoniales préalables, comme donner une partie de ses récoltes à ses futurs beaux-parents, les assister dans la réfection de leur habitation, leur venir en aide dans les cérémonies familiales festives ou religieuses, ou encore pendant les funérailles de proches⁵⁹⁶. Pour se convaincre que ces éléments font partie de la dot, il faut savoir qu'en cas d'échec du projet matrimonial, il est fait un compte de l'ensemble des prestations dont les parents ont pu bénéficier à l'effet d'en obtenir le remboursement⁵⁹⁷.

Il y a lieu de considérer également les cadeaux d'usage offerts par l'homme à la future belle-famille. Il les remet lors de ses visites à la famille, dans un but apparemment désintéressé. Il peut s'agir de produits alimentaires, de bois de chauffe, de cola, de poulets, de modiques sommes d'argent, etc. L'aide ponctuelle dans les travaux champêtres rentre également dans ce registre⁵⁹⁸. Les cadeaux d'usage ne font pas partie de la dot et ne sont pas en principe remboursables, en cas d'issue défavorable des démarches de mariage. Pour autant, sur le terroir *mossi*, les services rendus sont hautement considérés et peuvent à eux seuls amener le chef de

⁵⁹³ Elles consistent souvent en des présents apportés pour servir à des rituels de "recommandation de la jeune fille aux ancêtres" et à des sacrifices aux mânes dont la faveur est recherchée pour le mariage à venir (celle-ci est censée se manifester par la fécondité de l'union matrimoniale) (cf. R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, op. cit., p. 291).

⁵⁹⁴ La bière locale fabriquée à base de mil.

⁵⁹⁵ Ces cauris auront auparavant subi une épreuve de sacralisation afin de disposer favorablement les ancêtres envers le mariage qu'ils vont contribuer à sceller (cf. S. N. DABIRE PODA, *Système matrimonial et reconstruction identitaire : la mutation de la dot en pays Dagara*, op. cit., p. 34). La pratique tend à être abandonnée par la jeune génération, par souci de simplification.

⁵⁹⁶ Particulièrement pour les funérailles, le futur époux doit se signaler par sa présence et il est de bon ton qu'il apporte un cadeau (un animal ou un don en argent) ; tout manquement à cet égard peut entraîner l'annulation de la promesse de mariage (art. 76 du Coutumier juridique du cercle de Ouahigouya, in R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, op. cit., p. 293).

⁵⁹⁷ M. QUENOM, *Au pays des fons, us et coutumes du Dahomey*, op. cit., p. 105 ; aussi, R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, op. cit., p. 295.

⁵⁹⁸ N. E. PODA, Mariage et « prix de la fiancée » chez les *Dagara* (Burkina Faso), *Journal des africanistes*, 1994, tome 64, fascicule 1, p. 66.

famille qui les reçoit à répondre favorablement à la sollicitation muette d'un courtisan, en lui donnant sa fille en mariage⁵⁹⁹. Enfin, lorsque l'homme est financièrement démuné, il peut lui être fait la faveur de considérer que sa dot est constituée par la somme des services qu'il aura rendus à la famille de la femme⁶⁰⁰.

152. - Présents complémentaires. En principe, d'autres biens sont apportés au cours de la cérémonie dotale finale⁶⁰¹, afin de compléter la pré-dot⁶⁰². Les uns sont des présents de faible valeur comme des cauris, du sel, des pagnes, des atours pour la future mariée, et les autres, des cadeaux d'une valeur marchande plus affirmée comme des têtes de bétail, des sommes d'argent importantes et autres⁶⁰³. À ce niveau, le cercle des bénéficiaires des cadeaux s'agrandit encore plus. Les cadeaux reçus sont d'abord rassemblés (ils peuvent être remis à plusieurs membres de la famille), afin d'en faire le compte. Puis vient le moment du partage : celui-ci est réalisé de manière à atteindre le maximum de personnes⁶⁰⁴. Le critère de sélection principal n'est cependant pas la présence à la cérémonie⁶⁰⁵, mais le lien parental avec les promis. Autrement, les parents directs de la future épouse n'en auraient pas le bénéfice puisque, suivant la règle, ils ne prennent pas part à la cérémonie dotale, même quand celle-ci se déroule dans leur fief⁶⁰⁶. Quelquefois, il est noté des surenchères sur le montant des cadeaux et les sommes d'argent à remettre, qui peuvent être exagérés dans les cas de « parenté à plaisanterie »⁶⁰⁷ entre les ethnies des futurs. Les pourparlers se tiennent en règle générale dans un climat amical. Les mérites de la jeune fille à marier sont mis en avant afin d'obtenir un meilleur montant de la dot.

⁵⁹⁹ Cf. R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, op. cit., p. 291 sq.

⁶⁰⁰ V. R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, op. cit., p. 279-280 et p. 305. En pareille circonstance, la fille peut être confiée tôt à la famille du célibataire, en attendant qu'elle atteigne l'âge de 15 ans, l'âge du début de la procréation en milieu *mossi*, pour rentrer effectivement dans le mariage.

⁶⁰¹ Appelée « *pog-puusem* » en langue *moore* (parlée par les *mossi*), qui signifie littéralement « salutation pour la femme ».

⁶⁰² E. LAMY, La dot congolaise à ce jour, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », op. cit., p. 72.

⁶⁰³ Pour aller plus loin, lire S. N. DABIRE PODA, *Système matrimonial et reconstruction identitaire : la mutation de la dot en pays Dagara*, op. cit., p. 33.

⁶⁰⁴ E. LAMY, La dot congolaise à ce jour, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », op. cit., p. 95.

⁶⁰⁵ Leur part est gardée par des parents proches pour leur être remise plus tard.

⁶⁰⁶ La direction de la cérémonie est assurée par les oncles et les tantes de la femme.

⁶⁰⁷ La parenté à plaisanterie est une tradition orale développée chez certains peuples, qui repose sur le principe que l'orateur peut exprimer toutes ses pensées, mêmes les plus désobligeantes à l'endroit de ceux qui l'écoutent, sans que nul ne puisse s'en formaliser. Elle permet de régler pacifiquement les mésententes latentes pouvant exister entre des individus ou des groupes (lire à ce propos, A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè : Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, op. cit., p. 87 ; aussi C. CANUT et É. SMITH, Pactes, alliances et plaisanteries, Cahiers d'études africaines, 184 | 2006, mis en ligne le 8 déc. 2006, disponible sur <http://etudesafricaines.revues.org/6198>, consulté le 13 janv. 2016).

Les surenchères qui se déroulent dans ces circonstances ne doivent pas être confondues avec d'autres qui correspondent bien à l'idée de marchandisation de la femme⁶⁰⁸.

Lorsque la famille de la jeune fille juge que le prétendant et les siens se sont dûment acquittés des obligations qui étaient les leurs dans le cadre de la quête matrimoniale, la promesse ou le pré-mariage est réputé noué. On a pu voir que la femme n'est pas associée aux prises de décisions dans le processus matrimonial qui l'intéresse au premier chef. La violation de sa liberté matrimoniale est flagrante. De plus, il découle de graves conséquences de la promesse de mariage suivant l'entendement africain, totalement différentes de celles que produisent les fiançailles européennes.

§ 2 : Irréversibilité de l'engagement de la femme résultant de la cérémonie matrimoniale traditionnelle

153. - Effets de la cérémonie matrimoniale traditionnelle. Il résulte des passages précédents que les fiançailles, dans les États de l'Afrique noire francophone, ne recouvrent pas la même réalité que les fiançailles en France, tout au moins quand elles ont été contractées suivant la coutume. Elles y ont valeur d'institution, et en tant que telle, leurs effets sont régulés par la tradition. Dans l'hypothèse où des individus se promettent le mariage suivant la loi et, ensuite, se plient aux exigences de la coutume, les fiançailles coutumières l'emportent aux yeux de leur communauté. Au-delà, en cas de fiançailles rituelles, un examen attentif permet de relever une sorte de confusion entre la promesse de mariage et le mariage lui-même. De fait, leur achèvement marque le point de départ du mariage (A). Par ailleurs, les fiançailles traditionnelles, dans certaines coutumes, ont une signification grave pour la femme (B).

A. Point de départ de l'union matrimoniale

B. Unicité du rituel matrimonial pour la femme

A. Point de départ de l'union matrimoniale

154. - Effets exorbitants de droit commun. Après les cérémonies rituelles, l'homme et la femme sont réputés avoir pris leurs communautés à témoin de leur union. De ce fait, ils sont autorisés à vivre ensemble à partir de ce moment (1). Néanmoins, la modernisation de la vie et

⁶⁰⁸ E. KAGAMBEGA, Les droits de la femme et de l'enfant, *op. cit.*, p. 199.

la prise en compte de la nécessité du mariage civil, seul juridiquement reconnu dans les droits béninois et burkinabè, poussent quelquefois le couple à différer la vie commune (2).

1) Le principe de la résidence commune après le rituel matrimonial

155. - Début de la vie commune. La portée normative du rituel matrimonial dans la tradition africaine montre l'importance qui lui est accordée. Dans certaines ethnies, les promis peuvent vivre ensemble aussitôt après la fin de la célébration. Concrètement, la femme peut rejoindre la demeure de l'homme le même jour, et elle est accompagnée en cette occasion par une délégation de sa famille. Dans le cas où les promis décident d'attendre, il s'instaure malgré tout entre eux un devoir de fidélité et d'assistance⁶⁰⁹. Dès lors, ils s'obligent à ne plus entretenir ou à cesser toutes sortes de relations de type amoureux avec d'autres personnes, sauf peut-être pour l'homme polygame⁶¹⁰. En outre, les liens qui les unissent dorénavant commandent à chaque partenaire de prendre activement part à la vie familiale de l'autre, pour ne pas se voir taxer de désintéressement⁶¹¹. Ces points constituent le socle des relations qui s'impose à tous les promis. Dans d'autres ethnies, la cérémonie traditionnelle marque le début d'un mariage à l'essai dont la confirmation intervient à la naissance du premier enfant, ce qui est aussi un moyen de s'assurer de la fécondité de la femme⁶¹², à laquelle il est attaché beaucoup d'importance⁶¹³. Les éléments ici décrits confirment le propos de Robert Pageard, lorsqu'il considère, par rapport à la société *mossi* qu'il a observée, que « La promesse de femme est [...] un acte plus important que le mariage lui-même »⁶¹⁴.

156. - Nuance. Lorsque les démarches matrimoniales ont été engagés comme le prescrit la coutume, mais que les présents de mariage n'ont pas été apportés, l'homme et la femme ne

⁶⁰⁹ A. SOHIER, *Le mariage en droit coutumier Congolais*, Institut royal colonial belge, Section des sciences morales et politiques, Mémoires, T. XI, Fasc 3, G. Van Campenhout, Bruxelles, 1943, p. 53.

⁶¹⁰ Encore que pour l'homme, cette obligation n'est pas rigoureuse, parce qu'il est potentiellement polygame.

⁶¹¹ R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, *op. cit.*, p. 292-293.

⁶¹² L'infertilité du couple est souvent imputée à la femme (v. *infra*, note ss n° 632).

⁶¹³ C. BOUNANG MFOUNGUE, *Le mariage africain, entre tradition et modernité : étude socio-anthropologique du couple et du mariage dans la culture gabonaise*, Thèse de doctorat, Université Paul-Valéry-Montpellier III, mai 2012, p. 155 ; A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè : Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, *op. cit.*, p. 93 ; C. HOUETO, La femme, source de vie dans l'Afrique traditionnelle, in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *op. cit.*, p. 51-66. Cependant, l'infertilité du couple n'est pas nécessairement imputable à la femme.

⁶¹⁴ R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, *op. cit.*, p. 291.

peuvent pas commencer la vie commune. S'ils passent outre la règle, au plan traditionnel, ils sont considérés comme de simples concubins⁶¹⁵.

2) L'exception de la résidence séparée après le rituel matrimonial

157. - Influence de la modernité. Il a été montré qu'il n'existe pas véritablement de période de fiançailles en Afrique, au sens de période pendant laquelle les personnes se promettent juste le mariage, sans y être définitivement obligés. En réalité, lorsqu'un apport dotal a été fait pour la femme par la famille de l'homme, rien ne leur interdit de vivre comme mari et femme, puisqu'à ce stade, ils ne peuvent plus se raviser. C'est pourquoi, il a pu être affirmé : « Destinée à faciliter l'échange des femmes, la dot joue d'autres rôles. En particulier, elle noue des volontés. Celui qui accepte un cadeau se trouve d'ailleurs lié »⁶¹⁶. Il faut ainsi remarquer que ce qui est quelquefois appelé fiançailles représente en réalité le mariage, notamment lorsque la dot a été payée sans échelonnement. Solange Nanwinkirmé Dabire Poda explique à cet égard que lorsque la dot est versée par ses obligataires, et acceptée par la famille donatrice de femme, le mariage est scellé par le fait même de l'acceptation⁶¹⁷. Également, Johan M. Pauwels souligne que « C'est le versement de la dot qui crée les devoirs et droits entre époux »⁶¹⁸.

B. Unicité du rituel matrimonial pour la femme

158. - Ancrage de la règle coutumière. La demande coutumière de "la main de la femme"⁶¹⁹, lorsqu'elle aboutit, établit un lien matrimonial définitif entre la femme et le prétendant agréé par sa famille. Ainsi est-il affirmé que, « Dans la tradition, le *pog-puusem*⁶²⁰ est comme la naissance pour la femme. On ne naît pas deux fois, donc la femme ne peut pas se marier deux fois, même si l'homme peut marier plusieurs fois »⁶²¹. Il en ressort que l'engagement de la femme est exclusif (1), ce qui empêche ensuite toute autre démarche matrimoniale de même type concernant la même personne (2).

⁶¹⁵ V. *infra*, n° 167.

⁶¹⁶ J. BINET, Aspects actuels du mariage dans le Sud Cameroun, in *Recueil Penant*, 1952, p. 79.

⁶¹⁷ S. N. DABIRE PODA, *Système matrimonial et reconstruction identitaire : la mutation de la dot en pays Dagara*, *op. cit.*, p. 35.

⁶¹⁸ J. M. PAUWELS, Mécanismes et fonctions de la dot chez les Tyo (Teke) du Kongo Central, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 142.

⁶¹⁹ Expression signifiant "solliciter l'accord de la famille de la femme à marier" (*cf. Dictionnaire Larousse*, consulté le 11 juil. 2017 sur <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/main/48688/locution>).

⁶²⁰ La « salutation pour la femme », en langue *moore* (v. *supra*, note ss n° 152).

⁶²¹ Entretien PER 15, réalisé le 18 sept. 2017.

1) Caractère exclusif de l'engagement de la femme

159. - Succès du projet matrimonial. L'homme et la femme qui se sont conformés à la célébration du rite coutumier sont définitivement engagés dans le mariage⁶²². Concernant la femme, il faut ajouter que cet engagement a une nature exclusive, en comparaison de la situation de l'homme qui est potentiellement un polygame de droit ou de fait⁶²³. Dans ce sens, à partir du moment où « la main » de la femme est donnée à son prétendant, elle est réputée appartenir définitivement à la famille de celui-ci⁶²⁴. C'est pourquoi la dot n'est acquittée qu'une seule fois pour chaque femme, même si l'union à l'occasion de laquelle les présents dotaux ont été offerts vient à être dissoute pour une raison ou une autre⁶²⁵.

160. - Cas de veuvage. Le rituel matrimonial engage la femme pour toute la durée de sa vie, à partir de son accomplissement. La règle est particulièrement remarquable dans le cas où l'union prend fin par le décès de l'époux (cette cause est d'ailleurs la plus probable, parce que le divorce est peu toléré dans le milieu traditionnel). Dans cette hypothèse, l'engagement matrimonial de la femme est réputé transcender la mort du conjoint, de sorte que la femme doit demeurer dans la famille du défunt. Elle doit alors se remarier à un autre homme de la famille du défunt mari⁶²⁶. Dans le cas où la femme entend rompre son engagement, pour retourner vivre dans sa famille d'origine ou s'installer seule ou avec ses enfants éventuels, elle est tenue, ou du moins sa famille, de rembourser la dot⁶²⁷. L'indigence de certaines familles constitue souvent un obstacle. Somme toute, les cas de remboursement de la dot sont exceptionnels.

2) Empêchement tenant à l'antériorité d'un rituel matrimonial

161. - Cas de répudiation de la femme. Dans l'hypothèse de la séparation de l'homme et de la femme par suite de répudiation⁶²⁸, la rigueur du principe de l'unicité du mariage coutumier

⁶²² V. *supra*, n° 171.

⁶²³ Selon que la loi l'autorise (comme au Burkina Faso et au Mali) ou pas (auquel cas la permission vient de la coutume).

⁶²⁴ C'est le cas notamment chez les *mossi* du Burkina Faso (Entretien PER 15, réalisé le 18 sept. 2017).

⁶²⁵ C'est l'origine de pratiques comme le lévirat (v. *infra*, n° 321 *sq.*).

⁶²⁶ Cf. M. NKOUEJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille, op. cit.*, p. 74.

⁶²⁷ Au cas où la femme précède le mari dans la mort, la dot reste acquise à sa famille.

⁶²⁸ La répudiation, à savoir la rupture du lien matrimonial du chef du mari, est une faculté largement reconnue à l'homme par les droits coutumiers. Mais si le mari peut seul mettre fin au mariage, en revanche la femme peut difficilement prendre l'initiative de mettre fin au mariage, dans la mesure où cette initiative oblige met en demeure sa famille de rembourser la dot. De ce fait, cette occurrence ne se produit que lorsque la femme justifie d'un motif grave qui constitue le conjoint en faute par rapport à la coutume. Dans le même temps, la coutume est assez permissive avec le mari, si bien que les causes de divorce à la portée de la femme sont rares (T. NFIADI, *Coutumes et traditions Baluba*, Collection Études africaines, éd. L'Harmattan, Paris, 2004, p. 117-

pour la femme ne permet pas à cette dernière de former un nouveau projet matrimonial avec un autre homme, tant que la dot versée pour elle n'a pas été réclamée par ceux qui l'ont acquittée, ni le remboursement effectué⁶²⁹. De fait, la tradition interdit aux membres de la famille de la femme de recevoir une nouvelle dot en son nom tant que les effets de la première dot demeurent⁶³⁰. La règle vise à éviter la juxtaposition de plusieurs dots, qui ferait penser à la polyandrie⁶³¹, laquelle n'est pas admise dans la plupart des coutumes africaines.

162. - Remboursement des présents de mariage. À titre dérogatoire, la femme est libérée des effets de la dot en cas de restitution faisant suite à une réclamation de la famille l'ayant payée. En ce cas, la femme peut à nouveau se marier. Il faut préciser que la restitution de la dot peut alors être le fait de la famille de la femme, ce qui correspond à l'hypothèse normale, ou bien de la famille du nouveau prétendant, par compensation entre le paiement de la dot nouvelle et le remboursement de l'ancienne. La famille créancière de la dot peut également renoncer au remboursement, ce qui éteint la dette entre les familles et libère aussi efficacement la femme du précédent lien matrimonial. En outre, il faut mentionner les cas d'exemption de remboursement accordées naguère par les tribunaux coutumiers, au regard de la durée du mariage ou du nombre d'enfants issu de l'union⁶³².

163. - Remariage exceptionnel de la femme. Il convient avant tout de souligner le caractère exceptionnel d'une pluralité d'unions matrimoniales pour la femme⁶³³, même successives, en dehors de la ligne parentale du premier mari⁶³⁴. De l'avis de Tsibas Nfuadi, le fait de divorcer est si négativement perçu qu'il compromet les chances de se remarier de ceux dont le lien

120). Cela étant, la répudiation ne fait pas perdre à l'homme le droit au reversement de la dot, pas plus que le divorce survenu sans faute de la femme, voire par la faute du mari (cf. R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, op. cit., p. 315 sq.).

⁶²⁹ Le remboursement peut aussi être proposé par la famille de la femme.

⁶³⁰ La difficulté peut être levée si ces derniers prennent l'initiative de rembourser tout ce qui a été payé pour épouser la femme, mais cela est exceptionnel.

⁶³¹ V. *infra*, n° 401.

⁶³² Les tribunaux coutumiers du temps colonial procédaient à des ajustements dans le souci d'une meilleure administration de la justice. Ainsi, il était tenu compte de la longue durée du mariage ou du niveau de fécondité de la femme afin d'alléger plus ou moins la dette de la dot (cf. J. M. PAUWELS, *Mécanismes et fonctions de la dot chez les Tyo (Teke) du Kongo Central*, op. cit., p. 141).

⁶³³ Le divorce, qui désigne la rupture du lien matrimonial à l'initiative de l'un quelconque des époux, est assez résiduel en droit traditionnel africain, qui connaît davantage la répudiation (v. K. M'BAYE, Introduction, in « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », op. cit., p. 26-28).

⁶³⁴ Cela tiendrait à l'essence du mariage coutumier, d'une grande stabilité en raison de l'implication des familles, qui aide à apaiser les conflits de couple ; au contraire, les mariages modernes seraient plus vulnérables aux crises par défaut d'intervention des proches (cf. J. C. MUKASA, *Le conflit de coutumes sur la dot dans la ville de Jadotville*, op. cit., p. 166).

matrimonial a été rompu, l'imaginaire collectif y voyant un signe de malchance qui pourrait affecter leurs unions ultérieures⁶³⁵. Cela étant, il faut savoir que de nouvelles fiançailles de la femme, et par conséquent une nouvelle dot, suppose que l'homme à qui elle va se remarier n'appartient pas à la famille du précédent mari. Dans le cas contraire, dans la mesure où le mariage coutumier ne prend pas fin pour cause de mort du mari, ou du moins que la validité de la dot demeure, selon la coutume du lévirat, la femme est proposée en mariage, sans autre formalité, à un homme choisi dans la lignée de l'époux décédé⁶³⁶. Si la femme refuse de se remarier dans le lignage du précédent mari, la dot versée pour sceller son mariage doit être remboursée. La charge incombe à sa famille, qui normalement, doit l'avoir gardée en réserve⁶³⁷. De fait, la dot étant principalement conçue comme une preuve du mariage⁶³⁸, il est logique qu'elle soit restituée à ceux qui l'ont payée en cas de dissolution de l'union. Le remboursement permet à la femme de recouvrer sa liberté matrimoniale. À l'inverse, lorsque la veuve consent au mariage par lévirat⁶³⁹, la nouvelle union s'inscrit, suivant la coutume, dans la continuité de la précédente. Ceci explique pourquoi la dot n'a plus alors à être renouvelée. Johan M. Pauwels exprime cette réalité en observant que « La dot versée pour la première union continue à légitimer la seconde »⁶⁴⁰. Dans ces cas, on peut avoir l'impression que la femme "échoit en succession" à un frère ou, à défaut, à un proche parent du défunt. S'il le veut, le nouveau mari peut offrir des présents aux parents de la femme en guise de supplément à la première dot, mais la décision lui appartient⁶⁴¹.

Il est possible de se rendre compte, à travers ce qui a été présenté, que la femme est liée par la cérémonie matrimoniale africaine à un degré supérieur comparativement à l'homme. En effet, les « fiançailles coutumières » (ou le « mariage coutumier » pour être exact) affectent différemment les statuts de l'homme et de la femme. Ensuite, elles reposent fondamentalement sur la dot, dont certaines facettes ont été examinées en filigrane le long de cette partie. Cela montre combien l'idée de mariage dans la culture noire africaine est indissociable de la dot. À présent, il convient de s'intéresser à celle-ci à part entière.

⁶³⁵ T. NFUADI, *Coutumes et traditions Baluba*, Collection Études africaines, *op. cit.*, p. 117.

⁶³⁶ V. *infra*, n° 321.

⁶³⁷ V. *infra*, n° 182.

⁶³⁸ V. *infra*, n° 168.

⁶³⁹ R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, *op. cit.*, p. 316.

⁶⁴⁰ J. M. PAUWELS, Mécanismes et fonctions de la dot chez les Tyo (Teke) du Kongo Central, *op. cit.*, p. 127.

⁶⁴¹ Les cadeaux ainsi offerts permettent surtout à celui qui "hérite" de la femme de se faire agréer des parents de celle-ci.

Section 2 : La dot comme instrument de renforcement de l'inégalité des sexes

164. - Précision terminologique. Avant tout propos, il sied de noter que le vocable « dot », employé pour désigner l'institution africaine, est aussi trompeur que celui de « fiançailles » peut l'être, car il ne recouvre pas le même sens dans les civilisations africaine et européenne. L'originalité de la dot africaine mérite d'être soulignée. De fait, le régime dotal existe dans les coutumes de l'Afrique noire depuis des temps immémoriaux⁶⁴². La dot africaine est « un ensemble de biens remis solennellement et publiquement par le futur conjoint ou par sa famille aux parents de la future épouse devant [des] témoins des deux parties au contrat de mariage ; ces valeurs scellent le contrat d'alliance entre les deux familles des futurs conjoints »⁶⁴³. Ainsi conçue, la dot africaine ne doit pas être confondue avec la dot occidentale. Pour celle-ci, il revient plutôt à la famille de la femme d'apporter des « biens dotaux » à l'homme⁶⁴⁴. Dans ce sens, c'est un ensemble de « biens donnés, pour cause de noces, aux futurs époux ou à l'un d'eux, par un parent ou par un tiers »⁶⁴⁵. Le doyen Carbonnier a pu qualifier la coutume africaine de « dot inversée ». Cela s'entend, dans la mesure où l'appréciation était faite depuis la perspective européenne⁶⁴⁶. Par-delà cet aspect, la dot européenne a un caractère individualiste affirmé, au contraire de la dot africaine dont la nature collective est attestée. La dot européenne, qui profite en principe à l'un ou aux deux époux, fait dire à Gaspard Harerimana qu'elle se présente en fait comme un « trousseau »⁶⁴⁷. C'est tout le contraire de la dot africaine,

⁶⁴² Pour en citer quelques-unes : I. A. ANANI, La dot dans le Code des personnes et de la famille au Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire et Togo, *op. cit.*, p. 223-250 ; S. S. M. KANJI et F. K. CAMARA, *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, éd. L'Harmattan, Paris, 2000, 309 p. ; E. LAMY *et al.*, « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, 521 p. ; « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », Études sous la dir. de Kéba M'BAYE, *op. cit.*, 295 p.

⁶⁴³ Cf. G. KALAMBAY, La dot dans le mariage Luba du Sud-Kasaï, son importance et son évolution : essai d'interprétation juridique, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 175 ; D. BOUKARI, La dot chez les Kotokoli de Sokodè, in Recueil Penant, 1962, p. 548.

⁶⁴⁴ Il faut toutefois signaler, avec Florence LAROCHE-GISSEROT, la coexistence dans la France au 19^e siècle de deux formes de dot : tantôt, « c'est le mari ou sa famille qui doivent apporter lors du mariage des biens ou des valeurs destinées à la femme ou à sa famille », tantôt « c'est la femme qui, en se mariant, apporte un patrimoine » (v. F. LAROCHE-GISSEROT, Pratiques de la dot en France au XIX^e siècle, in Annales. Économies, Sociétés, Civilisations, 43^e année, n° 6, nov.-déc. 1988, p. 1433).

⁶⁴⁵ A. COLOMER, Dot, Répertoire de droit civil, Dalloz, mise à jour par E. BERRY, juin 2010, n° 3.

⁶⁴⁶ Préface au colloque « Dot, femme et mariage », in Jean Carbonnier : L'homme et l'œuvre (sous la direction de Raymond VERDIER), Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 702. L'expression de « dot à rebours » est aussi employée (cf. F. LAROCHE-GISSEROT, Pratiques de la dot en France au XIX^e siècle, *op. cit.*, p. 1433).

⁶⁴⁷ G. HARERIMANA, Le système dotal au Rwanda, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 181.

qui a vocation à être partagée entre plusieurs personnes, bénéficiaires en vertu de la norme coutumière. En outre, ces personnes n'appartiennent pas forcément à la famille nucléaire de la femme, car la « grande famille »⁶⁴⁸ africaine fixe plutôt l'échelle d'appréciation.

165. - Caractères spécifiques. Il est malaisé d'étudier le système dotal africain à partir de référents européens. Louis de Clerck estime qu'« Il ne faut pas vouloir à tout prix trouver dans le vocabulaire juridique français le terme correspondant le mieux à une institution de droit coutumier. La correspondance n'est jamais exacte »⁶⁴⁹. Mais dans les lignes qui suivent, à défaut d'un terme conventionnel plus approprié, l'appellation « dot » sera utilisée pour désigner la tradition spécifique à l'Afrique noire. La dot africaine fait l'objet de plusieurs interprétations qui, toutes, traduisent une position inférieure de la femme (§ 1). Sa nature controversée a amené des législateurs à se prémunir, dans des sens différents cependant, contre les dérives auxquelles elle peut donner lieu (§ 2).

§ 1 : Interprétations de la dot infériorisantes de la personne humaine

§ 2 : Solutions légales face à la dot

§ 1 : Interprétations de la dot infériorisantes de la personne humaine

166. - Enracinement socio-anthropologique de la dot. La convention dotal est enracinée dans l'environnement culturel de l'Afrique noire. Cependant, si elle se retrouve dans la quasi-totalité des coutumes, ses fonctions ne sont pas toujours déterminées avec clarté. Il apparaît nettement en revanche que l'usage contemporain de la dot semble presque reléguer la femme au niveau d'une chose. La dot est censée fournir la preuve de l'engagement matrimonial de la femme (A), ainsi que de la filiation paternelle des enfants dont elle accouche (B). Une troisième interprétation existe, mais ne fait pas l'unanimité en doctrine : elle présente la dot comme une compensation pour le départ de la femme de sa famille d'origine (C).

A. La dot comme preuve de l'engagement matrimonial de la femme

B. La dot comme preuve de la filiation paternelle des enfants de la femme

C. La dot comme compensation matrimoniale

⁶⁴⁸ V. *supra*, n° 148.

⁶⁴⁹ L. DE CLERCK, La dot en droit coutumier actuel du Burundi, *in* « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 191.

A. La dot comme preuve de l'engagement matrimonial de la femme

167. - Formalisation de l'échange matrimonial. Sans détours, Guy Adjété Kouassigan affirme qu'« En droit coutumier africain, il n'y a pas de mariage valable sans dot »⁶⁵⁰. L'auteur met ainsi en relief que le mariage coutumier est parfait, à la seule et unique condition que la dot soit entièrement payée, et à l'opposé, il n'est dissout que si sa dette est remboursée. Il est noté que la dissolution du mariage, consécutive à la restitution de la dot, peut se produire alors même que les époux ne sont pas informés de l'action en remboursement, voire contre leur volonté⁶⁵¹. Ceci montre l'interdépendance entre l'acquittement de la dot et l'existence du mariage. En cas de non-paiement ou de paiement partiel, la cohabitation éventuelle de l'homme et de la femme vaut juste comme concubinage⁶⁵². Le concubinage n'est pas réprouvé en soi par la coutume, lorsqu'il y a eu des démarches pré-matrimoniales, mais il ne doit pas cependant devenir une situation définitive. L'acquittement tardif de la dot régularise tout de même le lien marital. On peut alors voir que, dans la pensée africaine, le mariage prend tout son sens seulement lorsque la dot est totalement payée. Le paiement est l'« acte qui permet de rendre le mariage légal aux yeux de la communauté »⁶⁵³. Par suite, la dot atteste de l'accord des groupes familiaux (1) ; puis, elle fonde le mariage (2).

1) Preuve de l'accord des familles

168. - Preuve de l'alliance des familles. Johan M. Pauwels expose que « Le versement d'une dot serait [...] un critère absolu de l'existence du mariage. L'absence de versement dotal signifie concubinage »⁶⁵⁴. Dans le même sens, Anne-Claude Cavin note que « La dot représente un symbole d'alliance entre les familles »⁶⁵⁵. De fait, la création de liens nouveaux entre les groupes est chère à l'Afrique subsaharienne qui est convaincue que l'extension du maillage familial est une bonne chose pour la paix sociale. Néanmoins, l'élargissement du cercle familial ne devrait

⁶⁵⁰ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 215.

⁶⁵¹ J. C. MUKASA, *Le conflit de coutumes sur la dot dans la ville de Jadotville*, op. cit., p. 159 : l'auteur rapporte un cas où le jugement a conclu au divorce des époux alors qu'ils n'avaient pas été informés de la restitution dotale faite par la famille de l'homme et acceptée par celle de la femme (jugement n° 494-64 du tribunal coutumier de Jadotville du 13 oct. 1964). La rupture du mariage à l'initiative de tiers ne devrait pas être possible parce qu'elle procède d'un comportement abusif, surtout si les époux ne sont pas d'accord pour se séparer comme c'était le cas en l'espèce.

⁶⁵² T. NFUADI, *Coutumes et traditions Baluba*, op. cit., p. 95 ; v. aussi *infra*, n° 167.

⁶⁵³ M. KONE et K. N'GUESSAN, *Socio-anthropologie de la famille en Afrique : Évolution des modèles en Côte d'Ivoire*, Éditions du CERAP, Abidjan, 2005, p. 89.

⁶⁵⁴ J. M. PAUWELS, *Mécanismes et fonctions de la dot chez les Tyo (Teke) du Kongo Central*, op. cit., p. 127.

⁶⁵⁵ A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè : Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, op. cit., p. 92.

pas se faire "à tous les prix". En effet, la diffusion de la monnaie dans les échanges en Afrique a entraîné un bouleversement profond de la structure de la dot, si bien que, de nos jours, toutes les composantes de la dot ou presque peuvent être remises par équivalent, donc en espèces. Ce n'était pas le cas par le passé où la dot était principalement constituée de biens en nature ou de prestations de service⁶⁵⁶. La nouvelle configuration favorise les détournements de l'institution à des fins vénales.

169. - Preuve palliative. Toute proportion gardée, il peut être affirmé que l'ancrage de la dot africaine s'explique au moins en partie par la tradition orale des peuples d'Afrique noire. La colonisation n'a pas véritablement réussi à infléchir l'oralité des milieux africains⁶⁵⁷. De ce fait, on peut penser que la dot s'est généralisée au départ pour servir de preuve du mariage, dans un environnement dans lequel l'écriture n'était pas encore vulgarisée⁶⁵⁸. La dot, à travers la célébration qui l'accompagne, permettait de prendre les parentèles des fiancés et la communauté, immanquablement présentes à la cérémonie dotale, à témoin du paiement de la dot. Était ainsi symbolisée la consécration du mariage. Guy Adjété Kouassigan le précise en ces termes : « À défaut d'écrit, la dot est une preuve de l'accord entre les deux familles sur le mariage et la régularité de ce dernier en la forme et au fond. C'est la preuve de l'existence et de la régularité des nouvelles relations sociales qui naissent entre les deux familles par l'union des deux époux comportant des réseaux de droits et d'obligations »⁶⁵⁹. Naturellement, une précaution de cette nature n'est plus indispensable dans les sociétés africaines modernes qui ont acquis une certaine pratique de la preuve écrite. Il est supposé que la dot est perpétuée par les nouvelles générations davantage par tradition que par nécessité. Mais si les africains restent attachés à cette coutume, il apparaît que les impératifs de la vie moderne ne permettent plus, comme autrefois, de réunir un grand nombre de personnes pour constater le versement de la dot. Par voie de conséquence, la dot tend à céder sa place en tant que mode de preuve, tant du

⁶⁵⁶ V. *supra*, n° 151.

⁶⁵⁷ La colonisation impliquant « domination » et « affirmation de la supériorité de la civilisation du colonisateur », dans cet ordre, l'oralité consubstantielle à l'Afrique noire aurait dû se voir substituer par la tradition écrite de la puissance colonisatrice qui est la France, pourtant, celle-ci tarde à s'affirmer sur le continent noir (cf. P. BOUREL, Préface, in G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 8).

⁶⁵⁸ Sur le rapport des peuples noirs à l'écriture, voir C. MESSI ME NANG, L'histoire africaine en Afrique noire francophone, un double inversé de l'histoire coloniale ? L'exemple de l'historiographie nationale du Gabon (1982-2004), in *Revue Hypothèses*, 2007/1 (10), p. 283-293.

⁶⁵⁹ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 216.

mariage que de la filiation. Raison pour laquelle elle est de plus en plus critiquée dans sa fonction de compensation matrimoniale. Les paramètres qui l'entourent ne permettent cependant pas de s'attendre à sa disparition prochaine.

170. - Positions des religions importées. L'enracinement social de la dot africaine n'a pas été combattu par les principales religions qui ont fait la conquête de l'Afrique noire, à savoir le Christianisme et l'Islam. Au contraire, avant l'intervention des textes de loi qui ont interdit la dot dans certains États, l'Église catholique établie en Afrique l'avait, d'une certaine manière, reprise à son compte. En effet, des prélats refusaient de célébrer le mariage chrétien entre les personnes qui n'avaient pas encore satisfait à la formalité de la dot⁶⁶⁰. La position de l'Église pouvait s'expliquer par le fait que la dot, en tant que preuve de l'accord des familles, en même temps que de la garantie de la reconnaissance coutumière du mariage, participait à la stabilité de l'union, un élément venant au soutien du principe d'indissolubilité du mariage que prône le droit canonique⁶⁶¹. Quant à la religion musulmane, la dot n'entraîne aucunement en contradiction avec sa doctrine. Bien davantage, la dot est, en droit islamique, une condition de validité du mariage, même si elle opère de manière différente à ce niveau⁶⁶².

2) Preuve du lien conjugal

171. - Existence du mariage. Au-delà de traduire la concorde des familles, la dot consacre l'union matrimoniale⁶⁶³. De la sorte, la dot poursuit une double finalité dans la formation du mariage, qui n'est pas toujours perceptible lorsqu'elle est payée en une seule fois. Dans les sociétés où la dot est payée en plusieurs phases, cette caractéristique apparaît nettement. Alors, le premier paiement, communément appelé pré-dot ou avance dotale, sert à formaliser la promesse de mariage ; et le dernier paiement marque le début du mariage⁶⁶⁴. Au passage, il faut relever que c'est dans cette hypothèse que l'on retrouve des fiançailles semblables à celles de l'Europe, sauf à rappeler que, dans le cas-ci, les fiancés peuvent entamer la vie commune. Si, au contraire, le paiement de la dot n'est pas échelonné, il est malaisé de situer les fiançailles dans le

⁶⁶⁰ L. DE CLERCK, La dot en droit coutumier actuel du Burundi, *in* « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 195.

⁶⁶¹ A. NYEMBA, La dot congolaise dans la problématique du mariage chrétien, *in* « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 208 ; R.-M. TCHIDIMBO (Mgr), Le sacrement du mariage, *in* Mariage civil et mariage canonique, *op. cit.*, p. 26-27.

⁶⁶² V. *supra*, n° 102.

⁶⁶³ E. LAMY, La dot congolaise à ce jour, *in* « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 71-72.

⁶⁶⁴ V. *supra*, n° 171.

temps. La question se révèle plus complexe lorsque les fiançailles coutumières ne sont pas suivies d'un mariage à l'état civil.

172. - Indissolubilité du mariage ayant donné lieu à une convention dotale. Il a été exposé que la dot est payée, en principe, pour toute la vie de la femme, et que seule une situation exceptionnelle peut entraîner son remboursement, ce qui, corrélativement, mettrait fin au mariage. Par ce mécanisme, la dot aliène la volonté matrimoniale de la femme. Dès lors, même si les relations du couple viennent à se dégrader, la femme n'est pas libre de sa décision de maintenir ou non son engagement. De fait, elle n'est pas libre de se séparer du mari, à cause de l'obligation de rétrocéder la dot. Cette circonstance peut donc empêcher la femme de mettre fin au mariage, si elle le voulait. À ce sujet, il est estimé que « puisque la rupture des liens conjugaux entraîne la restitution de la dot, la menace permanente de cette restitution est un moyen d'assurer la stabilité des mariages ». Au demeurant, il n'apparaît pas que ce soit le meilleur moyen de garantir la durabilité d'une union matrimoniale⁶⁶⁵.

Principal symbole de l'union matrimoniale en Afrique noire, pour les familles respectives des époux autant que pour les époux eux-mêmes, la dot sert aussi de fondement pour attribuer la paternité des enfants issus du mariage.

B. La dot comme preuve de la filiation paternelle des enfants de la femme

173. - Relation étroite entre filiation et dot. Dans la plupart des coutumes du continent africain, la dot sert aussi bien de déterminant de la qualité d'auteur qu'à caractériser la filiation d'un enfant. Cela sera examiné à travers les règles usuelles sur les rapports entre la dot et la filiation (1). Après, quelques cas singuliers seront exposés (2).

1) Règles usuelles

174. - Présomption de paternité liée au paiement de la dot. Dans l'Afrique ancienne, une nombreuse progéniture était source de prestige, autant que de richesse. En effet, elle représentait une main d'œuvre appréciable dans un contexte dominé par les activités champêtres et pastorales, qui rythmaient la vie des personnes et constituaient les seules sources de revenus. Sous cet angle, notamment dans les sociétés patriarcales, la dot jouait un rôle capital dans la détermination de la filiation paternelle des enfants. Anne-Claude Cavin

⁶⁶⁵ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 216.

mentionne en effet que « Le paiement de la dot [constitue la preuve matérielle du mariage conclu et établi] une présomption de paternité : le mari devient le père de tous les enfants de sa femme, qu'il en soit ou non le géniteur »⁶⁶⁶. Et l'auteur de souligner que « Ce principe est encore valable de nos jours, du moins en milieu rural. Il ne correspond cependant pas aux règles du droit civil officiel qui se basent sur le principe occidental de la paternité biologique »⁶⁶⁷. Ces assertions montrent que la filiation paternelle dans le mariage traditionnel obéit à des règles qui sont étrangères à celles du droit moderne.

175. - Rattachement de la dot à la procréation. L'homme qui a payé la dot pour la mère de l'enfant est présumé en être le père, sans qu'il soit recherché si cette présomption correspond effectivement à la réalité et, à l'inverse, celui qui n'a pas payé la dot ne peut prétendre à la paternité des enfants de la femme⁶⁶⁸. Il est noté l'existence de coutumes dans lesquelles le principe veut que le versement de la dot intervienne après le premier accouchement de la femme⁶⁶⁹. Quelquefois également, alors que la dot a été payée, la naissance d'un enfant, le premier enfant en particulier, ou bien un enfant de sexe masculin, fournit l'occasion à la famille de la femme de demander un supplément de dot ou une indemnité⁶⁷⁰. Il est des sociétés dans lesquelles, en cas de divorce, le père doit consentir à abandonner tout ou partie de la dot, afin de conserver le lien de paternité envers les enfants et/ou se voir confier leur garde. À défaut, les enfants sont réputés appartenir exclusivement à la lignée de leur mère et leur garde lui est alors automatiquement attribuée⁶⁷¹. Cette interprétation constitue une dénégation des droits parentaux du père, étant donné que celui-ci ne peut voir établir la filiation d'un enfant à son

⁶⁶⁶ A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè : Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 93.

⁶⁶⁸ M. NKOUEJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁶⁹ Cela suggère l'idée d'un mariage à l'essai (v. C. BOUNANG MFOUNGUE, *Le mariage africain, entre tradition et modernité : étude socio-anthropologique du couple et du mariage dans la culture gabonaise*, *op. cit.*, p. 24).

⁶⁷⁰ V. D. NKOUNKOU, *Droit congolais de la famille*, *op. cit.*, p. 130 ; B. KILOLO, L'incidence de la dot sur l'attribution d'enfants chez les *Luba-Katanga* de la chefferie de Kayumba, *op. cit.*, p. 327.

⁶⁷¹ J. C. MUKASA, Le conflit de coutumes sur la dot dans la ville de Jadotville, *op. cit.*, p. 158. Il est une technique singulière méritée d'être signalée : c'est la possibilité reconnue à un individu, dans certaines coutumes, de pouvoir demander à être séparé de sa branche familiale paternelle, en procédant au remboursement de la dot que le père a payée pour sa mère. L'intéressé doit justifier de motifs légitimes, rigoureusement appréciés par les juges coutumiers. Ce sont des situations assez rares en réalité, parce que la demande ne peut connaître d'issue favorable que si la personne vise un comportement extrêmement grave d'un membre de la famille paternelle (comme une fille victime de viol d'un oncle paternel). La séparation judiciairement prononcée a pour effet de couper les liens familiaux entre l'individu et son groupe paternel, de manière irréversible, semble-t-il. En effet, il est difficile de se figurer un possible retour en arrière, où les liens seraient rétablis par le reversement de la dot, puisque le cadre établi pour ce faire ferait défaut, à savoir la réunion des deux parentèles et la répétition du rôle attribué de certaines personnes (cf. J. M. PAUWELS, Mécanismes et fonctions de la dot chez les *Tyo (Teke)* du Kongo Central, *op. cit.*, p. 145).

égard que s'il a payé une dot pour le compte de la mère. Parallèlement, la filiation maternelle est reconnue sans autre formalité, même si elle ne produit pas des effets aussi importants que la filiation paternelle, comme la dévolution du nom⁶⁷².

176. - Preuve de la légitimité des enfants. Les réformes récentes du droit des personnes et de la famille ont permis de mettre toutes les filiations au même niveau⁶⁷³. Mais, du point de vue coutumier, la différenciation entre les enfants, en fonction de la nature des relations des parents, reste d'actualité. De ce point de vue, la remise de la dot permet de qualifier d'enfants légitimes ceux qui sont nés d'une union régulière de leurs parents, au sens coutumier, au détriment des autres dont la naissance s'est passée en l'absence de paiement d'une dot⁶⁷⁴.

2) Cas de figures particuliers

177. - Unions coutumières successives de la femme. Il faut comprendre que le problème n'est pas posé en termes de confusion de part comme en droit français ou dans les droits modernes des États de l'Afrique francophone, dans lesquels on a égard à la période légale de conception. Il s'agit plutôt de rechercher s'il existait une dot précédemment à l'accouchement de la femme. La réponse est d'autant plus importante si la femme se trouvait dans les liens d'une union antérieure peu avant. Dans le cas où la femme accouche après avoir vécu une période suffisante avec l'homme ayant versé la dot en dernier pour elle, la présomption joue pleinement en faveur de celui-ci. Au contraire, si les unions successives de la femme ne sont pas séparées par un temps d'attente suffisant⁶⁷⁵, permettant de présumer de la paternité d'un enfant, le critère de la titularité de la dernière dot prévaut⁶⁷⁶. Ainsi, l'homme qui a pris part à la dernière convention dotale est désigné comme le père. Le "concubin" de la mère est disqualifié d'office. Dans ce sens, Louis Vincent Thomas expose que « L'enfant adultérin [...] appartient au mari ou au futur mari de la mère, ce qui ne manque pas de causer des conflits, surtout s'il s'agit de garçon, entre le groupe du père social et celui du géniteur. [...] Les enfants qui naissent après

⁶⁷² V. *infra*, n° 248 sq.

⁶⁷³ Sur le Bénin, lire A. N. GBAGUIDI, Égalité des époux, égalité des enfants dans le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin, *op. cit.*, p. 15 sq. ; au Burkina Faso également, le Code des personnes et de la famille égalise toutes les filiations en supprimant les dispositions discriminatoires de l'ancien droit.

⁶⁷⁴ Cf. B. KILOLO, L'incidence de la dot sur l'attribution d'enfants chez les *luba-katanga* de la chefferie de Kayumba, *op. cit.*, p. 321-329, spéc. p. 327 ; I. A. ANANI, La dot dans le Code des personnes et de la famille au Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire et Togo, *op. cit.*, p. 227.

⁶⁷⁵ Estimé à dix mois (cf. L. V. THOMAS, La parenté au Sénégal, in *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, Études sous la dir. de Kéba M'BAYE, *op. cit.*, p. 52).

⁶⁷⁶ J. C. MUKASA, Le conflit de coutumes sur la dot dans la ville de Jadotville, *op. cit.*, p. 166.

la mort du père social, à condition qu'ils viennent au monde dans un délai de dix lunes après le décès, reviennent aux oncles paternels, sinon ils sont la propriété, soit du père réel, soit, s'il reste ignoré, des oncles maternels »⁶⁷⁷. En tout état de cause, aussi longtemps que la dot payée par le précédent mari de la femme n'a pas été remboursée, la paternité de ses enfants lui demeure acquise, quand bien même des indices convergents désigneraient quelqu'un d'autre comme le père.

178. - Absence d'union coutumière. Une autre situation à considérer est celle de la femme qui met des enfants au monde, pendant sa vie commune avec un homme qui n'a pas respecté la tradition de la cérémonie matrimoniale à son égard. Dans ce cas de figure, la règle traditionnelle énoncée plus haut prend tout son sens⁶⁷⁸. En effet, l'homme et la femme qui partagent leur vie sans être mariés au sens coutumier n'étant considérés que comme de simples concubins, les enfants nés de leur union appartiennent au lignage de la mère⁶⁷⁹. Toutefois, cette attribution des enfants n'est pas forcément définitive, car il est possible à l'homme de régulariser la situation par la suite. Le cas échéant, il établit sa paternité. Sous cet angle, on peut remarquer que, dans la tradition africaine, la filiation biologique n'est pas toujours alliée à la filiation juridique ; la jonction des deux ne se réalise que par le versement de la dot⁶⁸⁰. Au reste, le mariage coutumier célébré à titre de régularisation par le compagnon de la mère rétroagit sur la filiation de tous les enfants nés de la femme, même avant l'union, sauf si leur paternité était déjà établie par rapport à un autre homme suivant les mêmes règles.

179. - Célébration exclusive du mariage civil. Il ne faut pas manquer de considérer le cas d'un mariage traditionnel ayant pris fin sans qu'il y ait eu remboursement de la dot payée pour la femme. S'il s'en est suivi un mariage légal entre la femme et un homme différent de celui qui a payé la dot, il s'élève un problème au niveau de la filiation des enfants. Selon les règles coutumières, la femme ne devrait pouvoir se remarier qu'après la rétrocession complète de la

⁶⁷⁷ L. V. THOMAS, La parenté au Sénégal, in « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », Études sous la dir. de Kéba M'BAYE, *op. cit.*, p. 52.

⁶⁷⁸ V. *supra*, n° 154.

⁶⁷⁹ Le cas échéant, leur éducation peut être assurée par un oncle ou par leur grand-père dans la branche maternelle.

⁶⁸⁰ En paraphrase de l'adage coutumier selon lequel « Il n'y a pas de mariage sans dot », il pourrait être affirmé qu'"Il n'y a pas de filiation sans dot », alors même que la loi dispose autrement. En effet, dans le cas d'un mariage civil, lorsque l'enfant est couvert par la présomption de paternité, alors que le père n'a pas acquitté la dot, il se pose un problème de concordance avec la coutume. Les enfants ne sont pas reconnus par les parentèles comme ayant un lien de paternité juridique avec leur géniteur, le mari de la mère, aussi longtemps qu'il reste redevable de la dot.

dot. De ce fait, au cas où elle contracte un nouveau mariage par anticipation, même en la forme civile, ce mariage ne sera pas tenu pour tel dans le milieu traditionnel, dans la mesure où, théoriquement, le lien matrimonial antérieur subsiste, en attendant l'effacement de la dette dotale. Dans l'intervalle, l'homme marié à la femme devant un officier de l'état civil ne peut pas verser une dot venant se substituer à la première, sauf assentiment de la famille créancière. Malgré la validité légale du mariage civil de l'homme avec la femme "sur la tête" de laquelle la dot a déjà été payée, le couple risque la rupture avec les familles, et qui plus est, le nouvel époux n'est pas reconnu comme le père légitime des enfants nés de l'union⁶⁸¹.

C. La dot comme compensation matrimoniale

180. - Explications concurrentes de la dot. Les avis sur la dot en tant que compensation matrimoniale sont assez partagés. D'une part, se trouvent les tenants de la dot comme aide bénéficiant à la famille de l'épouse, notamment pour lui permettre de ravoir la participation d'une femme en substitution de celle qui va se marier (1). D'autre part, se trouvent ceux qui la présentent comme une simple compensation au profit de la famille qui se sépare de sa fille (2).

1) Moyen de substitution de la femme donnée en mariage

181. - Instrument de rééquilibrage des familles. Il est allégué que la dot est un mode de rétablissement de l'équilibre interne d'une famille donnée, rompu par le départ d'un de ses membres du fait du mariage⁶⁸². En effet, si l'on se replace dans le contexte dans lequel la dot a vu le jour, c'est-à-dire dans un monde organisé autour des travaux de subsistance, il est possible de mesurer l'incidence du départ d'un membre actif pour la famille qui faisait don d'une femme à une autre. À compter du mariage, la famille d'origine était privée de l'apport de cette dernière dans les travaux champêtres et d'élevage, de même que dans les tâches du quotidien. Anne-Claude Cavin explique ainsi que « Comme chaque individu est une force de travail dans l'exploitation des terres, le mariage d'une femme représente un appauvrissement pour l'une des familles et un enrichissement pour l'autre »⁶⁸³. Dès lors, la remise de la dot pour le compte de la

⁶⁸¹ B. KILOLO, L'incidence de la dot sur l'attribution d'enfants chez les *Luba-Katanga* de la chefferie de Kayumba, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 328.

⁶⁸² V. G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, *op. cit.*, p. 215.

⁶⁸³ A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè : Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, *op. cit.*, p. 91.

personne qui allait se marier conférait à la famille donatrice les moyens nécessaires afin de payer à son tour la dot pour une autre femme, pour un fils⁶⁸⁴.

182. - Inaliénabilité de la dot. Dans la pure tradition africaine, la dot payée pour marier les filles d'une famille était non consommable et inaliénable⁶⁸⁵. Elle était censée constituer un patrimoine réservé, permettant de composer la dot pour la demande en mariage de femmes au profit des fils de la même famille. En pratique toutefois, la nature consommable ou non-consommable des biens dotaux déterminait l'efficacité de la règle. Les biens consommables, du fait de la difficulté à les conserver sans qu'ils ne subissent des avaries, étaient couramment l'objet d'échanges, d'autant plus qu'ils pouvaient ensuite être représentés par équivalence⁶⁸⁶. Au contraire, étaient réputés inaliénables des biens tels que les costumes, les pagnes⁶⁸⁷, les chaussures, les bijoux, les animaux, *etc.*, qui devaient effectivement être gardés. En marge, les caractères de la dot permettaient également de la rembourser si, pour une raison ou une autre, celle-ci était réclamée par son auteur ou son remboursement était imposé par la rupture du lien conjugal du chef de la femme. Là, il est possible de voir que la dot avait toute sa signification de symbole d'alliance, ce qui ne peut pas tout à fait être retenu dans l'interprétation qui suit.

2) Compensation de la perte de la contribution de la femme

183. - Indemnisation du préjudice né du départ de la femme à marier. Dans la société africaine de la période transitoire, il est estimé que la dot était un moyen de réajustement de la perte subie par la famille d'origine de la femme mariée⁶⁸⁸. De ce point de vue, la dot est un ensemble de valeurs remises à la famille de la future épouse pour atténuer la perte qu'elle subit par le mariage d'un membre valide, en l'occurrence la femme, dont le fruit du travail profitera désormais à la famille du mari⁶⁸⁹.

⁶⁸⁴ Lire M. DACHER, S. LALLEMAND, *Prix des épouses, valeur des sœurs*, éd. L'Harmattan, Paris, 1992, p. 46 sq.

⁶⁸⁵ E. LAMY, La dot congolaise à ce jour, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 97.

⁶⁸⁶ Tels que des céréales, du sel, du sucre, des spiritueux, des noix de cola, *etc.*

⁶⁸⁷ Des morceaux d'étoffe dont les personnes se ceignent les reins en Afrique ou qui servent à confectionner des tenues plus élaborées.

⁶⁸⁸ T. NFUADI, Coutumes et traditions Baluba, *op. cit.*, p. 100.

⁶⁸⁹ Guy Adjété KOUASSIGAN défend la thèse de la dot compensation (G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, *op. cit.*, p. 215 sq.). Cependant, la critique fait valoir que la compensation se ferait, non pas par une dotation ou une prestation matérielle, mais plutôt par la circulation (dation) intergénérationnelle de femmes d'un groupe à l'autre (*cf.* S. TRAORE, Droit coutumier et coutume, réflexions sur le langage du juriste des institutions traditionnelles africaines (quelques exemples de concepts tirés du droit soninké du Gajaaga-Sénégal), in *Revue de droit, d'économie et de gestion, Annales Africaines*, Dakar 1989-1991, p. 59).

184. - Prix d'achat de la femme. Le visage contemporain de la dot tend à en faire le prix d'achat de la fiancée⁶⁹⁰. En effet, il n'est plus rare d'assister à des marchandages plutôt déplacés pendant les cérémonies dotales⁶⁹¹. Au regard des « déformations de l'institution liées à l'appât du gain né de la généralisation de l'économie monétaire »⁶⁹², Kéba M'Baye constate que « La dot s'est artificiellement gonflée et a atteint aujourd'hui une quotité hors de proportion avec la situation économique de ceux qui sont appelés à la payer. Le résultat [en] est que les jeunes se détournent du mariage qui devient une affaire de riches et de vieux, seuls capables de payer les fortes sommes d'argent qu'exigent les noces »⁶⁹³.

185. - Dénaturation du rapport de couple. Que les surenchères autour de la dot soient imputables à la pauvreté des familles ou à la cupidité, du reste plus condamnable, elles posent problème dans le mariage. D'une certaine façon, elles encouragent les comportements déviants remarqués chez certains hommes mariés. En effet, les maris ayant payé une dot forte pour la femme la traitent ensuite, non pas comme une compagne, mais comme une personne à leur service, qui doit être à la hauteur de tous les présents qu'ils ont pu apporter à sa famille pour sceller le mariage⁶⁹⁴. Ce phénomène se traduit ainsi par une recrudescence des violences conjugales⁶⁹⁵.

186. - Obstacle potentiel au mariage. Au regard de son essence, la dot ne devrait pas constituer un obstacle au mariage, en raison d'un coût trop élevé⁶⁹⁶. Bien au contraire, elle

⁶⁹⁰ M. NKOUEJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, op. cit., p. 58 sq. Par exemple, l'insécurité alimentaire au Kenya a entraîné une augmentation du taux de mariages d'enfants, des filles parfois âgées de 7 ans seulement, appelées les « fiancées de la famine » (cf. O. NORTH, *A Drought, drop out and early marriage : Feeling the effects of climate change in East Africa, Equals*, 2009, in « Mariage d'enfant et éducation : Faire reculer le mariage précoce par l'éducation des filles », Plan international, Rapport 2013 sur l'éducation des filles, p. 13) ; v. aussi M. DACHER, S. LALLEMAND, *Prix des épouses, valeur des sœurs*, op. cit., p. 44-46.

⁶⁹¹ Pour renchérir le coût de la dot, les qualités de la fille sont mises en avant, notamment sa virginité supposée, les études qu'elle a suivies, ou encore le rang social élevé de ses parents (cf. A. NYEMBA, *La dot congolaise dans la problématique du mariage chrétien*, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », op. cit., p. 212 sq.).

⁶⁹² G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 215.

⁶⁹³ K. M'BAYE, Introduction, in « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », op. cit., p. 19.

⁶⁹⁴ Ces comportements se rencontrent d'autant plus dans les zones où le montant de la dot est important. De ce fait, il est beaucoup d'hommes qui peinent à réunir la somme exigée (cf. M. NKOUEJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, op. cit., p. 75).

⁶⁹⁵ V. *infra*, n° 538 sq.

⁶⁹⁶ Il est arrivé que le prétendant abandonne le projet matrimonial pour cause d'insuffisance de ressources financières (C. BOUNANG MFOUNGUE, *Le mariage africain, entre tradition et modernité : étude socio-anthropologique du couple et du mariage dans la culture gabonaise*, op. cit., p. 228).

devrait se caractériser par une grande souplesse et une adaptabilité à l'évolution socio-économique⁶⁹⁷. C'est pourquoi, Alioune Badara M'Bengue défend l'idée que « Dans un pays dont les ressources limitées ne peuvent se perdre en dépenses de prestige ou de vanité, le luxe et l'ostentation de certaines cérémonies familiales ainsi que les obligations sociales qui en découlent sont à éliminer »⁶⁹⁸. À travers ces propos, l'auteur dénonce un sérieux problème que connaît l'Afrique, dans sa manière de concevoir le mariage associé à la dot. Pour que la dot garde un peu de son authenticité, une évolution est indispensable.

Il découle des éléments précédents que la cérémonie matrimoniale africaine, avec la dot pour corollaire, est sans commune mesure avec les fiançailles qui existent dans les droits occidentaux. En effet, non seulement elle s'identifie au mariage lui-même, en liant les promettants à partir de son accomplissement, mais encore, l'engagement qui en résulte est définitif et exclusif pour la femme. Cependant, ses effets sont plus modérés concernant l'homme, qui conserve un certain choix, et, notamment, peut devenir polygame ensuite. Tout compte fait, la femme est seule à être dépossédée du droit de décider à propos du mariage. Les nombreuses dérives autour de la dot ont amené les législateurs subsahariens à réagir, mais chacun à sa façon.

§ 2 : Solutions légales face à la dot

187. - Propagation des pratiques abusives relatives à la dot. Le constat de l'augmentation incontrôlée de la dot a forcé les États de l'Afrique noire francophone à prendre position à son propos. D'une certaine façon, ils ont répondu à l'appel de Kéba M'Baye soulignant, il y a de cela quelques décennies, la nécessité d'une réglementation qui, si elle ne pouvait supprimer la dot, devait au moins lui restituer sa valeur de symbole⁶⁹⁹. En effet, s'agissant de la détermination des conditions de fond du mariage, la coutume de la dot vient systématiquement en concours avec le droit moderne. Cela a obligé les États de l'Afrique subsaharienne à se prononcer officiellement à son propos. Des États ont fait le choix d'une suppression sans délai (comme le Burkina Faso et

⁶⁹⁷ Par exemple, de plus en plus, des familles n'exigent plus du prétendant qui a fait la connaissance de la future en ville qu'il se rende au village pour la cérémonie dotale. Elles simplifient la procédure en mettant à contribution les représentants de la grande famille domiciliés en zone urbaine.

⁶⁹⁸ Discours d'ouverture de la session du Comité des options du Code sénégalais de la famille, en qualité de garde des Sceaux du Sénégal, cité par K. M'BAYE, Introduction, *in* « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », *op. cit.*, p. 19-20.

⁶⁹⁹ K. M'BAYE, Introduction, *in* « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », *op. cit.*, p. 19.

la Côte-d'Ivoire)⁷⁰⁰. Certains l'ont rendu obligatoire, en en limitant le montant (le Mali). D'autres encore l'ont laissée à la discrétion des prétendants, en l'entourant simplement de règles (le Sénégal)⁷⁰¹. D'autres enfin en ont souligné le caractère symbolique (le Bénin et le Togo⁷⁰²). Il n'en reste pas moins que la tendance qui se dégage est le refus de lier la validité du mariage au paiement de la dot. Le fait est qu'elle place les époux dans un rapport inégal. L'examen qui suit va porter sur l'interdiction de la dot par le Burkina Faso (A) et son encadrement par le Bénin et le Mali (B).

A. L'interdiction de la dot en droit burkinabè

B. L'admission de la dot dans les droits béninois et maliens

A. L'interdiction de la dot en droit burkinabè

188. - Mutation de la dot. La rencontre entre la dot africaine et la civilisation occidentale est à l'origine de profonds changements dans sa pratique. Le bouleversement de la dot atteint aujourd'hui un niveau qui suscite des interrogations sur l'opportunité de la maintenir, étant compris qu'elle ne répond plus véritablement aux objectifs qui lui étaient assignés antan. Dans le même temps, il n'est pas évident qu'elle puisse facilement être supprimée, ainsi que le montre l'expérience du Burkina Faso. En effet, il semble que la dot a traversé le temps malgré la critique, parce qu'elle puise ses sources dans les tréfonds de la tradition des peuples africains et parce que, y compris dans la mentalité actuelle, le mariage ne se conçoit pas sans elle. Pour preuve,

⁷⁰⁰ Pour le Burkina Faso, v. *infra*, n° 188 *sq.* ; pour la Côte d'Ivoire art. 20 à 22 de la loi n°64-381 du 7 oct. 1964 relative aux dispositions diverses applicables aux matières régies par les lois sur le mariage.

⁷⁰¹ V. les articles 65, 116, 123, 130, 132, 138, 139 et 384 *sq.* du Code de la famille du Sénégal. Au Sénégal, la dot est prise en charge dans un régime dit « dotal », qui s'offre au choix des futurs époux comme un régime pécuniaire facultatif, dans le cas où le mari n'a pas opté pour la monogamie. Suivant l'article 116 du Code de la famille du Sénégal, l'officier de l'état civil informe les futurs mariés du régime de droit commun qui est la séparation des biens ; il doit leur préciser qu'ils ont le choix, selon leur forme de mariage, entre ce régime, le régime dotal et le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts (v. art. 384 à 388 du Code). La voie du Sénégal est originale et elle s'inscrit en droite ligne de l'idée que défendait Etienne LAMY : « Le compromis entre l'évolution et la tradition est [...] nécessairement dans l'option facultative. Toutefois, à partir d'elle, puisqu'il est encore évident que le régime dotal reste celui qui s'avère être le « *quod plerumque fit* », il s'agirait de le réglementer, d'autant plus qu'à son égard les notions sont claires. » (E. LAMY, La dot congolaise et ses prolongements directs et lointains, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 438-439).

⁷⁰² Anciennement, l'article 86 § 3 du Code des personnes et de la famille du Togo, issu de l'ordonnance n° 80-16 du 31 janv. 1980 (modifiée par la loi n°2012-014 du 6 juillet 2012) retenait que le non-paiement de la dot constituait une cause de nullité relative du mariage. À présent, l'article 56 nouveau dispose que « La dot a le caractère de symbole. Elle peut être payée en nature ou en espèce ou sous les deux (02) formes. Son montant ne peut excéder la somme de dix mille (10 000) francs », et l'article 57 que « La dot est payée aux père et mère de la future épouse ; à leur défaut, à la personne qui a autorité sur elle. En cas de dissentiment des père et mère, ce partage emporte acceptation ». V. aussi I. A. ANANI, La dot dans le Code des personnes et de la famille au Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire et Togo, *op. cit.*, p. 225.

jusqu'à maintenant, les couples africains célèbrent généralement leur mariage sous plusieurs formes, parmi lesquelles la célébration coutumière figure en bonne place⁷⁰³. Or, la cérémonie matrimoniale ne va pas sans le versement de la dot. Donc, l'État burkinabè a posé le principe de l'invalidité du mariage coutumier⁷⁰⁴, en même temps qu'il interdisait la dot⁷⁰⁵ (1). Mais, ainsi qu'on pouvait s'y attendre, la remise en cause légale n'empêche pas les populations de continuer de suivre la coutume (2).

1) L'interdiction de la dot

189. - Paiement de la dot pour une femme impubère. À ce niveau, il est posé le problème des promesses en mariage concernant des fillettes. La dot étant payée pour des filles qui n'ont pas encore atteint l'âge de la puberté, cette pratique a pu être qualifiée de « réservation »⁷⁰⁶. Bien souvent, les auteurs de telles promesses de mariage ne s'avisent pas même de l'inconvenance de la situation, tant elle est habituelle⁷⁰⁷. En effet, la coutume ne met pas de condition d'âge pour la promesse de femme, contrairement au droit moderne dans lequel la promesse ne peut être contractée qu'à l'âge minimum du mariage et émane directement des futurs conjoints⁷⁰⁸. Dans le cas de promesse de mariage concernant des enfants, il est manifeste que celles-ci n'ont pas pu valablement consentir à la future union, puisque l'on aura décidé pour elles, à un âge auquel elles ne le pouvaient pas d'ailleurs⁷⁰⁹. Par le passé, le législateur colonial a tenté de lutter contre les fiançailles de filles impubères, à travers les décrets Mandel du 15 juin 1939 et Jacquinet du 14 septembre 1951⁷¹⁰. Ces décrets ont cependant échoué dans leur

⁷⁰³ L'union est souvent célébrée en la forme coutumière à travers le rituel matrimonial (v. *supra*, n° 139 sq.), dans la forme religieuse et enfin dans la forme civile (v. en ce sens I. A. ANANI, La dot dans le Code des personnes et de la famille au Bénin, *Burkina Faso, Côte d'Ivoire et Togo, op. cit.*, p. 224).

⁷⁰⁴ Cf. art. 233 du CPF burkinabè : « Aucun effet juridique n'est attaché aux formes d'unions autres que celles prévues par le [Code burkinabè des personnes et de la famille] notamment les mariages coutumiers et les mariages religieux ».

⁷⁰⁵ Cf. art. 244 du même Code burkinabè : « Le versement d'une dot soit en espèces, soit en nature, soit sous forme de prestations de service est illégal ».

⁷⁰⁶ C. BOUNANG MFOUNGUE, *Le mariage africain, entre tradition et modernité : étude socio-anthropologique du couple et du mariage dans la culture gabonaise, op. cit.*, p. 127.

⁷⁰⁷ Cela a justifié l'adoption du décret Jacquinet du 14 sept. 1951 (v. *supra*, n° 23).

⁷⁰⁸ L'article 116 du Code béninois des personnes et de la famille dispose 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 du consentement des parents, nécessaire aux mineurs ».

⁷⁰⁹ Pour pouvoir consentir à des fiançailles, il faudrait avoir au minimum l'âge requis pour se marier (cf. art. 116 du Code béninois des personnes et de la famille).

⁷¹⁰ V. *supra*, n° 23.

réforme parce que les populations autochtones les ont reçus comme les symboles d'une atteinte à leurs valeurs culturelles.

190. - Escroquerie à la dot. Dans les cas extrêmes, la dot est devenue un instrument aux mains de parents sans scrupules. Si la tradition postule que plusieurs dots ne peuvent coexister pour la même femme, certains ne se privent pas, malgré tout, de recevoir les présents dotaux des mains de plusieurs prétendants à la fois. C'est notamment le cas lorsque la famille de la femme a perçu la dot de la part de plusieurs hommes pour une femme célibataire, ou bien lorsque la femme est déjà mariée, et que son mariage a pris fin sans que le sort de la dot précédente n'ait été réglé⁷¹¹. Ces cas devraient normalement pouvoir être réprimés au niveau pénal, si toutefois les critères de l'imputabilité sont réunis.

191. - Prohibition de la dot sous toutes ses formes. Les considérations précédentes ont certainement prévalu à l'interdiction de la dot en droit burkinabè. La règle vaut, que la dot soit payée en espèces, en nature, ou sous forme de prestations de service⁷¹². À l'origine, la dot en nature était la plus usitée. Pour l'acquitter, un ensemble de biens étaient remis par la famille du futur époux à la famille de la femme à marier. La dot sous forme de prestation de services, elle, se payait à travers des services rendus à la future belle-famille⁷¹³. À ce titre, le prétendant pouvait aider la belle-famille pressentie dans les travaux champêtres, sur une période déterminée chaque année, seul ou avec l'aide de compagnons de classe d'âge afin de cultiver des surfaces plus étendues. Les services rendus pouvaient aussi porter sur la construction ou la reconstruction d'habitations, la recherche de fagots pour les besoins familiaux, l'aide à la préparation et à la tenue des cérémonies familiales, *etc.*⁷¹⁴. Enfin, la dot pouvait être payée en argent, étant signalé que les autres composantes pouvaient également être converties en argent⁷¹⁵. La loi burkinabè interdit désormais toutes ces formes de dot.

⁷¹¹ Le plus souvent, ces cas se soldent par le remboursement des sommes payées par les prétendants évincés, tout au moins lorsque les coupables sont solvables.

⁷¹² Cf. art. 244 du Code burkinabè des personnes et de la famille.

⁷¹³ Le prétendant saisit cette occasion pour contribuer à augmenter les revenus de sa future belle-famille, pour montrer qu'il est un homme vaillant.

⁷¹⁴ I. A. ANANI, La dot dans le Code des personnes et de la famille au Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire et Togo, *op. cit.*, p. 227 *sq.*

⁷¹⁵ Dans la mesure où cette tendance semble se renforcer au fil du temps, dans un avenir proche, si ce n'est pas déjà le cas, il pourrait ne subsister que des dots en espèces. Serait ainsi acquitté par équivalent tout ce qui devrait être apporté en nature ou rendu par service.

2) La persistance du recours à la dot

192. - Résistance devant la loi. Le législateur burkinabè a pris le parti d'abolir sans délai la pratique de la dot. Cette position est courageuse autant que risquée, dans un milieu où les habitants restent convaincus de l'utilité de l'institution de la dot⁷¹⁶. Dans les faits, l'interdiction issue de la loi n'empêche pas la population de continuer à pratiquer la dot. En réalité, il est constaté qu'il existe très peu de couples mariés au Burkina Faso qui ne se sont pas soumis à la formalité de la dot, malgré sa prohibition légale⁷¹⁷. Bien plus, les personnes qui y recourent n'éprouvent même pas le besoin de se cacher des autorités administratives, qui elles aussi, ne recherchent pas la responsabilité des personnes pratiquant ouvertement la dot⁷¹⁸. Peut-être s'agit-il là d'une façon pour le pouvoir politique de reconnaître l'imprudence dont il a fait montre en interdisant la dot sans ménagement. En tout état de cause, quelles que puissent être les justifications de l'inertie de l'administration, la dot reste, dans les faits, essentielle pour conclure le mariage chez bon nombre d'ethnies au Burkina Faso, comme les *dagara*, les *gourounsi*, les *gourmantché*, les *lobi*, les *peuhls*, les *touareg* et les *bobo*⁷¹⁹. Cela étant, pour ineffective qu'elle soit, la loi demeure en vigueur.

193. - Conciliation nécessaire entre le droit et le fait. À la faveur de la diffusion de la monnaie dans les échanges en Afrique noire, la dot a subi une double transformation. Premièrement, elle est de moins en moins acquittée en nature, et le phénomène s'accompagne, en arrière-plan, de la perte du caractère sacré de la dot. Deuxièmement, l'appréciation ininterrompue du montant de la dot l'éloigne de sa représentation symbolique originelle. Pour autant, Etienne Lamy ne voit pas forcément d'inconvénient à maintenir la dot, car, ainsi qu'il l'expose :

« La rencontre de deux cultures différentes et de niveaux différents doit nécessairement créer un conflit qui se résorbe petit à petit par des phénomènes de transition et de passage. Si ceux-ci sont souvent traumatisants, ils ne sont pas pour ce motif déplorables ou dangereux. L'adaptation, l'évolution qui s'en dégagent indiquent précisément une volonté de progrès qui constitue le résultat favorable et dynamique. Dès lors, admettons purement et simplement que la dot sera à l'avenir constituée et évaluée en argent et de cette

⁷¹⁶ V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, op. cit., p. 50-56.

⁷¹⁷ Cf. Entretiens PER 4 et PER 5, réalisés les 21 avr. et 9 juin 2017.

⁷¹⁸ Cf. Entretien PER 5, réalisé le 9 juin 2017.

⁷¹⁹ A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè : Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, op. cit., note n° 311, p. 92.

transformation, tirons la conclusion qui s'impose : l'éclosion future et proche des régimes pécuniaires de mariage par le truchement de la dot. La dot aura été le véhicule qui a facilité le déplacement des valeurs traditionnelles, dans la direction nécessaire du monde moderne qui est pour les jeunes pays africains le progrès, l'unité et le développement. »⁷²⁰

En somme, il résulte de la loi burkinabè que la dot n'a plus cours sur le territoire national depuis l'entrée en vigueur du Code des personnes et de la famille⁷²¹, mais il en va différemment dans la réalité. Qui plus est, les contrevenants ne sont pas sanctionnés⁷²². Si tant est que, par cette attitude, les pouvoirs publics entendent admettre que la suppression de la dot sans transition était inappropriée, il conviendrait d'adapter la loi à la pratique, car il est du plus mauvais effet, pour l'effectivité de la loi en général, qu'une règle de droit en vigueur soit massivement défiée en toute impunité. Tout compte fait, il semble, au vu de la réaction de la société burkinabè devant la suppression de la dot, que le choix de sa permission encadrée fait par certains États de l'Afrique noire francophone est meilleur.

B. L'admission de la dot dans les droits béninois et malien

194. - Prudence des législations sur la dot. Face à une pratique culturellement approuvée, et dont il est établi qu'elle joue, dans les sociétés subsahariennes, un rôle déterminant pour la reconnaissance sociale du mariage, la prudence recommande de ne pas opter pour une solution radicale. Le réalisme doit l'emporter devant les situations que le droit ne peut changer du jour au lendemain. Comme le relève Guy Adjété Kouassigan, « La valeur d'une règle de droit ne dépend pas seulement de sa perfection technique formelle mais surtout de son adéquation au réel. Même dans la perspective du mythe du progrès, où le droit est conçu comme un instrument des mutations, les innovations dans l'ordre juridique tiennent leur force des solutions qu'elles fournissent aux besoins de l'ordre social à transformer »⁷²³. C'est aussi le sens des avertissements de Montesquieu, lorsqu'il relevait que « La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. Les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un très grand

⁷²⁰ E. LAMY, La dot congolaise et ses prolongements directs et lointains, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 415.

⁷²¹ Issu de la *zatu* (loi) An VII/0013 du 16 nov. 1989.

⁷²² Cf. Entretiens PER 4 et PER 5, réalisés les 21 avr. et 9 juin 2017.

⁷²³ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, *op. cit.*, p. 290.

hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre »⁷²⁴. Au regard de la pratique, la solution de la conciliation entre le droit moderne et la coutume paraît être la seule issue possible.

Ainsi, le Bénin et le Mali, comme d'autres États africains, font un compromis entre la tradition et la modernité concernant la dot. Cependant, la loi béninoise affirme la nature symbolique de la dot (1), tandis que la loi malienne la revêt d'un caractère obligatoire, tout en limitant son montant (2).

1) La valeur symbolique de la dot

195. - Inconvénients du manque de précision légale. Le Bénin reconnaît une valeur légale à la dot. La consécration résulte de l'article 142 du Code béninois des personnes et de la famille, qui dispose que « La dot a un caractère symbolique ». En même temps, cet article est le seul du Code à être relatif à la dot. Le législateur béninois a-t-il préféré en dire le moins possible sur l'institution pour éviter d'ouvrir la boîte de Pandore ? Ou a-t-il seulement voulu laisser aux intéressés la marge de manœuvre propice pour moduler la dot en fonction des exigences spécifiques de leur coutume ? Ou encore, serait-ce un peu des deux raisons ? La première hypothèse semble la plus probable, si l'on en croit cette analyse de Valentin Ouoba :

« C'est l'institution autour de laquelle se cristallisent les chicanes les plus interminables. La difficulté de légiférer dans la matière avait déjà conduit le législateur et les juridictions coloniales à afficher une certaine méfiance en y intervenant de manière prudente. S'il est vrai que la dot est une institution aussi vieille que la société africaine elle-même, il n'en demeure pas moins que son évocation suscite une certaine irritation parce que l'on ne sait jamais par quel bout l'aborder. Même lorsqu'on réussit à l'aborder, on a bien du mal à conclure tant les termes du débat sont imprécis. »⁷²⁵

Au demeurant, le caractère minimaliste de la loi béninoise laisse une grande ouverture qui peut se révéler dangereuse. De fait, il n'est pas exclu que des personnes mal intentionnées interprètent la dot selon leur entendement, pour servir des intérêts égoïstes, ce qui compromettrait l'objectif de protection des droits humains ayant présidé à la réforme du droit civil au Bénin.

⁷²⁴ Ch.-L. de Secondat MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, par Laurent Versini, Paris, éd. Gallimard, 1995, livre I, chapitre III.

⁷²⁵ Cf. V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, op. cit., p. 52).

196. - Signification de la « valeur symbolique ». Cette question aussi demeure en suspens dans la loi béninoise. Dans son étude sur la dot, Isabelle Akouhaba Anani se demande si la valeur symbolique doit être entendue au sens de la modicité du montant de la dot⁷²⁶. Toutefois, cette idée n'est pas satisfaisante. En effet, il est observé que, par le passé, la prédominance de la symbolique de la dot n'empêchait pas qu'elle ait un coût élevé chez certains peuples, même si les dons en nature en étaient la composante dominante, à côté des espèces⁷²⁷. Pour l'heure, à défaut de précision légale sur le sens de la valeur symbolique de la dot, on se perd en conjectures.

En définitive, il faut déplorer que le législateur béninois, dans la mesure où il consacre la dot, ne se soit pas plus étendu sur le sujet. Ainsi, la dot, bien que légalement consacrée au Bénin, ne fait pas l'objet d'une définition légale et ses effets ne sont pas non plus énoncés. À cet égard, on peut penser que l'encadrement laxiste de la dot peut être plus néfaste que son interdiction, en ce sens que l'interdiction de l'institution permet au moins, en théorie, de rechercher la culpabilité de ceux qui ne respectent pas la loi. Au contraire, lorsque la loi autorise la pratique de la dot sans en fixer les limites, il est difficile de savoir à partir de quel moment une personne qui a exploité les failles de la loi, en fixant ou en recevant un montant exagéré au titre du paiement dotal, est coupable.

2) Le caractère obligatoire de la dot

197. - Hardiesse législative. Le Mali ne s'est pas limité à l'affirmation de la valeur symbolique de la dot comme le Bénin. Il résulte en effet du premier alinéa de l'article 288 du Code malien des personnes et de la famille que « La dot est obligatoire et a un caractère symbolique ». Cette disposition constitue un recul par rapport au droit antérieur, car celui-ci n'affectait pas un caractère obligatoire à la dot⁷²⁸. On s'interroge donc sur les raisons de l'ajout de la nouvelle caractéristique. En outre, dans le principe, le défaut d'une condition obligatoire pour le mariage est une cause de nullité de l'union⁷²⁹. La règle s'applique-t-elle dans ce cas ? Étant donné que le

⁷²⁶ I. A. ANANI, La dot dans le Code des personnes et de la famille au Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire et Togo, *op. cit.*, p. 243.

⁷²⁷ F. LAROCHE-GISEROT, L'échec du mariage occidental en Afrique Francophone : l'exemple de la Côte d'Ivoire, *op. cit.*, citée par J. BITOTA MUAMBA, *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique*, Thèse de doctorat, Université des sciences sociales de Toulouse, oct. 2003, p. 145.

⁷²⁸ L'article 3 alinéa 1^{er} de l'ancien Code du mariage et de la tutelle prévoyait seulement que « Lorsqu'ils sont exigés par la coutume, la dot et les présents en vue du mariage ne pourront en leur totalité dépasser en valeur vingt mille francs en ce qui concerne la jeune fille et dix mille francs en ce qui concerne la femme ».

⁷²⁹ Cf. art. 311, al. 1^{er}, du CPF du Mali.

Code malien autorise la célébration du mariage par l'officier de l'état civil et par le ministre de culte, il est important de préciser si l'obligation à la dot concerne les mariages célébrés dans tous les cas ou dans un cas seulement⁷³⁰. L'imprécision suscite des difficultés pratiques.

198. - Plafonnement de la dot. La limitation du montant de la dot qui peut être payée en vue du mariage paraît opportune au regard du contexte. Elle résulte de l'article 288, alinéa 2, du Code malien des personnes et de la famille. Celui-ci dispose que la dot « ne peut en aucun cas excéder la somme de 15 000 francs ». Le plafonnement de la dot a le mérite de contenir les abus. De fait, si le montant fixé est rapporté au salaire minimum interprofessionnel garanti du Mali, qui était de 28 460 francs au moment de l'adoption du texte de loi⁷³¹, il apparaît raisonnable, même si on peut aussi considérer qu'il demeure élevé pour certaines couches de la population.

199. - Restitution de la dot. L'alinéa 3 de l'article 288 du Code malien prévoit une hypothèse dans laquelle la dot peut donner lieu à restitution, à savoir « en cas de non consommation du mariage du fait de l'épouse ». Il faut entendre par là que si le mariage n'est pas consommé par la faute de l'époux, la dot reste acquise à ses bénéficiaires. Mais, justement, quels sont ces bénéficiaires suivant la loi, tenus de sa restitution le cas échéant ? Le Code ne se prononce pas sur ce point, pas plus d'ailleurs que sur le moyen par lequel la dot, ou au moins son paiement, est constaté. Ces vides juridiques font penser que le législateur n'a pas voulu tomber dans le piège des détails qui peuvent varier d'une ethnie à une autre, sachant que le Mali en compte une soixantaine⁷³².

200. - Difficile compromis. Finalement, tout porte à croire que le législateur malien, à l'image de son homologue béninois, a autorisé la dot pour ne pas heurter la conception négro-africaine du mariage. Pour autant, il n'était pas utile de la rendre obligatoire, dans la mesure où il n'est

⁷³⁰ Il faut s'interroger en effet, sachant que la dot est exigée uniquement dans la religion musulmane et qu'elle y est une condition de validité du mariage.

⁷³¹ Ce taux résulte du décret n°04-253/P-RM du 05 juil. 2004 fixant le salaire minimal interprofessionnel garanti. Depuis, le SMIG a été revalorisé à 35 000 francs à compter du 1^{er} janv. 2015 et à 40 000 francs à compter du 1^{er} janv. 2016 par le décret n°2015-0363-P-RM du 19 mai 2015.

⁷³² Lire J. LECLERC, Mali - L'aménagement linguistique dans le monde : cette étude démontre que 38,7 % des habitants sont des mandingues qui se répartissent entre les *bambara* (23,9 %), les *soninkés* (8,8 %), les *bozos* (4,6 %), les *khasonkés* (1,3 %), les *ganadougous* (0,8 %), les *duungoma* (0,7 %), les *jula* (0,5 %) ; 12,2 % sont des *sénoufos*, 8,9 % des *songhaïs*, 8 % des *fulani* du Macina, 8% des *peulhs*, 7,9 % des *maninka*, 5,5 % des *dogons*, 2,8 % des touaregs *tamasheq*, 2,8 % des maures blancs, 2,1 % des touaregs *tamajaq*, 1,5 % des *bobo* ou *bomu*, 1,4 % des toucouleurs, 1,3 % des arabes sahariens, etc. (consulté le 03 mars 2016 sur <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/afrique/mali.htm>).

pas mis en place un dispositif pour assurer le respect de la loi. De fait, le Code n'exige pas que l'officiant vérifie le paiement de la dot avant de célébrer le mariage et ne tire pas non plus les conséquences d'un défaut de paiement. Au demeurant, il peut être supposé que l'ineffectivité de l'article 288 relatif à la dot ne gêne pas vraiment les rédacteurs du Code malien, dont l'intention première était de faire de la dot une condition facultative du mariage⁷³³.

⁷³³ Celle-ci n'a pas résisté aux détracteurs du projet de Code des personnes et de la famille (*v. supra*, n° 29).

Conclusion de chapitre

201. - Survol législatif inopportun. Le quasi vide juridique sur la cérémonie matrimoniale, pourtant connue dans la majorité des coutumes africaines, ne paraît pas convenable. D'abord, il laisse le champ libre à la confusion avec les fiançailles occidentales, une confusion qui est également favorisée par les dispositions peu claires des Codes des personnes et de la famille des États francophones sur les fiançailles. Ensuite, le vide législatif cautionne indirectement le fait que l'homme et la femme n'ont pas, au plan factuel, le même rapport au mariage. En effet, la liberté matrimoniale de l'homme s'y exprime assez, et elle n'est que rarement troublée par l'interventionnisme des familles. Pour les cas relevés le concernant, l'intervention familiale se limite souvent à arrêter le moment du mariage. Donc, il conserve généralement le pouvoir de choisir sa conjointe. En revanche, la femme a peu l'occasion de se prononcer au sujet de la démarche matrimoniale, que ce soit sur la décision même du mariage, sur le choix du partenaire, ou encore sur la teneur de l'échange matrimonial qui parfait « son » engagement conjugal.

202. - Protection de la femme par le droit. L'inégalité des sexes ici constatée invite à légiférer spécifiquement sur la cérémonie matrimoniale traditionnelle, en vue d'égaliser les droits des époux. La pratique est répandue en Afrique depuis des temps immémoriaux. De ce fait, choisir de légiférer sur la dot, et non sur le mariage traditionnel, que la première vient seulement consolider, ne résout le problème qu'à moitié. La réglementation devrait donc être étendue. Par ailleurs, la solution de supprimer la dot ne semble pas, pour le moment, être la meilleure solution, compte tenu de son ancrage dans les habitudes matrimoniales du continent africain. En témoigne l'ineffectivité des textes qui l'interdisent au Burkina Faso. Pour cela, il pourrait être envisagé de bilatéraliser la dot pour les prétendants au mariage, dans l'objectif de bannir l'idée d'« achat » de la femme qui caractérise avant tout la dot actuelle.

Conclusion du titre 1^{er} – Première partie

203. - Formation du mariage civil. Comme pour tout contrat, la formation du mariage obéit à des conditions concernant non seulement les parties, mais aussi leur volonté. Cependant, dans les droits des États de l’Afrique francophone, les conditions relatives aux parties n’ont pas été assez bien définies pour protéger efficacement le consentement au mariage. Notamment, l’âge nubile de la femme reste parfois inférieur à la norme internationale, soit 18 ans pour les deux sexes. Le Burkina Faso et le Mali permettent ainsi à la femme mineure de se marier, respectivement dès 17 et 16 ans, avec en outre la possibilité d’obtenir une dispense d’âge⁷³⁴. Finalement, le Bénin est seul à fixer un âge matrimonial standardisé pour l’homme et la femme. Concernant les conditions relatives au consentement au mariage, précisément l’intégrité de la volonté des futurs époux, les dispositifs de protection mis en place par les États béninois, burkinabè et malien, présentent encore nombre d’insuffisances. Il est ainsi noté une carence dans les textes au niveau de la protection par l’officier de l’état civil, excepté le Code burkinabè dans lequel la question est traitée, même si, là encore, le sujet n’est pas épuisé. Également, la possibilité de faire célébrer le mariage par le ministre du culte au Mali pose problème dans son principe comme dans ses effets, d’autant que la loi ne dispose pas expressément sur la préparation et la célébration du mariage religieux⁷³⁵. Aussi bien, la protection judiciaire du consentement au mariage n’est pas d’une grande efficacité, car le juge est limité dans son action par l’étroitesse des textes juridiques qui ne lui permettent pas d’intervenir souvent et

⁷³⁴ V. *supra*, n° 59 *sq.*

⁷³⁵ Il aurait fallu, au minimum, soumettre les ministres du culte appelés à célébrer un mariage aux règles qui encadrent la mission de l’officier de l’état civil. Pour le reste, il paraît préférable, pour des raisons pratiques, de ne reconnaître légalement que la célébration du mariage par l’officier de l’état civil.

également, en raison du fait que les africains préfèrent régler leurs litiges par des voies non juridictionnelles.

204. - Mariage coutumier et dot. La cérémonie matrimoniale traditionnelle, avec la dot comme corollaire, est profondément inscrite dans les mœurs africaines. Cet état de fait ne permet plus, en principe, d'envisager la réglementation du mariage sans se prononcer sur le mariage coutumier. Dans le silence des textes, la femme est très exposée, en raison de son statut historiquement inférieur dans la coutume. Ce pourquoi il conviendrait que le Burkina Faso légifère à la fois sur le mariage coutumier et sur la dot, et ne se limite pas seulement à interdire cette dernière, car, dans ce cas, il perd le contrôle sur les mariages coutumiers qui ne tiennent pas compte du consentement au mariage. À cet égard, il est possible d'affirmer avec Guy Adjété Kouassigan qu'« Il ne suffit [...] pas de supprimer la tradition d'un seul trait de plume pour créer les conditions favorables au développement », parce que « le droit est construit et non donné, et que les forces qui le créent sont celles qui peuvent imposer une règle de nature juridique, l'ordre juridique nouveau doit réaliser la conjonction de l'idéal d'un futur à construire et des réalités d'un passé qui dure »⁷³⁶. S'agissant du Bénin et du Mali qui ont déjà franchi l'étape de la reconnaissance légale de la dot, il leur faudrait encore faire la relation avec le mariage coutumier et apporter des clarifications sur les questions importantes qui demeurent sans réponse, telles que le principe coutumier de la dissolution de l'union matrimoniale en cas de remboursement de la dot, au cas même où un tiers en prend l'initiative⁷³⁷.

En outre, des solutions légales d'avenir sur la dot devraient au minimum prendre en compte la problématique de sa preuve, de son montant, de ses acteurs, de ses effets, des conditions de sa restitution et des conséquences qui en découlent, et prévoir aussi des sanctions pour les violations des règles édictées. En même temps, elles ne devraient pas instituer la dot comme obligatoire, comme le fait le Code malien des personnes et de la famille, parce qu'il ne s'agit, en définitive, que d'aménager une faculté pour les couples et non pas de les obliger à suivre la coutume lorsqu'ils ne le voudraient pas.

⁷³⁶ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 279.

⁷³⁷ V. *supra*, n° 167. Les lois pourraient supprimer toute forme de divorce par la voie coutumière, *a fortiori* à l'initiative d'un tiers. Jean Chrysostome Mukasa va plus loin en proposant de conditionner le remboursement de la dot par une décision judiciaire (cf. J. C. MUKASA, *Le conflit de coutumes sur la dot dans la ville de Jadotville*, op. cit., p. 169).

Il vient d'être montré que l'égalité de l'homme et de la femme avant le mariage, dans sa figuration actuelle dans les Codes des personnes et de la famille des États de l'Afrique francophone, est limitée. À présent, il convient d'examiner les rapports des époux pendant le mariage et lors de son issue, afin de relever les inégalités de sexe qui dérivent non seulement des textes de loi, mais aussi du dualisme juridique.

Titre 2nd :

Une égalité imparfaite entre l'homme et la femme à partir du mariage

205. - Droits féminins dans le Code civil français de 1804. L'ancien Code civil français, qui a servi de point de départ aux droits de la famille des États de l'Afrique noire francophone, n'était guère favorable à la femme. La femme y était, dans les rapports de type "marital"⁷³⁸, inféodée à l'homme sur tous les niveaux. De fait, dans son ensemble, le Code civil de 1804 posait le principe d'une incapacité générale de la femme⁷³⁹. Placée sous la dépendance de son père avant le mariage, puis de son époux après le mariage, la femme ne semblait pas pouvoir vivre sans tutelle, et sa subordination était plus marquée dans le mariage⁷⁴⁰. Il est en effet observé que « L'incapacité juridique de la femme mariée se rapprochait [...] de celle du mineur ou du dément », un « point de vue peu défendable »⁷⁴¹. La reconquête des droits de la femme s'est faite au prix de grandes luttes, sur une longue période. Chaque nouvelle étape gagnée se traduisait par des réformes du droit français de la famille. Ainsi, par touches successives, la France a accordé plus de droits à la femme, jusqu'à atteindre aujourd'hui, au moins

⁷³⁸ La terminologie dont procède ce mot montre que les concepts étaient définis sur la base d'une supériorité de l'homme. Comme le fait remarquer André Jean ARNAUD, « Que d'expressions traînent encore dans le langage quotidien, expressions nées d'une observation plus ou moins consciente de la femme telle que le veut le Code Napoléon : sexe faible, femme au foyer... » (A. J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, 1973, p. 66).

⁷³⁹ Des auteurs évoquent l'ancienne idée de l'*imbecillitas sexus* (cf. F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, op. cit.*, p. 137) ; v. aussi M. ERNST-HENRION et J. DALCO, *La femme : pierre d'angle de la famille de demain. Ses droits actuels et futurs, La Renaissance du livre*, Bruxelles, 1975, p. 61

⁷⁴⁰ La femme non mariée accédait à la capacité à partir de sa majorité, alors de 21 ans (anc. art. 388 Code civil français).

⁷⁴¹ F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, op. cit.*, p. 137.

formellement, un niveau acceptable en matière de parité conjugale⁷⁴². Les domaines dans lesquels les inégalités persistent sont surtout d'ordre professionnel⁷⁴³.

206. - Réformes absentes du Code civil français reçu par transmission coloniale. Le Code civil français, légué aux États de l'Afrique occidentale française au moment de leur accession à l'indépendance, n'était pas tout à fait à jour des réformes intervenues au niveau métropolitain avant les années 1960⁷⁴⁴. Cependant, la plupart des droits africains de la famille est restée dans l'immobilisme juridique, malgré, d'une part, les bouleversements socio-économiques intervenus entre-temps, et d'autre part, la mutation du contexte juridique international, qui impose une réorientation de la loi en faveur de l'égalité des sexes, au moyen d'une réattribution des droits et des devoirs à chacun.

207. - Difficile mise à niveau des droits de la famille des États de l'Afrique francophone. Pour les trois législations étudiées, la décennie 90 est celle au cours de laquelle les dirigeants se sont engagés dans la voie de la reconnaissance de plus de droits à la femme dans le cadre du mariage, comme les y engageait la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF). Ce texte, en son article 16 (c), énonce que les époux doivent avoir «Les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution»⁷⁴⁵.

Les Codes des personnes et de la famille élaborés par la suite sont réputés avoir promu sans précédent les droits de la femme, aussi bien dans son individualité que dans son rapport au mariage. Seulement, si, à première vue, les lois nouvelles renvoient effectivement cette impression, le ressenti de départ ne résiste pas longtemps à une analyse rigoureuse de leur

⁷⁴² V. G. SERRA, L'autonomie des époux, Lamy Droit des Personnes et de la Famille, oct. 2011, Étude 322, n° 322-71.

⁷⁴³ *Id.*, n° 322-11. L'auteur relève que « l'activité des femmes, bien qu'elle ne cesse de croître, est plus faible que celle des hommes et varie selon le nombre d'enfants qu'elles ont à leur charge » et aussi que « l'infériorité par rapport aux hommes de leur rémunération, pourtant constitutive d'une discrimination [...] et de la durée de leur activité réduit d'autant leurs droits à la retraite ».

⁷⁴⁴ Notamment, la loi du 18 fév. 1938 portant modification des textes du Code civil relatifs à la capacité de la femme mariée (JORF du 19 fév. 1938, p. 2058), qui a supprimé le devoir d'obéissance de la femme, et celle du 22 sept. 1942 sur les effets du mariage quant aux droits et devoirs des époux (JORF du 3 nov. 1942 p. 3649), qui a mis fin à la « puissance maritale ». Il faut savoir que les lois de la métropole française n'étaient pas automatiquement étendues aux colonies à cause du principe de spécialité législative (v. G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 40-42, A. SOW-SIDIBÉ, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, op. cit., p. 22-23).

⁷⁴⁵ Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 déc. 1979 et entrée en vigueur le 03 sept. 1981. Pour rappel, le Bénin et le Mali l'ont respectivement signée le 11 nov. 1981 et le 5 fév. 1985, et ratifiée dans même ordre le 12 mars 1992 et 10 sept. 1985 ; le Burkina Faso y a adhéré le 14 oct. 1987.

contenu. Peut-être l'impression factice vient-elle du fait qu'en général, l'adoption des lois sur la famille s'est faite dans des contextes socio-politiques houleux, au milieu de tensions vives entre des factions opposées sur l'idée de l'abolition des dispositions d'inspiration traditionnelle ou religieuse discriminant la femme⁷⁴⁶. Que des textes nouveaux soient obtenus après tant de confrontations peut faussement faire penser au triomphe des droits humains, dans l'axe de l'égalité des sexes. Des nuances sont à apporter.

Les développements qui suivent vont concerner les rapports du mariage, dans la perspective égalitaire. Dans un premier temps, les inégalités persistantes entre l'homme et la femme dans les rapports conjugaux seront examinés (chapitre 1). Dans un second temps, il sera montré que le droit est inégal pour les sexes dans la désunion (chapitre 2).

Chapitre 1 : Des rapports inégaux entre l'homme et la femme durant le mariage

Chapitre 2 : Des rapports inégaux entre l'homme et la femme à la dissolution du mariage

⁷⁴⁶ Dans les cas du Bénin et du Mali, les codes n'ont pu être adoptés qu'après une seconde lecture rendue nécessaire au Bénin par un recours en inconstitutionnalité contre le projet de loi et au Mali par une décision du Chef de l'État (la désorganisation sociale qui s'annonçait en raison de la forte opposition de la communauté musulmane, représentant plus de 90% de la population du pays (cf. Introduction, n° 26)).

Chapitre 1 :

Des rapports inégaux entre l'homme et la femme durant le mariage

208. - Rapports nés du mariage. Dans la sphère du couple, il est reconnu des droits et des devoirs aux époux, qu'ils mettent en œuvre en commun ou de manière exclusive. À ce niveau, il faut distinguer entre les rapports personnels et les rapports pécuniaires des époux, même si l'intérêt de la différenciation est discuté⁷⁴⁷. Les rapports personnels consistent en des devoirs réciproques que la loi impose à chaque époux. Les Codes des personnes et de la famille examinés utilisent le terme « mutuels » plutôt que « réciproques »⁷⁴⁸. Cependant, les deux mots ne renvoient pas au même degré d'interdépendance entre les devoirs conjugaux⁷⁴⁹. Les devoirs conjugaux obligent les époux à la fidélité, à se porter secours et assistance et à instaurer entre eux une communauté de vie⁷⁵⁰. Parfois, le devoir de respect et d'affection s'y greffe⁷⁵¹. La communauté de vie s'exécute en principe au lieu de la résidence commune, fixée de commun accord, et à défaut par le mari⁷⁵². Les rapports personnels des époux avec leurs enfants sont

⁷⁴⁷ À propos de la relativité de la distinction, lire M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Mariage (4^e Effets)*, *op. cit.*, n° 5).

⁷⁴⁸ Cf. art. 154 du CPF béninois, art. 292 al. 1 du CPF burkinabè et art. 316 al. 2 du CPF malien.

⁷⁴⁹ Pour Janick ROCHE-DAHAN, « Alors que dans la mutualité l'échange résulte de la spontanéité et de la simultanété, dans la réciprocité, l'échange résulte de l'attente d'un retour. Ainsi, seule la réciprocité implique l'idée de « rendre la pareille » et donc d'interdépendance » (J. ROCHE-DAHAN, *Les devoirs nés du mariage, obligations réciproques ou obligations mutuelles ?* R.T.D. civ. 2000, p. 735).

⁷⁵⁰ Cf. art. 153-154 du CPF béninois (à signaler cependant que le Code béninois ne mentionne pas expressément le devoir d'affection), art. 292 du CPF burkinabè et art. 316 al. 2 du CPF malien.

⁷⁵¹ V. M. LAMARCHE, *Les obligations personnelles entre époux*, *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, mai 2011, Étude 316.

⁷⁵² V. *infra*, n° 215.

aussi réglementés par la loi⁷⁵³, toutefois dans un sens qui maintient des inégalités entre l'homme et la femme⁷⁵⁴.

209. - Maintien de l'individualité des conjoints. Les droits modernes présentent la famille conjugale comme la cellule de base de la société. Cependant, même si le couple est souvent perçu dans sa dimension communautaire, il ne fait pas obstacle à l'épanouissement individuel des conjoints. De fait, les époux doivent pouvoir garder une identité propre, en marge de l'entité conjugale. L'énoncé des principes des Codes de la famille des États subsahariens mettaient en avant des préoccupations de cet ordre. Dans cette idée, les réformes législatives étaient supposées mettre au rebut les discriminations contre la femme et, par-là, améliorer son statut. Les réaménagements d'ordre juridique ouvraient en même temps la voie pour l'harmonisation des lois internes avec les conventions internationales ratifiées.

210. - Normes supranationales. Théoriquement, les relations dans le mariage ont été définies en référence aux standards internationaux. Ces derniers proclament l'égalité parfaite entre l'homme et la femme, notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948⁷⁵⁵. Mais en pratique, les Codes restent entachés d'anachronisme. De la sorte, il est possible de voir que l'égalité n'existe pas à tous les niveaux dans les effets du mariage entre l'homme et la femme (section 1), pas plus que dans ses effets entre ceux-ci et leurs enfants (section 2).

Section 1 : Inégalité de l'homme et de la femme mariés dans les rapports personnels

Section 2 : Inégalité de l'homme et de la femme mariés dans les rapports avec leurs enfants

Section 1 : Inégalité de l'homme et de la femme mariés dans les rapports personnels

211. - Continuité du patriarcat. Pour une large part, la conception africaine de la famille reste patriarcale⁷⁵⁶. Cette conception était également caractéristique de la culture européenne

⁷⁵³ V. art. 296 CPF burkinabè : « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et éduquer leurs enfants. » ; dans le même sens, v. art. 158 du CPF béninois et art. 318 du CPF malien.

⁷⁵⁴ C'est par exemple le cas en matière de dévolution du nom de famille (v. *infra*, n° 248 sq.).

⁷⁵⁵ En son article 7. Il faut aussi garder en vue les autres conventions spécifiques, ou encore celles propres au continent noir, comme la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981.

⁷⁵⁶ Lire A.-B. DIOP, *La famille wolof : Tradition et changement*, op. cit., p. 64 sq.

antérieure aux réformes émancipatrices de la femme⁷⁵⁷. Cela est attesté, en ce qui concerne la France, par le fait que le Code civil de l'époque napoléonienne instituait l'homme comme "chef de famille" et soumettait la femme à son autorité⁷⁵⁸. Ainsi, pendant longtemps, la notion et ses corollaires, la puissance maritale⁷⁵⁹ et la puissance paternelle⁷⁶⁰, ont gouverné les rapports familiaux des français. L'égalisation des sexes dans le mariage s'est opérée au fil de réformes successives. Certains États subsahariens sont demeurés avec le modèle français bâti sur le principe de l'homme, dirigeant de la famille.

212. - Conséquence sur la capacité de la femme. Le statut de chef de famille se conjugue avec une incapacité généralisée de la femme. De ce fait, il ne convient plus dans la société actuelle où la femme doit endosser un rôle actif dans la sphère publique, ne serait-ce que pour la survie économique du ménage. Bien plus, il emporte une sévère rupture de l'égalité entre l'homme et la femme dans le mariage, à un moment où les mutations sociétales ne permettent plus le maintien de relations d'autorité dans la conjugalité, de même que dans les relations parentales dans une certaine mesure. Pour ces raisons, les rédacteurs des Codes des personnes et de la famille du Bénin et du Burkina Faso ont supprimé la notion. Dans un sens contraire, le législateur malien l'a conservée (§ 1). Dans le sillage de la préséance maritale se pose la question du port du nom conjugal. Les textes anciens africains, dans la tradition napoléonienne, imposaient à la femme mariée de porter le nom du mari. Les nouveaux textes ne s'éloignent pas beaucoup de cette ligne d'appréciation (§ 2).

§ 1 : Le maintien du statut de "chef de famille" en droit malien

§ 2 : Le port du nom conjugal dans les droits des États subsahariens

§ 1 : Le maintien du statut de "chef de famille" en droit malien

213. - Statut renouvelé. Le maintien du statut de « chef de famille » dans le Code malien des personnes et de la famille a cristallisé les débats lors du processus législatif⁷⁶¹. Auparavant prévu à l'article 34 du Code du mariage et de la tutelle⁷⁶², il était absent du projet de Code voté par le

⁷⁵⁷ V. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, op. cit., p. 23 sq.

⁷⁵⁸ Cf. anc. 213 l'ancien Code civil français.

⁷⁵⁹ « Prépondérance qui était attribuée par la loi au mari sur la personne et les biens de sa femme » (cf. S. GUINCHARD et Th. DEBART, *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, op. cit., p. 917).

⁷⁶⁰ « L'ensemble des prérogatives du père sur la personne et les biens de ses enfants mineurs » (cf. S. GUINCHARD et Th. DEBART, *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, op. cit., p. 917).

⁷⁶¹ V. *supra*, n° 29.

⁷⁶² Résultant de la loi n° 62-17 AN/RM du 3 fév. 1962.

parlement le 3 août 2009 mais jamais promulgué⁷⁶³. En effet, sous la poussée des groupes de pression musulmans opposés aux réformes que la loi entendait opérer au profit de la femme⁷⁶⁴, le Chef de l'État malien, alors en place⁷⁶⁵, a renvoyé le projet en seconde lecture⁷⁶⁶. Dans la version finale du Code votée le 2 décembre 2011, les articles estimés trop favorables à la femme ont été ou supprimés ou modifiés⁷⁶⁷. À cette occasion, la notion de "chef de ménage" a été réintroduite. On peut s'en étonner, car cette figure est contraire à l'égalité entre l'homme et la femme mariés. En cela, elle va à l'encontre des instruments internationaux dont le Mali est signataire. Quoiqu'il en soit, le Code malien prévoit en son article 319, alinéa 1^{er}, que :

- « Le mari est le chef de famille. Il perd cette qualité au profit de la femme en cas :
- d'absence prolongée et injustifiée ;
 - de disparition ;
 - d'interdiction ;
 - d'impossibilité de manifester sa volonté. »

214. - Heurts avec le principe de la direction collégiale du ménage. Il est intéressant de savoir que l'article précédant cette disposition dans la loi malienne énonce que « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation d'assurer la direction morale et matérielle de la famille, de nourrir, entretenir, élever leurs enfants et préparer l'établissement de ceux-ci »⁷⁶⁸. La contradiction est évidente entre les deux articles, étant entendu que la direction morale et matérielle du foyer ne peut pas être confiée aux conjoints, en même temps que l'un d'eux, l'homme, serait le chef de famille. La dissonance est regrettable, d'abord parce qu'elle est interne à une seule loi, et ensuite parce qu'elle s'inscrit à contre-courant de la tendance à l'indifférenciation des sexes qui se dessine au plan international. Finalement, en droit malien, le mari choisit le domicile conjugal (A) et la femme lui doit soumission (B).

⁷⁶³ V. *supra*, n° 29.

⁷⁶⁴ Le Haut Conseil Islamique dénonçait une "dérive" vers l'égalité homme-femme (cf. AFP, Code de la famille : « La femme reste femme et l'homme reste homme », 24 août 2009, consulté le 19 mars 2016 sur <http://www.jeuneafrique.com/158575/societe/code-de-la-famille-la-femme-reste-femme-et-l-homme-reste-homme/>).

⁷⁶⁵ Amadou Toumani TOURE, 4^e président de la République du Mali, du 8 juin 2002 au 22 mars 2012.

⁷⁶⁶ Devant la Commission de réflexion sur le projet de Code des personnes et de la famille élargie à toutes les composantes de la société, y compris les chefs religieux, créée par décision n°008-0004/MJ-SG du 10 janv. 2008.

⁷⁶⁷ Des motivations électorales auraient guidé ce vote (v. note N. S. TRAORE, Quand la vision manque, l'horizon s'obscurcit ! in Dossier spécial Code des Personnes et de la Famille : la reculade, Bulletin "La voix de la citoyenne", Groupe Pivot/Droits et Citoyenneté des Femmes, n° 2, déc. 2011, p. 2).

⁷⁶⁸ Cf. art. 318 du Code malien des personnes et de la famille.

A. Choix du domicile conjugal par le mari

B. Devoir d'obéissance de la femme envers le mari

A. Choix du domicile conjugal par le mari

215. - Prééminence de la volonté d'un conjoint contraire au cadre juridique international.

L'article 6-e du Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes du 11 juillet 2003 dispose que « les deux époux choisissent, d'un commun accord [...] leur lieu de résidence ». Les Codes du Burkina Faso et du Bénin ont des approches similaires sur la question de la fixation du domicile conjugal. Ces textes ne placent pas les époux à égalité face au choix de leur lieu d'habitation, car la priorité est accordée au choix du mari⁷⁶⁹. Néanmoins, il est relevé une rupture avec la situation antérieure où l'homme exerçait seul cette prérogative. Ainsi permettent-ils à la femme de prendre part à la fixation du domicile conjugal, en privilégiant le choix du mari en cas de désaccord. Le Mali, cependant, opte pour une voie à part, à travers l'article 319, alinéa 2, de son Code des personnes et de la famille. Aux termes de celui-ci, « Le choix de la résidence de la famille appartient au mari. La femme est tenue d'habiter avec lui et il est tenu de la recevoir »⁷⁷⁰. Dans la mesure où l'article 319 retient que le mari est le chef de famille, il renforce l'inégalité entre l'homme et la femme. L'homme exerce la prérogative de choisir la résidence familiale⁷⁷¹ (1). La règle n'est atténuée qu'à titre dérogatoire (2).

1) Le principe du choix du domicile conjugal par le mari

216. - Exclusion du conjoint féminin d'une prise de décision relative au couple. La détermination du cadre de vie familial relève normalement de la compétence conjointe des époux. Pour autant, il est posé à l'article 319, alinéa 2, du Code malien que « Le choix de la résidence de la famille appartient au mari ». Le législateur malien ne tient pas compte de ce que le choix de la résidence familiale requiert la participation de chacun des époux, dans la mesure où ils sont tous pareillement intéressés. Cette disposition ne s'inscrit pas dans le sens de l'article 318, qui fait reposer l'obligation d'assurer la direction morale et matérielle de la famille et

⁷⁶⁹ Cf. art. 156 et 294, respectivement des CPF du Bénin et du Burkina Faso.

⁷⁷⁰ La solution retenue par le Mali est semblable à celle du Sénégal dont le Code de la famille dispose, en son article 153, que : « Le choix de la résidence du ménage appartient au mari ; la femme est tenue d'y habiter avec lui et il est tenu de l'y recevoir. ».

⁷⁷¹ Sur la distinction de la résidence et du domicile, lire M. DUPUIS, *Le domicile*, Lamy droit des personnes et de la famille, avr. 2013, Étude 288, n° 288-5 b ; aussi Y. BUFFELAN-LANORE, *Domicile, demeure et logement familial*, Répertoire de droit civil, Dalloz, juin 2015, n°17-20.

d'éduquer les enfants sur les deux époux. En fin de compte, la divergence est source d'incertitude sur le degré d'implication de chaque conjoint dans les prises de décision relatives à la famille, d'autant plus que le mari est institué chef de famille.

217. - Droit comparé. Le Bénin et le Burkina Faso optent pour la décision concertée des époux dans le choix de la résidence familiale, mais avec une nuance sexuée. En effet, l'article 156 du Code des personnes et de la famille du Bénin dispose que « Le choix du domicile du ménage incombe aux époux. En cas de désaccord, le domicile conjugal est fixé par le mari. 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 »⁷⁷² ; et l'article 294 du Code des personnes et de la famille du Burkina Faso prévoit que « La résidence de la famille est au lieu choisi d'un commun accord par les époux, ou, faute d'accord, au lieu choisi par le mari. Toutefois, si la résidence choisie par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou moral, la femme peut être autorisée, pour elle et ses enfants, à avoir une résidence séparée fixée par le juge »⁷⁷³. Dans les deux cas, la reconnaissance du droit de l'épouse à prendre part à la décision est tempérée par la priorité accordée au choix de l'époux. La solution de la préséance du choix du mari en cas de désaccord des conjoints est préférable à l'exclusion totale de la femme que retient le Code malien, mais elle consacre tout de même une inégalité entre les époux.

218. - Non-conformité au cadre juridique international. La disposition de l'article 319, alinéa 2, du Code malien s'inscrit à contresens de l'article 6 (e) du Protocole de Maputo qui rappelle que « les deux époux choisissent, d'un commun accord, leur régime matrimonial et leur lieu de résidence »⁷⁷⁴. Dans le Code malien des personnes et de la famille du 3 août 2009 qui n'a pas passé l'étape de la promulgation, un article 25 énonçait que « La loi assure la protection de la femme et de l'enfant. Les traités et accords internationaux relatifs à la protection de la femme et de l'enfant, dûment ratifiés par le Mali et publiés, s'appliquent ». Après le réexamen auquel le

⁷⁷² V. aussi dans ce sens l'article 15 du même code.

⁷⁷³ Le juge sénégalais retient que l'épouse qui refuse de rejoindre le domicile fixé par le mari pour absence de conditions matérielles décentes minimum, par référence au traitement accordé à une coépouse dont le mariage est plus récent, peut quand même bénéficier d'une pension alimentaire (*cf.* TPI Dakar 1^{er} juil. 1976, et TPI Dakar, 12 juil. 1977, RJS. Crédila, 1982, vol. 11, p. 14 *sq.*, *in* D. NDOYE, Code de la famille du Sénégal annoté, Éditions juridiques africaines, Dakar, 2009, p. 90).

⁷⁷⁴ Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes, adopté par la deuxième session de la conférence de l'Union africaine le 11 juil. 2003 à Maputo (Mozambique).

Code a été soumis, le contenu de l'actuel article 24 est beaucoup moins conflictuel pour la société malienne, car il se borne à poser que « La loi assure la protection de la personne humaine et de la famille ». L'écart est visible avec le projet, dans lequel l'accent était mis sur la femme et l'enfant, en même temps qu'une référence était faite aux standards internationaux, deux considérations ensuite supprimées.

219. - Point de vue critique. L'ancienne prééminence du mari dans le choix du domicile paraît démodée, tant il paraît évident que la famille est à présent dirigée par l'association des époux. En France, Anne Karm estime que « Le choix de la résidence familiale résulte de la vocation générale à diriger la famille. Cette prérogative concrète n'a pu constituer une fonction conjointe que lorsque la prépondérance maritale dans le gouvernement de la famille a été écartée, à la faveur de réformes opérées par les lois du 4 juin 1970 et du 11 juillet 1975 »⁷⁷⁵, ajoutant qu'« En consacrant la puissance maritale, le Code Napoléon ne pouvait que réserver au mari le droit de choisir le domicile familial. L'article 214, aux termes duquel "la femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider (...)", n'était que le corollaire de l'article 213 selon lequel "le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari" »⁷⁷⁶. Cette réflexion montre que le législateur malien, ayant admis que la famille est collégialement dirigée par les conjoints, à l'instar des législateurs béninois et burkinabè⁷⁷⁷, il ne pouvait plus, logiquement, reconduire la puissance maritale, ni corrélativement, le droit exclusif de l'homme de fixer le domicile familial, tout autant que l'obligation pour la femme d'habiter avec lui. Justement, si on considère les termes de l'article 319, alinéa 1^{er}, du Code de la famille malien qui dispose *in fine* que « La femme est tenue d'habiter avec [le mari] et il est tenu de la recevoir », ils font penser que la vie commune des époux tient plus de l'obligation que d'un fait voulu. Cependant, le mariage est censé se former sur une base volontaire.

220. - Manquements à la loi. Au demeurant, le Code reste muet sur les sanctions des manquements aux obligations qu'il pose. À titre de comparaison, sous le droit ancien français, le mari qui manquait à son obligation de recevoir son épouse à domicile pouvait être condamné à lui verser une pension alimentaire en exécution du devoir de secours, et la femme pouvait

⁷⁷⁵ Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale qui a supprimé la prépondérance maritale et loi n°75-617 du 11 juil. 1975 portant réforme du divorce venue mettre fin à l'unicité de domicile des époux en même temps qu'au privilège du choix du domicile conjugal par le mari.

⁷⁷⁶ A. KARM, Mariage - Organisation de la communauté conjugale et familiale - Communauté de résidence, JurisClasseur Civil Code > Art. 212 à 215, Fasc. 30, dernière mise à jour : 15 oct. 2015, n°7 et 8.

⁷⁷⁷ Art. 293 du CPF burkinabè et art. 155 du Code béninois.

obtenir une décision judiciaire l'autorisant à recourir à la force publique pour "passer la porte" du domicile conjugal⁷⁷⁸. De même, si l'épouse manquait à son obligation d'habiter avec son mari, elle pouvait se voir refuser tout secours pécuniaire de sa part, ou alors le mari pouvait se faire autoriser en justice une saisie des revenus de sa femme ou un placement sous séquestre de ses biens⁷⁷⁹.

221. - Répudiation. Le texte de l'article 319, alinéa 1, *in fine*, du Code malien des personnes et de la famille, est à rapprocher de l'article 317 du même code, selon lequel « Nul époux ne peut être répudié. L'époux convaincu de répudiation encourra une peine de quinze jours à trois mois d'emprisonnement et une amende de 20 000 à 120 000 francs ou de l'une de ces peines seulement ». Cette mesure n'est jamais que la reprise de l'article 58 de l'ancien Code du mariage et de la tutelle⁷⁸⁰, avec toutefois l'adjonction de sanctions en cas de violation.

2) La dérogation au principe

222. - Résidence séparée de la femme avec l'accord du mari. L'article 319, alinéa 3, du Code malien des personnes et de la famille précise que le choix de la résidence familiale « doit se faire dans l'intérêt exclusif du ménage ». Normalement, le choix doit porter sur un domicile remplissant « les conditions voulues pour abriter dignement la famille »⁷⁸¹. La résidence familiale doit donc offrir un cadre de vie acceptable pour le couple et ses enfants éventuellement, et elle doit correspondre à ses ressources. Dans le cas du Mali, si la femme a des raisons de ne pas vouloir habiter au lieu choisi par le mari, elle peut « avoir un domicile distinct avec l'accord du mari sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie »⁷⁸².

⁷⁷⁸ V. France, Civ., 20 janv. 1830 : S. 1830, 1, p. 99 (cf. A. KARM, Mariage - Organisation de la communauté conjugale et familiale - Communauté de résidence, *op. cit.*, n°10).

⁷⁷⁹ En France, dans une espèce, l'épouse fut condamnée à verser des dommages et intérêts au mari, sur le modèle d'une astreinte, donc en fonction du nombre de jours de retard mis à réintégrer le domicile conjugal (France, Civ., 26 juin 1879 : S. 1879, 1, p. 176) ; dans une autre espèce, le mari "dépossédé" s'est vu accorder une autorisation judiciaire afin de recourir à la force publique pour "récupérer" son épouse manu militari (CA, Paris, 31 mars 1855 : S. 1855, 2, p. 494) ; v. dans un sens contraire CA, Aix, 22 mars 1884 : S. 1884, 2, p. 93 (cf. A. KARM, Mariage - Organisation de la communauté conjugale et familiale - Communauté de résidence, *op. cit.*, n° 10).

⁷⁸⁰ Qui décidait que : « La répudiation est interdite. La répudiation prononcée en violation de l'interdiction qui précède dispense la femme de ses devoirs de cohabitation et d'obéissance et emporte la séparation des biens sous réserve des droits des tiers. Jusqu'à la décision de justice, la femme conserve tous les droits civils qu'elle tient de la loi et du contrat de mariage ».

⁷⁸¹ Cf. TPI Dakar 1^{er} juil. 1976, TPI Dakar, 12 juil. 1977, RJS. Crédila, 1982, vol. 11, p. 14 *sq.*, *op. cit.* ; v. P. HEBRAUD : RTD civ. 1958, p. 296, cité par A. KARM, Mariage - Organisation de la communauté conjugale et familiale - Communauté de résidence, *op. cit.*, n°15.

⁷⁸² Article 55 du Code. Le mot « domicile » est employé ici au sens de « résidence ».

223. - Droit inopérable. Le texte est louable d'avoir prévu la possibilité d'un domicile séparé pour la femme, mais en même temps, il rend le droit inopérant, en le soumettant à l'assentiment du mari. En effet, dans le milieu africain, il n'est pas courant que la femme mariée vive dans une résidence séparée du mari, simplement par commodité. De ce fait, il est plus probable que pareille résolution reflète une mésentente entre les époux. Dans cette hypothèse, il est probable que l'homme refuse son autorisation à la femme. En prévention de ce type de difficultés, les Codes béninois et burkinabè confient au juge la compétence pour trancher au cas où l'homme et la femme ne s'accordent pas sur la fixation du domicile conjugal⁷⁸³. À cet effet, la femme doit apporter la preuve que le domicile choisi par l'époux présente un danger d'ordre matériel ou moral pour elle ou pour ses enfants. L'option des législateurs béninois et burkinabè est plus objective, et elle offre une meilleure protection à la femme.

En droit malien, outre la non-participation de la femme au choix du domicile conjugal, la loi mentionne qu'elle doit soumission à son mari.

B. Devoir d'obéissance de la femme envers le mari

224. - Norme juridique sexiste. La puissance maritale ayant été renouvelée dans le récent Code malien des personnes et de la famille, elle ne pouvait aller sans sa conséquence traditionnelle, le devoir d'obéissance de la femme envers son mari. L'article 316 du Code retient ainsi que « la femme doit obéissance à son mari, et le mari, protection à sa femme ». Au regard de ce texte, la femme mariée malienne demeure sous la subordination du mari qui est, lui, censé la "protéger". Rétrospectivement, il faut savoir que cette mesure faisait partie des changements que voulait introduire la version remaniée du code, car le terme « obéissance » en avait disparu⁷⁸⁴. Le devoir d'obéissance de la femme, autant que le "droit à la protection" que lui devrait le mari, participent de la thèse de l'incapacité juridique de la femme mariée, une incapacité qui n'est pas loin de celle du mineur ou du majeur incapable⁷⁸⁵. Pourtant, il n'est pas d'argument sérieux qui fonde le préjugé sexiste selon lequel la femme a besoin d'être protégée, à cause d'une supposée faiblesse. Comme se le demande un auteur, « si la femme est vraiment un être faible, pourquoi ne la protéger que lorsqu'elle est mariée et non lorsqu'elle est

⁷⁸³ Art. 50 et 294 al. 2 dans le Code burkinabé et 156 dans le Code béninois.

⁷⁸⁴ Cf. art. 312 dans le CPF adopté le 3 août 2009 non promulgué.

⁷⁸⁵ V. *supra*, n° 205. L'idée de l'"obligation au mariage", qui s'impose à la femme en Afrique, partirait de là, afin de lui donner un protecteur en la personne du mari (v. *infra*, n° 614).

célibataire ? »⁷⁸⁶. Il convient de s'intéresser à la portée de l'obéissance due au mari (1) et à ce que cela induit comme conséquence (2).

1) Portée du devoir d'obéissance de la femme

225. - Hypothèses sur le contenu du devoir d'obéissance dû par la femme. Le Code malien n'est pas explicite sur le contenu du devoir d'obéissance dû par la femme au mari⁷⁸⁷. On pourrait penser que ce devoir implique que la femme mariée obtienne l'agrément de son époux pour passer certains actes. Pour s'en tenir à un cas en particulier, le devoir d'obéissance peut venir contrarier la possibilité pour la femme d'exercer une profession sur son unique décision, ou celle d'ouvrir un compte bancaire et de le faire fonctionner seule, des droits sur lesquels le texte malien ne se prononce pas du reste, à la différence des Codes béninois et burkinabè⁷⁸⁸.

226. - Droit comparé. Les États béninois et burkinabè ont réglé différemment la question de la profession des conjoints, mais ils ont, tous deux, reconnu la liberté de l'exercice d'une profession à la femme. En effet, il ressort de l'article 157 du Code du Bénin que « 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 » ; de même, l'article 295 du Code du Burkina Faso dispose que « Chacun des époux a le droit d'exercer une profession sans le consentement de l'autre. Si l'un des époux prétend que l'exercice de la profession par son conjoint est de nature à mettre en péril l'intérêt de la famille, il saisit par requête le tribunal civil qui peut, par une ordonnance motivée, interdire l'exercice de ladite profession ». Toutefois, cette reconnaissance est un peu ternie, au Burkina Faso, par la limite de l'opposition ouverte au conjoint, sachant qu'en pratique, l'homme est plus susceptible que la femme de se prévaloir de cette disposition que la femme⁷⁸⁹. D'un point de vue historique, il peut être remarqué avec Ngoma Musao-Ma-Kashala que l'Afrique doit à la colonisation d'avoir perdu

⁷⁸⁶ *Ibid.* ; aussi F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Loi, libertés et mœurs, Actes du colloque « Vive la Loi », consulté le 24 mars 2016 sur http://www.senat.fr/colloques/vive_la_loi/vive_la_loi13.html.

⁷⁸⁷ À ce sujet, la Cour de cassation du Sénégal a décidé que « le juge ne doit pas se contenter de considérer par exemple que la "désobéissance répétée" de la femme n'est pas une cause légale de divorce. Il lui appartient d'analyser les délits que recouvre cette formule pour savoir s'ils ne sont pas constitutifs de l'injure grave » (arrêt n° 69 du 17 avr. 2002, *in* D. NDOYE, Code de la famille du Sénégal annoté, *op. cit.*, 109).

⁷⁸⁸ V. *infra*, n° 661.

⁷⁸⁹ En l'état actuel de la mentalité africaine, il est difficilement concevable que la femme puisse s'opposer à la profession de son époux, même dans le cas où elle justifierait d'un motif légitime, et il est encore moins certain qu'elle obtienne gain de cause en justice.

ses repères quant à l'autonomie professionnelle de la femme. L'auteur récuse « l'autorisation maritale pour travailler [héritée du colon belge] alors que la femme congolaise considérait comme son devoir de travailler »⁷⁹⁰. Dans le prolongement de la liberté professionnelle des époux, selon l'article 175 du Code béninois, « Chacun des époux peut ouvrir sans le consentement de l'autre tout compte de dépôt ou de titres en son nom. L'époux titulaire du compte est réputé, à l'égard du dépositaire, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt ». Pareillement, l'article 300 du Code burkinabè pose que « Chacun des époux peut ouvrir sans le consentement de l'autre tout compte de dépôt ou de titres en son nom. L'époux titulaire du compte est réputé à l'égard du dépositaire avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt ».

227. - Imprécision légale à risque pour les droits de la femme. Le fait pour le Code malien des personnes et de la famille d'instituer d'un côté une obligation d'obéissance de la femme à l'égard du mari, et de l'autre, de ne pas consacrer de droits professionnels au profit de celle-ci, peut être la source de problèmes dans le couple, si la femme manifestait la volonté de travailler et que le conjoint n'était pas d'accord⁷⁹¹. En effet, compte tenu de la qualité de chef de ménage conférée au mari et de l'autorité qui l'accompagne nécessairement, il aurait fallu, au minimum, reconnaître expressément l'autonomie professionnelle de la femme afin de lever toute équivoque, d'autant que l'ancien Code du mariage et de la tutelle soumettait l'exercice d'une activité commerciale par la femme à l'autorisation de son époux⁷⁹².

De fait, le Code du commerce malien ne conditionne pas l'exercice du commerce par une femme mariée à l'autorisation de son mari⁷⁹³, pas plus d'ailleurs que l'acte uniforme relatif au droit commercial général de l'OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires)⁷⁹⁴. Cependant, il n'est pas de texte juridique permettant d'être fixé à l'égard des autres professions. Le mutisme de la loi suscite des interrogations. Par défaut, il pourrait être fait une

⁷⁹⁰ N. MUSAO-MA-KASHALA, Le rôle religieux et civilisateur de la femme luba, in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *op. cit.*, p. 87.

⁷⁹¹ Jusqu'ici, en Afrique, même dans les États où la loi a connu une évolution favorable pour elle, la femme mariée reste souvent confrontée au refus du mari (v. M.-A. NDOMBET, La femme et la pratique du droit coutumier au Gabon (baptême, mariage, décès), in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *op. cit.*, p. 335).

⁷⁹² Art. 38 al. 1^{er}. Cela étant, il faut savoir que ce Code reconnaissait en même temps une capacité d'ordre général à la femme en son article 36 : « La femme mariée a la pleine capacité civile ; l'exercice de cette capacité n'est limité que par le contrat de mariage et par la loi ».

⁷⁹³ Article 4 de la loi n°92-002 du 27 août 1992 portant Code du commerce.

⁷⁹⁴ Cf. article 7 de l'acte uniforme.

interprétation étroite du devoir de soumission à la charge de la femme. L'exercice de toute autre activité que le commerce pourrait ainsi être subordonnée à l'autorisation de l'époux. Il pourrait en aller de même pour le pouvoir bancaire. Enfin, à supposer que la femme ne puisse effectivement accomplir l'ensemble de ces actes que sous la condition d'avoir recueilli l'autorisation de son mari, dans le cas où celui-ci s'y refuse, il lui resterait seulement l'alternative de se faire autoriser par la justice à passer les actes en cause, sauf qu'à ce niveau également la loi ne se prononce pas.

2) Responsabilisation du mari pour les charges financières du ménage

228. - Discrimination envers le conjoint masculin. La responsabilisation de l'homme marié pour les charges de la famille peut être vue comme une discrimination légale envers lui. La bilatéralisation des charges familiales est inséparable de l'égalisation des droits des époux. Même l'évolution du monde contemporain ne permet plus de rester dans l'idée du mari, seul tenu de pourvoir aux besoins de la famille, d'autant plus que les deux époux travaillent plus souvent à la fois. Toutefois, il est à noter que la charge ainsi confiée au mari s'analyse en termes financiers et cela crée par ailleurs une distorsion dans les rapports conjugaux. En effet, le conjoint masculin étant expressément responsabilisé sur le plan financier, l'épouse se trouve à son tour responsabilisée, sans l'exprimer littéralement, en ce qui concerne les travaux domestiques⁷⁹⁵. Pour leur part, les législateurs du Bénin et du Burkina Faso bilatéralisent ce devoir anciennement imposé à l'homme. Ils retiennent ainsi que la contribution aux charges du ménage est un devoir réciproque des époux sur lequel les conventions particulières n'ont pas d'effet⁷⁹⁶.

229. - Discrimination envers le conjoint féminin. La disposition de l'article 319, alinéa 4, du Code malien des personnes et de la famille est en accord avec l'idée de préséance maritale découlant de la figure du « chef de famille ». Selon ses termes, « Les charges du ménage pèsent sur le mari ». Par-là, le législateur malien conforte la hiérarchisation des relations dans le couple. Sans conteste, les exigences égalitaires ne permettent plus de confier la responsabilité des finances de la famille à l'homme uniquement. De fait, si la fourniture de ressources au ménage peut apparaître contraignante sous un angle, cet aspect négatif est racheté par le rôle valorisant

⁷⁹⁵ C'est la position de la jurisprudence française, qui considère que la femme dont le mari supporte les charges de la famille, apporte sa contribution par l'exécution des travaux ménagers (v. *infra*, n° 679).

⁷⁹⁶ Cf. art. 159 et 185 du Code béninois et art. 299 et 349 du CPF burkinabé.

qui s'y attache. De ce point de vue, la gestion domestique ne fait pas le poids devant la gestion du pouvoir financier. Dans la suite de l'article 319 du Code malien, l'article 322 énonce que « Lorsque le mari ne satisfait pas à ses obligations de pourvoir aux charges du ménage, l'épouse peut demander au tribunal civil l'autorisation d'y pourvoir sur partie des revenus de son mari dans la proportion de ses besoins et dans la mesure des ressources de celui-ci ». Ces deux dispositions ne reflètent pas la réalité parce que les ménages vivent rarement, à l'heure actuelle, avec un seul revenu⁷⁹⁷.

230. - Contribution de la femme à titre "subsidaire" en droit malien. L'analyse de l'article 319, alinéa 4 *in fine*, du Code malien des personnes et de la famille, montre que ce que la disposition consacre au fond n'est en réalité qu'une contribution principale mais non exclusive du mari. Il dispose en effet que « La femme mariée qui dispose de revenus peut contribuer aux charges du ménage »⁷⁹⁸. On peut penser que les opposants à l'égalité des époux dans la contribution aux charges ménagères avaient compris que, par son intermédiaire, la femme perdait en « finances », mais qu'elle gagnait en « dignité »⁷⁹⁹. Toutefois, ils n'ont pas pu totalement se soustraire à l'appel du pragmatisme. Il est maintenant évident, au-delà des luttes de positionnement des sexes, qu'il est utile, voire indispensable, de permettre à la femme de développer ses facultés contributives et de contribuer effectivement aux charges du ménage. Suivant cette logique, des États décident que la part contributive de chaque époux est déterminée par rapport au niveau de ses revenus. L'obligation est rigoureuse pour tous les conjoints et toute défaillance fautive est susceptible de sanction⁸⁰⁰. Sur cette question, il convient de ne pas se leurrer. La crise économique n'épargne plus d'endroit au monde, et avec le renchérissement du coût de la vie, il est de moins en moins probable que les revenus du mari seul suffisent à couvrir les besoins de toute la famille. Pour finir, il faut garder en vue qu'un époux peut ne pas faire preuve de bonne foi dans l'emploi de ses revenus, afin de minimiser sa

⁷⁹⁷ V. *infra*, n° 704.

⁷⁹⁸ La subsidiarité de la contribution féminine, ici déclamée, reste à prouver, car ce n'est pas ce à quoi font penser les études menées sur la question (cf. C. FOURGEAU, Un exemple d'économie polygamique : petites productrices au Sud Bénin, *op. cit.*, p. 376).

⁷⁹⁹ A. N. GBAGUIDI, Égalité des époux, égalité des enfants dans le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin, *op. cit.*, p. 8.

⁸⁰⁰ Cf. respectivement art. 160 du Code béninois et art. 308 du Code burkinabé.

contribution financière pour la famille⁸⁰¹. La qualité de vie de la famille peut s'en trouver affectée. Une telle situation peut être corrigée grâce à l'apport du second conjoint.

231. - Conséquences de la responsabilité unilatérale des charges financières. Dans un premier temps, elle permet au mari d'avoir le contrôle des finances du couple, ce qui le désigne comme le supérieur de la femme. Et encore, la loi étant libellée de cette façon, l'épouse ne peut pas s'attendre à des réaménagements dans l'organisation du couple, afin de la soutenir dans la recherche d'un travail ou d'une promotion professionnelle. À travers cela, son autonomie financière est compromise, ce qui nourrit un état de dépendance permanent envers le mari. À une plus grande échelle, la loi malienne peut induire des comportements de société préjudiciables à la femme. En effet, si les citoyens partent de l'idée que l'homme est seul à devoir soutenir financièrement la famille, il devient difficile de démontrer l'utilité des études de la femme. Ce fait amenuise encore les chances de la fille d'être scolarisée, en comparaison du garçon. Dans un second temps, l'article 319, alinéa 2, fournit une justification à la répartition sexuée des rôles, donc aux comportements stéréotypés dans la société⁸⁰². Tandis que l'homme a le mérite de pourvoir aux besoins de la famille par ses activités hors de la sphère domestique, la femme y est cantonnée, n'étant qu'exceptionnellement autorisée à faire des incursions dans l'espace public.

En définitive, le Mali a, par rapport au Bénin et au Burkina Faso, conservé la notion de chef de famille, quand bien même elle a des incidences sur l'égalité entre l'homme et la femme dans le mariage. Ce choix est peu défendable⁸⁰³. Le législateur malien devrait supprimer les dispositions de son Code des personnes et de la famille qui perpétuent l'omnipotence maritale⁸⁰⁴. À cet égard, il conviendrait de faire du choix de la résidence familiale une prérogative commune des

⁸⁰¹ En France, la Cour de cassation consacre désormais la jurisprudence des juridictions inférieures qualifiant d'atteinte au devoir de loyauté constitutive d'une cause de divorce les diverses dissimulations d'ordre patrimonial dont l'un des époux peut se rendre coupable envers l'autre (France, Civ. 1^{re}, 25 mars 2009, n° 08-11.126 : RJPF juin 2009, p. 28, obs. Th. GARÉ).

⁸⁰² V. A.-M. SOHN, L'émancipation féminine entre les sphères privée et publique, *in* « La place des femmes : Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales », *op. cit.*, p. 177-181.

⁸⁰³ S'il est vrai que le pouvoir politique malien a cédé aux pressions des factions religieuses, il n'en demeure pas moins que l'incident crée un précédent dangereux pour toutes les réformes juridiques à venir qui paraîtraient trop libérales (lire à ce propos G. LUONGO, *Réforme du Code de la famille au Mali : le parlement cède aux pressions religieuses*, 27 janv. 2012, consulté le 24 mars 2016 sur <http://www.contrepoints.org/2012/01/27/66452-reforme-du-code-de-la-famille-au-mali-le-parlement-cede-aux-pressions-religieuses>).

⁸⁰⁴ Telles que : "chef de famille", "la femme doit obéissance à son mari", "le mari doit protection à sa femme", *etc.*

époux et de confier les dépenses liées au fonctionnement de la famille au couple. Il importe, en effet, que la contribution de la femme cesse d'être vue comme une simple faculté, car, en arrière-plan de ce qui peut sembler un avantage, il s'agit véritablement d'un élément qui participe de son statut d'infériorité juridique. Du reste, pour que la femme soit effectivement en mesure de mener une activité génératrice de revenus, il faudrait mettre fin au système de la puissance maritale, qui entrave son autonomie professionnelle, et par voie de conséquence son indépendance financière.

Le problème de la puissance maritale qui vient d'être présenté subsiste en entier dans le Code malien des personnes et de la famille, mais il est presque résolu dans les Codes béninois et burkinabè. Cependant, la question du port nom du conjoint garde l'empreinte de l'inégalité dans l'ensemble des droits étudiés.

§ 2 : Le port du nom conjugal dans les droits des États subsahariens

232. - Tradition contraire au cadre règlementaire international. La faculté de porter le nom du conjoint devrait, en principe, être ouverte à tous les époux, au nom de l'égalité. La tradition du port du nom du mari par la femme peut ainsi être vue comme une discrimination à l'égard du conjoint masculin, qui ne peut, en retour, porter le nom de la femme. Cependant, l'explication peut se trouver ailleurs. Selon l'article 6-f du Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes du 11 juillet 2003, « la femme mariée a le droit de conserver son nom, de l'utiliser à sa guise, séparément ou conjointement avec celui de son mari ». À travers ce texte révèle, il apparaît que la tradition du port du nom marital tend à prendre la forme d'une obligation pour l'épouse, ce qui nécessite de réaffirmer son droit à l'autonomie du nom. À bien des égards, le nom de la femme mariée reste une question délicate⁸⁰⁵. Il est ainsi observé que « L'ampleur de la polémique autour du nom de la femme mariée est un indicateur des difficultés qu'il y a à concilier les pratiques sociales basées sur une certaine conception des règles traditionnelles et le besoin de modernité qu'exige un État

⁸⁰⁵ E. YEDEDJI-GNANVO, Un exemple de droit écartelé entre tradition et modernité : le nom de la femme mariée au Bénin, *in* Revue béninoise des Sciences juridiques et administratives, n°15, 2005, p. 33-60 ; S. K. HONVOU, Regard du juge constitutionnel béninois sur le principe d'égalité en droit de la famille, p. 15-16, consulté le 16 avr. 2015 sur www.aeta-network.org/wp-content/uploads/2012/08/Communication-HONVOU.doc.

de droit moderne »⁸⁰⁶. De fait, une règle non écrite, qui semble prendre sa source dans la coutume⁸⁰⁷, veut que la femme mariée porte le nom du mari à partir de la cérémonie nuptiale. Mais la « faveur éphémère », suivant la formule d'Isabelle Corpart⁸⁰⁸, que constitue le port du nom marital, avec toutes les conséquences tant sociologiques qu'affectives liées à sa cessation incitent à la plus grande prudence⁸⁰⁹. Le législateur français a réagi par la reconnaissance de l'autonomie du nom de la femme à travers des lois successives⁸¹⁰.

233. - Tradition insérée dans les ordres juridiques internes africains. La coutume africaine ne connaissait pas l'usage du port du nom marital par la femme mariée avant l'ère de la colonisation⁸¹¹. Il constitue l'un des rares traits de culture de l'Occident qui sont passés dans les habitudes africaines sans susciter d'opposition⁸¹². De fait, comme il ne rentrait pas en conflit avec l'idéologie africaine de la prépondérance du mari, il a été plus facile à accepter. La France a aujourd'hui purgé son Code civil des dispositions qui perpétuaient l'inégalité des époux dans leur rapport au nom. Dans le même moment, les États africains, qui ont reçu l'ancien Code civil français, n'ont pas remanié jusqu'au bout la règle initiale. Le Code des personnes et de la famille du Bénin dispose que la femme adjoint à son nom le nom du mari (A), et les Codes du Burkina Faso et du Mali lui reconnaissent un droit d'usage sur ce nom (B).

A. L'adjonction du nom marital en droit béninois

B. L'usage du nom marital dans les droits burkinabè et malien

⁸⁰⁶ R. A. C. MADJA, *L'effectivité des droits civils dans les ordres juridiques africains (exemple en droits béninois et sénégalais de la famille)*, Thèse de doctorat, Université Cheick Anta DIOP, Dakar, 2015, n° 593.

⁸⁰⁷ M. LAMARCHE, État matrimonial, Dalloz Action Droit de la famille (Œuvre collective sous la direction de Pierre Murat), 2016, Chapitre 116, n°116.140 ; aussi F. LAROCHE-GISSEROT, Nom de la femme mariée : le désordre s'installe, Recueil Dalloz 2003, p. 633, n° 4.

⁸⁰⁸ I. CORPART, Le nom d'usage des époux dans tous ses états, Droit de la famille n° 9, sept. 2013, étude 13, n°27.

⁸⁰⁹ M. LAMARCHE, Nom d'usage et nom légal de la femme mariée, la confusion permise au nom de l'intérêt légitime à changer de nom pour des motifs d'ordre affectif ou l'attribution du nom par affection, Droit de la famille n° 2, fév. 2015, alerte 8.

⁸¹⁰ V. *infra*, n° 236.

⁸¹¹ Il n'est pas rapporté la preuve que, suivant les usages endogènes, la femme africaine changeait de nom après son mariage. Du reste, un chef coutumier affirme que « la femme garde toujours son nom de famille. Mais l'enfant prend le nom de son époux » (*cf.* Entretien PER 8, réalisé le 16 mai 2017). Un autre chef coutumier abonde dans le même sens en ces termes : « Sur le plan coutumier, nous ne connaissons pas cet usage. En fait, nous nous sommes laissés acculturer par les "blancs" » (*cf.* Entretien PER 10, réalisé le 16 juin 2017).

⁸¹² Danièle WEISS observe que « Les sociétés européennes ont valorisé la fusion conjugale » (*cf.* D. WEISS, Les noms d'une Femme, Journal français de psychiatrie 2010/2, n° 37, p. 13), étant considéré que « Psychologiquement, la réduction de deux noms à un seul parachève l'union des êtres. L'homme, en donnant son nom à celle qu'il aime, affirme sa possession. La femme, en faisant le sacrifice du sien, se fond davantage avec celui dont elle va partager sa vie » (*cf.* B. OFFNER, Au jardin des pseudonymes, Vie et langage, n° 58 à 116, 1957- 1961, *in* D. WEISS, Les noms d'une Femme, *op. cit.*, p. 13).

A. L'adjonction du nom marital en droit béninois

234. - Sens du port du nom marital. D'un côté, il est possible de voir dans le port du nom du mari une pratique qui participe de l'unité familiale. Gérard Cornu remarque en effet que « la coutume a toujours permis à l'unité du mariage de se manifester par l'unité du nom »⁸¹³. L'auteur ne manque pas de souligner, cependant, que « ce n'est pas exactement de la même manière pour le mari et pour la femme. Le mari garde l'usage de son nom [...] Pour la femme mariée, on admet que, sans perdre son nom de jeune fille (son nom de naissance), elle prend, par l'effet du mariage, l'usage du nom de son mari, nom marital »⁸¹⁴. De l'autre, il est possible d'observer que, derrière l'affiche de l'unité conjugale, le port du nom du mari contribue à asseoir la supériorité masculine dans le mariage. En effet, l'inverse n'est pas institué. Au-delà, un auteur remarque qu'il existe « comme une forme de tabou » autour du nom de la femme, un « nom qu'il faudrait dissimuler, confiné dans un état latent révélateur de "l'effacement" au sens propre du terme que subit la femme »⁸¹⁵. Il est vrai que le port du nom du mari est souvent présenté comme un droit accordé à la femme, « fondé sur une coutume enracinée (pratique et conviction) »⁸¹⁶, mais, dans la mesure où la même faculté n'est pas reconnue au mari, cela amène à s'interroger sur sa nature de "droit". Dans tous les cas, le caractère facultatif du port du nom du mari constitue la règle générale⁸¹⁷.

En ce qui concerne le Code béninois des personnes et de la famille, la disposition relative à l'usage du nom du marital n'est pas claire quant à la liberté effective de la femme à porter ou non le nom conjugal (1). De ce fait, une clarification s'impose (2).

1) Une rédaction législative imprécise

235. - Incertitude sur la liberté face au port du nom marital. Le recours en inconstitutionnalité dont le projet de Code béninois des personnes et de la famille a été l'objet⁸¹⁸ a permis à la Cour constitutionnelle de se prononcer au sujet du nom de la femme mariée⁸¹⁹. Son

⁸¹³ G. CORNU, *Droit civil : Introduction – Les personnes – Les biens, op. cit.*, n° 589, p. 288.

⁸¹⁴ *Ibid.*

⁸¹⁵ Th. DUBAELE, *Le nom de la femme mariée*, Thèse de doctorat, Université de Lille II, p. 6.

⁸¹⁶ *Ibid.*, n°591, p. 289. Par exemple, une femme mariée peut, à ce titre, demander réparation au mari lorsqu'il présente sa concubine sous son nom (France, TGI Briey, 30 juin 1966, J.C.P. 1967. 2. 15130).

⁸¹⁷ V. art. 6-f du Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes du 11 juillet 2003.

⁸¹⁸ V. *supra*, n° 28.

⁸¹⁹ Bénin, Décision de la Cour constitutionnelle n° 02-144 du 23 déc. 2002, sur l'article 12, al. 1^{er}, du projet de Code.

avis était requis sur l'article 12, alinéa 1^{er}, du projet de Code, selon lequel l'épouse portait le nom du mari à partir du mariage. La Cour a estimé que la disposition ne respectait pas le principe d'égalité consacré par la Constitution béninoise⁸²⁰, en ce qu'elle ne permettait pas à la femme « de conserver son nom de jeune fille à l'instar du mari ». Pour les juges constitutionnels, « Le mariage ne devant pas faire perdre son identité à la femme mariée, celle-ci doit pouvoir garder son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari »⁸²¹. Dans sa version définitive, l'article 12, alinéa 1^{er}, du Code béninois énonce que « La femme mariée garde son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari ».

Malgré tout, il demeure une question. Le port du nom de l'époux doit-il se comprendre comme une obligation pour la femme ? La lettre de l'article incline à le penser. Au reste, la terminologie utilisée reste assez conforme à l'esprit du Code civil français de 1804. D'abord, l'expression « nom de jeune fille », qui est « sans intérêt juridique substantiel »⁸²², y figure. Ensuite, le texte paraît imposer à la femme de porter le nom du mari par adjonction au sien⁸²³. L'ambiguïté rédactionnelle suscite la perplexité, d'autant que l'influence de l'ancien droit de la famille français reste importante dans les droits africains qui ont reçu l'ancien Code civil français. Cependant, si on considère les motifs de la décision de la Cour constitutionnelle, notamment lorsqu'elle souligne que le mariage ne doit pas faire perdre son identité à la femme mariée, on peut penser que le problème est surtout d'ordre textuel.

236. - Droit comparé. S'agissant de la France, la loi du 6 fructidor an II (23 août 1794), toujours en vigueur, fixe en son article 4 le principe que le nom attribué à une personne à la naissance ne se perd pas, sinon par suite de changement de filiation ou d'une procédure judiciaire de modification de nom⁸²⁴. Néanmoins, par une interprétation *a contrario* de l'ancien article 299, alinéa 2, et 311, alinéa 1^{er}, du Code civil français⁸²⁵, dont il ressort que la femme divorcée ou séparée de corps reprenait l'usage de son nom, il était possible de conclure qu'elle avait l'usage du nom du mari durant le mariage. Cela explique pourquoi la loi n° 2002-304 du 4

⁸²⁰ Art. 26, al. 1-2, de la Constitution béninoise.

⁸²¹ Bénin, Décision de la Cour constitutionnelle n° 02-144 du 23 déc. 2002.

⁸²² Cf. M. LAMARCHE, Le nom de jeune fille n'existe (juridiquement) pas, LexisNexis, Droit de la famille, n° 4, avr. 2012, alerte 19.

⁸²³ Cf. E. YEDEDJI GNANVO, Le mariage nouveau est-il arrivé ? in « La personne, la famille et le droit en République du Bénin : Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille », *op. cit.*, p. 78.

⁸²⁴ Le document mentionne qu'il « est expressément défendu à tous fonctionnaires publics de désigner les citoyens dans les actes autrement que par le nom de famille, les prénoms portés en l'acte de naissance... ».

⁸²⁵ Loi du 6 fév. 1896.

mars 2002 relative au nom de famille (qui a notamment substitué à l'appellation de « nom patronymique » celle de « nom de famille ») est venue rappeler que chaque époux conserve son nom de famille. Les termes de l'article 4 de la loi du 6 fructidor an II ne souffrent pas d'équivoque⁸²⁶, et pourtant en pratique, l'opinion dominante tend à effacer le nom de la femme mariée pour celui du mari⁸²⁷. Selon une ancienne décision du juge français, « Les femmes en entrant par le mariage dans une famille étrangère cessent de porter le nom de leur père »⁸²⁸.

En outre, il était observé que les administrations françaises ne désignaient presque jamais spontanément la femme mariée par son nom de famille, voire refusaient de le faire⁸²⁹. Le gouvernement a dû intervenir plusieurs fois, par voie réglementaire, pour rappeler les règles qui gouvernent le nom. Dans ce cadre, une circulaire du 26 juin 1986 précise que le mariage n'entraîne pas un changement du nom des époux⁸³⁰, en sorte que l'époux qui entend user du nom de son conjoint doit en faire la demande expresse. Plus récemment, une autre circulaire datée du 21 février 2012 attire l'attention des services publics sur la persistance, dans leurs correspondances ou formulaires, de références « sans justification ni nécessité » à la situation matrimoniale de la femme ; elle recommande que « L'emploi de la civilité "Madame" [soit] privilégié comme l'équivalent de "Monsieur" pour les hommes, qui ne préjuge pas du statut marital de ces derniers »⁸³¹. Pour autant, les administrations tardent à se conformer aux instructions gouvernementales. Virginie Larribau-Terneyre fait, à ce propos, cette observation : « quelle femme mariée soucieuse de conserver son nom de naissance et de n'être pas seulement « épouse X » ne s'est trouvée un jour confrontée à la mauvaise volonté, à l'incompréhension ou à l'ironie légère d'une entreprise ou d'une Administration, voire même à une impossibilité

⁸²⁶ Frédéric DOUET souligne qu'« une loi ne peut tomber en désuétude par suite d'une tolérance plus ou moins prolongée » (v. F. DOUET, Désignation du contribuable dans les actes par le nom de famille porté en l'acte de naissance, Recueil Dalloz, 2004, p. 2252).

⁸²⁷ H. MAZEAUD, L. et J. et CHABAS F., Leçons de droit civil, Les régimes matrimoniaux, *op. cit.*, n° 358.

⁸²⁸ France, Civ., 16 mars 1841 : DP 1841, I, 210.

⁸²⁹ V. LARRIBAU-TERNEYRE, La force de la coutume contre la loi : nom d'épouse contre nom de naissance ! Droit de la famille n° 11, nov. 2008, repère 10 ;

⁸³⁰ France, Circ., 26 juin 1986 Circulaire du 26 juin 1986 relative à la mise en œuvre de l'art. 43 de la loi 85-1372 du 23 déc. 1985 (relative à l'égalité des époux), sur l'« usage du nom du parent qui n'est pas transmis » (JO du 3 Juil. 1986). Sur l'impact de cet acte, lire M. BRUGGEMAN, Clarification des règles relatives au nom des femmes mariées (Rép. min. n° 00989 : JO Sénat Q, 24 avr. 2008, p. 836), Droit de la famille n° 6, juin 2008, alerte 50.

⁸³¹ Circulaire n° 5575/SG du 21 fév. 2012 relative à la suppression des termes « Mademoiselle », « nom de jeune fille », « nom patronymique », « nom d'épouse » et « nom d'époux » des formulaires et correspondances des administrations. V. J. DALEAU, *Suppression des mademoiselles et autres noms de jeunes filles*, Dalloz actualité, 27 fév. 2012, dont il ressort qu'« Il reste désormais au secteur privé d'emboîter le pas de l'administratif et de supprimer, notamment sur les formulaires commerciaux, les mentions visées par la circulaire ».

technique, lorsque les logiciels de saisie ne prévoient pas cette possibilité ? ». L'auteur note ensuite l'évidence que la coutume, selon laquelle la femme mariée porte le nom de son mari, imprimée dans les consciences et les documents administratifs, tarde à quitter les habitudes⁸³².

237. - Règle « littéralement » inégalitaire. Il s'est révélé nécessaire, en droit français d'affirmer l'autonomie du nom de la femme mariée parce que, pendant longtemps, les époux n'étaient pas égaux devant l'usage du nom du conjoint⁸³³. Au regard de l'asymétrie juridique dans les droits africains, il conviendrait d'emprunter la même voie dans les droits où le problème se pose. Pour l'heure, la règle reste plutôt inégalitaire dans l'espace géographique africain. Même en Europe, l'homme ne peut, au plus, qu'adjoindre le nom de l'épouse ou le nom dont elle fait usage à son nom. Élisabeth Yededji-Gnanvo souligne que le « nom est (avant tout) la clé de l'individualisation »⁸³⁴. La protection de l'individualité de chacun des conjoints, et particulièrement de la femme mariée, ne peut s'affirmer qu'avec le recul de l'entendement selon lequel l'épouse adopte le nom ou le nom d'usage du mari à partir de son union, par substitution ou bien par adjonction. À cette fin, les dispositions légales ne devraient pas laisser place au doute.

2) Une clarification législative nécessaire

238. - Importance de l'affirmation de l'autonomie face au nom conjugal. Il est nécessaire en droit béninois de revoir l'article 12, alinéa 1^{er}, du Code béninois des personnes et de la famille

⁸³² Lire V. LARRIBAU-TERNEYRE, La force de la coutume contre la loi : nom d'épouse contre nom de naissance ! *op. cit.* L'auteur mentionne que le problème a fait l'objet d'une question parlementaire adressée à la ministre de la Justice française le 19 fév. 2008, qui relevait « cette difficulté de conserver son nom à l'occasion des actes les plus banals de la vie courante, alors qu'il ne s'agit pas d'une simple possibilité, comme beaucoup le croient encore mais d'un droit ». L'ampleur du problème a poussé un groupe parlementaire à proposer un amendement à l'Assemblée nationale le 16 janv. 2014 en vue de « rappeler aux administrations l'état du droit et surtout de les contraindre à inverser leurs pratiques », qui n'a point été adopté cependant (v. Assemblée nationale, Egalité entre les hommes et les femmes – n°1663, Amendement n° 242, consulté le 29 mars 2016 sur <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/1663/AN/242.pdf>); lire aussi F. LAROCHE-GISSEROT, Nom de la femme mariée : le désordre s'installe, *op. cit.*, n° 2 sq.

⁸³³ Cf. art. 225-1 du Code civil français. V. J. BOUTON, Le nom des conjoints : un domaine à régler ? *AJ Fam.*, Dalloz, 2009, 192. Désormais, l'article 225-1 nouveau du Code civil français, issu de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 pose que chaque époux peut faire usage du nom de son conjoint par substitution ou adjonction dans l'ordre qu'il choisit. Appelée à se prononcer à l'occasion d'une affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que les époux pouvaient à l'identique joindre ou substituer à leur nom de famille le nom de famille ou d'usage de leur conjoint (cf. arrêt Burghartz : Cour EDH, 22 févr. 1994, Burghartz c/ Suisse, n° 16213/90, série A, n° 280-B, D. 1995. 5, note J.-P. MARGUENAUD ; v. aussi Cour EDH sect. IV, 16 nov. 2004, U. c/ Turquie, n° 29865/96 : RTD civ. 2005. 343, obs. J.-P. MARGUENAUD, où la Cour a condamné l'obligation pour une femme mariée d'utiliser le nom du mari et non son nom de jeune fille dans les documents officiels, alors qu'elle était connue sous ce dernier nom dans son activité d'avocate).

⁸³⁴ E. YEDEDJI-GNANVO, Un exemple de droit écartelé entre tradition et modernité : le nom de la femme mariée au Bénin, *op. cit.*, p. 35.

relative au port du nom du mari par la femme, pour mettre fin au manque de clarté qui réside dans le texte. De fait, sa rédaction peut amener à croire que la femme est juridiquement tenue de porter le nom de l'époux par adjonction, alors que la lecture des alinéas 2 et 3 du même article ne permet pas de soutenir que le législateur a entendu en faire une obligation. En effet, ces dispositions reconnaissent la possibilité d'adjoindre à son nom le nom marital, respectivement à la veuve jusqu'à son remariage et à la femme divorcée avec le consentement de son ex-mari ou sur autorisation judiciaire⁸³⁵. Il apparaît ainsi que l'usage du nom du mari est pensé comme un droit et non un devoir. Par conséquent, pour rompre distinctement avec le droit antérieur, en vertu duquel le port du nom du mari paraissait s'imposer sans être toujours voulu par la femme, il y a lieu de libeller la disposition d'une façon univoque.

239. - Instabilité du nom marital. Pour le reste, l'adjonction obligatoire du nom marital n'apparaît pas, de nos jours, comme une option équitable, car la femme est souvent appelée à travailler dans l'espace public où elle a besoin de se faire connaître sous un nom intangible. Or, l'identification par le nom marital, même résultant du choix de la femme, n'est pas une situation acquise une fois pour toutes. Elle est fonction de l'état de la relation conjugale. Donc, si la femme est connue sous le nom du mari, dans l'éventualité d'un divorce, elle subit inévitablement un préjudice si, pour une raison ou une autre⁸³⁶, elle devait cesser de porter le nom marital sous lequel elle s'est faite connaître dans sa profession⁸³⁷. La question est d'ailleurs à l'origine de nombreux litiges entre conjoints divorçant. Pour cela, le législateur béninois, comme son homologue burkinabè, a prévu que le juge peut intervenir lorsqu'il n'y a pas d'accord entre les époux sur la poursuite du port du nom marital après séparation du couple⁸³⁸. Cette possibilité n'existe pas en droit malien.

240. - Reformulation souhaitable. Bien de difficultés n'existeraient pas si le nom de la femme ne changeait pas avec le mariage. Les nouveaux modes de vie militent en faveur d'un abandon de la coutume du port du nom marital, à moins que les législateurs qui en fixent le principe ne se

⁸³⁵ L'alinéa 3 est à rapprocher de l'article 261 alinéa 3 : « La femme qui avait l'usage du nom de son mari le perd par le divorce. Toutefois, elle pourra en conserver l'usage avec l'accord de son mari ou sur autorisation du juge ».

⁸³⁶ Soit qu'elle fait le choix de ne plus le porter soit que l'usage du nom lui est refusé par l'ex-mari ou le juge dans les cas où la loi prévoit sa saisine.

⁸³⁷ En cas de veuvage, l'article 12, alinéa 2, du Code béninois des personnes et de la famille conserve à la femme la faculté d'employer le nom du mari, mais cela ne s'étend pas au remariage. Pourtant, elle pourrait avoir intérêt à garder ce nom.

⁸³⁸ Cf. art. 12, al. 3, du Code béninois des personnes et de la famille et art. 43, al. 2, du même Code burkinabè.

résolvent à en élargir la faculté à l'homme⁸³⁹. En toute hypothèse, il s'agit dans un premier temps de prévenir les complications liées à la cessation du port du nom marital après la dissolution du mariage et, dans un second temps, d'égaliser les droits des époux par rapport aux effets du mariage sur le nom. De ce point de vue, il serait indiqué de remplacer dans la loi béninoise la formule "ajout du nom marital" par une autre moins ambiguë. Déjà, le terme « adjonction » du nom marital, plutôt que « substitution » qui était voulu par le projet de loi, permet d'éviter que le nom de famille de l'épouse ne soit "oublié". En outre, il est noté que le Code des personnes et de la famille béninois n'impose pas un ordre d'affichage des noms de la femme mariée et de son époux. Donc, théoriquement, la femme peut les faire mentionner dans l'ordre qui lui convient.

Le port du nom marital est également prévu dans les droits burkinabè et malien, avec des différences de part et d'autre.

B. L'usage du nom marital dans les droits burkinabè et malien

241. - Liberté d'usage. L'usage du nom du mari est inscrit comme une faculté laissée à la discrétion de la femme aussi bien dans le Code des personnes et de la famille du Burkina Faso que dans celui du Mali. Cependant, l'état des pratiques semble le donner pour obligatoire (1), alors que certaines circonstances, indépendantes de la volonté de la femme, peuvent y mettre fin (2).

1) Usage du nom marital

242. - « Droit » reconnu à la femme. L'article 41 du Code burkinabè dispose que « La femme mariée conserve son nom. Toutefois, il n'est pas dérogé à l'usage en vertu duquel elle porte, dans la vie courante, le nom de son mari ». De même, selon l'article 35 du même Code malien, « La femme mariée conserve son nom. En outre, elle acquiert par le mariage et le temps qu'elle reste veuve le droit d'user du nom de son mari ». Le libellé de ces dispositions fait envisager le port du nom du mari par l'épouse comme un « droit ». Cette interprétation est aussi suggérée par l'article 43, alinéa 1^{er}, du Code burkinabè des personnes et de la famille dont il ressort que « Par le divorce, la femme perd l'usage du nom de son mari », étant compris qu'on ne peut perdre que ce qui est conçu comme un droit. Pour autant, le manque de réciprocité est embarrassant. Si

⁸³⁹ Même si le cadre légal venait à être institué, il est peu probable que l'usage du nom du conjoint se répande pour ce qui concerne le mari, comme il est constaté dans les États qui en ont fait l'expérience, comme la France (cf. D. WEISS, Les noms d'une Femme, *op. cit.*, p. 13).

l'usage du nom du conjoint se conçoit bien comme un privilège, il n'est pas compréhensible qu'il ne soit pas également permis à l'homme marié d'utiliser le nom de famille de l'épouse dans les actes de la vie courante ou dans son activité professionnelle. L'unité du ménage, à travers l'unité du nom, ne pourrait que s'en trouver renforcée.

243. - Obligation coutumière. Le poids des usages a pu pousser les codificateurs africains à prévoir le port du nom du conjoint pour la femme seulement. Toutefois, il n'est plus vraiment possible, aujourd'hui, de se soustraire au courant de l'indifférenciation des droits et devoirs dans le couple⁸⁴⁰. En réalité, pour la plus récente des réformes du droit de la famille, celle du Mali⁸⁴¹, il était attendu une adaptation égalitaire des conséquences du mariage sur le nom des conjoints. Peut-être que ce changement n'aurait pas provoqué autant de résistances que d'autres aspects de la réforme du droit de la famille, puisqu'il ne s'agissait, après tout, que de revenir aux sources africaines⁸⁴². Toujours est-il que cette modification n'a même pas été proposée en première lecture au moment de l'adoption du Code malien des personnes et de la famille.

Au demeurant, les lois burkinabè et malienne n'obligent pas la femme à faire usage du nom de son mari. Cependant, par l'effet de l'acculturation de la société africaine contemporaine, le choix de ne pas porter le nom de l'époux apparaît désormais comme un signe d'"insoumission" au mari⁸⁴³. En définitive, la femme mariée peut difficilement ne pas faire usage du nom de l'époux et conserver son nom de famille, encore appelé « nom patronymique » dans les droits africains⁸⁴⁴. Le problème se pose aussi bien dans l'environnement social de la femme que vis-à-vis des services administratifs. À l'image des administrations françaises par le passé⁸⁴⁵, les administrations africaines désignent quasi automatiquement la femme mariée par son nom d'épouse. D'ailleurs, cette question ne semble pas même préoccuper dans les sociétés

⁸⁴⁰ Cf. C. TADJON, Cameroun : Émancipation – Madame refuse d'épouser mon nom, 28 nov. 2005, consulté le 23 juil. 2017 sur <http://fr.allafrica.com/stories/200511291387.html>.

⁸⁴¹ Elle date du 2 déc. 2011. Elle est donc postérieure aux lois françaises n° 85-1373 du 23 déc. 1985 autorisant l'usage des noms paternel et maternel et n° 2002-304 du 4 mars 2002 supprimant le « nom patronymique » au profit du « nom de famille ». D'ailleurs, il faut aussi remarquer que le Code burkinabè, adopté entre ces deux réformes fondamentales, et le Code béninois, après les deux, auraient pu prendre les devants sur la question.

⁸⁴² Cette coutume n'est pas typique de l'Afrique (v. *supra*, n° 233).

⁸⁴³ Il a été jugé, en France, que le fait de ne pas porter le nom marital ne constituait pas un manquement aux obligations du mariage (Bordeaux, 13 oct. 2004, Dr. fam. 2005, n° 1, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE).

⁸⁴⁴ V. *infra*, n° 248 sq.

⁸⁴⁵ Souvent, au moment de remplir un formulaire, la femme est appelée à indiquer son statut matrimonial et à préciser son nom d'épouse éventuellement ; celui-ci est ensuite privilégié pour l'identifier (lire I. CORPART, Le nom d'usage des époux dans tous ses états, *op. cit.*, n° 19).

africaines, étant donné que les femmes qui pourraient avoir intérêt à conserver leur nom ne sont pas nombreuses.

244. - Mise en œuvre du port du nom marital. Les lois burkinabè et malienne ne sont pas explicites sur la mise en œuvre pratique du port du nom marital. De ce fait, les individus se laissent guider par les usages. Il est des cas où la femme fait figurer le nom marital avant le sien et d'autres où il vient à la suite. Dans toutes les hypothèses, le nom d'usage ne peut pas être mentionné sur les actes d'état civil, le livret de famille ou les actes publics, parce que ceux-ci fixent un moyen d'identification unique durant toute la vie de la personne. Au contraire, le nom d'usage peut figurer sur les documents d'identité ou sur des documents administratifs, à la condition d'être clairement distingué du nom de famille⁸⁴⁶.

Le port du nom marital indique la situation matrimoniale actuelle de la femme, un état qui peut fluctuer.

2) Limites dans l'usage du nom marital

245. - Contingences. Le port du nom de son époux par la femme est une faculté modulée en fonction des variations dans la situation matrimoniale de la femme⁸⁴⁷. Pour être exact, l'usage du nom marital que la femme acquiert par le fait du mariage ne joue pleinement que si la femme en fait un usage raisonnable, et il peut être circonscrit dans le temps. Tout abus peut en entraîner la déchéance⁸⁴⁸. Aussi, il faut rappeler que le droit de la femme d'utiliser le nom de famille du mari ne peut s'exercer que tant que ce dernier a le droit légitime de porter ce nom. Ainsi, la femme ne peut pas user d'un nom dont le mari a été déchu. De même, la reconnaissance à la femme de l'usage du nom marital est ajustée à la durée du mariage, mais, en général, il est conservé en cas de veuvage. C'est ce qui ressort des articles 41 du Code burkinabè et 35, alinéas 2 et 5, du Code malien. De même, la femme séparée de corps garde le nom marital dont elle faisait usage, ce qui est au demeurant logique, puisque le lien matrimonial existe

⁸⁴⁶ Comme une carte nationale d'identité, un passeport, un titre de voyage, une carte vitale, un permis de conduire, une carte de séjour, une carte électorale, etc., ou bien une inscription universitaire, un concours, une opération immobilière, une donation, des élections, une action judiciaire, etc. (cf. I. CORPART, Le nom d'usage des époux dans tous ses états, *op. cit.*, n°22).

⁸⁴⁷ V. J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, *op. cit.*, n°236, p. 448.

⁸⁴⁸ V. France, T. civ. Seine, 15 déc. 1897 : DP 1898, II, p. 497, où l'épouse comédienne s'est vue interdire d'utiliser le nom marital ; TGI Bordeaux, 25 févr. 1986 : D. 1986, p. 305, note E. Agostini, où l'abus manifeste n'était pas caractérisé.

toujours⁸⁴⁹. Enfin, la femme ne peut transmettre le nom qu'elle tient de son mari. Il est seulement admis que, par le mariage, son statut juridique subit un changement, en vertu duquel elle peut utiliser le nom marital par adjonction ou par substitution, mais son état civil reste inchangé. Est seulement concernée l'utilisation du nom, mais pas son acquisition, même si l'usage s'est établi sur une longue période⁸⁵⁰.

246. - Accord du mari. En principe, l'emploi du nom marital par la femme cesse avec le divorce, sauf autorisation du mari. Si ce dernier s'y oppose, en droit burkinabè, la femme peut former une requête devant le juge en vue d'être autorisée à continuer de porter le nom du mari⁸⁵¹. En revanche, en droit malien, la conservation du nom marital après le divorce est subordonnée au seul accord du mari⁸⁵². Pourtant, le contentieux français autour de cette question montre que l'homme ne permet pas souvent à la femme de conserver son nom⁸⁵³, ce qui justifie l'intervention d'un tiers neutre, en la qualité du juge. Devant cette disposition de la loi malienne, la prudence voudrait que la femme ne commence pas à porter le nom de l'époux, dans la mesure du possible, afin que les changements éventuels dans son nom ne révèlent pas les bouleversements dans son état matrimonial.

Somme toute, il est possible de voir que les Codes des États de l'Afrique subsaharienne n'ont pas réalisé de grands changements, par rapport aux droits antérieurs, dans les effets du mariage sur le nom des conjoints. Dans la présentation actuelle, la femme mariée reste face à l'usage du nom du conjoint, malgré la reconnaissance légale de ce qu'elle ne perd pas son nom. Ainsi, elle prend le nom marital dès que l'union est scellée, de son gré ou par l'effet d'un automatisme dans les administrations autant que dans la société. Et encore, les droits africains n'élargissent pas l'usage au mari. Pour une véritable émancipation juridique de la femme, l'autonomie du nom doit être inscrite sans compromis dans les lois, afin de permettre qu'elle se traduise dans les habitudes sociales. De plus, le régime juridique du nom se reflète sur la capacité à

⁸⁴⁹ Cf. art. 42 du Code burkinabè et 35 alinéa 4 du Code malien. Toutefois, en France, la loi prévoit que « le jugement de séparation ou un jugement postérieur peut, compte tenu des intérêts respectifs des époux, le leur interdire » (cf. art. 300 du Code civil français).

⁸⁵⁰ Ainsi en a décidé la Cour d'appel de Paris dans une espèce où l'acquéreur d'un fonds de commerce revendiquait le patronyme du mari de la venderesse, laquelle avait exploité le commerce pendant de nombreuses années sous ce nom (France, CA, Paris, 4^e ch. A, 22 sept. 1993, (lire à ce propos : La femme n'a qu'un droit d'usage sur le nom de son mari et ne peut transmettre aucun droit sur celui-ci, Recueil Dalloz, 1993, p.227)).

⁸⁵¹ Art. 43 du CPF du Burkina Faso.

⁸⁵² Art. 35 alinéa 3 et 367 du CPF du Mali.

⁸⁵³ F. LAROCHE-GISSEROT, Nom-Prénom, Répertoire de droit civil, Dalloz, avr. 2014 (actualisation août 2017), n°69 sq.

transmettre le nom à l'enfant, qui demeure l'un des éléments de différence dans les droits des époux à l'égard de leurs enfants.

Section 2 : Inégalité de l'homme et de la femme mariés dans les rapports avec leurs enfants

247. - Discrimination entre les sexes dans les droits parentaux. Les Codes de la famille du Bénin, du Burkina Faso et du Mali, restent marqués par la prééminence du principe de masculinité dans la définition des droits parentaux. De fait, il existe toujours une grande différence entre l'homme et la femme mariés, notamment dans leur pouvoir à transmettre le nom à un enfant. La transmission en ligne paternelle demeure la règle, tandis que la transmission en ligne maternelle se dessine seulement. Ainsi, les enfants ne peuvent prendre le nom de famille de la mère que faute de pouvoir prétendre à celui du père. Par ailleurs, en droit malien, l'autorité « paternelle » reste en vigueur à travers l'institution de l'homme comme figure parentale principale.

La discrimination dans les droits parentaux porte sur les manifestations de la priorité du père d'abord dans la dévolution du nom (§ 1), et ensuite, sur les rapports d'ordre général avec l'enfant mineur (§ 2).

§ 1 : Le privilège de masculinité dans la détermination du nom de l'enfant

§ 2 : Le privilège de masculinité dans les rapports entre les parents et l'enfant

§ 1 : Le privilège de masculinité dans la détermination du nom de l'enfant

248. - Caractère résiduel de la transmission du nom de la mère. Le maintien du terme « patronymique », dont l'étymologie renvoie au mot « père »⁸⁵⁴, est emblématique de la régulation du nom dans les systèmes de droit du Bénin et du Burkina Faso⁸⁵⁵. Le Mali n'est pas mentionné avec les autres États parce que le Code malien des personnes et de la famille n'emploie pas une seule fois ce terme polémique, préférant l'expression "nom du père", même

⁸⁵⁴ Suivant le *Dictionnaire Larousse*, le mot « patronymique » vient de « bas latin *patronymicus*, du grec *patrônumikos*, de *patêr*, -*tros*, père, et *onoma*, nom » (consulté le 23 juil. 2017 sur <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/patronymique/58724?q=patronymique#58367>).

⁸⁵⁵ Notamment, les art. 5 et 1019, al. 1^{er}, du Code béninois et art. 31, 78 et 1053 du Code burkinabé.

si l'idée reste la même⁸⁵⁶. Pour marquer que le nom est un prolongement de la puissance maritale autant que de la puissance paternelle de l'époux, le doyen Carbonnier désigne le nom de la femme mariée comme étant « le nom du mari de sa mère... »⁸⁵⁷. Cette réflexion met en lumière que, du moment où le nom de l'enfant est donné par référence au père, le fait d'accorder à la femme de conserver son nom de naissance ne résout qu'en partie le problème de l'autonomie du nom, puisqu'elle-même tient son nom de son père⁸⁵⁸.

Dans les passages qui suivent, seront exposés les mécanismes de transmission du nom de famille dans les États du Bénin, du Burkina Faso et du Mali (A), puis cette situation sera comparée avec celle de l'Europe, en particulier celle de la France (B).

A. Dévolution du nom « patronymique » à l'enfant

B. Principe d'égalité dans la dévolution du nom de l'enfant en droit comparé : cas du droit français

A. Dévolution du nom « patronymique » à l'enfant

249. - Inégalité historique entre les père et mère devant le nom de l'enfant. Que l'on regarde à la coutume africaine⁸⁵⁹, ou au droit colonial transmis aux États africains, le nom de l'enfant a toujours été déterminé par rapport au père. Encore aujourd'hui, il reste principalement fonction du père (1), la référence à la mère n'intervenant que de façon accessoire (2).

1) Le principe de dévolution du nom paternel

250. - Détermination du nom de l'enfant né dans le mariage. Dans les droits africains, en général, l'attribution du nom de l'enfant se fait à partir du lien de filiation paternel⁸⁶⁰. Concernant le nom de l'enfant dont les parents sont unis par les liens du mariage, le Code des personnes et de la famille du Bénin dispose que « L'enfant légitime⁸⁶¹ porte le nom de famille de

⁸⁵⁶ V. par exemple les articles 31, 32 et 496 du Code malien.

⁸⁵⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, op. cit., n° 554, p. 1237.

⁸⁵⁸ La France aussi a, pendant longtemps, utilisé l'expression de « nom patronymique », puis elle a opéré de profonds changements à partir de 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. Cette loi a remodelé l'ensemble des règles relatives au nom.

⁸⁵⁹ Cf. Entretien PER 8, réalisé le 16 mai 2017, avec un chef coutumier qui signale que, du point de vue de la coutume, l'enfant porte le nom du mari de la mère (v. *supra*, note ss n° 233).

⁸⁶⁰ R. A. C. MADJA, *L'effectivité des droits civils dans les ordres juridiques africains (exemple en droits béninois et sénégalais de la famille)*, op. cit., n° 592.

⁸⁶¹ La catégorisation des enfants en " enfants légitimes" et " enfants non légitimes" est source de stigmatisation (v. *supra*, note ss n° 124).

son père »⁸⁶². Dans le Code burkinabè des personnes et de la famille, il ressort que « L'enfant né dans le mariage porte le nom de son père »⁸⁶³. Enfin, dans le Code malien des personnes et de la famille, il figure une disposition identique à celle du Code burkinabè⁸⁶⁴.

251. - Détermination du nom de l'enfant hors mariage. Lorsque la filiation de l'enfant n'est pas rattachée au mariage, son nom est également déterminé par rapport au père chaque fois qu'il est connu⁸⁶⁵, tantôt parce que la reconnaissance du père s'est faite en même temps que celle de la mère, tantôt parce qu'elle est intervenue par la suite. En effet, les trois Codes des personnes et de la famille s'accordent pour retenir que si la filiation d'un enfant est établie simultanément à l'égard de son père et de sa mère, il reçoit le nom de son père⁸⁶⁶. Dans le cas de la reconnaissance ultérieure par le père, la discrimination envers la femme est plus prononcée, car le nom de la mère que l'enfant avait commencé à porter est automatiquement remplacé par celui du père qui vient de le reconnaître, sauf exception⁸⁶⁷.

252. - Détermination du nom de l'enfant dans la filiation adoptive. Dans le principe, l'adoption plénière est celle qui donne lieu à changement de nom⁸⁶⁸, à la différence de l'adoption simple, à moins d'une dérogation⁸⁶⁹. Lorsque l'adoption est le fait d'un couple, l'enfant porte le nom du mari⁸⁷⁰. Le Code burkinabè des personnes et de la famille ajoute, à cet égard, que « Si l'adoptant est une femme mariée, le tribunal peut, dans le jugement d'adoption, décider avec le consentement du mari de l'adoptante, que le nom de ce dernier sera conféré à l'adopté. Si le mari est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le tribunal apprécie souverainement après avoir consulté les héritiers du mari ou ses successibles les plus proches ». Il semble donc que, même lorsque la femme est à l'origine de l'adoption, la règle de la prééminence masculine reste applicable dans le cas où elle est mariée ou encore lorsqu'elle est veuve.

⁸⁶² Cf. art. 6, al. 1^{er}, du CPF béninois.

⁸⁶³ Cf. art. 36 du CPF burkinabè.

⁸⁶⁴ Cf. art. 31 du CPF malien.

⁸⁶⁵ Pour Filiga Michel SAWADOGO, il s'agit d'une "inégalité mineure" (F. M. SAWADOGO, Le nouveau Code burkinabè de la famille : principes essentiels et perspectives d'application, *op. cit.*, p. 395).

⁸⁶⁶ Cf. art. 6, al. 3, du Code béninois, art. 37, al. 1, du Code burkinabé et art. 32, al. 2, du Code malien.

⁸⁶⁷ V. *infra*, n° 255.

⁸⁶⁸ V. art. 6, al. 6, du Code béninois des personnes et de la famille, art. 494 du même Code burkinabé et art. 34 du Code malien. La lettre de l'article 6, al. 6, du Code béninois paraît ouvrir le changement de nom pour les deux types d'adoption car il indique simplement que : « L'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté ».

⁸⁶⁹ Cf. art. 494 *in fine* du Code burkinabé des personnes et de la famille.

⁸⁷⁰ Cf. art. 6, al. 7, du CPF béninois, art. 486, al. 1^{er}, du CPF burkinabé et art. 34, al. 1^{er}, du CPF malien.

2) Les hypothèses exceptionnelles de dévolution du nom maternel

253. - Attribution du nom de la mère par défaut. Il apparaît à l'analyse que les cas dans lesquels la mère transmet son nom à l'enfant sont des cas où l'enfant n'est pas en situation de porter le nom du père. Dans le cas contraire, le nom de ce dernier l'emporte.

254. - Désaveu de l'enfant par le mari de la mère. Dans le mariage, lorsque l'enfant est désavoué par le père présumé, il prend le nom de sa mère⁸⁷¹. De ce fait, dans la filiation rattachée au mariage, l'enfant porte toujours le nom de père tant qu'il n'a pas été désavoué par ce dernier. Le cas échéant, il perd le nom qu'il avait acquis ou qu'il devait acquérir par application de la présomption de paternité et prend alors celui de sa mère. En somme, il faut une irrégularité dans l'établissement de la filiation de l'enfant pour qu'il puisse porter le nom de la mère⁸⁷².

255. - Défaut de reconnaissance par le père. Concernant l'enfant né hors mariage, la règle qui figure dans les différents Codes des personnes et de la famille stipule qu'il porte le nom du parent qui l'a reconnu⁸⁷³ ou de sa mère⁸⁷⁴. Plus précisément, il porte le nom de sa mère uniquement s'il n'a pas été reconnu par son père alors qu'il était simplement conçu⁸⁷⁵ ou à l'occasion de sa déclaration de naissance⁸⁷⁶. En toute hypothèse, s'il fait l'objet d'une reconnaissance ultérieure par son père⁸⁷⁷, l'attribution préférentielle du nom du père ressurgit. Il prend alors le nom du père⁸⁷⁸.

256. - Conservation du nom de la mère. Les mesures de fixation du nom de l'enfant né hors mariage au Bénin et au Mali prêtent à critique. En effet, elles ne permettent pas à l'enfant de

⁸⁷¹ Cf. art. 6, al. 5, du CPF béninois, art. 37 du CPF burkinabè et art. 31 al. 1^{er} du CPF malien.

⁸⁷² Dans un autre esprit, v. loi française 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 (v. *supra*, note ss n° 248).

⁸⁷³ Cf. art. 6, al. 2, du CPF béninois et art. 38 du CPF burkinabé. En général, la filiation maternelle n'est pas problématique parce qu'elle résulte de l'accouchement (v. par exemple art. 320 du Code béninois), et, selon une jurisprudence française, la preuve suffisante en est fournie par l'indication du nom de la mère sur l'acte de naissance (France, Civ. 1^{re}, 15 déc. 2010, Bull. civ. I, n° 264 ; AJ Fam. 2011. 107, obs. I. ARDEEFF ; RTD civ. 2011. 114, obs. J. HAUSER).

⁸⁷⁴ Cf. art. 32, al. 1, du Code malien des personnes et de la famille.

⁸⁷⁵ Pour la reconnaissance avant la naissance, v. les art. 428 du CPF burkinabé, art. 65 al. 3 du CPF béninois et art. 163 al. 1 du CPF malien.

⁸⁷⁶ Celle-ci doit impérativement se faire dans les deux mois suivant la naissance au Burkina Faso (art. 106), de trois mois au Bénin (art. 60) et dans les trente jours au Mali (art. 158).

⁸⁷⁷ Le Code burkinabé des personnes et de la famille enferme la reconnaissance devant l'officier de l'état civil dans un délai, soit deux ans à dater du jour où le père a connu la naissance (art. 429 al. 1). Passé ce temps, la reconnaissance ne peut plus être faite que par voie judiciaire (art. 429 al. 2).

⁸⁷⁸ Cf. art. 6 al. 4 du CPF béninois, art. 37, al. 1^{er}, du même Code burkinabé et 32 al. 2 du Code malien.

conserver le nom de la mère qui lui a été donné avant la reconnaissance par le père. Le doyen Carbonnier estimait judicieux que l'enfant conserve le nom de sa mère acquis en premier, même si, ensuite, son père vient à le reconnaître. De son avis, « L'ordre chronologique se recommande de l'intérêt de l'enfant, à qui il ne serait pas bon d'imposer, en cours d'existence, un changement d'identité »⁸⁷⁹. Sur cette base, en cas de mariage ultérieur des parents, le nom reçu premièrement par l'enfant devrait l'emporter sur tout autre.

Le Code des personnes et de la famille du Burkina Faso est seul à prévenir quelque peu le changement brusque d'identité de l'enfant. De fait, il prévoit que « lorsque la filiation de l'enfant né hors mariage n'est établie qu'en second lieu à l'égard du père, l'enfant pourra conserver le nom de sa mère si ses deux parents en font déclaration conjointe devant le président du tribunal civil. Si l'enfant a plus de quinze ans, son consentement personnel est nécessaire »⁸⁸⁰. Pour autant, il faut regretter que la substitution du nom de la mère par celui du père sur l'état civil de l'enfant né hors mariage soit automatique, en cas d'établissement ultérieur de sa filiation paternelle, et qu'elle ne puisse être évitée que par le moyen d'une déclaration conjointe des parents devant le juge, dans l'hypothèse où l'enfant n'est pas encore en âge d'émettre son avis⁸⁸¹.

257. - Mise à l'écart des règles de dévolution du matronyme chez les minorités ethniques.

Dans certains groupes ethniques africains, le nom qui se transmettait à l'enfant était celui de la mère⁸⁸². Toutefois, il faut préciser que, même si ces communautés étaient organisées suivant un système matrilineaire, l'attribution du nom restait une prérogative masculine. Ainsi est-il signalé que « le patronyme se [transmet] par le truchement des femmes mais d'homme à homme, d'oncle utérin à neveu »⁸⁸³.

À l'évidence, les règles générales de transmission du nom à l'enfant ne tiennent pas compte de la vérité biologique ni de la présence des deux branches parentales en cas d'adoption. Étant

⁸⁷⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, op. cit.*, n°223, p. 426.

⁸⁸⁰ Art. 37 al. 2.

⁸⁸¹ La nature judiciaire de la procédure est un facteur défavorable pour la mise en œuvre de cette faculté. S'il est indispensable d'exiger une déclaration conjointe des parents, la compétence pourrait être confiée à l'officier de l'état civil.

⁸⁸² C'était par exemple le cas dans l'ethnie *gourounsi* du Burkina Faso.

⁸⁸³ L. V. THOMAS, *La parenté au Sénégal*, in *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*, Études sous la dir. de Kéba M'BAYE, *op. cit.*, p. 41 ; v. aussi R. KOUPEKO, *Le Code des personnes et de la famille : la légitimation du droit des femmes au Bénin*, in *Rapports sociaux de sexe-genre et droit : repenser le droit* (dir. Louise Langevin), éd. Archives contemporaines – AUF, Paris, 2008, p. 117.

compris que le nom doit être le reflet de l'ascendance de la personne, le nom de la mère devrait être équivalent à celui du père dans les règles de dévolution du nom. Il est vrai que « Le nom patronymique est le dernier bastion de la prépondérance maritale »⁸⁸⁴. Mais, dans l'intérêt de l'enfant, et dans le souci de respecter l'égalité entre les père et mère, il faudrait se départir de la prévalence du principe de masculine par rapport au nom. Normalement, toute personne devrait pouvoir porter le nom de famille⁸⁸⁵ de chacun de ses parents, individuellement ou juxtaposés, ou au minimum porter le nom de la mère en tant que nom d'usage, ainsi que la France l'a organisé dans un premier temps, avant de renforcer l'égalité des père et mère devant le nom.

B. Principe d'égalité dans la dévolution du nom de l'enfant en droit comparé : cas du droit français

258. - Suppression du vocable « patronyme ». Dans le droit français actuel, l'expression "nom patronymique" a été remplacée par celle de "nom de famille" pour désigner le nom de naissance d'une personne. Le changement a été rendu possible grâce à l'effacement du principe de priorité masculine dans la dévolution du nom de l'enfant. La France a fait cette réforme bien après d'autres États européens⁸⁸⁶. Du reste, le processus vers l'émergence du nom de famille a été long. En effet, la législation est passée de la rigidité de l'intransmissibilité du nom « patronymique » de la femme à l'enfant légitime ou à l'enfant naturel reconnu par son père, à une flexibilité qui permet aujourd'hui à un enfant de porter le nom de sa mère seulement, alors même que sa filiation paternelle est établie au moment de son inscription à l'état civil. Ainsi, le nom de l'enfant n'est plus forcément déterminé suivant sa filiation paternelle. Il peut être indifféremment celui de l'un des parents (1) ; ensuite, il est tenu compte de la volonté des parents pour le fixer (2).

1) L'égalité des parents dans la dévolution du nom à l'enfant

259. - Transmission du nom par les deux parents. Désormais, en France, la mère peut transmettre son nom à son enfant, au même titre que le père. Dans un premier temps, la loi

⁸⁸⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, op. cit.*, n°554, p. 1237.

⁸⁸⁵ Pour une neutralité des textes, le terme « patronyme » et ses dérivés devraient être supprimés du langage juridique.

⁸⁸⁶ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille, op. cit.*, n° 866 sq., p. 385 sq. ; aussi F. LAROCHE-GISSEROT, *Nom de la femme mariée : le désordre s'installe, op. cit.*, n°9.

n°85-1372 du 23 décembre 1985⁸⁸⁷ disposait en son article 43 que « Toute personne majeure peut ajouter à son nom, à titre d'usage, le nom de celui de ses parents qui ne lui a pas transmis le sien. À l'égard des enfants mineurs, cette faculté est mise en œuvre par les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ». En vertu de ce texte, il était devenu possible à tout français de joindre au nom figurant sur son état civil un « nom parental complémentaire », suivant l'expression de Gérard Cornu⁸⁸⁸. On peut remarquer que la disposition s'appliquait théoriquement à la fois aux père et mère, mais, dans la réalité, c'est à la femme qu'elle ouvrait de nouvelles perspectives, étant donné que la transmission du nom en ligne paternelle était valable depuis longtemps. En pratique, le nom adjoint à titre de nom d'usage se révèle donc être le plus souvent celui de la mère⁸⁸⁹. Le nom complémentaire étant justement acquis à titre d'usage, la personne bénéficiaire n'est admise à s'en servir que dans les actes de la vie courante, mais pas dans les actes officiels. Par conséquent, il n'est pas transmissible.

260. - Choix du nom de famille par les deux parents. Après cette étape, la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille est intervenue pour remanier l'ensemble des règles d'attribution du nom d'origine ayant prévalu jusqu'à son entrée en vigueur⁸⁹⁰. La nouvelle version de l'article 311-21 du Code civil indique ainsi que :

« Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents au plus tard le jour de la déclaration de sa naissance ou par la suite mais simultanément, ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. En l'absence de déclaration conjointe à l'officier de l'état civil mentionnant le choix du nom de l'enfant, celui-ci prend le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre ».

La loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 prévoit aussi qu'au cas où les parents ou l'un d'entre eux porte un double nom de famille, il ne transmet qu'un seul nom à l'enfant, ce qui l'oblige alors à

⁸⁸⁷ Relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs.

⁸⁸⁸ G. CORNU, *Droit civil : Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 568, p. 277.

⁸⁸⁹ Sauf les cas peu fréquents dans lesquels l'enfant, n'ayant pas de filiation paternelle établie, a reçu un nom par sa filiation maternelle. Le même principe de solution pourrait être appliqué en sens inverse.

⁸⁹⁰ Celle-ci, initialement prévue pour le 1^{er} janv. 2003, a dû être repoussée au 1^{er} janv. 2005 parce que la loi contenait des imperfections rendant impossible sa mise en œuvre en l'État (de là, l'adoption de la loi modificative n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille).

choisir. Mais les parents doivent en faire une déclaration écrite conjointe⁸⁹¹. Ceci a permis à la volonté des père et mère d'entrer dans le champ de la détermination du nom de l'enfant.

2) La prise en compte de la volonté parentale dans la dévolution du nom de l'enfant

261. - Manifestation de la volonté dans la détermination du nom de famille. En France, la perméabilité du nom à la volonté des parents est nouvelle et elle est égale pour le père et la mère. Ce bouleversement de l'ordre précédent a inspiré au doyen CORNU la réflexion suivante : « À une dévolution légale se substitue une dévolution volontaire (au moins en première offre). La dévolution du nom de famille est [...] primordialement placée sous l'empire de la volonté des père et mère, plus précisément de leurs volontés accordées, de leur accord, si du moins ils parviennent à s'entendre »⁸⁹². Toutefois, le législateur français entend malgré tout assurer l'unité du nom de famille. À cette fin, il dispose que les parents doivent user de leur faculté de choisir le nom de famille à l'occasion de la reconnaissance prénatale ou de la déclaration de naissance établissant la filiation de leur premier enfant à leur égard⁸⁹³. Donc, le choix fait pour le premier enfant, ou à défaut le nom dévolu par l'effet de la loi, vaut pour les autres enfants communs⁸⁹⁴. Si les parents ne font pas la déclaration conjointe prescrite pour exercer leur droit de choisir, l'ancienne règle de l'attribution du nom du père réapparaît⁸⁹⁵. La persistance de la prééminence paternelle à cet égard invite à relativiser, pour la France, l'égalité de l'homme et de la femme dans le droit à transmettre le nom⁸⁹⁶. De fait, la règle par défaut aurait pu tout simplement être celle de l'accolement des noms des parents de l'enfant en l'absence de déclaration conjointe ou tout au moins de leurs premiers noms en cas de noms doubles.

262. - Restrictions à l'application du nom de famille volontaire. Pour ménager les effets de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 dans le temps, l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, en

⁸⁹¹ La faculté de choix du nom ne peut s'exercer qu'une seule fois (cf. art. 311-24 du Code civil français).

⁸⁹² G. CORNU, *Droit civil : Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 571, p. 279.

⁸⁹³ Afin de prévenir une divergence éventuelle entre le nom de cet enfant et celui d'autres, il est requis des parents une attestation sur l'honneur énonçant que le choix de nom concerne leur premier enfant commun (cf. art. 1 du décret n° 2004-1159 du 29 oct. 2004).

⁸⁹⁴ Ordonnance n° 2005-759 du 4 juil. 2005, modifiée par l'art. 11 de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

⁸⁹⁵ Cf. anc. art. 311-12 Code civil français, issu de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002.

⁸⁹⁶ V. M. DUPUIS, F. LE DOUJET-THOMAS, L'usage et l'acquisition du nom, *Lamy droit des personnes et de la famille*, oct. 2013, Étude 269, 269-31 ; REGINE, *Droit et genre*, janv. 2013 - janv. 2014, *Recueil Dalloz* 2014, p. 954. Il faut donc distinguer deux situations pour la fixation du nom de l'enfant : en cas d'établissement simultané de sa filiation, c'est le principe patronymique qui vaut ; au contraire, en cas d'établissement successif, c'est le principe chronologique qui s'applique (v. M.-L. CICLE-DELFOSSÉ, *La dévolution du nom de famille*, *JurisClasseur Civil Code* > Art. 311-21 à 311-23, 1^{er} sept. 2013, Fascicule unique, n°80).

son article 20-II-4°, modifiant l'article 311-21 du Code civil français, dispose que les enfants d'un couple marié, nés après le 1^{er} janvier 2005 (date d'entrée en vigueur effective⁸⁹⁷) auxquels le nom du père a été transmis à cette date bénéficient d'office de la règle du nom parental volontaire⁸⁹⁸. Cependant, les enfants nés avant le 1^{er} janvier 2005 ne pouvaient bénéficier de la mesure que si l'aîné des enfants communs était âgé de moins de 13 ans à la date du 1^{er} septembre 2003 ou à la date de la déclaration, et à la condition que la rectification de nom se fasse dans le délai de dix-huit mois à partir de la prise d'effet de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002, soit à compter du 1^{er} janvier 2005⁸⁹⁹. Pour les enfants nés de parents non mariés, les mêmes solutions s'appliquent, que leur filiation soit simultanément ou successivement établie⁹⁰⁰. L'enfant de plus de treize ans doit personnellement consentir à la modification de son nom⁹⁰¹. Le nom de l'enfant adopté peut être choisi dans les mêmes conditions⁹⁰².

263. - Désaccord entre les parents dans le choix du nom de famille volontaire. La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe s'est inscrite davantage dans la reconnaissance de l'égalité entre les père et mère, tout autant que de l'égalité entre les filiations, en même temps qu'elle offrait la solution des cas de mésentente des parents dans l'exercice de leur droit commun de choisir le nom du premier enfant. En effet, la loi, dans son article 11, dispose qu'« En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation⁹⁰³, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique ». Dans ce cas, la prédominance masculine dans la détermination du nom fléchit totalement pour faire place à un droit parental indifférencié.

⁸⁹⁷ *Supra*, n° 260.

⁸⁹⁸ L'alinéa 3 de l'article 311-21 ancien, qui déclarait que le nom dévolu au premier enfant valait pour les autres enfants communs, a été remplacé, afin de n'imposer le principe de l'unité du nom que dans les situations où les parents ont déjà fait le choix du nom d'un enfant commun (articles 8-I de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juil. 2005).

⁸⁹⁹ Cette limitation est justifiée par le risque de noms de famille différents si les parents exerçaient leur option pour les enfants communs nés après l'entrée en vigueur de la loi. V. S. FOURNIER – M. FARGÉ, Nom et prénom de l'enfant, Dalloz Action Droit de la famille (Œuvre collective sous la direction de Pierre Murat), 2016, Chapitre 231, n° 231.14.

⁹⁰⁰ France, article 8-II de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juil. 2005.

⁹⁰¹ France, art. 311-23 issu de la loi n° 2009-61 du 16 janv. 2009, art. 1^{er}.

⁹⁰² Cf. art 357 du Code civil français.

⁹⁰³ Le signalement se fait par écrit, selon les modalités fixées par l'article 5 du décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 et la circulaire de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe du 29 mai 2013 (Bulletin officiel du ministère de la Justice n° 2013-05).

264. - Droit en avance sur la pratique. Les réformes opérées poursuivaient l'objectif de mettre le droit civil de la France en conformité avec les engagements qu'elle a souscrits au plan international⁹⁰⁴. Suivant la Résolution (78) 37 du Conseil de l'Europe, elle était obligée de faire « disparaître toute discrimination entre l'homme et la femme dans le régime juridique de dévolution du nom »⁹⁰⁵. Au final, le nom de famille d'un enfant peut être ou le nom de son père ou le nom de sa mère, être un nom simple ou un nom double⁹⁰⁶, ou encore être la combinaison de noms reçus de chacun de ses parents. Néanmoins, dans les faits, les habitudes ne prennent pas aussi vite le chemin tracé par la loi, étant donné que le nom du père continue d'être plus transmis à l'enfant⁹⁰⁷. Potentiellement, chaque français peut indifféremment porter le nom de son père ou de sa mère, voire les accoler. C'est une évolution dans le droit au nom pour la femme, même si certains auteurs signalent une trop grande complexité des nouvelles règles de dévolution du nom⁹⁰⁸. De l'avis de Marie-Laure Cicile-Delfosse, « faute d'une véritable réflexion d'ensemble », « Des tensions existent entre la volonté d'introduire un vent de libéralisme et la persistance d'un fort encadrement législatif. Aussi les nouvelles règles souffrent-elles de nombreuses imperfections propres à susciter des interrogations sur l'avenir qui leur sera réservé »⁹⁰⁹.

À tout considérer, le dynamisme de la loi française montre les efforts qui sont faits pour adapter les textes sur la dévolution du nom de famille à leur temps. Aujourd'hui, l'égalité entre les père et mère est presque parfaite, avec par ailleurs des concessions à leur volonté individuelle dans la fixation du nom de leurs enfants communs. Par la même occasion, les règles discriminatoires entre les différentes filiations ont été supprimées, en sorte que le nom de l'enfant né hors

⁹⁰⁴ V. *supra*, n° 258 sq.

⁹⁰⁵ Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire de l'Europe, Discrimination entre les femmes et les hommes pour le choix du nom de famille et la transmission du nom des parents aux enfants, Rapport, Doc. 7885, 16 juil. 1997.

⁹⁰⁶ Une circulaire du 6 déc. 2004 prévoyait la séparation obligatoire par un double tiret des doubles noms résultant du choix exercé par les parents, sur les actes de l'état-civil, mais elle a été jugée illicite par le conseil d'État français, lequel a estimé que l'administration ne pouvait « par circulaire, soumettre l'exercice d'un droit prévu et organisé par la loi et par le décret auquel elle renvoie pour son application, à l'acceptation par les parents de cette adjonction au nom de leur enfant d'un signe distinctif, alors que la loi prévoyait uniquement d'accoler les deux noms sans mentionner la possibilité d'introduire entre les deux des signes particuliers » (CE, 4 déc. 2009 : D. 2010. Pan. 1442, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; AJ Fam. 2010. 46, obs. GALLMEISTER ; RTD civ. 2010. 295, obs. HAUSER) ; à ce propos, v. la circulaire du 25 oct. 2011 relative à la modification des modalités d'indication des « doubles noms » issus de la loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 dans les actes de l'état civil, Bulletin officiel du ministère de la justice n°2011-11.

⁹⁰⁷ M. DUPUIS, F. LE DOUJET-THOMAS, L'usage et l'acquisition du nom, *op. cit.*, n° 269-29 et n°269-31.

⁹⁰⁸ *Ibid.*

⁹⁰⁹ M.-L. CICILE-DELFOSE, La dévolution du nom de famille, *op. cit.*, Points clés (11°).

mariage est déterminé à l'égard de ses parents dans les mêmes conditions que pour l'enfant né d'un couple marié⁹¹⁰, et ce, conformément au nouvel article 310 du Code civil français, dont il résulte que « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux »⁹¹¹.

En comparaison, les droits de la famille des États de l'Afrique noire francophone sont marqués par un certain statisme. Le privilège masculin demeure dans la transmission du nom dans les Codes béninois, burkinabè et malien. La prédominance paternelle vaut tout autant, dans les rapports des époux avec l'enfant, en droit malien surtout.

§ 2 : Le privilège de masculinité dans les rapports entre les parents et l'enfant

265. - Disparition de la puissance paternelle dans certains droits modernes africains. Dans la pensée juridique contemporaine, la prise en compte des droits de l'enfant, en même temps que des droits de la femme, devrait mener à délaisser le privilège masculin dans les règles qui encadrent la gouvernance de l'enfant. Celui-ci est notamment exprimé par la notion de « puissance paternelle »⁹¹², qui représente une « inégalité fondamentale entre les époux »⁹¹³. Pour cette raison, les Codes des personnes et de la famille du Bénin et du Burkina Faso optent de promouvoir la parentalité conjointe⁹¹⁴. Ils redéfinissent les relations des époux avec l'enfant, de façon à refléter sa double parenté. Ainsi, les termes d'« autorité parentale » sont venus se substituer à ceux de « puissance paternelle », une expression qui était jugée inappropriée à

⁹¹⁰ Toutefois, dans ce dernier cas, à quelques nuances près, à cause de la divisibilité de la filiation hors mariage.

⁹¹¹ Issu de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (JO du 5 mars 2002 page 4161).

⁹¹² Sur la suppression de la puissance paternelle, v. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille, op. cit.*, n° 1482, p. 674.

⁹¹³ Cf. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille, op. cit.*, n° 1336, p. 585-586.

⁹¹⁴ Dérivant principalement du lien de filiation, l'autorité parentale peut être exercée conjointement dans le mariage ou individuellement par les parents non mariés (v. J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, op. cit.*, n°416, p. 850). Donc, les parents d'un enfant ne peuvent se dérober à leur obligation (cf. art. 165 du CPF béninois, art. 514 du Code burkinabè et art. 563 du Code malien). En effet, si l'autorité parentale comporte des droits pour les parents, elle met également des devoirs à leur charge. De ce fait, la défaillance des parents dans leur fonction de surveillance de l'enfant est sanctionnée par la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants, prévue à l'article 1384, al. 4, du Code civil français de 1804, qui reste applicable dans les États de l'Afrique francophone en ses dispositions non abrogées.

l'égard de l'enfant⁹¹⁵, en même temps qu'elle sous-tendait la situation d'infériorité de la femme dans le mariage⁹¹⁶. Ces Codes consacrent à présent les mêmes droits pour le père et pour la mère⁹¹⁷. Cependant, on peut encore regretter que l'égalité *de jure* ne soit toujours pas exactement traduite dans les faits.

En revanche, la protection de l'enfant, telle qu'elle résulte du Code des personnes et de la famille du Mali, est encore pensée en termes d'« autorité paternelle », vestige de l'ancienne « puissance paternelle ». La dénomination nouvelle ne concède qu'une infime place à la mère de de l'enfant. Cela se ressent d'ailleurs dans la mise en œuvre de l'autorité parentale, car le droit malien accorde la priorité à la volonté du père lorsque se présente la nécessité de consentir au mariage de l'enfant mineur (A). Plus encore, de manière surprenante, il décide que la tutelle s'ouvre pour le mineur en cas de prédécès du père, alors même que la mère est vivante et n'est pas frappée d'incapacité (B).

A. Priorité paternelle pour consentir au mariage de l'enfant mineur

B. Ouverture de la tutelle en cas de prédécès du mari

A. Priorité paternelle pour consentir au mariage de l'enfant mineur

266. - Hiérarchie des époux dans les droits parentaux. Au Mali, la réforme législative sur l'autorité parentale n'a pas vraiment réaménagé les dispositions de l'ancien Code du mariage et de la tutelle, discriminatoires envers la femme quant à ses droits parentaux. Un détour par les Codes béninois et burkinabè s'impose (1), afin de bien comprendre les inégalités qui demeurent dans le Code malien (2).

1) Un droit égal des père et mère pour consentir au mariage de l'enfant mineur dans les Codes béninois et burkinabè

267. - Dispense d'âge et autorisation parentale pour le mariage du mineur. Pour rappel, lorsqu'une personne qui n'a pas encore l'âge nubile veut se marier, elle doit justifier d'une

⁹¹⁵ Il est remarqué que « plus qu'un pouvoir de domination, il s'agit d'une "fonction" de protection de l'enfant » (lire Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille, op. cit.*, n° 2156, p. 1014).

⁹¹⁶ Cf. art. 411 *sq.* du CPF béninois et art. 514 *sq.* du CPF burkinabè. En France, le remplacement des termes de « puissance paternelle » a été le fait de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale (v. art. 372 du Code civil français).

⁹¹⁷ Pour la France, les hypothèses sont plus nombreuses désormais, depuis la loi n° 87-570 du 22 juil. 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale qui a aménagé les « modalités d'exercice » de l'autorité parentale (cette expression a été utilisée au lieu de celle de « garde »). Ladite loi prévoit plus de possibilités en matière d'exercice conjoint de l'autorité parentale, comme en cas de divorce ou de parenté naturelle.

dispense judiciaire en vue du mariage et aussi rapporter un consentement parental au mariage⁹¹⁸. Ces deux exigences ont pour but d'entourer la décision de se marier du mineur des plus grandes précautions, compte tenu de sa jeunesse⁹¹⁹. Le juge se prononce sur la question de la dispense après avoir, le cas échéant, fait procéder à des enquêtes pour éclairer sa décision. Normalement, il ne rend une décision favorable que si les éléments éventuellement réunis lui permettent de penser que le mineur a atteint un degré de maturité suffisant pour s'engager dans une union matrimoniale. De leur côté, les parents du mineur doivent aussi apprécier la situation. Ce n'est pas un hasard si les parents sont requis pour donner leur avis sur le projet de mariage. En effet, par leur proximité avec le prétendant au mariage, ils sont à même d'évaluer s'il possède une expérience suffisante pour mener une vie de couple et surtout de savoir si son projet a été mûri pendant un temps raisonnable afin d'éviter toute décision hâtive. L'autorisation parentale se révèle ainsi être une prérogative attachée à l'exercice de l'autorité parentale, ayant pour but d'« assurer la sécurité de l'enfant, sa santé, son plein épanouissement et sa moralité »⁹²⁰. Pour toutes ces raisons, les diverses lois font de l'acte qui matérialise le consentement parental une pièce indispensable pour la constitution du dossier de mariage, réserve faite du cas dans lequel l'enfant obtient une mainlevée de l'opposition à son mariage⁹²¹. Lorsqu'il fait défaut, l'officier de l'état civil ne peut pas procéder à la célébration de l'union⁹²².

268. - Relation entre l'exercice de l'autorité parentale et l'autorisation du mariage du mineur. En théorie, chaque personne titulaire de l'autorité parentale sur le mineur est apte à consentir à son mariage. De ce fait, les législateurs du Bénin et du Burkina Faso ont confié aux père et mère exerçant ensemble l'autorité parentale sur leur enfant mineur la responsabilité conjointe de consentir à son mariage. Dans le cas où le mineur n'obtient pas le consentement des deux parents, le consentement de l'un d'entre eux suffit pour célébrer l'union. Ainsi, le Code béninois des personnes et de la famille dispose que « Le mineur de moins de dix-huit (18) ans ne

⁹¹⁸ V. *supra*, n° 88.

⁹¹⁹ Sur l'origine de l'autorisation parentale, lire M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, Mariage (2° Conditions de formation), *op. cit.*, n° 235 sq.

⁹²⁰ Cf. art. 407 du CPF béninois ; v. dans le même sens, les CPF burkinabé et malien, respectivement art. 510 et 562, al. 3.

⁹²¹ Dans le cas où un mineur est confronté au refus d'autorisation de son mariage de la part de ses père et mère ou du titulaire de l'autorité parentale sur lui, la loi lui permet de demander une mainlevée judiciaire de l'opposition à mariage, en démontrant que ses motifs ne sont pas légitimes (cf. art. 133 du CPF béninois, art. 242 et 269 du CPF burkinabé ; art. 297 du CPF malien).

⁹²² Un écrit est exigé par le législateur burkinabé (art. 241 al. 2 du CPF) ; la forme verbale est prévue par le législateur béninois, et encore, elle n'est pas forcément antérieure au jour du mariage (art. 120 du CPF béninois) ; le législateur malien combine les deux formes (art. 179 du CPF).

peut contracter mariage sans le consentement de la personne qui exerce l'autorité parentale à son égard »⁹²³ (l'autorité parentale est en principe reconnue aux père et mère⁹²⁴). Dans un sens similaire, le Code des personnes et de la famille burkinabè dispose que « Le mineur ne peut contracter mariage sans le consentement de ses père et mère ou de celui du père ou de la mère exerçant l'autorité parentale » et qu'« En cas de dissentiment des père et mère, ce partage emporte consentement »⁹²⁵. Le législateur béninois, dans un esprit de précision, exige que le consentement parental comporte « la désignation des deux futurs conjoints »⁹²⁶. Cette précaution n'est pas inutile car l'autorisation est donnée en considération de la personne désignée aux parents par le mineur. Or, si l'indication de cette personne ne figure pas dans l'acte, par hypothèse, le mineur peut ensuite se marier à une autre personne, une substitution que n'approuveraient pas forcément les parents qui ont donné leur consentement⁹²⁷.

269. - Impossibilité pour un parent de consentir. Lorsqu'aucun des parents ne peut consentir au mariage tel qu'il est requis, soit qu'ils ont tous délégué leurs droits ou qu'ils ont été déchus de l'autorité parentale, soit qu'ils sont tous hors d'état de manifester une volonté saine ou encore décédés, la loi reporte la responsabilité d'autoriser le mariage du mineur sur toute autre personne exerçant l'autorité sur l'enfant, le tuteur ou l'adoptant⁹²⁸. Le cas échéant, dans les droits burkinabè et béninois, les personnes qui peuvent consentir au mariage du mineur sont, dans un ordre préférentiel, les père et mère ou au moins l'un d'entre eux, ou bien la personne ou l'organisme à qui l'autorité parentale a été dévolue.

2) Un droit subsidiaire de la mère de consentir au mariage de son enfant mineur dans le Code malien

270. - Priorité de la volonté paternelle sur la volonté maternelle en cas de désaccord. Le Code malien des personnes et de la famille énonce que :

⁹²³ Art. 120 du CPF béninois.

⁹²⁴ En vertu de l'article 406 du code.

⁹²⁵ Art. 241 du CPF burkinabé.

⁹²⁶ Art. 120 du CPF béninois.

⁹²⁷ Il s'agit ici de prévenir la fraude au consentement, dans le cas où le mineur, se doutant, que la personne choisie pour se marier ne sera pas approuvée par ses parents, leur désigne une personne « convenable » pour contourner leur refus. Néanmoins, les parents peuvent toujours faire opposition au mariage ou en demander l'annulation s'ils se rendent compte qu'ils ont été abusés après la célébration (*cf.* art. 120 et 147, 2^e tiret, du CPF du Bénin ; art. 241, al. 1^{er}, et 282, 2^e tiret, du CPF burkinabé ; art. 293 et 313, al. 2, du CPF malien).

⁹²⁸ V. art. 372 du CPF béninois ; art. 241, al. 1^{er}, et 496 du CPF burkinabé ; art. 286 et 530 du CPF malien.

« Le futur époux, en principe, ne peut contracter mariage, en cas de dispense d'âge, sans le consentement de ses père et mère. En cas de désaccord, l'avis du père suffit.

En cas de décès ou d'impossibilité pour le père de manifester sa volonté, le consentement du conseil de famille élargi à la mère suffit. »⁹²⁹

Suivant cette disposition, la mère de l'enfant ne peut pas consentir seule, valablement, au mariage de son enfant mineur. De plus, lorsqu'il y a partage des voix, la volonté du père l'emporte sur celle de la mère, indifféremment de la nature de la décision. La négation du droit à l'égalité de la femme se manifeste ici à un double niveau : d'abord en tant que conjoint, ensuite en tant que parent. On peut voir la différence de traitement entre la loi malienne et la loi burkinabè, qui dispose que, le cas échéant, que l'avis favorable d'un seul parent suffit⁹³⁰. L'effet en est presque le même, celui de permettre le mariage du mineur lorsque l'un au moins de ses parents est consentant, à la différence notable que la mesure n'est pas instituée en faveur du père seul.

271. - Caractéristiques de l'autorité paternelle. Par sa position, le Code malien demeure fidèle à la conception du Code civil français de 1804 sur les droits parentaux, déclinés en tant que droits paternels. Mais, avec le temps qui s'est écoulé, et surtout les réformes que les autres États de l'Afrique francophone ont réalisées, cette position est difficilement soutenable. Du reste, dans les processus d'adoption des Codes des personnes et de la famille burkinabè et béninois, la question du pouvoir de la mère quant au consentement au mariage de l'enfant n'a pas été sujet à polémique. Pourtant, les États béninois et burkinabè partagent le même héritage juridique, à savoir le Code civil de 1804, en plus d'appartenir à la même aire culturelle que le Mali. Dès lors, le statisme de la loi malienne sur ce point est difficile à comprendre. La modification de la disposition conférant un droit prioritaire au père pour consentir à l'union aurait pu, contrairement à d'autres, survivre à la relecture de la loi portant Code des personnes et de la famille⁹³¹. Les raisons politiques semblent avoir prévalu sur les raisons juridiques⁹³².

⁹²⁹ Cf. art. 284 CPF du Mali.

⁹³⁰ Cf. art. 241, al. 3, du CPF burkinabè.

⁹³¹ Loi du 03 août 2009, votée mais non promulguée (cf. L. ALLAYE, *Le Code des personnes et de la famille passe, L'Essor*, 5 déc. 2011, consulté le 06 avr. 2016 sur http://malijet.com/a_la_une_du_mali/36708-assemblee_nationale_le_code_des_personnes.html ; v. aussi la présentation des 51 amendements des députés, consulté le 06 avr. 2016 sur http://www.justice.gouv.ml/voir_actu.aspx?lactu=101.

⁹³² Cf. N. S. TRAORE, *Quand la vision manque, l'horizon s'obscurcit ! op. cit.*, p. 2 : « Avec le vote du Code des personnes et de la famille (02 déc. 2011), les députés ont tissé les fils de leur « rachat » pour avoir une bonne conscience auprès d'un électorat à l'orée des élections de 2012 ».

272. - Exigence du consentement du conseil de famille à défaut du consentement du père.

Dans la lignée de l'idée de l'incapacité de la femme dans l'ancien Code civil français⁹³³, l'article 284 sus-cité décide qu'en cas de prédécès ou d'incapacité du père d'exprimer sa volonté, le mariage du mineur ne peut être autorisé que par le conseil de famille élargi à la mère. Sachant que l'adoption du Code malien des personnes et de la famille avait notamment pour but de reconnaître l'égalité des sexes, cette disposition, qui redonne de la vivacité à une discrimination ancienne, se révèle en totale disharmonie avec l'objectif. On se demande, en effet, la raison qui justifie que la mère ne soit autorisée à consentir qu'au sein du conseil de famille et non pas de façon autonome ? À tout prendre, l'option qui est plus en adéquation avec le principe d'égalité des parents est celle des Codes du Bénin et du Burkina Faso, qui disposent que le consentement du parent exerçant l'autorité parentale suffit, que la filiation considérée soit reliée au mariage ou pas⁹³⁴.

273. - Contrariété interne du Code des personnes et de la famille du Mali. Dans une autre optique, l'article 284 du Code malien se trouve être en contradiction avec l'article 563 du même code, selon lequel :

« L'autorité parentale appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé, son plein épanouissement et sa moralité.

Ils ont à son égard les droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation »

Est-il possible de confier l'autorité parentale sur l'enfant à la fois au père et à la mère et, dans le même temps, dénier à la mère une prérogative rattachée à l'exercice de cette autorité ? L'incohérence est évidente. Une relecture du Code malien s'impose, afin d'harmoniser les articles 284 et 563 et surtout de purger l'article 284 de toute discrimination à l'endroit de la femme. À la réflexion, reconnaître à la mère un droit concurrent à celui du père dans le consentement au mariage du mineur ne revient qu'à admettre, sous l'angle juridique, les liens qui se déploient entre la mère et l'enfant, tout comme entre le père et l'enfant⁹³⁵. De plus, ce serait ouvrir une alternative plus souple que le recours au conseil de famille, dans l'intérêt de l'enfant.

⁹³³ V. *supra*, n° 205-206.

⁹³⁴ Cf. art. 120 du CPF du Bénin et art. 241, al. 1^{er}, du CPF burkinabè.

⁹³⁵ Alors même qu'il ne s'agirait que d'une filiation adoptive.

274. - Intérêt de l'enfant. Si le mineur pouvait se marier avec le consentement de l'un quelconque de ses parents, ce serait à son avantage, parce qu'il lui importe que les personnes habilitées à consentir valablement, seules, à son mariage lui soient aussi proches que possible. Ainsi, la restauration de l'autorité parentale de la mère s'inscrit également dans l'intérêt de l'enfant. Cependant, ce n'est pas le chemin qui est emprunté avec la règle de la mise en place systématique de la tutelle en cas de prédécès du père.

B. Ouverture de la tutelle en cas de prédécès du mari

275. - Principe des droits égaux des père et mère. L'autorité parentale s'exerce sur la personne de l'enfant, à travers sa garde, et sur ses biens, à travers l'administration légale de ses biens. Dans le cas de parents mariés, partageant une communauté de vie, la garde de l'enfant est conjointement assurée par les époux, et, pour ses biens, le régime de l'administration légale pure et simple est celui qui vaut. En situation de de séparation de corps ou en cas de rupture du lien matrimonial, les modalités d'exercice de l'autorité parentale, de même que de l'administration légale, peuvent connaître un réaménagement⁹³⁶. La garde peut alors être confiée à un seul parent et l'administration légale des biens peut se passer sous la surveillance du juge⁹³⁷.

276. - Droits parentaux de la mère réduits. Le Code malien des personnes et de la famille retient en son article 613 que la tutelle s'ouvre en cas de décès du « chef de famille » ou du père naturel. Étant donné que l'article 563 du même Code fait de l'autorité parentale une fonction collégiale⁹³⁸, on peut penser que cette disposition vise à conserver la prédominance de l'homme dans la gouvernance de l'enfant. En principe, la survenance du décès ou de l'incapacité d'un parent entraîne la dévolution d'office de cette fonction au parent survivant, sauf état d'inaptitude⁹³⁹. Le Mali a conservé le droit français ancien qui consacrait la mise sous tutelle de l'enfant en cas de d'indisponibilité du père (1). Toutefois, l'évolution moderne du droit de la famille commande de réserver le cas de la mère survivante parmi les cas d'ouverture de la tutelle (2).

⁹³⁶ S'il s'agit d'un relâchement du lien matrimonial, l'autorité parentale est toujours exercée par les parents.

⁹³⁷ Cf. art. 445 du CPF béninois et art. 540 du CPF burkinabè.

⁹³⁸ V. *supra*, n° 273.

⁹³⁹ Cf. art. 416 du CPF béninois et art. 519 du CPF burkinabè.

1) Refus de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale par la mère

277. - Théorie d'incapacité de la mère à exercer seule l'autorité parentale. L'incapacité de la mère au regard de l'exercice de l'autorité parentale s'inscrivait dans le sillage de la puissance paternelle, en principe supprimée de l'actuel Code malien sur les personnes et la famille. Malgré tout, la loi ne permet pas encore à la mère de l'exercer seule. L'automatisme de l'ouverture de la tutelle en cas de survenance de décès ou d'incapacité du père, ne donne pas l'occasion de faire une appréciation casuistique, pour déterminer objectivement si la mère pourrait se voir confier la fonction parentale ou non. La règle discriminatoire vaut aussi bien pour les parents mariés que pour les parents qui ne le sont pas. En effet, selon les termes du Code :

« La tutelle s'ouvre lorsque le chef de famille décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale

Elle s'ouvre aussi, à l'égard de l'enfant naturel, non reconnu par son père, ni par sa mère.

Elle s'ouvre également, à l'égard de l'enfant naturel reconnu par son père ou sa mère lorsque celui-ci décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale. »⁹⁴⁰

278. - Exercice par la mère principalement relié au mariage. Comme il peut être remarqué, le droit malien de la famille ne reconnaît pas à la femme une vocation égale à celle de l'homme à exercer l'autorité parentale sur l'enfant. Dès lors, l'unique hypothèse où la femme peut accéder à l'exercice de l'autorité parentale est celle où elle est mariée au père de l'enfant, lui-même titulaire de l'autorité parentale. Étant compris que le placement de l'enfant sous tutelle est automatique dès que survient le décès de son père dans le cas de parents mariés entre eux, on peut se demander quelle est la solution qui prévaut en cas de désunion. À défaut de précision par la loi malienne, il faut s'en tenir à l'article 369 qui dispose qu'en cas de divorce, « La garde des enfants mineurs est confiée à l'époux au profit duquel le divorce est prononcé, à moins que le tribunal, soit d'office, soit sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne pour l'intérêt des enfants que la garde de tous ou de quelques-uns soit confiée soit à l'autre époux ou soit à une tierce personne ».

279. - Dispositions contradictoires. S'il peut paraître normal d'ouvrir la tutelle pour l'enfant qui n'a point été reconnu, au contraire celle-ci s'explique moins dans les autres cas dans lesquels l'enfant a encore un parent vivant, en la personne de sa mère, qui pourrait poursuivre ou

⁹⁴⁰ Cf. art. 613, al. 1^{er}, du CPF malien.

reprendre seule l'exercice de l'autorité parentale. Du reste, l'article 574, alinéa 1^{er}, du Code malien, sur le modèle des articles 412 alinéa 3 du Code béninois et 515 alinéa 4 du Code burkinabè, reconnaît que « Si l'un des père et mère décède ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale, l'autre exerce seul cette autorité », son alinéa second ajoutant qu'« En cas de décès du père et de la mère il y a lieu à ouverture d'une tutelle ». Les articles 613 et 574 du Code malien sont en flagrante contradiction. Il reviendra probablement à la jurisprudence de surmonter la difficulté, en attendant une relecture de la loi.

280. - Priorité de la tutelle sur l'exercice autonome de l'autorité parentale par la mère. Une lecture attentive des dispositions du Code malien permet de s'apercevoir que, pour l'enfant dont le père qui était marié à la mère est prédécédé, un tuteur est préféré à la mère survivante, alors même que cette dernière n'aurait pas renoncé à ses droits parentaux et n'aurait pas non plus été déclarée incapable ni indigne pour prendre en charge l'éducation de l'enfant de l'enfant. Cette règle est d'autant plus curieuse que, selon la règle fixée pour le choix du tuteur par le Code malien, il doit être désigné, lorsqu'il n'y a pas de tuteur testamentaire ou lorsque celui-ci n'accepte pas la fonction tutélaire ou cesse ses fonctions, la personne dont le degré de parenté est le plus proche de l'enfant⁹⁴¹. À partir de ce critère, la mère vient prioritairement, et il n'est pas de motif pour lui dénier son droit légitime de suppléer le père dans l'exercice de l'autorité parentale.

281. - Autorité parentale sur l'enfant né hors mariage non reconnu dans sa branche paternelle. Pour l'enfant né hors mariage, le Code malien des personnes et de la famille permet à la femme d'exercer l'autorité parentale à part entière, mais seulement si l'enfant n'a pas été reconnu par son père. En cas de reconnaissance paternelle, s'ajoutant à la reconnaissance maternelle, l'exercice se fait en commun⁹⁴². À cet égard, l'admission de l'exercice en commun aurait pu constituer une évolution appréciable si elle n'était pas tempérée par le principe de la mise de l'enfant sous tutelle en cas de décès du père. Cela amène à se demander dans quelle mesure la reconnaissance du droit d'exercer l'autorité parentale à la femme est réelle. D'ailleurs, le cumul des conditions à réunir restreint assez les hypothèses pratiques de mise en œuvre de ce droit par la femme.

⁹⁴¹ Art. 624 du CPF malien.

⁹⁴² Cf. art 571 al. 2 du CPF malien.

282. - Droits béninois et burkinabè. Le Bénin et le Burkina Faso ne prévoient l'ouverture de la tutelle que dans des cas bien précis. Ce sont : le cas des enfants nés dans le mariage, lorsque les père et mère sont décédés ou sont tombés en incapacité, ont délégué leurs droits d'autorité parentale ou ont été frappés par une déchéance ; le cas des enfants nés hors mariage, en cas de non établissement de la filiation à l'égard des deux parents ; le cas des enfants dont il est jugé qu'il est de leur intérêt de convertir l'administration légale en tutelle ; et enfin, le cas des enfants dont l'un des parents est sous le coup d'une demande en déclaration de présomption d'absence, à défaut de parent survivant⁹⁴³. En considérant les cas énumérés, il n'apparaît pas que la tutelle peut être ouverte alors que l'un des parents est encore vivant et qu'il n'est pas de motif de réfuter son droit à l'exercice de l'autorité parentale⁹⁴⁴. Mieux, le Bénin, comme le Burkina Faso réservent la possibilité, au cas où la filiation d'un enfant né hors mariage vient à être établie à l'égard de l'un de ses parents après l'ouverture de la tutelle, de substituer la tutelle par l'administration légale soumise au contrôle judiciaire à la demande du parent intéressé⁹⁴⁵.

Au final, en droit malien, l'autorité parentale échappe totalement à la mère lorsque survient le décès du père, au fond le seul titulaire de l'autorité sur l'enfant. En effet, le déchiffrement des dispositions relatives à l'autorité parentale révèle que l'attribution de l'autorité parentale aux père et mère par l'article 563 du Code malien des personnes et de la famille est une attribution en forme d'expédient. Le Code n'envisage aucunement la possibilité pour la mère d'exercer l'autorité parentale à titre autonome, qu'il s'agisse de la filiation dans le mariage ou de celle hors du mariage, dès lors que le père exerce ou est disposé à exercer cette autorité. La position du législateur ne varie pas en cas de décès du père, précédemment marié à la mère.

2) Nécessaire bilatéralisation de la fonction parentale

283. - Tendances actuelles de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale. Les Codes du Bénin et du Burkina Faso sont en phase avec le mouvement de bilatéralisation de l'autorité parentale. En effet, l'article 165 du Code béninois reconnaît le cas de l'exercice en commun par les parents unis par les liens du mariage et les articles 265 et suivants du même Code règlent le cas de

⁹⁴³ Art. 460 du CPF béninois et art. 555 du CPF burkinabè.

⁹⁴⁴ D'ailleurs, aux termes de l'article 565 du CPF béninois, « Il n'y a pas lieu d'ouvrir une tutelle qui devrait être dévolue au conjoint [s'il] peut être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne protégée ».

⁹⁴⁵ Art. 461 du CPF béninois et art. 556 du CPF burkinabè.

l'exercice hors mariage par un seul parent, en termes de « garde » de l'enfant⁹⁴⁶. Le Code burkinabè procède de même. En son article 514, celui-ci fixe la règle de l'exercice conjoint par les père et mère dans le mariage, tandis que son article 515, alinéa 1^{er}, traite de l'exercice par un seul parent en cas de divorce ou de séparation de corps. L'article 516 du Code burkinabè, à son tour, aménage l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant né hors mariage, à savoir un exercice unilatéral que l'enfant ait été reconnu par un parent ou par les deux parents. Le parent qui a reçu la garde de l'enfant est le titulaire de l'autorité parentale. Cependant, la loi donne la possibilité aux parents de l'exercer en commun s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles⁹⁴⁷.

284. - Sauvegarde des droits de l'enfant et du parent non gardien. Aujourd'hui, il peut être estimé que l'intérêt de l'enfant n'est pas remis en cause en cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale sur lui, en raison de l'existence de l'organe du juge des tutelles⁹⁴⁸. En effet, le juge des tutelles, qui intervient nécessairement en cas d'exercice par un seul parent, pour toutes les décisions graves touchant à l'enfant, veille à la sauvegarde de ses intérêts, notamment s'il existe des conflits ceux-ci et les intérêts de l'administrateur. Par ailleurs, même lorsque la titularité de l'autorité parentale est reconnue à un seul parent, les droits de l'autre parent ne sont pas méconnus. En effet, il continue de prendre part à la vie de l'enfant, à travers ses droits de visite et de surveillance⁹⁴⁹. De même, le droit du parent non gardien de consentir au mariage, à l'adoption et à l'émancipation de l'enfant mineur lui est conservé⁹⁵⁰. Dans la famille adoptive, l'autorité parentale est reconnue de plein droit à l'adoptant et éventuellement à son conjoint ou au couple ayant adopté l'enfant⁹⁵¹.

285. - Droit français. Le législateur français s'est résolument engagé, à la faveur de plusieurs lois, dans la promotion de la coparentalité⁹⁵². Le point de départ fut la loi du 4 juin 1970 relative

⁹⁴⁶ En France, la loi du 22 juil. 1987 est venue remplacer le terme « garde » par l'expression « modalités d'exercice » (cf. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille, op. cit.*, n° 2157, p. 1014).

⁹⁴⁷ Art. 413, al. 4, du CPF béninois, art. 516, al. 4, du Code burkinabè, et art. 617 à 621 du Code malien.

⁹⁴⁸ V. pour le Bénin, art. 462 *sq.* du CPF et pour le Burkina Faso, art. 557 *sq.* du même Code.

⁹⁴⁹ Art. 268, 412 du CPF béninois et art. 405 et 515 al. 1^{er} du Code burkinabé.

⁹⁵⁰ Lorsque la garde a été confiée à un tiers, les autres attributs de l'autorité parentale continuent d'être exercés par les père et mère, réserve faite des actes usuels relatifs à la surveillance et à l'éducation de l'enfant (cf. art. 412, al. 2, du CPF béninois et art. 515, al. 2-3, du Code burkinabé).

⁹⁵¹ Art. 372 du CPF béninois et art. 496 du Code burkinabé.

⁹⁵² Définie par Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ comme « l'idée selon laquelle il est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, dans la famille fondée sur le mariage comme dans la famille créée hors mariage, que le couple parental soit uni ou qu'il soit désuni » (cf. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Rénover le droit de*

à l'autorité parentale dont l'article 6 a remplacé la « puissance paternelle » par « l'autorité parentale »⁹⁵³. Par la suite, la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce a dissocié le droit de garde des droits de surveillance, de visite et d'hébergement, qui peuvent désormais être confiés séparément aux parents. Elle a été suivie de la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs dont l'intitulé rend compte des changements qu'elle a introduits. Puis, la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale a ouvert l'exercice en commun de l'autorité parentale aux couples divorcés et aux couples non mariés, avec l'autorisation du juge pour les premiers et après une déclaration conjointe devant le juge des tutelles pour les seconds⁹⁵⁴ ; cette loi a aussi signé l'abandon de la notion de « garde » d'enfant⁹⁵⁵. Dans la continuité des précédentes lois, la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993⁹⁵⁶ a fait de l'exercice en commun de l'autorité parentale le principe, en banalisant le critère du rattachement de la filiation au mariage, mais en accordant encore la préférence à la situation de cohabitation des parents. Enfin, la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale est venue parachever l'œuvre d'égalisation des filiations et des droits parentaux, en supprimant toute distinction entre l'enfant né dans le mariage et celui né hors mariage, en instaurant la résidence alternée et en privilégiant l'aménagement conventionnel de l'autorité parentale. Le juge intervient alors seulement pour homologuer la convention s'il est établi qu'elle préserve les intérêts de l'enfant. Au bout de toutes ces réformes, la coparentalité s'est affermie, et il n'y est plus dérogé que dans le cas où l'intérêt de l'enfant l'impose. Elle oblige les parents à se concerter pour prendre ensemble les décisions importantes se rapportant à lui, à l'exception des actes usuels que chacun d'eux est réputé accomplir avec l'accord de l'autre à l'égard des tiers de bonne foi⁹⁵⁷.

la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps : rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice, éd. La Documentation française, Collection des rapports officiels, déc. 1999, accessible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/994001755.pdf>.

⁹⁵³ Cette réforme était bien plus une avancée pour les couples mariés. Hors mariage, le père restait seul capable de prendre les décisions concernant l'enfant, en tant que détenteur de la puissance paternelle et alors même que la garde était confiée à la mère.

⁹⁵⁴ Cela a été rendu possible grâce à la fixation de la résidence habituelle de l'enfant chez l'un des parents.

⁹⁵⁵ *Supra*, note ss n° 283.

⁹⁵⁶ Relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, JORF n°7 du 9 janv. 1993, p. 495.

⁹⁵⁷ *Cf.* art. 372-2 du Code civil français.

286. - Changement de paradigme dans la pensée contemporaine. Les Codes du Bénin et du Burkina Faso ont consacré une certaine égalité des père et mère tant du point de vue de l'exercice de l'autorité parentale, que de celui de la vocation à l'exercer en autonomie. Au final, la consécration de la cotitularité de l'autorité parentale au bénéfice de l'homme et de la femme concourt à l'intérêt de l'enfant, même si, historiquement, l'argument a été avancé que la suppression de la figure paternelle dominante pouvait constituer un danger pour le maintien de l'ordre dans les familles et pour la tranquillité publique⁹⁵⁸. Le modèle avec le père omnipotent convenait peut-être à l'époque où le mariage était la voie privilégiée pour l'établissement du couple, mais la nouvelle conception de l'intérêt de l'enfant ne permet plus de conserver cette construction. En effet, de plus en plus d'enfants naissent hors mariage, ou encore naissent de couples mariés qui se séparent ensuite. Dès lors, si la mère reste dans une position inférieure par rapport au père dans la prise des décisions relatives à l'enfant, sachant que ce père n'est plus toujours le mari de la mère, cet état du droit peut, en fin de compte, nuire à l'enfant.

⁹⁵⁸ A. GOUTTENOIRE, H. FULCHIRON, *Autorité parentale*, *op. cit.*, n° 10-13.

Conclusion de chapitre.

287. - Distribution sexuée des droits aux conjoints. La réforme malienne des rapports personnels des époux, ainsi que le nouveau régime de l'autorité parentale, ne consacrent pas des droits identiques pour les conjoints. En effet, la femme est généralement discriminée dans ses droits de parent. Paradoxalement, elle l'est plus encore lorsqu'elle est mariée, en raison de la présence du père. Il y a lieu de mieux articuler les aspects du problème, afin de coller au plus près de la réalité de la famille d'aujourd'hui. Ainsi qu'il a été souligné, cette approche s'inscrit dans la recherche de l'intérêt de l'enfant, tout autant que de l'égalité entre les père et mère mariés.

Sur l'inégalité des époux durant le mariage, les Codes béninois et burkinabè sont concernés au même titre que le Code malien, s'agissant notamment des questions relatives au port du nom marital et à la dévolution du nom de famille. Il est important d'établir une véritable égalité entre l'homme et la femme, non seulement pour conformer les lois sur la famille des États de l'Afrique francophone à la règlementation internationale⁹⁵⁹, mais surtout pour donner une place égalitaire à chaque individu dans la famille.

Dans cette partie, la vie du mariage a été appréciée sous l'angle des rapports entre l'homme et la femme. Cela a permis de voir que les époux n'étaient pas tout à fait égaux à ce stade. À l'issue de cet examen, il sied de porter le regard sur les rapports des sexes au moment où le couple se défait, pour relever également les inégalités qui existent à ce niveau.

⁹⁵⁹ En particulier la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 déc. 1979.

Chapitre 2 :

Des rapports inégaux entre l'homme et la femme à la dissolution du mariage

288. - Prédominance des droits masculins. Le mariage peut prendre fin par le divorce ou par décès d'un conjoint. Les textes juridiques encadrent minutieusement le cas où la dissolution intervient par divorce, dans le but de protéger au mieux les intérêts en présence, bien souvent conflictuels. Même si les tensions inévitables rendent l'entreprise difficile, les mécanismes légaux veillent, en principe, à sauvegarder les intérêts des anciens conjoints autant que ceux des enfants. Pareillement, lorsque la dissolution du mariage se produit pour cause de mort, la loi tente d'équilibrer les droits du conjoint survivant avec ceux des enfants. Cependant, l'analyse de la protection juridique des personnes concernées dans les différents cas de figure, notamment la femme, permet de se rendre compte que l'égalité des sexes se heurte toujours à de nombreux obstacles. De fait, l'accès au divorce est pareillement consacré pour les sexes, mais, dans ses effets, des différences persistent. De la même manière, la dissolution du mariage pour cause de mort entraîne des effets distincts selon le sexe du conjoint survivant.

D'une part, l'attention va être portée sur les inégalités entre l'homme et la femme mariés au moment de la désunion, au niveau des conséquences immédiates (section 1). D'autre part, étant donné que la dissolution du mariage par décès d'un conjoint entraîne l'ouverture de sa succession, les droits successoraux du conjoint survivant vont être analysés, car il apparaît que les sexes ne sont pas égaux en ce domaine non plus (section 2).

Section 1 : L'inégalité des conjoints dans les effets de la dissolution du mariage

Section 2 : L'inégalité des conjoints en matière successorale

Section 1 : L'inégalité des conjoints dans les effets de la dissolution du mariage

289. - Inégalités légales, inégalités vécues. Lorsque la dissolution du mariage intervient par suite d'un divorce ou d'un décès, l'homme et la femme ne sont pas exactement sur un pied d'égalité. En matière de divorce, dans le système juridique malien, le traitement différencié selon le genre ressort de la loi elle-même, tandis que, dans les systèmes béninois et burkinabè, elle n'est pas formelle (§ 1). Cependant, en cas de rupture du lien matrimonial par décès, dans la plupart des droits africains, ici les droits béninois, burkinabè et malien, la coutume s'interpose, avec des exigences à l'endroit de la femme dont le conjoint est prédécédé, qui ne se retrouvent pas dans le sens opposé (§ 2).

§ 1 : Inégalités des sexes dans la dissolution du mariage au plan légal

§ 2 : Inégalités des sexes dans la dissolution du mariage au plan coutumier

§ 1 : Inégalités des sexes dans la dissolution du mariage au plan légal

290. - Cas de divorce. Les États subsahariens ont recueilli le Code civil français de 1804 à un moment où le droit du divorce n'avait pas beaucoup évolué. À cette date, il n'y avait encore, en termes de réforme notable, que la loi du 27 juillet 1884⁹⁶⁰, venue poser la faute comme unique cause du divorce. Depuis lors, le droit du divorce y est resté plutôt statique. En effet, lorsque les États ont adopté leurs Codes des personnes et de la famille des décennies plus tard, ils n'y ont pas introduit de changements majeurs par rapport au droit ancien de la France, sinon celui qui a consisté à établir le divorce par consentement mutuel⁹⁶¹, à côté du divorce pour faute ou divorce contentieux⁹⁶². En France cependant, les cas de divorce se sont diversifiés après l'intervention législative de 1975 qui a refondu la réglementation du divorce. Ainsi, en droit français, le divorce sans faute ne se limite plus au cas de divorce par consentement mutuel seulement. En marge, il existe maintenant le divorce par acceptation du principe de la rupture du mariage ou le divorce pour altération définitive du lien conjugal⁹⁶³.

⁹⁶⁰ Cf. DP 1884. 4. 97.

⁹⁶¹ Cf. art. 222 *sq.* du CPF béninois, art. 355 *sq.* du CPF burkinabè et art. 337 *sq.* du CPF malien.

⁹⁶² Cf. art. 233 *sq.* du CPF béninois, art. 367 *sq.* du CPF burkinabè et art. 352 *sq.* du CPF malien. Ils se sont notamment inspirés de la loi française n° 75-617 11 juil. 1975 portant réforme du divorce.

⁹⁶³ Art. 233 et 238 Code civil français.

291. - Conséquences du divorce. Dans le divorce par consentement mutuel, les époux s'entendent non seulement sur le principe même du divorce, mais aussi sur ses conséquences, en ce qui les concerne, et en ce qui concerne les enfants issus du mariage. À la saisine du juge des affaires matrimoniales, celui-ci n'a plus qu'à homologuer la convention des époux, après les vérifications de rigueur, destinés à s'assurer que l'accord préserve les droits de tous les intéressés⁹⁶⁴. En revanche, dans le divorce contentieux, c'est la décision qui prononce le divorce qui règle en même temps les questions subsidiaires, au nombre desquelles figure la fixation de la pension alimentaire, à défaut d'accord des époux sur ce point⁹⁶⁵. Les droits béninois et burkinabè traitent de la même façon les conjoints pour ce qui se rapporte à la pension alimentaire⁹⁶⁶, mais le droit malien en soumet le bénéficiaire à des critères qui participent à inférioriser la femme (A). De surcroît, en droit malien, la liberté matrimoniale de la femme se heurte à un délai prohibitif du mariage, qui n'est pas le délai classique dit « de viduité » existant dans les droits béninois et burkinabè (B).

A. Discriminations sexuelles en matière de pension alimentaire

B. Délai de viduité pour la femme

A. Discriminations sexuelles en matière de pension alimentaire

292. - Inégalité de l'homme et de la femme devant la pension alimentaire. Les États africains ont remanié leur législation du divorce à la suite des réformes menées en la matière par le législateur français lui-même. Toutefois, les réformes n'ont pas été jusqu'à instituer la prestation compensatoire, qui a marqué un tournant décisif dans le droit du divorce français, à travers la relégation de la faute comme critère primordial d'appréciation⁹⁶⁷. De fait, il est de principe que le conjoint fautif du divorce peut aussi prétendre à la prestation compensatoire⁹⁶⁸, ce qui traduit bien sa nature indemnitaire. Cependant, dans les droits africains, le versement de la pension alimentaire reste le principal mécanisme de rééquilibrage de la situation des époux divorçant et

⁹⁶⁴ Art. 227-229 du CPF béninois, art 362-363 du CPF burkinabé et 342-343 du CPF malien.

⁹⁶⁵ V. art. 233 *sq.* du CPF béninois, art. 367 *sq.* du CPF burkinabè et art. 352 *sq.* du CPF malien.

⁹⁶⁶ Ainsi, le Code des personnes et de la famille du Bénin prévoit l'allocation de pension alimentaire aux deux sexes, en cas de séparation de corps, mais non dans le cas de divorce (*cf.* art. 275). Également, le Code burkinabè des personnes et de la famille prévoit le droit à la pension alimentaire pour l'homme et la femme, aux mêmes conditions (excepté en situation de polygamie), en cas de divorce ou de séparation de corps (*cf.* art. 399-400 et art. 414).

⁹⁶⁷ V. *infra*, n° 303.

⁹⁶⁸ Seul l'époux qui porte les torts exclusifs du divorce perd éventuellement ce droit, au regard des circonstances particulières de la rupture (*cf.* art. 270, al. 3, du Code civil français, modifié par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce).

ne bénéficie qu'au conjoint non fautif, sauf exception⁹⁶⁹. De ce point de vue, l'article 368 du Code malien des personnes et de la famille décide que « L'épouse placée dans le besoin du fait du divorce prononcé au tort du mari a droit à une pension alimentaire sans préjudice des dommages-intérêts ». Premièrement, le texte n'envisage l'octroi d'une pension alimentaire, par suite de divorce, qu'à la femme (1). Deuxièmement, la femme ne peut effectivement obtenir la pension que si le mari porte tous les torts du divorce (2).

1) Exclusion de l'homme du bénéfice du droit à la pension alimentaire

293. - Uniformisation du droit à la pension alimentaire dans les droits béninois et burkinabè. Le Bénin et le Burkina Faso ne font presque plus de distinction entre l'homme et la femme dans la réglementation du divorce. Particulièrement, le Burkina Faso prévoit la pension alimentaire au profit de tout conjoint⁹⁷⁰. L'article 399 du Code burkinabè des personnes et de la famille la régleme ainsi : « une pension alimentaire peut être allouée à l'époux qui se trouve dans le besoin ». Le Bénin ne prévoit pas l'octroi d'une pension alimentaire à l'issue du divorce, mais plutôt à l'occasion de la procédure de la séparation de corps. Dans ce sens, l'article 275 dispose que « La séparation de corps met fin à la vie commune et aux obligations qui en découlent. Mais elle laisse subsister les devoirs de fidélité et de secours⁹⁷¹. Le jugement qui la prononce ou un jugement postérieur fixe la pension alimentaire qui est due à l'époux dans le besoin »⁹⁷². Dans tous les cas, l'idée de l'égalité est présente là aussi. Ces dispositions fondent un droit au divorce analogue pour l'homme et la femme, même s'il conserve un caractère inachevé, en raison de la place qui est encore accordée à la faute en tant que facteur déclencheur du droit à la pension alimentaire. Au demeurant, le divorce est une période de crise lors de laquelle les

⁹⁶⁹ V. notamment art. 400, al. 2nd, du CPF burkinabè.

⁹⁷⁰ Il faut signaler que la pension alimentaire a une nature hybride : elle peut être accordée au titre du devoir de secours à l'époux séparé de corps ou par un prolongement tenu de ce devoir à l'époux ayant divorcé, tout comme au titre du devoir d'entretien dû aux enfants issus du mariage (cf. F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, op. cit.*, n° 280, I. A. ANANI, *Droit du divorce et liberté individuelle en Afrique de l'ouest francophone : cas du Bénin, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire et du Togo*, Thèse de doctorat, Université d'Abomey-Calavi, 2016, p. 227).

⁹⁷¹ Il a été jugé au Sénégal que « le devoir de fidélité subsiste, même après un jugement de divorce, dès lors que celui-ci est frappé d'appel », à cause de l'effet suspensif de l'appel, de sorte que « le mari est [...] apte à se prévaloir devant le juge d'appel du comportement de la femme au cours de cette phase » (cf. TPI Dakar, 21 févr. 1978, RJS. Crédila, 1982 - vol. III, p. 149 sq., in D. NDOYE, Code de la famille du Sénégal annoté, *op. cit.*, p. 99).

⁹⁷² Peut-être est-ce au regard de la non-équivoque du maintien du devoir de secours pendant la séparation de corps que le droit béninois permet d'octroyer une pension au conjoint dans le besoin. Cependant, après le divorce, le devoir de secours cesse, de sorte que le versement de dommages-intérêts se comprend mieux que le versement d'une pension alimentaire (cf. art. 263 du CPF béninois, art. 393, al. 3, du CPF burkinabè et art. 368, al. 1^{er}, in fine du CPF malien).

tensions familiales sont à leur comble, en raison de la dissolution du lien conjugal et des conséquences qui en découlent sur les plans personnel et pécuniaire. Pour cette raison, il importe d'œuvrer à désamorcer certains conflits, ainsi qu'il a été fait en France avec la prestation compensatoire⁹⁷³.

294. - « Discrimination négative » en droit malien. Le droit à la pension alimentaire est, en droit malien, reconnu à la femme qui divorce, mais non à l'homme. Pour autant, peut-on y voir une « discrimination positive »⁹⁷⁴, c'est-à-dire un traitement préférentiel qui se ferait au détriment de l'homme, mais dont la finalité serait de favoriser la femme ? La réponse affirmative à cette question ne paraît pas possible, pour deux raisons essentiellement. Dans un premier temps, l'image de la femme qui se devine à travers le texte semble être celle de la femme vivant aux dépens du mari, « chef de famille ». Dans un second temps, il semble que le droit à la pension alimentaire n'est pas reconnu à l'homme, à cause de la logique de la femme mariée « au foyer », qui n'a pas pu construire une carrière professionnelle. Dans cette idée, elle n'est pas censée disposer de revenus propres, sur lesquels une part pourrait être versée à l'époux dont elle se sépare, alors même que l'équité recommanderait de lui en allouer le bénéfice. Par conséquent, l'article 368 apparaît comme une disposition régressive, d'autant plus surprenante qu'elle est issue de la dernière des réformes importantes du droit de la famille en Afrique francophone⁹⁷⁵.

295. - Bicatégorisation sexuée. Sous un autre angle, cette disposition de la loi malienne entretient la répartition sexuée des rôles à une époque où, du reste, la pratique a devancé le droit. Au demeurant, l'exclusion d'office de l'homme du bénéfice de la pension alimentaire n'est pas prudente, car de nombreux couples, à l'heure actuelle, ne répondent plus au modèle classique dans lequel les avoirs financiers du mari sont plus importants que ceux de la femme. En effet, la femme exerce plus couramment qu'avant une activité rémunérée. La loi devrait, de ce fait, intégrer cette évolution sociologique, qui s'impose pour partie en raison de l'amointrissement du pouvoir d'achat des ménages et pour l'autre par la volonté

⁹⁷³ V. *infra*, n° 296.

⁹⁷⁴ Selon Marie BOÉTON, « La discrimination positive est une politique visant à avantager un groupe de personnes lésées par le passé ou l'étant encore actuellement du fait de son appartenance ethnique ou de son sexe » (cf. M. BOÉTON, *Discrimination positive en France*, in *Revue Études*, 2003/2, Tome 398, p. 175 ; v. aussi A.-M. LE POURHIET, *Genre et Liberté*, in « Le droit à l'épreuve du genre », *op. cit.*, p. 145-146).

⁹⁷⁵ Le Code du Mali a été adopté le 2 déc. 2011, par rapport au 16 nov. 1989 pour le Burkina Faso et au 14 juin 2004 pour le Bénin. Tout dernièrement, la Côte d'Ivoire a juste retouché son droit de la famille (cf. loi n° 64-375 du 7 oct. 1964 relative au mariage, modifiée par les lois n° 83-800 du 2 août 1983 et n° 2013-33 du 25 janv. 2013).

d'émancipation du sexe féminin⁹⁷⁶. Ce constat suggère d'instituer le droit à la pension alimentaire après la dissolution du mariage pour tous les conjoints. Bien davantage, la nature indemnitaire de la pension alimentaire⁹⁷⁷ préconise de ne pas en fermer l'accès à un sexe, dans la mesure où l'appréciation doit se faire sur la base de critères objectifs.

296. - Prestation compensatoire en droit français. En France, le législateur a, dans le cadre du divorce, institué le droit à une prestation compensatoire dont peut bénéficier chacun des époux⁹⁷⁸. C'est un droit auquel peuvent prétendre les époux qui divorcent par consentement mutuel, par acceptation du principe de la rupture du mariage, pour altération définitive du lien conjugal, ou pour faute⁹⁷⁹. La prestation compensatoire est « Destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives », ainsi que l'énonce l'article 270 du Code civil français⁹⁸⁰. De l'avis de Jean Carbonnier, la prestation compensatoire ne se fonde pas sur l'idée d'une obligation alimentaire prolongeant le devoir de secours qui prend fin avec le mariage, ni d'une indemnité délictuelle qui réparerait un préjudice résultant de la dissolution du mariage⁹⁸¹. *A contrario*, ces fonctions sont celles de la pension alimentaire, ce qui explique encore l'importance de la faute dans le divorce tel qu'il est organisé par les droits africains, et qui permet la discrimination entre les sexes, notamment en droit malien.

Il faudrait plutôt voir dans la prestation complémentaire « une valeur que l'un des conjoints doit fournir à l'autre afin de rétablir entre eux, au sortir du mariage, l'équilibre des conditions

⁹⁷⁶ V. *infra*, n° 703.

⁹⁷⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, op. cit.*, n° 611.

⁹⁷⁸ La réforme résulte de la loi n° 75-617 du 11 juil. 1975 portant réforme du divorce, modifiée par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce (art. 18-I).

⁹⁷⁹ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille, op. cit.*, n° 1494, p. 677 ; N. DISSAUX, Divorce (Cas de divorce), Répertoire de droit civil, Dalloz, rubrique précédemment rédigée par É. FORTIS, avr. 2017 (actualisation avr. 2017).

⁹⁸⁰ De fait, le droit français a évolué, à partir de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, vers la « concentration dans le temps des effets du divorce », le « renforcement de la pacification » et la « simplification de la procédure » (cf. K. GARCIA, Cas de divorce – Divorce pour faute – Faits imputables à un époux : principales applications, LexisNexis, JurisClasseur civil Code, Fascicule 20, 7 août 2015 (mis à jour le 9 mai 2016), n° 7 sq.). Le processus a été renforcé, puis amélioré, par les lois n° 596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce et n° 439 du 26 mai 2004 relative au divorce, ce qui a notamment permis d'articuler « les règlements pécuniaires autour de la notion de prestation compensatoire non révisable, visant à compenser une fois pour toutes la disparité née de la rupture du mariage, grâce au versement d'un capital » (*ibid.*). La loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle s'inscrit aussi dans ce sens. Cette loi a consacré la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel conventionnel (cf. art. 50 de la loi).

⁹⁸¹ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, op. cit.*, n°609.

pécuniaires de vie »⁹⁸². Elle a un caractère forfaitaire et son montant, fixé par le juge, est versé sous la forme d'un capital. En ce sens, la jurisprudence décide que « pour la fixation du montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants la prestation compensatoire versée par l'un des époux à l'autre n'a pas à être incluse dans l'appréciation des ressources et des besoins de l'époux à qui elle est versée »⁹⁸³. Cette innovation du droit français s'inscrit dans le mouvement de pacification du divorce, aussi à l'origine du recul de la référence aux torts dans le divorce, mais qui demeure le principe dans les systèmes juridiques des États de l'Afrique subsaharienne.

297. - Efforts dans certaines législations africaines. Une disposition du Code béninois des personnes et de la famille énonce que :

« En cas de divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, le juge peut allouer à l'époux qui a obtenu le divorce des dommages et intérêts pour le préjudice matériel et moral que lui cause la dissolution du mariage, compte tenu, notamment, de la perte de l'obligation d'entretien.

Le juge décide, selon les circonstances de la cause, si ces dommages et intérêts doivent être versés en une seule fois ou par fractions »⁹⁸⁴.

298. - Rapprochement avec le mécanisme français. Il existe une ressemblance entre cette mesure en droit béninois et la prestation compensatoire du droit français pour ce qui ressort de la fonction indemnitaire. Cependant, l'assimilation ne va pas plus loin, en raison de son adossement aux faits fautifs du conjoint. On peut faire le même constat au sujet des dommages-intérêts et de la prestation compensatoire que consacre le Code des personnes et de la famille du Togo⁹⁸⁵. Il énonce que :

⁹⁸² *Ibid.*

⁹⁸³ Dalloz-actu-etudiant.fr, Prestation compensatoire et pension alimentaire : le rappel du principe de distinction, 6 janv. 2015, à propos de France, Civ. 1^{re}, 19 nov. 2014, Bull. civ. 2014, I, n° 189 (consulté le 3 sept. 2017 sur <http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/prestation-compensatoire-et-pension-alimentaire-le-rappel-du-principe-de-distinction/h/77a5a67abfb46>). La différence est nette avec la pension alimentaire dont l'objet est d'assurer le maintien du niveau de vie de son bénéficiaire antérieur au divorce, suivant les possibilités du débiteur. Son versement étant étalé dans le temps, elle est révisable en cas de modification de la situation des époux. De plus, si la prestation compensatoire peut être accordée dans tous les cas de divorce, la pension alimentaire ne peut l'être dans le divorce par consentement mutuel. Ce paramètre peut obliger les conjoints à opter pour le divorce contentieux.

⁹⁸⁴ Art. 263 du CPF béninois.

⁹⁸⁵ Le Code est issu de la loi n°2012-014 du 6 juillet 2012. Ce code est seul en Afrique subsaharienne, actuellement, à prévoir la prestation compensatoire, mais pas exactement dans les mêmes conditions que celle du Code civil français, ainsi qu'il ressort de la disposition la consacrant (v. I. A. ANANI, *Droit du divorce et liberté*

« En cas de divorce prononcé aux torts exclusifs d'un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que le divorce fait subir à l'autre.

Dans le cas de divorce aux torts partagés ou pour stérilité ou encore dans le cas de demande acceptée, pour compenser la disparition du devoir de secours prévu à l'article 98, l'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser la disparité que le divorce entraîne dans les conditions de vie respective.

La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution prévisible de celle-ci.

Elle ne peut être révisée qu'en cas de changement imprévu dans les ressources et besoins des parties. »⁹⁸⁶

Un auteur fait remarquer que « Dans les États africains où les femmes sont le plus souvent disposées à sacrifier leur carrière pour l'éducation des enfants, ne pas consacrer la prestation compensatoire est attentatoire à leur droit au divorce, surtout dans l'État béninois où la pension alimentaire n'est même pas prévue pour les femmes divorcées. Sans faire du droit catégoriel, il serait important de consacrer la prestation compensatoire pour le droit au divorce des femmes dans [ces États] »⁹⁸⁷. À cet égard, la « neutralisation des torts »⁹⁸⁸ qui caractérise la prestation compensatoire offre le moyen de rééquilibrer les droits des époux en toute circonstance. De là, l'intérêt de son insertion dans les droits africains desquels elle est absente ou de sa refonte dans le droit togolais, en vue, dans ce dernier cas, de la détacher des torts du divorce.

2) Subordination du droit à la pension alimentaire aux torts du mari

299. - Détermination de la pension alimentaire. En droit malien, lorsqu'il est jugé que la femme remplit les conditions pour recevoir la pension alimentaire, celle-ci est fixée dans la limite du quart du montant du revenu du mari⁹⁸⁹. Si le mariage qui prend fin avait été contracté sous l'option de la polygamie, la pension alimentaire ne peut dépasser 1/8^e du revenu du mari

individuelle en Afrique de l'ouest francophone : cas du Bénin, du Burkina Faso, de la Côte d'ivoire et du Togo, op. cit., p. 226).

⁹⁸⁶ Cf. art. 150 du CPF du Togo.

⁹⁸⁷ Cf. I. A. ANANI, *Droit du divorce et liberté individuelle en Afrique de l'ouest francophone : cas du Bénin, du Burkina Faso, de la Côte d'ivoire et du Togo, op. cit.*, p. 228.

⁹⁸⁸ F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, op. cit.*, n° 279.

⁹⁸⁹ Cf. art. 368, al. 2, du CPF du Mali. À rapprocher de l'article 399, al. 2, du CPF burkinabè qui pose qu'il est tenu compte du nombre d'épouses pour la fixation du montant.

pour deux épouses, 1/12^e pour trois épouses et 1/15^e pour quatre épouses⁹⁹⁰. La pension est allouée pour une durée maximale de cinq ans⁹⁹¹, mais elle peut cesser de façon anticipée dans certains cas. Ainsi, le remariage de la femme lui fait perdre le droit à la pension alimentaire, tout comme un changement substantiel avéré dans sa situation financière. Il en va de même si la femme est convaincue d'inconduite notoire ou lorsque la pension cesse de lui être nécessaire. Ces restrictions mettent en relief la fonction de prolongement du devoir de secours de la pension alimentaire, qui cesse néanmoins en cas de faute de la partie bénéficiaire⁹⁹². Le mode opératoire est le même dans le Code burkinabé des personnes et de la famille, dont l'article 399, en ses alinéas 1 et 2, dispose que « Le divorce met fin au devoir de secours [...] Cependant une pension alimentaire peut être allouée à l'époux qui se trouve dans le besoin sans que celle-ci puisse excéder le quart des revenus de l'autre », précisant que « Dans le mariage polygamique, il sera tenu compte du nombre d'épouses pour la fixation du montant de la pension alimentaire ».

300. - Faute comme fondement du droit à la pension. Le caractère indemnitaire de la pension alimentaire a, par le passé, en droit français⁹⁹³, conduit à la réserver aux cas de divorce où une faute pouvait être retenue contre l'un des époux. De ce fait, seuls les conjoints innocents pouvaient y prétendre. Également, l'idée voulait que l'état de besoin la justifiant puisse être constatée au moment de la dissolution du mariage pour cause de mort, ou lorsqu'il résultait de la rupture du mariage. La théorie ainsi construite se basait sur l'article 1382 du Code civil de 1804, siège de la responsabilité civile délictuelle, ce qui permettait également, au-delà de l'époux redevable, de faire supporter la charge de la pension alimentaire aux héritiers du débiteur⁹⁹⁴. En France, le rattachement classique de la pension alimentaire à la faute a faibli,

⁹⁹⁰ Cf. art. 368, al. 3, du CPF du Mali.

⁹⁹¹ Contre trois ans dans le droit burkinabé (art. 683, al. 2, du CPF). La durée limitée de la pension alimentaire dans les droits de l'Afrique francophone tend à modifier sa nature première, à savoir une prestation temporellement indéfinie, pour la rapprocher de celle de la prestation compensatoire connue en droit français.

⁹⁹² Sur les causes mettant un terme à la pension alimentaire, le Burkina Faso prévoit un cas à part, à savoir lorsque le débiteur d'aliments établit qu'il n'a plus de ressources (art. 683, al. 2, du CPF burkinabé). On peut penser que cela s'inscrit dans l'esprit d'une survie du devoir de secours entre époux. Par ailleurs, en France, il a été jugé que la partie bénéficiaire de la pension alimentaire issue de la convention de divorce peut y renoncer (France, Civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, JCP 2005. II. 10104, concl. J. SAINTE-ROSE, note S. GABORIAU).

⁹⁹³ Avant la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 (cf. J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, op. cit.*, n°611).

⁹⁹⁴ Art. 631 al. 2 du CPF béninois ; 683 al. 2 du CPF Burkinabé.

jusqu'à la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, qui a remanié en profondeur les règles du divorce et a introduit la prestation compensatoire en remplacement de la pension alimentaire⁹⁹⁵.

301. - Droit malien. Le droit malien continue de lier, sans concession, le droit à la pension alimentaire à l'existence de torts à l'encontre du conjoint qui peut légalement en être le débiteur, à savoir le mari⁹⁹⁶. Au reste, il est noté que le législateur malien ne précise pas le type des torts retenus contre le mari, de nature à ouvrir le droit à la pension alimentaire. De cette façon, il n'est pas indiqué si ce sont des torts exclusifs du mari ou s'il peut aussi s'agir de torts partagés entre les époux. À défaut de précision, les torts partagés du mari et de la femme risquent probablement d'être considérés comme une cause d'exclusion de l'octroi d'une pension à la femme partiellement fautive, comme ce fut le cas en France⁹⁹⁷.

302. - Droits béninois et burkinabè. Les lois béninoise et burkinabè sur le mariage dissocient désormais, dans une certaine mesure, le droit à la pension alimentaire de la responsabilité des torts du mariage. Ainsi reconnaissent-elles des cas de divorce sans faute, à côté du divorce par consentement mutuel, à savoir le divorce pour rupture de la vie commune et le divorce pour stérilité ou pour impuissance médicalement constatée⁹⁹⁸. Comme il a déjà été remarqué, le Code béninois permet au juge de se prononcer à propos de la pension alimentaire à l'occasion des mesures de crise⁹⁹⁹. Pour sa part, le Code burkinabè prévoit la possibilité d'accorder la pension à l'époux dans le besoin lors de la détermination des mesures de crise, de même qu'à la fin du mariage. Cette possibilité demeure, alors même que les torts exclusifs seraient prononcés contre le conjoint se trouvant dans le besoin, s'il apparaît contraire à l'équité de ne pas lui accorder la pension alimentaire¹⁰⁰⁰.

303. - Effacement de la référence aux torts dans l'évolution du droit français du divorce. L'histoire du divorce en France révèle qu'au début, la séparation du couple ne pouvait prendre

⁹⁹⁵ N. DISSAUX, Divorce (Conséquences), Répertoire de droit civil, Dalloz, rubrique précédemment rédigée par É. FORTIS, avr. 2017 (actualisation juil. 2017), n° 165 *sq.* Tout de même, il faut remarquer que, malgré tout, la prestation compensatoire peut dépendre de la responsabilité des torts du divorce (*cf.* F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, op. cit.*, n° 281).

⁹⁹⁶ V. art. 368, al. 1^{er}, du CPF malien.

⁹⁹⁷ Lire à ce propos J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, op. cit.*, n° 611.

⁹⁹⁸ Art. 234 du CPF béninois et art. 367 du CPF burkinabé.

⁹⁹⁹ V. *supra*, n° 293.

¹⁰⁰⁰ Art. 379, 399, 400 et 414 du CPF burkinabé.

appui que sur une faute¹⁰⁰¹. Mais aujourd'hui, le divorce n'intervient plus principalement pour faute. Aussi le législateur français a-t-il pris le parti de développer le divorce sans faute, dans le souci de ne plus contraindre les conjoints désirant se séparer à se soumettre à une mascarade dans laquelle chacun doit nécessairement trouver des fautes à mettre sur le compte de l'autre, alors même qu'objectivement, il n'aurait pas de griefs contre lui¹⁰⁰².

Par ailleurs, le divorce agit différemment sur la capacité de l'homme et de la femme à se remarier.

B. Délai de viduité pour la femme

304. - Transmutation du délai de viduité. Dans les États africains, sous l'empire de l'ancien Code civil français, la femme dont le mariage était dissous par divorce ne pouvait pas se marier avant l'expiration d'un certain délai. Ce délai, dit « de viduité », avait pour but d'empêcher toute confusion dans la détermination de la paternité de l'enfant né peu de temps suivant la rupture du précédent lien matrimonial¹⁰⁰³. Dans les Codes des personnes et de la famille du Bénin et du Burkina Faso, cet empêchement à mariage est simplement prohibitif. De ce fait, il peut être levé par une preuve de non grossesse. Quant au délai spécifié dans le Code malien des personnes et de la famille, il est observé qu'il n'a pas de base séculaire (1). Plus encore, il n'est pas susceptible d'être interrompu avant son échéance (2).

1) Atteinte au droit au remariage de la femme

305. - Délai de trois mois pour le remariage de la femme. En droit malien, l'article 366 énonce que « La femme divorcée ne peut contracter un nouveau mariage avant un délai de trois mois à compter du divorce ». C'est un délai qui ne cadre pas tout à fait avec la logique qui sous-tend le délai de viduité¹⁰⁰⁴, habituellement ajusté sur la durée maximale estimée d'une

¹⁰⁰¹ É. FORTIS, *Divorce (Cas de divorce)*, Répertoire de droit civil, Dalloz, sept. 2011 (actualisation janv. 2016), n°1.

¹⁰⁰² Cf. F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, op. cit.*, n° 250. Initialement prévu dans le Code civil de 1804, il posait trop de conditions qui étaient difficiles à remplir en pratique. Aboli par une loi du 8 mai 1816, il a fallu attendre la loi du 11 juil. 1975 pour le voir réhabilité (pour aller plus loin, lire É. FORTIS, *Divorce (Cas de divorce)*, *op. cit.*, n°17).

¹⁰⁰³ La dénomination « délai de viduité » est aujourd'hui impropre. Comme son nom l'indique, ce délai a été initialement conçu pour s'appliquer à la femme dont le mari est décédé. Puis il a été étendu à la femme divorcée et à la femme dont le premier mariage a été annulé, toutefois sans revoir la notion pour englober toutes les hypothèses (v. M. LAMARCHE, *La réduction des conditions de formation du mariage : une évolution en dents de scie*, in « La liberté fondamentale du mariage », PUAM, 2009, p. 120). L'origine du délai lui donne une coloration morale. De fait, par-delà son utilité juridique, le délai de viduité joue aussi le rôle de délai de « bienséance », avant le remariage de la femme.

¹⁰⁰⁴ V. *infra*, n° 306.

grossesse, soit de trois cents jours¹⁰⁰⁵. Certains y voient une influence de la religion musulmane. Des propos d'Abdoulaye-Bara Diop semblent confirmer cette thèse. En effet, dans son étude sur la famille *wolof*, l'auteur expose que « L'Islam donne au mari – en tant qu'individu – le droit de répudier son épouse (*t'a/âg* en arabe, *jase* en *wolof*) [...] Un délai de viduité de trois mois doit être respecté par la femme (*japp yedd*). Il a pour but de déterminer la paternité de l'enfant qui naîtrait après la séparation ; il se prolonge, jusqu'à l'accouchement, en cas de grossesse. »¹⁰⁰⁶.

306. - Délai de viduité dans les droits béninois et burkinabè. Le délai prévu en droit malien se distingue du délai de viduité qui figure dans les droits béninois et burkinabè. En vertu de celui-ci, la femme a l'obligation d'observer un délai de 300 jours avant de contracter un nouveau mariage. Ce délai est décompté à partir de l'ordonnance ayant autorisé la résidence séparée. Néanmoins, en cas de conversion d'une séparation de corps en divorce, la femme peut contracter un nouveau mariage dès que la décision de conversion est passée en force de chose jugée¹⁰⁰⁷. L'attente donne le temps à la femme éventuellement enceinte du précédent mari d'accoucher, afin de lever toute incertitude sur la paternité de l'enfant né après la dissolution du mariage. L'intérêt de la théorie consiste en ce que l'enfant né dans cet intervalle est couvert par la présomption de paternité, de sorte que son père est d'office désigné en la personne du mari dont la mère a récemment divorcé. Il est toutefois possible au père présumé d'écarter la présomption, en démontrant qu'il ne peut être le père de l'enfant, comme pour tout enfant né pendant le mariage¹⁰⁰⁸.

307. - Effet du délai de viduité sur la liberté matrimoniale de la femme. L'empêchement à mariage qui résulte du délai de viduité encore présent dans les droits du mariage africains répond à un objectif précis. Il défend à la femme de se remarier immédiatement après son divorce, en vue de contenir le contentieux lié à la filiation. Mais, si le délai de viduité se justifie objectivement, il n'en demeure pas moins qu'il représente une condition du mariage qui empiète sur la liberté matrimoniale de la femme. Historiquement, il figurait parmi les interdits matrimoniaux définis par le Code civil français de 1804, qui étaient au nombre de six : la mort

¹⁰⁰⁵ La période de conception se situe légalement entre le 300^e jour et le 180^e jour précédant la naissance d'un enfant (cf. art. 301 du CPF béninois ; art. 424 du CPF burkinabé ; art. 449 al. 1 du CPF malien).

¹⁰⁰⁶ A.-B. DIOP, *La famille wolof : Tradition et changement*, op. cit., p. 233.

¹⁰⁰⁷ Art. 124 al. 1^{er} du CPF béninois ; art. 246 al. 1 du CPF burkinabé. Dans le Code malien des personnes et de la famille, l'article 381 dispose que « La femme séparée de corps, en cas de décès du mari, ne peut contracter mariage [que] dans le délai de quatre mois et dix jours à compter du décès ».

¹⁰⁰⁸ Art. 300 du CPF béninois ; art. 424 al. 3 du CPF burkinabé ; art. 449 al. 3 du CPF malien.

civile, la complicité d'adultère, l'existence d'un divorce antérieur entre les futurs époux, le respect d'un délai de viduité, l'existence d'un mariage antérieur non dissous et la parenté ou l'alliance à un certain degré. Aujourd'hui, il ne subsiste que les deux dernières conditions dans le droit français¹⁰⁰⁹. Le délai de viduité a été supprimé par la loi française n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce¹⁰¹⁰.

Malgré tout, le délai de viduité garde toute sa force parmi les conditions sociologiques du mariage, telles que définies par le Code malien des personnes et de la famille, de même que par les autres Codes des États de l'Afrique subsaharienne. Toutefois, par rapport au délai fixé dans ces derniers textes, la durée retenue par le Code malien semble prendre appui sur la religion, une position qui est contraire au principe laïc affirmé dans la Constitution malienne¹⁰¹¹. De plus, le délai de viduité du Code malien présente la particularité de ne pas pouvoir être écourté.

2) Délai non susceptible de dispense

308. - Caractère obsolète du délai de viduité. Le délai de viduité institué dans le droit malien doit s'écouler entièrement avant que la femme puisse contracter une nouvelle union. Cependant, l'évolution moderne a rendu ce délai obsolète, même si « des considérations de moralité »¹⁰¹² en favorisent la survie. En effet, au plan juridique, s'agissant du problème de confusion de part auquel il est censé apporter une solution, la science offre désormais des possibilités diverses pour établir avec certitude la paternité d'un enfant au cœur d'une contestation¹⁰¹³. De plus, le rétrécissement du domaine de la présomption de paternité réduit sensiblement les avantages qu'il était possible d'en attendre¹⁰¹⁴. Enfin, l'affaiblissement du délai de viduité se constate dans la jurisprudence. Ainsi a-t-il été jugé, en France, qu'une opposition formée contre le mariage d'une femme divorcée pour inobservation du délai de viduité était irrecevable, dans la mesure où, malgré le non-respect de ce délai, le mariage avait bien été dissous¹⁰¹⁵. Dès lors, chaque fois que le risque de confusion de part n'est pas encouru ou qu'une alternative permet de l'éviter, le codificateur malien devrait pouvoir considérer ces solutions,

¹⁰⁰⁹ Cf. J.-J. LEMOULAND, *Empêchements à mariage*, Dalloz Action Droit de la famille (Œuvre collective sous la direction de Pierre Murat), 2016, Chapitre 112, n° 112.09.

¹⁰¹⁰ Les articles du Code civil français qui y étaient relatifs ont été abrogés : il s'agit de l'article 228 qui s'appliquait généralement et des articles 261 à 261-2 spécifiques au cas de divorce.

¹⁰¹¹ V. *supra*, note ss n° 104.

¹⁰¹² V. F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, op. cit.*, n°115.

¹⁰¹³ V. *supra*, n° 411 sq.

¹⁰¹⁴ M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Mariage (2° Conditions de formation), op. cit.*, n° 322.

¹⁰¹⁵ V. France, Civ., 14 avr. 1902, DP 1903. 1. 380. ; aussi, France, Colmar, 8 juil. 1970, JCP 1971. II. 16604, note J. A.

surtout si elles emportent moins de restrictions pour les droits pour la femme¹⁰¹⁶. De fait, la femme n'est plus obligée d'attendre l'échéance du délai de viduité pour se remarier, en prévention d'une éventuelle grossesse de son précédent mari, si effectivement elle peut prouver qu'elle n'est pas enceinte au moment où la question est appréciée.

309. - Facteur d'inégalité entre les sexes. Ayant beaucoup perdu de son intérêt, le délai de viduité n'a plus vraiment sa raison d'être, d'autant que l'institution d'un délai d'attente pour se remarier, pour la femme et non pour l'homme, rompt l'égalité entre les sexes¹⁰¹⁷. Ces raisons ont conduit le législateur français à abroger ce délai par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce¹⁰¹⁸. D'ailleurs, bien avant cette intervention du pouvoir législatif français, les applications pratiques du délai de viduité étaient assez rares, ce qui fait observer que « Le législateur de 2004 n'a [...] finalement fait qu'entériner une abrogation par désuétude et la liberté matrimoniale n'y a semble-t-il rien gagné »¹⁰¹⁹.

310. - Possibilité d'interruption du délai de viduité. Étant maintenant possible de prouver l'absence de grossesse au moyen d'un examen clinique, la femme peut, en principe, obtenir la réduction du délai de viduité. En effet, en droit burkinabè, l'article 246, alinéa 3, du Code des personnes et de la famille prévoit que le délai peut être ramené à un mois lorsque la femme présente un certificat médical de non grossesse à l'officier de l'état civil chargé de célébrer le mariage. Quant au droit béninois, il semble se situer dans une position intermédiaire entre le droit burkinabè et le droit malien sur la question de la réduction du délai de viduité. Ainsi, l'article 261, alinéa 2, du Code des personnes et de la famille béninois dispose, de manière sibylline, que « Chacun des époux peut contracter une nouvelle union. Toutefois, en ce qui concerne la femme, le délai de viduité prévu à l'article 124 [du Code des personnes et de la famille] prend effet à compter de l'ordonnance de non conciliation. Cependant, lorsque le délai est réduit de trois (3) mois, il prend effet à compter du jour où le jugement n'est plus susceptible de voies de recours ». Il n'est pas d'autre disposition plus explicite permettant de mieux comprendre l'esprit du législateur béninois. Par défaut, il faut s'en tenir à celle-là pour

¹⁰¹⁶ En France, avant la suppression du délai de viduité par la loi du 26 mai 2004, le temps d'attente qui en résultait avait été assoupli, par rapport à son point de départ ou par rapport aux possibilités d'en obtenir la réduction en partie ou en totalité, pour s'en tenir à la mesure strictement nécessaire à l'objectif poursuivi (cf. M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Mariage (2° Conditions de formation)*, *op. cit.*, n° 322).

¹⁰¹⁷ J.-F. ESCHYLLE, *Mariage : Formation - Effets*, *op. cit.*, n° 9.

¹⁰¹⁸ Cf. F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, *op. cit.*, n°275.

¹⁰¹⁹ M. LAMARCHE, *La réduction des conditions de formation du mariage : une évolution en dents de scie*, *op. cit.*, p. 120.

considérer que le droit béninois autorise la compression de la durée de principe de trois cents jours, mais qu'elle ne peut être abaissée en deçà de trois mois. Cette position rejoint quelque peu celle du législateur malien qui fixe le délai de viduité à trois mois dans tous les cas, un délai dont la connotation religieuse a déjà été soulignée¹⁰²⁰. Pourtant, le principe laïc est aussi reconnu par la loi fondamentale béninoise¹⁰²¹.

311. - Non-prise en compte des assouplissements classiques dans la mise en œuvre du délai de viduité. Le Code des personnes et de la famille du Mali ne mentionne pas l'hypothèse de la délivrance de la femme après la séparation d'avec le précédent mari. Or, normalement, le délai de viduité devient caduc en ce cas, ainsi que l'envisagent d'ailleurs les Codes des personnes et de la famille du Bénin et du Burkina Faso¹⁰²². Aussi, il est acquis que, dans le cas du divorce, le délai commence à courir à partir de la décision qui autorise les époux à résider séparément¹⁰²³. Par conséquent, si la séparation a duré au moins trois cents jours, le délai d'attente n'a plus à être observé. De même, lorsque le divorce a été précédé d'une séparation de corps, le Code burkinabè autorise la femme à se remarier dès que la décision de conversion est passée en force de chose jugée¹⁰²⁴. Enfin, le délai peut, dans le cas du Bénin, être abrégé par ordonnance du président du tribunal dans le ressort duquel le mariage a été célébré, s'il résulte visiblement des circonstances que le précédent mari n'a pas cohabité avec sa femme depuis trois cents jours¹⁰²⁵. Dans la pratique, chaque fois que le mariage est célébré sans que le délai de viduité ne soit observé, l'expédition authentique accordant la dispense ou, à défaut, le certificat de non grossesse, doit être fourni parmi les pièces constituant le dossier de mariage¹⁰²⁶.

Il vient d'être exposé les inégalités entre les sexes résultant des textes de loi. Il convient maintenant de s'interroger sur ce qu'il en est en cas de dissolution du mariage pour cause de mort.

¹⁰²⁰ V. *supra*, n° 305.

¹⁰²¹ Loi n° 90-32 du 11 déc. 1990 portant Constitution de la République du Bénin.

¹⁰²² Cf. art. 124, al. 3, du CPF béninois et art. 246, al. 3, du CPF burkinabè.

¹⁰²³ V. *supra*, n° 306.

¹⁰²⁴ Art. 246 al. 4 du CPF burkinabè.

¹⁰²⁵ Néanmoins, cela ne se peut qu'après avoir entendu le ministère public (cf. art. 124 al. 2 du CPF béninois).

¹⁰²⁶ Art. 127 du CPF béninois ; art. 253 du CPF burkinabé.

§ 2 : Inégalités des sexes dans la dissolution du mariage au plan coutumier

312. - Résurgence du pluralisme normatif lors de la dissolution du mariage par décès. Les droits africains de la famille restent marqués par le pluralisme juridique, même si celui-ci n'est pas officiellement reconnu par les États¹⁰²⁷. De la sorte, l'article 1066 du Code burkinabè des personnes et de la famille dispose que « Les coutumes cessent d'avoir force de loi » dans les matières qu'il régit. Il peut être convenu avec Dominique Fenouillet que, « Contrairement aux apparences, le Code civil ne règne pas sans partage sur la famille, car le droit civil puise à de multiples sources, formelles ou réelles, en matière familiale : conventions internationales, sources constitutionnelles, autres codes, décrets, circulaires administratives, jurisprudences, pactes de famille, pratiques privées... »¹⁰²⁸. En Afrique, les pratiques privées sont, de toutes les influences que peut subir le droit de la famille, les plus nombreuses et les plus tenaces. Notables en matière de veuvage, elles sont souvent contraires aux droits humains, mais elles ne sont pas réprimées dans les États du Bénin, du Burkina Faso et du Mali¹⁰²⁹.

313. - Pratiques coutumières imposées à l'épouse, conjointe survivante. Lorsque survient le décès d'un époux, au demeurant le mode normal d'extinction du mariage selon le droit moderne, les règles coutumières recèlent de fortes inégalités entre l'homme et la femme. La mort du mari déclenche une série de cérémonies coutumières qui requièrent la participation plus ou moins active de la veuve. Elle troublerait la cosmogonie africaine, et, pour son rétablissement, la veuve doit se soumettre à des rituels. En revanche, le mari survivant n'est pas soumis aux mêmes exigences. En outre, la coutume discriminante se déploie sans véritablement trouver de limites légales. Le caractère sexo-spécifique des coutumes de veuvage apparaît à l'examen de certains rites de veuvage (A). Ensuite, la vivace tradition du lévirat accentue l'écart entre l'homme et la femme dont le mariage prend fin par la mort (B).

A. Les rites de veuvage

B. Le lévirat

¹⁰²⁷ Cf. *supra*, n° 38.

¹⁰²⁸ D. FENOUILLET, Le droit civil de la famille hors le Code Civil, LPA 2005, n°188, p. 3.

¹⁰²⁹ Selon un auteur, le désintérêt marqué envers ce problème proviendrait de ce qu'il n'est pas autant pris en charge que d'autres au plan international, notamment par des financements (cf. A. B. MAKAMBO, RDC : Souffrance des femmes veuves, 14 août 2014, *KongoTimes*, consulté le 14 avr. 2016 sur <http://afrique.kongotimes.info/femmes/7980-rdc-souffrance-femmes-veuves-etats-generaux-femme-congolaise-pour-parler-droits-veuve-bebe-amunazo-odette-mbutulu-racontent.html>).

A. Les rites de veuvage

314. - Droit légiféré contre coutume. Les lois modernes prévoient que le décès d'un conjoint entraîne la dissolution du mariage. De leur point de vue, il n'est pas fait de distinctions fondamentales entre la mort du mari et celle de la femme. Les différences notées ont trait à l'ouverture de la tutelle après la mort du mari, en présence d'un enfant mineur du *de cuius* en droit malien¹⁰³⁰, et à la modulation de la pension alimentaire en fonction du nombre d'épouses en cas de polygamie dans les droits burkinabè et malien¹⁰³¹. Sauf ces exceptions, la mort d'un conjoint éteint ou bien ouvre les mêmes droits pour le conjoint survivant en droit positif. Dès lors, en théorie, les conséquences sont à peu près les mêmes pour tous les cas.

Du point de vue de la coutume, toutefois, il existe des différences majeures selon le sexe du conjoint prédécédé¹⁰³². La veuve est obligée de se soumettre à des rituels de veuvage. Usuellement, il s'agit d'un côté d'une période de cloisonnement à observer (1) et de l'autre de rites proprement dits (2).

1) Retraite obligatoire de la femme veuve

315. - Pratiques coutumières *contra legem*. Dans la culture africaine, les funérailles sont une étape obligatoire après la mort d'une personne adulte, d'autant plus si elle était mariée. Lorsque le conjoint masculin décède le premier, l'épouse survivante est tenue de respecter les rites que la tradition lui impose, pour marquer le passage au statut de veuve. Il n'est pas regardé au type du mariage qui l'unissait au défunt, c'est-à-dire si l'union avait été célébrée en la forme légale, religieuse ou bien coutumière, les africains célébrant souvent leur mariage suivant les trois formes¹⁰³³. Peu importe également le milieu de vie qui était celui du couple, à savoir citadin ou rural. Même, lorsque le couple était installé en milieu urbain, la femme a l'obligation de se rendre au village pour respecter la tradition¹⁰³⁴. Pour la femme vivant au village, l'annonce de la mort du mari signe l'arrêt de toutes ses activités, afin de rentrer en isolement. Concrètement, la

¹⁰³⁰ V. *supra*, n° 275 sq.

¹⁰³¹ V. *supra*, n° 301.

¹⁰³² V. WILDAF-Togo, Effectivité des droits des femmes en Afrique de l'Ouest : Quelles responsabilités pour les acteurs judiciaires et extrajudiciaires ? (Cas du : Bénin, Burkina Faso, Ghana, Mali, Nigeria, Sénégal et Togo), par B. OLATERU-OLAGBEGI et K. ADJAMAGBO-JOHNSON, 48e session de la Commission sur la condition des femmes, mars 2004, Togo, p. 6.

¹⁰³³ V. *supra*, n° 188.

¹⁰³⁴ Cf. V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme, op. cit.*, p. 379.

femme est tenue de rester en retrait pendant un certain temps¹⁰³⁵, variable suivant les communautés. Dans des États comme le Tchad et le Sénégal, le temps de réclusion s'étend sur quatre mois et dix jours¹⁰³⁶, mais il peut varier jusqu'à deux ans¹⁰³⁷. Le lieu de la retraite est souvent une maison qui se situe à l'écart du reste des concessions. Si un enfant naît pendant cette période, il « appartient » au défunt. Par conséquent, il est appelé à la succession comme tous les autres héritiers, à moins que sa naissance ne se produise après le partage.

316. - Spoliation de l'héritage pendant le deuil de l'épouse. Le sens traditionnel de tous les rites qui entourent la mort du mari est aujourd'hui dévoyé. Dorénavant, la coutume sert bien plus de paravent pour assouvir de mauvais desseins comme le révèle l'étude d'Anne-Claude Cavin sur la société burkinabè contemporaine¹⁰³⁸. Étant donné que la retraite pour cause de veuvage oblige la femme à quitter son cadre de vie habituel, donc le domicile conjugal, il est souvent constaté que les parents proches de l'homme tirent parti de ce moment pour spolier la veuve, et éventuellement ses enfants, de tous les biens se trouvant à leur portée audit domicile ou ailleurs. Il peut s'agir de biens qui font partie de l'héritage du *de cuius*, voire des biens propres de la femme, y compris des documents officiels quelquefois¹⁰³⁹. Ces agissements sont mis sur le compte de la tradition, qui voudrait que l'ensemble des biens du défunt soient réunis au lieu où se déroule les cérémonies funéraires¹⁰⁴⁰. En réalité, le subterfuge permet à des personnes peu scrupuleuses de s'accaparer sans difficulté les biens constituant l'héritage. De fait, la femme est alors en isolement et ignore le déroulement des événements. Quand bien même elle en aurait connaissance, la bienséance lui interdit de se lancer dans des querelles d'héritage, peu de temps après la perte de son mari.

317. - Importance d'une répression spécifique des violations des droits de la femme veuve. En l'état actuel des droits de la plupart des États de l'Afrique subsaharienne, la femme veuve ne bénéficie pas d'une protection adaptée. Il arrive que des femmes en situation de veuvage, étant

¹⁰³⁵ WILDAF-Togo, Effectivité des droits des femmes en Afrique de l'Ouest..., *op. cit.*, p. 6.

¹⁰³⁶ Rapport de la Commission sociale, in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *op. cit.*, p. 565.

¹⁰³⁷ M.-A. NDOMBET, La femme et la pratique du droit coutumier au Gabon (baptême, mariage, décès), in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *op. cit.*, p. 334.

¹⁰³⁸ A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè : Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, *op. cit.*, p. 136 sq.

¹⁰³⁹ Cf. Entretien VEU 3, réalisé le 15 juin 2017 : une veuve explique que les parents de son défunt mari ont emporté le permis urbain d'habiter de leur résidence pour l'empêcher d'exercer ses droits sur le terrain.

¹⁰⁴⁰ Cf. Entretien PER 1, réalisé le 11 avr. 2017 : une militante d'une association d'aide juridique aux femmes, magistrat à la retraite, expose avoir connu un cas pendant son service, dans lequel tous les biens appartenant aux époux avaient été emportés au village natif de l'homme, au motif de procéder à des rituels.

prévenues de la réinterprétation des règles traditionnelles à des fins vénales, refusent de se soumettre à la coutume de la retraite pour deuil. Mais, dans ce cas, elles ne sont pas à l'abri d'intimidations visant à leur faire renoncer, pour elles et leurs enfants, aux droits sur l'héritage. Selon Anne-Claude Cavin, « Les cas les plus caricaturaux que l'on puisse trouver sont les cas de scandales fictifs créés autour de la veuve par sa belle-famille. On l'accuse de sorcellerie, du meurtre de son mari, ou on conteste rétroactivement la paternité du défunt sur ses enfants. Puis, on la bannit dès que sa présence n'est plus souhaitée dans l'univers familial »¹⁰⁴¹. Parfois, la diffamation atteint bien son objectif de discréditer la veuve, au point qu'elle abandonne les biens litigieux. Il faut reconnaître que la méthode est presque imparable, surtout en ce qui concerne les charges de sorcellerie, pour lesquelles Anne-Claude Cavin estime que « Ce type d'accusations représente peut-être le paroxysme du pouvoir arbitraire dont dispose une belle-famille sur la veuve de son parent. On ne peut pas exclure que les gens croient en des pouvoirs surnaturels et qu'ils soient de bonne foi dans certaines de leurs accusations. Mais il est clair, au contraire, que ce type de menaces représente l'arme la plus violente dont les familles disposent, parce qu'une veuve rejetée sur la base d'accusations d'ordre surnaturel n'a aucun moyen de se défendre, même si elle est instruite ou combative »¹⁰⁴². L'homme veuf, quant à lui, n'a pas à affronter des contraintes socio-culturelles de cet ordre, ainsi que le fait observer Dominique Van De Walle dans son étude sur le veuvage en Afrique¹⁰⁴³. Devant cette situation, il faudrait des dispositions légales appropriées permettant de réprimer les comportements préjudiciables à la femme du fait du veuvage. Mais, elles sont inexistantes dans les droits étudiés.

Au sortir de la retraite de viduité, à laquelle la veuve n'aura généralement pas pu se soustraire, elle doit en outre se prêter à des cérémonies. Celles-ci remettent en cause les droits humains fondamentaux.

2) Cérémonies coutumières imposées à la femme veuve

318. - Manquements aux droits de la femme veuve. Il convient de préciser que les cérémonies rituelles sont pratiquées autant pour l'homme que pour la femme qui survit à son

¹⁰⁴¹ A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè : Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, op. cit., p. 140. Le phénomène prend de l'ampleur au point d'inciter la création de centres d'accueil pour les veuves spoliées de tous leurs biens.

¹⁰⁴² *Ibid.* A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè : Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, op. cit., p. 140.

¹⁰⁴³ D. Van De WALLE, *Être veuve en Afrique : le lien entre situation matrimoniale et pauvreté*, 11 janv. 2016, consulté le 14 avr. 2016 sur <http://blogs.worldbank.org/africacan/fr/etre-veuve-en-afrique-le-lien-entre-situation-matrimoniale-et-pauvrete>.

conjoint. Cependant, les rituels qui concernent l'homme n'ont pas généralement le caractère vexatoire de ceux qui sont réservés à la femme. Bien au contraire, ils sont orientés vers la préparation du veuf à la vie sans l'épouse décédée. Pour la femme, en revanche, il s'agit d'un ensemble de violences physiques, psychologiques et économiques, qui s'étalent le long des obsèques et même après. Les attitudes envers la veuve donnent l'impression qu'elle doit être "punie" pour le décès de son époux, comme le relève un auteur. Il est ainsi exposé qu'« Un des arguments pour convaincre la femme de s'exécuter est qu'elle doit, en subissant toutes ces tortures, donner la preuve de son innocence. En effet, l'espérance de vie des femmes étant plus longue que celle des hommes, elles [sont] toujours soupçonnées d'être à l'origine de leur mort »¹⁰⁴⁴.

319. - Pratiques contraires à la dignité. Dans certains cas, les cérémonies revêtent un aspect dramatique pour la femme. Late Pater fournit un éclairage sur les rites auxquels la veuve peut être soumise après la mort du mari. L'auteur indique que « Ces pratiques comprennent entre autres [la réclusion des veuves] pendant plusieurs mois, sans changer de vêtements et sans hygiène personnelle, le rasage de la tête et le fait de s'asseoir sur le sol nu pendant plusieurs jours »¹⁰⁴⁵. Pendant leur durée, la veuve n'est pas autorisée à s'alimenter normalement. Les moments propices lui sont indiqués par les tenants de la coutume¹⁰⁴⁶. Il est également rapporté qu'« Au Gabon et au Sénégal, par exemple, la veuve peut subir les pires affronts si la communauté juge qu'elle n'a pas été une bonne épouse ou une bonne mère. Au Gabon, on peut exiger qu'elle marche sur le cadavre de son mari. Au Sénégal, la belle-famille, au moment de la cérémonie de dénattage¹⁰⁴⁷, *Firi*, a l'occasion de remercier ou d'insulter la veuve selon qu'elle aura été une bonne mère ou une mauvaise épouse »¹⁰⁴⁸. Dans d'autres cas, il peut s'agir de bains glacés au petit matin, sans égard pour les règles d'hygiène, aux fins desquels la veuve doit se dénuder devant un rassemblement de femmes et quelquefois d'hommes de la communauté du

¹⁰⁴⁴ À ce propos, lire Association de lutte contre les violences faites aux femmes (ALVF), Les actions contre les rites de veuvage au Cameroun, accessible sur <http://www.agirledroit.org/article1140.html>, consulté le 15 avr. 2017.

¹⁰⁴⁵ L. PATER, *Le veuvage*, 7 mars 2013, consulté le 14 juil. 2016 sur <http://www.pa-lunion.com/Le-veuvage.html>.

¹⁰⁴⁶ Elle ne peut obtenir de dérogation pour avoir des repas réguliers, quand bien même elle suivrait un traitement médical nécessitant la prise de médicaments pendant les repas (cf. Association de lutte contre les violences faites aux femmes (ALVF), Les actions contre les rites de veuvage au Cameroun, *op. cit.*).

¹⁰⁴⁷ Ce terme désigne le moment où la coiffure de la femme est défaits et sa tête rasée.

¹⁰⁴⁸ M.-A. NDOMBET, La femme et la pratique du droit coutumier au Gabon (baptême, mariage, décès), in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *op. cit.*, p. 334 ; Rapport de la Commission sociale, *ibid.*, p. 565.

précédent mari¹⁰⁴⁹. Certaines fois, la veuve subit des châtements corporels administrés en public avec un fouet¹⁰⁵⁰. D'autres fois encore, il est demandé à la femme de sauter, sans tomber, par-dessus des feux, pour montrer qu'elle n'est pas responsable de la mort de son mari, hypothèse qui serait retenue si elle ne réussissait pas l'épreuve. Il est possible d'imaginer que la pression psychologique sur la femme dans ce moment est telle que la probabilité d'échec est plus élevée que celle de réussite. Si la femme échoue, la famille du défunt s'autorise à confisquer les biens auparavant convoyés au village pour les cérémonies mortuaires. La femme est ensuite renvoyée de la famille, avec les enfants qu'elle aurait eu de son mariage¹⁰⁵¹. La position sociale élevée de la femme ne lui permet pas d'échapper toujours à ces rituels. Tout au plus, peut-elle obtenir de ne pas subir les plus dégradants d'entre ceux-ci. En outre, en cas d'accaparement des biens, la femme en activité professionnelle peut plus facilement retrouver un équilibre que celle qui était au foyer.

320. - Absence de protection légale spécifique de la femme veuve vulnérable. Le silence des lois sur la famille, en ce qui concerne ces pratiques répréhensibles, ne prévient pas la femme contre la méconnaissance de ses droits, et encore moins contre la marginalisation qu'elle peut connaître en situation de veuvage. Pourtant, l'impasse législative ne suffit pas à faire tomber ces phénomènes en désuétude. De fait, la femme devenue veuve n'est pas souvent en position de refuser d'obtempérer aux ordres qu'elle reçoit de la belle-famille. En même temps, les violences physiques et psychologiques qu'elle peut subir dans ces moments ne sont pas appréhendées par les droits en vigueur. Le seul soutien de la loi lui vient des moyens de droit commun pour rentrer dans ses droits patrimoniaux, alors qu'il pourrait être organisé une procédure spéciale contre les actions vexatoires et de spoliation qui se manifestent au début du veuvage. Au reste, si la procédure judiciaire usuelle, longue et coûteuse, finit souvent par se conclure à l'avantage de la veuve, cela intervient après que la belle-famille a déjà dilapidé une bonne part des biens ayant une valeur marchande.

¹⁰⁴⁹ Cf. M. DJIRÉ, Un peuple, un but, une foi... mais plusieurs droits ? Dynamiques locales et sécurisation foncière dans un contexte de décentralisation à Sanankoroba, in « Le droit en Afrique : expériences locales et droit étatique au Mali », G. HESSELING, M. DJIRE et B. M. OOMEN, éd. Afrika-Studiecentrum, Leyde, et éd. Karthala, Paris, 2005, p. 43.

¹⁰⁵⁰ A. B. MAKAMBO, RDC : Souffrance des femmes veuves, *op. cit.*

¹⁰⁵¹ T. MBEMBA (Mgr), Pauvreté : la condition des femmes veuves dans les sociétés africaines, la condition de la veuve, 27 fév. 1971, consulté le 14 avr. 2016 sur <http://afrique-pauvrete-avenir.over-blog.com/article-pauvrete-la-condition-des-femmes-veuves-dans-les-societes-africaines-71633357.html>.

Le problème des rites de veuvage imposés à la femme est préoccupant dans toute l'Afrique subsaharienne. De ce fait, il mérite une attention particulière des pouvoirs publics. C'est aussi le cas du lévirat, à la différence que les États africains ont parfois légiféré à son propos, sans grande efficacité toutefois.

B. Le lévirat

321. - Veuvage et difficultés économiques. Le lévirat oblige la femme veuve à se remarier à un parent proche de son défunt mari¹⁰⁵², pour se mettre "sous sa protection". En principe, la femme peut refuser le mariage léviratique ou bien elle peut faire le choix du mari parmi plusieurs prétendants désignés. Il peut ainsi arriver que le mariage léviratique corresponde à la volonté de la femme. Dans ce cas, la tradition ne se trouve pas en conflit avec la liberté matrimoniale. Toutefois, si la femme refuse tous les maris potentiels, elle court le risque d'être exclue par sa famille par alliance et même par sa propre famille. Or, en Afrique, le veuvage a d'importantes répercussions sur la vie des femmes. Les pesanteurs culturelles limitent l'accès de la femme aux actifs productifs, ce qui oblige souvent le couple à vivre sur les ressources financières du conjoint masculin. Par conséquent, la mort du mari est fréquemment vécue comme un drame, tant sur le plan personnel que sur le plan pécuniaire. Le bouleversement de l'équilibre financier de la famille qui en dérive, notamment en présence d'enfants à charge, peut amener la veuve à accepter des compromissions comme le lévirat, au détriment de sa liberté matrimoniale (1). La situation remet en cause le principe d'égalité de l'homme et de la femme devant le mariage (2).

1) Incidence sur le droit au remariage de la femme

322. - Inclusion de la femme dans l'héritage du défunt. La veuve fait traditionnellement partie de l'héritage du mari, de sorte que celui des parents proches de l'homme qui hérite de la succession recueille aussi la femme¹⁰⁵³. Alfred Reginald Radcliffe-Brown et Daryll Forde

¹⁰⁵² V. M.-P. VINCENT, *Femmes du Burkina Faso*, éd. L'Harmattan, Paris, 2012, note 1, p. 54. Cependant, Catherine COQUERY-VIDROVITCH remarque que « Chez les Tonga [de Zambie], où les femmes étaient protégées par le recours possible au matrilineage, une veuve n'était pas obligée de revenir à la famille du mari ; elle pouvait s'établir à son compte et être reconnue comme chef de maisonnée par ses propres frères » (cf. C. COQUERY-VIDROVITCH, *Les Africaines : Histoire des femmes d'Afrique sub-saharienne du XIX^e au XX^e siècle*, éd. La Découverte, 2^e éd., Paris, 2013, p. 62).

¹⁰⁵³ V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, op. cit., p. 356 ; C. COQUERY-VIDROVITCH, *Les Africaines : Histoire des femmes d'Afrique sub-saharienne du XIX^e au XX^e siècle*, éd. La Découverte, 2^e éd., Paris, 2013, note 12, p. 114 ; aussi E. M.-A. ILBOUDO, Les problèmes de codification du droit du mariage au Burkina Faso, Mémoire de maîtrise, Faculté de Droit et de Sciences

proposent de distinguer le vrai lévirat de celui qui n'en est pas vraiment un. Ils expliquent que « Dans le véritable lévirat dont on trouve des exemples chez les Hébreux et en Afrique chez les *nuér* et les *zoulou*, ainsi que chez d'autres peuples, lorsqu'un homme meurt et que sa femme n'a pas dépassé l'âge d'enfanter, il est du devoir du frère de cet homme de cohabiter avec la veuve, afin de concevoir des enfants qui seront considérés non comme les siens, mais comme des enfants du défunt. La veuve reste la femme du mari décédé, dont le frère n'est qu'un substitut et qui n'est pas, à strictement parler, son mari. Une institution différente est l'héritage de la veuve, dans lequel un frère hérite de la fonction de mari véritable de la veuve et de père de ses enfants. »¹⁰⁵⁴. De ce fait, ce serait donc un pseudo-lévirat qui s'applique dans l'espace culturel africain. Il s'agit en fait d'un « héritage de veuve »¹⁰⁵⁵. Celui qui recueille la femme veuve en héritage peut être un frère aîné ou cadet du mari décédé ou même être l'un des fils aînés que le mari aurait eus avec une coépouse de la femme, en cas de polygamie. Pour ce faire, il suffit d'apporter la preuve que l'intéressé appartient au lignage de celui qui a versé la dot¹⁰⁵⁶.

323. - Justifications du lévirat. Pour les partisans du lévirat, cette institution coutumière permettrait de garantir la sécurité matérielle et morale de la veuve et des enfants qui seraient nés de l'union avec le mari décédé¹⁰⁵⁷. L'argument pourrait convaincre si la veuve était véritablement libre de décider devant les propositions qui lui sont faites. En effet, le mari de substitution étant proposé "dans l'intérêt" de la veuve, selon la logique, elle devrait pouvoir

Politiques, Université de Ouagadougou, 1988-89, p. 81. Sous la colonisation, le décret Mandel a tenté en vain de mettre fin à la pratique de l'héritage des veuves (v. *supra*, n° 23). La vision de la femme en tant que composante de l'héritage du mari est partiellement prise à rebours par Maurice NKOUEJIN YOTNDA, pour qui la femme ne saurait être considérée comme une chose, ou à tout le moins n'importe quelle chose faisant partie de l'héritage (cf. M. NKOUEJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, op. cit., p. 93).

¹⁰⁵⁴ A. R. RADCLIFFE-BROWN et D. FORDE, *Systèmes familiaux et matrimoniaux en Afrique*, Traduction révisée par M. GRIAULE, PUF, Paris, 1953, p. 80 ; v. aussi C. COQUERY-VIDROVITCH, *Les Africaines : Histoire des femmes d'Afrique sub-saharienne du XIX^e au XX^e siècle*, op. cit., note 12, p. 114. Dans la culture hébraïque (cf. la Bible, livre du Deutéronome, chapitre 25, versets 5-10), le lévirat était aussi en usage, mais sous une forme différente. Dans ce cas, le beau-frère devait épouser la veuve de son frère lorsque le défunt n'avait pas laissé d'enfant, afin de perpétuer sa lignée. Le lévirat est à rapprocher du sororat, qui oblige la sœur de l'épouse décédée ou stérile à prendre son beau-frère pour époux.

¹⁰⁵⁵ Cf. Entretien PER 15, réalisé le 18 sept. 2017.

¹⁰⁵⁶ V. H. RAULIN, Le droit des personnes et de la famille en Côte d'Ivoire, in « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », (dir.) Kéba M'BAYE, Ed. G.-P. Maisonneuve et Larose, 1968, p. 230 ; V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, op. cit., p. 44.

¹⁰⁵⁷ C. COQUERY-VIDROVITCH, *Les Africaines : Histoire des femmes d'Afrique sub-saharienne du XIX^e au XX^e siècle*, op. cit., note 12, p. 114.

accepter ou non. Cependant, lorsqu'elle prend le parti de ne pas se remarier dans la ligne du mari prédécédé, elle devient l'objet de maltraitances de la part de la belle-famille¹⁰⁵⁸.

Parfois, le lévirat est présenté comme un moyen d'assurer la continuité du statut matrimonial de la femme. Dans ce sens, Ngoma Musao-Ma-Kashala avance que « La mort chez beaucoup d'Africains n'était pas la fin d'un mariage, car les femmes avaient toujours un mari de remplacement. Il y avait une continuité et son statut était connu »¹⁰⁵⁹. Il est possible d'émettre des doutes sur la pertinence de cette fonction à l'époque contemporaine. En effet, les veuves, qui se remarient actuellement sur le mode du lévirat, semblent le faire beaucoup plus par crainte de l'oppression de leur communauté si elles refusaient, que par désir de conserver le statut de femme mariée. En outre, dans un environnement où les droits des femmes et leur accès aux biens sont encore contrôlés par les hommes, le remariage représente pour elles l'unique moyen de couvrir leurs besoins vitaux.

324. - Fins vénales. Lorsque l'époux décédé laisse une fortune appréciable, la veuve peut se retrouver au centre d'une concurrence entre les hommes de la belle-famille qui pourraient hériter d'elle. Mais il est évident que, sans l'enjeu financier, beaucoup ne seraient pas intéressés à la succession, comme l'expérience le montre. Au reste, le lévirat fait de moins en moins d'adeptes, en raison des risques de propagation des maladies sexuellement transmissibles liés à cette pratique, d'autant que l'on ignore souvent la cause du décès du mari¹⁰⁶⁰. De plus, il faut compter avec la mésestante pouvant naître au sein du foyer du parent proche du défunt qui serait déjà marié, et qui entend recueillir la veuve¹⁰⁶¹.

325. - Refus du lévirat et remboursement de la dot. On a pu voir que la pratique du lévirat conduisait tendait à la marchandisation de la femme. De fait, la veuve qui refuse de se remarier à un parent du mari défunt, est tenue de rembourser la dot précédemment payée à sa famille lors des démarches pour conclure le mariage. Tant que la dot n'est pas rétrocédée, malgré le décès

¹⁰⁵⁸ V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, op. cit., p. 363.

¹⁰⁵⁹ N. MUSAO-MA-KASHALA, Le rôle religieux et civilisateur de la femme luba, in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », op. cit., p. 89

¹⁰⁶⁰ Lire B. TAVERNE, Stratégie de communication et stigmatisation des femmes : lévirat et sida au Burkina Faso, in *Revue Sciences sociales et santé*, vol. 14, n° 2, 1996, p. 87-106.

¹⁰⁶¹ La mésestante conjugale peut se solder par un divorce, comme dans le cas rapporté par Anne-Claude CAVIN où la décision du frère du défunt de recueillir la veuve a provoqué le départ de son épouse, en état de grossesse avancé (cf. A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè : Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, op. cit., p. 130).

du mari, la femme n'est pas déliée de son engagement matrimonial¹⁰⁶². Dans le cas où elle s'acquitte de cette obligation, la veuve peut regagner sa famille ou sa demeure. Toutefois, les parents du défunt peuvent lui redonner sa liberté sans le remboursement. Sur la question de savoir si elle garde ou non les enfants nés de l'union avec le défunt, il n'y pas une réponse type. Le plus souvent, le degré d'entente existant entre elle et les parents du mari décédé est déterminant. Dans certains cas, elle pourra les prendre avec elle sans heurts. Dans d'autres, le concours du juge peut se révéler nécessaire pour lui permettre de garder les enfants. Bien entendue, cette alternative ne peut être envisagée que si la femme est en mesure de saisir la justice étatique. Le dénuement qui caractérise la plupart des femmes dans cette situation constitue un facteur limitatif¹⁰⁶³.

326. - Système d'aide sociale à la veuve. En fin de compte, la justification principale du lévirat est sa revendication altruiste. Il est vrai qu'il n'existe pas d'aides publiques pour soutenir les familles monoparentales dans beaucoup d'États africains. Toutefois, ce postulat ne résiste pas à un examen approfondi. Pour preuve, les nombreux cas relevés par les services sociaux administratifs ou encore les associations d'aide à la femme et à l'enfant auxquelles les veuves s'adressent parfois, lorsqu'elles n'ont plus d'autre recours au sein des familles. Le fait est que les veuves ignorent très souvent les voies de droit pour réclamer leurs droits légitimes, ou alors le coût des procédures judiciaires en interdit l'accès à beaucoup¹⁰⁶⁴.

Les cas rapportés font souvent état de l'abandon de la veuve et des orphelins après récupération des actifs du défunt. Dieudonné Nkounkou note ainsi que « Cette situation permet aux parents du père prédécédé, de recueillir ses droits sans en assurer la contrepartie essentielle : l'obligation d'élever et d'établir les enfants »¹⁰⁶⁵. Donc, finalement, le mariage par héritage de veuve constitue une entrave à la liberté matrimoniale de la femme, plutôt qu'autre chose. Non seulement, il oblige la veuve à se remarier, mais encore il ne lui laisse pas le choix de la personne avec qui elle doit se remarier¹⁰⁶⁶. Le décrochage entre le lévirat et la fonction sociale qui a été à l'origine de son expansion s'étant fait depuis longtemps, il faudrait maintenant adopter des

¹⁰⁶² G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 135.

¹⁰⁶³ Cf. Entretiens PER 1, PER 2 et PER 3, réalisés respectivement les 11, 18 et 21 avr. 2017.

¹⁰⁶⁴ Cf. Entretien PER 2, réalisée le 18 avr. 2017 : une militante d'association expose que les femmes sollicitent beaucoup l'aide juridique pour les problèmes liés à l'héritage suivant le décès du mari.

¹⁰⁶⁵ D. NKOUNKOU, *Droit congolais de la famille*, op. cit., p. 43.

¹⁰⁶⁶ V. A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè : Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, op. cit., p. 123.

mesures pour l'enrayer, d'autant qu'il remet en question l'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage.

2) Contradiction avec le principe d'égalité des sexes

327. - Autre forme de mariage forcé. La liberté matrimoniale de la femme est contredite par le mariage léviratique, dans son entendement africain. L'homme et la femme sont traités différemment dans leur faculté de se remarier, une face négligée du mariage par lévirat. De fait, la structure du lévirat repose sur les arguments principaux qu'il a pour vocation d'aider la veuve et sa progéniture, et que celle-ci a le choix de ne pas se remarier dans ces conditions. Mais il a été relevé que la liberté accordée à la femme est seulement apparente. En cas de refus, les représailles de la belle-famille ne tardent pas à s'ensuivre, pouvant aller jusqu'à la marginalisation totale de la "fautive". Au plan financier, la veuve peut se voir retirer tous les biens du défunt et les siens avec, être délogée de la maison familiale, être arbitrairement privée de ses enfants, *etc.*¹⁰⁶⁷. Au regard de ces circonstances, le consentement que la femme finit peut-être par exprimer peut fonder une action en nullité du mariage pour violence, pour autant que le mariage ait été célébré en la forme civile.

328. - Facteur d'extension des unions polygyniques. Le lévirat participe à étendre la polygamie de droit ou de fait¹⁰⁶⁸. En effet, le plus souvent, le parent du mari prédécédé qui recueille la veuve se trouve déjà dans les liens du mariage¹⁰⁶⁹. L'héritage de la veuve a pour effet de le faire rendre polygame¹⁰⁷⁰. Cependant, la polygamie peut ne pas être légalement autorisée ou ne l'être qu'à des conditions que l'intéressé ne remplit pas forcément¹⁰⁷¹. Dans ces hypothèses, le mariage léviratique débouche sur une polygamie de fait, qui n'est autre que la bigamie.

329. - Dénaturation irréversible du lévirat. La récupération de la coutume du lévirat à des fins coupables devrait induire une position claire contre la pratique. Le législateur du Burkina Faso, à la différence de ses homologues du Bénin et du Mali qui ne l'abordent pas dans leurs

¹⁰⁶⁷ V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, *op. cit.*, p. 349 ; aussi E. KAGAMBEGA, *Les droits de la femme et de l'enfant*, *op. cit.*, p. 205.

¹⁰⁶⁸ F. B. DIAL, *Mariage et divorce à Dakar : Itinéraires féminins*, *op. cit.*, p. 62.

¹⁰⁶⁹ V. *supra*, n° 328.

¹⁰⁷⁰ F. B. DIAL, *Mariage et divorce à Dakar : Itinéraires féminins*, éd. Karthala, Paris/Crepos, Dakar, 2008, p. 62.

¹⁰⁷¹ Au Burkina Faso, la loi exige que l'homme et sa première épouse aient contracté le mariage sous l'option de polygamie et que leur mariage soit encore valide au moment où l'homme se marie à une autre femme (v. art. 258-262 du CPF burkinabé). La loi du Mali est moins stricte (v. art. 307-310 du CPF malien).

dispositions, l'interdit en ces termes : « les mariages forcés, particulièrement les mariages imposés par les familles et ceux résultant des règles coutumières qui font obligation au conjoint survivant d'épouser l'un des parents du défunt »¹⁰⁷². Cependant, on peut remarquer que la disposition constitue seulement un point de départ de la lutte contre le lévirat, sa portée pratique étant limitée par l'absence de mesure coercitive. De fait, les droits modernes africains pourraient pénaliser le lévirat, ainsi que le laissait entendre Guy Adjété Kouassigan¹⁰⁷³, car il est manifestement contraire au principe de la liberté individuelle.

De ce qui précède, il peut être retenu que l'homme et la femme n'ont pas les mêmes droits au moment où le mariage prend fin, que ce soit par suite d'un divorce ou pour cause de décès. Par ailleurs, les inégalités sont tantôt d'ordre juridique, tantôt d'ordre coutumier. D'une part, il n'est pas convenable que des inégalités demeurent dans les Codes des personnes et de la famille eux-mêmes ; d'autre part, il n'est pas non plus convenable que des coutumes instaurant des discriminations sexuelles continuent d'avoir cours dans l'impunité. Les États africains devraient s'attacher à uniformiser les droits des conjoints dans le divorce ou dans la dissolution du mariage par décès. Ils devraient, par la même occasion, s'intéresser aux inégalités entre l'homme et la femme dans les droits successoraux.

Section 2 : L'inégalité des conjoints en matière successorale

330. - Fragilité des législations égalitaristes. Certains droits africains, comme ceux du Bénin et du Burkina Faso, s'efforcent d'établir des droits successoraux identiques pour les sexes, en soumettant toutes les successions aux seules dispositions légales. Cela étant, en droit burkinabè, l'égalité des sexes trouve une limite avec la pluralité de conjointes en cas de polygynie légale¹⁰⁷⁴. Le droit successoral du Mali, au contraire, admet à la fois les dévolutions légales et religieuses, quand bien même les logiques religieuses en matière d'héritage ne sont pas forcément égalitaires.

331. - Concurrence des sources du droit. Une autre limite majeure à l'égalité, celle-là commune à l'ensemble des droits étudiés, tient au fait que le droit positif ne parvient pas véritablement à prendre le pas sur les règles de succession coutumières ou religieuses, qui font

¹⁰⁷² Art. 234 al. 2 du CPF burkinabé.

¹⁰⁷³ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 56.

¹⁰⁷⁴ V. *infra*, n° 376 sq.

prévaloir le critère de priorité masculine. L'unification des droits est pourtant censée être achevée dans les États africains. Amsatou Sow-Sidibé note que « Le droit des successions se caractérise par la diversité, parce qu'il n'est pas régi par une réglementation unique et globale »¹⁰⁷⁵. La réflexion de l'auteur se rapporte au Sénégal, qui a défini deux corps de règles pour la matière successorale. Le législateur sénégalais a institué d'un côté un droit moderne laïc qui s'applique à défaut d'un choix exprès contraire, et de l'autre un droit musulman supplétif qui, comme tel, s'applique en cas de choix exprès par le défunt¹⁰⁷⁶. La dualité officielle du droit successoral sénégalais tranche avec celle constatée dans de nombreux États africains¹⁰⁷⁷, dans lesquels le législateur reconnaît à peine l'existence d'une dualité des normes, voire ne la reconnaît pas, en se fondant sur le postulat que le pluralisme juridique relève du passé. Néanmoins, dans le vécu, le droit en vigueur reste couramment contrebalancé par les coutumes locales.

Le problème de la concurrence des droits se pose avec acuité dans les successions *ab intestat*. En effet, lorsque le *de cuius* a manifesté sa volonté dans un testament, ses dispositions s'appliquent si elles sont conformes au cadre défini par la loi. Dans le cas contraire, les règles légales de dévolution successorale ont vocation à s'appliquer. Sur plan factuel cependant, celles-ci se trouvent submergées par les règles coutumières, teintées de la religion (§ 1). Le phénomène est plus visible en matière de successions foncières, à propos desquelles les lois modernes restent relativement évasives (§ 2).

§ 1 : Coexistence du droit successoral avec les règles coutumières et religieuses

§ 2 : Exclusion traditionnelle de la femme des successions foncières

§ 1 : Coexistence du droit successoral avec les règles coutumières et religieuses

332. - Règles de partage suivant le droit positif. Dans les différents droits, « Le conjoint survivant contre lequel il n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de

¹⁰⁷⁵ A. SOW-SIDIBÉ, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁷⁶ Il faut tout de même relever que le droit coutumier a été ignoré dans la loi n° 61-72 portant Code de la famille au Sénégal, peut-être dans un souci de simplification des règles et des solutions (*cf.* A. DIOUF, Préface de l'ouvrage de A. SOW-SIDIBÉ, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, *op. cit.*, p. 10).

¹⁰⁷⁷ A. N. GBAGUIDI, Égalité des époux, égalité des enfants dans le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin, *op. cit.*, p. 11.

chose jugée est appelé à la succession, même lorsqu'il existe des parents »¹⁰⁷⁸. Sa qualité d'héritier réservataire est expressément affirmée dans les droits du Bénin et du Burkina Faso¹⁰⁷⁹ ; dans la législation malienne, elle se déduit seulement de la disposition de l'article 796 du Code des personnes et de la famille¹⁰⁸⁰. La réserve héréditaire est de 2/3 de la masse à partager au Bénin¹⁰⁸¹, et de la moitié au Burkina Faso¹⁰⁸². Au Mali, la loi dispose que « Les libéralités, par acte entre vifs ou par testament, ne peuvent excéder le tiers des biens si, à défaut de descendant et d'ascendant, le défunt laisse un conjoint survivant, non divorcé, contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée et qui n'est pas engagé dans une instance en divorce ou séparation de corps »¹⁰⁸³.

Généralement, le conjoint survivant ou les conjointes survivantes recueillent le quart de la succession lorsque le défunt laisse des descendants¹⁰⁸⁴. Au Bénin, à défaut de descendants, mais en présence d'ascendants ou de collatéraux, le conjoint survivant a droit à la moitié de la succession, et, en l'absence de descendants et de parents au degré successible, à la totalité¹⁰⁸⁵. Au Burkina Faso, lorsque le ou les conjoints successibles viennent en concurrence avec les père et mère et les frères et sœurs, ils ont droit au quart de la succession, et dans le cas contraire, à la moitié¹⁰⁸⁶. Il ou elles reçoivent la totalité de la succession à défaut de parent au degré successible¹⁰⁸⁷. Au Mali, lorsque la succession se déroule suivant les règles du Code des personnes et de la famille, la part d'héritage du ou des conjoints survivants est, comme au Burkina Faso, modulée en fonction du nombre d'ascendants et de collatéraux prenant part à la succession¹⁰⁸⁸.

333.- Problématique des droits successoraux de la conjointe survivante. En matière d'héritage, les droits coutumiers et religieux ne coïncident pas souvent avec le droit légiféré. On peut ainsi voir que, pendant que les lois sur la famille font du conjoint survivant un héritier

¹⁰⁷⁸ Cf. art. 630 du CPF béninois ; v. dans le même sens art. 741 du CPF burkinabè et art. 770 du CPF malien.

¹⁰⁷⁹ Cf. art. 811 du CPF béninois et art. 862 du CPF burkinabè.

¹⁰⁸⁰ Aux termes duquel « Le conjoint successible est appelé à la succession, soit seul, soit en concours avec les parents du défunt ».

¹⁰⁸¹ V. art. 813 du CPF béninois.

¹⁰⁸² V. art. 863 du CPF burkinabè.

¹⁰⁸³ Cf. art. 974 du CPF. La quotité disponible y varie selon le nombre de descendants et d'ascendants encore en vie (v. art. 971, 973 et 975).

¹⁰⁸⁴ Cf. art. 632 du CPF béninois, art. 742 du CPF burkinabè et art. 797, al. 1^{er}, du CPF malien. Le Mali accorde en plus un usufruit sur les biens de la succession (v. *infra*, n° 348).

¹⁰⁸⁵ Art. 633-634 du CPF béninois.

¹⁰⁸⁶ Art. 742 du CPF burkinabè.

¹⁰⁸⁷ Art. 744 du CPF burkinabè.

¹⁰⁸⁸ Cf. art. 797 *sq.* du CPF malien.

privilegié, les droits qui lui sont reconnus à ce titre ne sont pas tout à fait garantis. Cela tient à ce que la loi n'est pas respectée dans la réalité, notamment dans l'hypothèse où la femme survit au mari. Pour finir, le droit positif subit l'empiètement d'autres sources normatives, tantôt avec la reconnaissance du pouvoir légiférant, comme au Mali (A), tantôt de manière informelle comme au Bénin et au Burkina Faso (B).

A. La coexistence *de jure* en droit malien

B. La coexistence *de facto* dans les droits burkinabè et béninois

A. La coexistence *de jure* en droit malien

334. - Pluralisme juridique successoral. Les droits modernes africains, essayent pour la plupart, d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme en matière successorale. Pour ce faire, l'éviction des règles religieuses et coutumières, originellement inégalitaires en ce domaine¹⁰⁸⁹, paraît un passage obligé. Malgré tout, le droit malien de la famille consacre une réglementation pluraliste (1), au caractère excessivement imprécis (2).

1) La reconnaissance de systèmes concurrents au droit positif dans les successions

335. - Validité de principe des règles religieuses et coutumières successorales. Le Code malien des personnes et de la famille énonce que « L'héritage est dévolu selon les règles du droit religieux, coutumier ou selon les dispositions [du livre VII du Code consacré aux successions] »¹⁰⁹⁰. De ce fait, le législateur permet l'éviction des règles du droit en vigueur au profit de règles d'origine religieuse ou coutumière. Mais cette disposition n'est pas explicite sur les religions dont il s'agit, pas plus que sur les coutumes visées. Il est vrai qu'une telle entreprise aurait été de la plus grande imprudence, en raison de la multiplicité des religions locales ou importées présentes au Mali, à l'image de l'Afrique en général¹⁰⁹¹. Il en va de même pour les coutumes dont il existe presque autant de variantes que le Mali compte d'ethnies, même s'il est incontestable que la plupart des coutumes ont une base commune¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁹ A. SOW-SIDIBÉ, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, *op. cit.*, p. 71 ; A. N. GBAGUIDI, *Égalité des époux, égalité des enfants dans le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin*, *op. cit.*, p. 11-12.

¹⁰⁹⁰ Cf. art. 751, al. 1, du CPF malien.

¹⁰⁹¹ V. *supra*, n° 100.

¹⁰⁹² V. T. OLAWALE ELIAS, *La nature du droit coutumier africain*, *Présence africaine*, Paris/Dakar, 1961, p. 12 ; J.-P. MAGNANT, *Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine*, *op. cit.*, p. 175.

336. - Personnes pour lesquelles les règles religieuses ou coutumières sont applicables. De manière précise, le législateur malien exclut du champ d'application du Code de la famille les successions de trois catégories de personnes, à savoir les personnes dont la religion ou la coutume est établie par écrit, par témoignage, par le vécu ou la commune renommée ; celles, qui, de leur vivant, ont manifesté par écrit ou devant témoins leur volonté de voir leur héritage dévolu autrement que par le droit positif ; et celles qui, de leur vivant, ont disposé par testament de tout ou partie de leurs biens, sauf à respecter la réserve héréditaire et les droits du conjoint survivant¹⁰⁹³.

337. - Impossibilité d'évincer le mode de succession choisi par le *de cujus*. L'article 751, alinéa 3, précise que « Nul ne peut déroger aux règles du mode de dévolution successorale retenu ». Cette disposition pose un problème car elle ne permet pas d'écarter les règles de partage résultant du mode choisi par la personne, ou retenu d'après les circonstances, même lorsque des besoins d'équité le recommanderaient. En effet, les règles en dehors du droit positif suivent leur logique propre ; or cette logique ne cadre pas nécessairement avec le principe constituant la base du droit moderne de la famille, qui est celui de protéger chaque membre de la famille conjugale à un degré optimal. Si la reconnaissance d'une validité légale à des modes de dévolution successorale alternatifs pourrait encore être acceptée, en revanche, l'absence de visibilité sur toutes les implications suscite des inquiétudes. En effet, l'expérience révèle l'absence de protection adéquate de certains individus au sein de la famille, essentiellement la femme et les enfants, dans les dévolutions successorales qui ne se déroulent pas suivant le droit légiféré. De ce fait, l'ouverture sur les autres ensembles normatifs concernant le partage des successions, qui est l'option du codificateur malien, mériterait d'être reconsidérée plus attentivement, afin d'éviter les disharmonies avec les principes fondamentaux du droit positif.

2) L'imprécision des systèmes concurrents du droit positif dans les successions

338. - Vide juridique sur les modalités des dévolutions successorales religieuses ou coutumières. Le Code des personnes et de la famille du Mali ne définit pas les règles supplétives au droit positif dans le domaine des successions. Il en indique seulement l'origine religieuse ou coutumière. À titre comparatif, le législateur sénégalais a codifié les règles religieuses qui

¹⁰⁹³ Cf. art. 751, al. 2, du CPF malien.

peuvent s'appliquer aux successions¹⁰⁹⁴. Certes, il est également reproché à ce système de n'avoir pas tenu compte du droit coutumier, toutefois, l'effort de codification du système successoral musulman est déjà appréciable. Ce faisant, le législateur sénégalais s'est donné l'occasion d'examiner la teneur des différentes règles, ce qui lui a permis de ne pas retenir celles qui apparaissaient trop inégalitaires à l'aune de la pensée juridique moderne, comme par exemple les incapacités consacrées par le droit musulman classique, fondées sur la religion ou encore sur l'esclavage, aujourd'hui abolie¹⁰⁹⁵.

339. - Contradictions entre les principes religieux et le droit positif. Au Mali, le rédacteur du Code de la famille semble n'avoir pas été jusqu'au bout de ses résolutions, dans la mesure où il laisse un chantier ouvert. Cela constitue un grand facteur de risques pour la protection des droits des plus faibles, surtout qu'il n'est pas permis, en dernier ressort, de rejeter les règles du mode de dévolution successorale choisi par le défunt. Au Mali où la population est musulmane à environ 90%¹⁰⁹⁶, il est probable que le droit musulman trouve à s'appliquer à de nombreuses successions, même en l'absence d'un choix exprès du *de cuius*, dans les cas où celui-ci avait, de notoriété publique, embrassé la foi islamique¹⁰⁹⁷. Pourtant, le droit islamique consacre des incapacités successorales basées sur la religion ou sur l'origine de la personne, des règles qui s'éloignent beaucoup des courants de pensée moderne sur l'égalité des sexes, plus ou moins pris en compte par les réformes législatives récentes.

340. - Contradictions entre les principes coutumiers et le droit positif. Les coutumes aussi rentrent généralement en conflit avec le droit légiféré en ce qui concerne la détermination des successibles, surtout à l'égard de la femme mariée, conjointe survivante. Le problème est plus notable s'agissant de l'héritage foncier du défunt¹⁰⁹⁸. Il apparaît qu'il était hâtif de reconnaître une validité légale à ces règles également, dans le sens où elles ne sont pas en phase avec les principes fondamentaux du droit. En effet, la règle de l'universalité successorale inscrite dans le droit moderne ne semble pas exister en droit coutumier. Qui plus est, la famille du défunt est souvent disposée à recueillir la succession dans son actif mais pas dans son passif, alors même

¹⁰⁹⁴ Lire à ce propos A. SOW-SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, op. cit., p. 69 sq.

¹⁰⁹⁵ Cf. A. SOW-SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, op. cit., p. 72 sq.

¹⁰⁹⁶ V. *supra*, note ss n° 100.

¹⁰⁹⁷ En vertu de l'article 751, alinéa 2, du Code malien des personnes et de la famille.

¹⁰⁹⁸ V. *infra*, n° 349 sq.

que les deux facettes sont indissociables pour toute quote-part du patrimoine¹⁰⁹⁹. Avec les dévolutions successorales coutumières, il est fréquent que la veuve et les enfants soient délaissés après la dissipation de l'héritage. Pourtant, la succession doit les aliments à la femme veuve et aux enfants.

341. - Règles *contra legem*. L'admission par la loi malienne des règles religieuses ou coutumières de succession laisse le champ libre à des règles contraires à la loi, d'autant plus nombreuses qu'elles n'ont pas d'abord été passées au crible par le législateur. Il est évident que les différentes religions n'offrent pas le même niveau de protection aux personnes, surtout à la femme. La même observation peut être faite au sujet des droits coutumiers. Par-delà les divergences de part et d'autre, il faut noter que les systèmes de dévolution successorale religieuse ou coutumière se caractérisent souvent par leur manque de lisibilité, sinon de clarté, en raison de l'hétérogénéité secondaire¹¹⁰⁰ des sociétés africaines. D'ailleurs, à l'heure actuelle, il est possible de relever qu'il se produit souvent un amalgame entre les règles secrétées par les droits religieux et coutumier, si bien que l'authenticité de chaque ordre s'en ressent. Leur application en est plus difficile. Enfin, il ne faut pas perdre de vue la nature dynamique des coutumes en particulier, qui peuvent être l'objet de réinterprétations selon les époques et selon les circonstances¹¹⁰¹. Ce côté malléable des coutumes est mis à profit, dans certaines circonstances, pour servir les intérêts des plus forts. Au reste, le caractère variable de la coutume ne permet pas d'assurer, de son point de vue, la stabilité des droits des individus dans le partage de successions.

342. - Compromis risqué. La position du législateur malien pourrait se comprendre en considération la diversité religieuse et culturelle des citoyens maliens. Toutefois, le fait de n'avoir pas clairement circonscrit la question aboutit à une exposition malencontreuse de ceux qui sont habituellement protégés par le droit moderne, en raison de leur faiblesse. De plus, comme la loi malienne ne permet pas de tenir en échec le mode retenu par le défunt, une dérive peut être difficilement recadrée. En effet, en l'état actuel du droit malien, il n'est pas possible de remettre en cause une dévolution successorale religieuse ou coutumière qui contredirait les principes d'égalité et d'équité, d'abord parce que l'autorité publique ne s'autorise pas un droit

¹⁰⁹⁹ Lire J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, *op. cit.*, n°166, p. 321.

¹¹⁰⁰ Par-delà les caractéristiques universelles.

¹¹⁰¹ J. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, *op. cit.*, p. 7-18.

de regard sur le respect des principes cardinaux de la loi républicaine, et ensuite parce qu'il devient aisé de mettre sur le compte de la religion ou de la coutume des déviations provenant de la subjectivité des individus.

Le rédacteur du Code malien a reconnu l'existence des modes alternatifs de partage successoral. Ceux du Bénin et du Burkina Faso ne les admettent pas légalement.

B. La coexistence *de facto* dans les droits burkinabè et béninois

343. - Submersion des règles de droit positif. À observer le cas du Mali, il est possible de croire que le renvoi de la loi malienne aux droits religieux et coutumier en matière successorale explique leur forte concurrence envers le droit officiel de cet État. Pour autant, l'observation des cas du Bénin et du Burkina Faso montre le pouvoir autonome des normes issues de ces ordres inférieurs à submerger les normes en vigueur. De fait, ni la loi béninoise, ni celle burkinabè, ne se réfère aux règles religieuses ou coutumières de dévolution successorale. Cependant, le parti pris d'ignorer leur existence n'entame pas leur vivacité (1) ; ce facteur plaide pour leur encadrement plutôt (2).

1) La prévalence des règles religieuses ou coutumières dans le partage des successions

344. - Reconnaissance des droits successoraux de la conjointe survivante dans la loi. Les lois du Burkina Faso et du Bénin font du conjoint survivant un héritier réservataire¹¹⁰². Néanmoins, dans le cas où la femme est ce conjoint survivant, la règle est brouillée par l'immixtion des règles traditionnelles, un phénomène que les textes législatifs actuels ne suffisent pas à endiguer. Aux termes de l'article 605 du Code béninois des personnes et de la famille, « La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession ». Cette disposition entend faire la démarcation entre le droit positif et les normes non autorisées en droit successoral. Par conséquent, la femme concernée par une succession se déroulant suivant le droit moderne, vient à la succession, seule ou en concurrence avec les autres héritiers réservataires, qui sont communément les enfants, les père et mère, ainsi que les frères et sœurs du *de cuius*¹¹⁰³.

345. - Négation de la qualité d'héritière de la conjointe survivante dans les ordres normatifs concurrents. Malgré la volonté du législateur de tenir en échec les droits religieux et coutumiers

¹¹⁰² Cf. art. 606 et 811 du CPF béninois ; art. 882 *sq.* du CPF burkinabè et art. 796 *sq.* du CPF malien.

¹¹⁰³ *Ibid.*

qui ne reconnaissent pas la conjointe survivante en tant qu'héritière, il est encore beaucoup de successions qui sont soustraites au règlement de l'autorité publique pour être confiées à des organes privés, notamment en cas de prédécès de l'homme marié. Lorsque le cas se présente, seule une opposition, de la part de la veuve, peut faire obstruction à l'application des règles religieuses ou coutumières. Ainsi, c'est finalement à l'occasion des cas soumis au juge qu'il est possible de se rendre compte de l'ampleur du problème¹¹⁰⁴. Dans les faits, coutume et religion¹¹⁰⁵ président à de nombreuses dévolutions successorales, pendant que le droit en vigueur est contourné¹¹⁰⁶. Dans son étude sur la confrontation entre tradition et modernisme dans les sociétés africaines, Guy Adjété Kouassigan soulignait la récurrence des situations dans lesquelles la veuve fait face à des usages qui l'écartent de la succession et ne lui reconnaissent pas même le droit au partage de la communauté ayant existé entre elle et son mari¹¹⁰⁷. Au total, les droits traditionnels africains refusent généralement tout droit de succession à la veuve. Cette règle coutumière est par ailleurs renforcée par le principe de l'indissolubilité du mariage pour cause de mort en ce qui concerne la femme¹¹⁰⁸. Puisque l'union matrimoniale n'est pas dissoute à la mort du mari, il n'est pas reconnu de droit successoral à la conjointe survivante, ce qui s'inscrit en porte-à-faux avec l'ordre public existant dans les différents États africains.

Il importe donc de mettre plus de fermeté dans les textes de loi pour permettre qu'ils se substituent durablement aux normes coutumières et religieuses qui ont tendance à les éclipser. En tout état de cause, une réforme législative est nécessaire, afin de corriger les contradictions gênantes entre les différents systèmes.

2) L'encadrement nécessaire des règles religieuses ou coutumières de partage des successions

346. - Isolement des règles légales. La prépondérance des normes socio-religieuses sur les règles séculaires provoque des difficultés dans la dévolution successorale et ensuite dans la

¹¹⁰⁴ V. Burkina Faso, CA, Ouagadougou, 15 fév. 2002, in *Revue burkinabè de droit*, n° 42, 2^e semestre 2002, p. 159 et sq. : dans cette espèce, la dévolution devait se faire en fonction de la religion musulmane pour laquelle la femme ne vient pas à la succession (cf. E. KAGAMBEGA, *Les droits de la femme et de l'enfant*, op. cit., p. 205).

¹¹⁰⁵ Amsatou SOW-SIDIBE le fait remarquer lorsqu'elle affirme que « le droit coutumier africain est l'inverse du droit occidental : il n'est pas différencié de la religion, de la morale et des habitudes sociales » (cf. A. SOW-SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, op. cit., p. 100-101).

¹¹⁰⁶ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 120.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 120-121.

¹¹⁰⁸ V. *supra*, n° 163.

jouissance des biens. En effet, contrairement à ce qui lui est reconnu par les droits positifs africains, la veuve n'est pas appelée à la succession du mari défunt dans les successions coutumières et religieuses. Dans le même temps, ces règles gouvernent davantage les successions, en réalité, que les droits en vigueur. On peut, de ce fait, convenir avec Guy Adjété Kouassigan que « L'idée contemporaine de l'État s'accommode très mal de la coexistence de forces particularistes, divergentes et à l'occasion sécessionnistes ». L'auteur remarquait également que « Même les grands ensembles fédéraux s'orientent de plus en plus vers la conception unitaire de l'État en multipliant les mesures législatives d'intégration nationale »¹¹⁰⁹. Cette opinion met en relief le fait que la coexistence officieuse des systèmes religieux et coutumiers aux côtés de la loi, qui existe en fait depuis les indépendances des États, est quelque part acceptée par les pouvoirs publics, alors qu'elle remet fondamentalement en cause les droits successoraux de la femme mariée, conjointe survivante. Le silence des législateurs lui est préjudiciable, raison pour laquelle les États africains doivent apporter à leurs lois les retouches nécessaires.

347. - Répression juridique des violences envers la veuve. Les droits modernes reconnaissent à la femme, conjointe survivante, la qualité d'héritière réservataire, un droit qui est très ineffectif en raison de l'état des mentalités. De fait, en qualité de successible, la veuve recueille normalement une part du patrimoine du défunt et, dans certaines situations, elle peut recueillir la totalité de l'héritage¹¹¹⁰. Il faut noter que ce dernier cas constitue une importante évolution par rapport au Code civil français de 1804¹¹¹¹, qui a été reprise dans les droits actuels de la famille africains. Mais alors, la veuve peut encore être troublée dans la jouissance de ses droits par le fait des beaux-parents exclus de la succession en raison de sa présence parmi les héritiers¹¹¹². Les agissements peuvent aller des intimidations à des voies de fait, même dans le cas où une décision judiciaire serait intervenue. Raison pour laquelle il faudrait légiférer, notamment afin d'interdire les faits qui concourent à l'ineffectivité des droits successoraux de la conjointe survivante.

¹¹⁰⁹ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, *op. cit.*, p. 175.

¹¹¹⁰ Art. 634 du CPF béninois ; art. 744 du CPF burkinabé ; art. 800 du CPF malien.

¹¹¹¹ Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille*, *op. cit.*, 18^e, n° 1535 *sq.*, p. 689 *sq.*

¹¹¹² Il faut néanmoins préciser que, pour que la femme soit appelée à la succession, il ne doit pas exister contre elle un jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée (*cf.* art. 630 du CPF béninois ; art. 741 du CPF burkinabé ; art. 770 du CPF malien).

348. - Évolutions souhaitables dans les législations africaines. Il serait intéressant de faire évoluer d'autres aspects dans les dispositions relatives aux successions. Par exemple, il est possible aux codificateurs africains de consacrer, à l'image de la France, le droit du conjoint survivant sur le logement familial¹¹¹³. De fait, les cas ne se comptent plus où la veuve et les enfants à sa charge sont dépossédés du logement qui les abrite, des fois par le recours à la violence¹¹¹⁴. Cependant, le droit du conjoint survivant sur le logement familial n'est pas envisagé dans les lois du Bénin et du Burkina Faso, lesquelles prévoient juste un droit de préemption sur le logement conjugal¹¹¹⁵. Au Mali, le droit sur le logement familial est reconnu, mais il est imparfaitement consacré, dans la mesure où le conjoint survivant n'est admis à occuper l'immeuble lui servant d'habitation que jusqu'à l'ouverture de la succession¹¹¹⁶. Concernant le droit aux aliments du conjoint survivant, il est reconnu au Bénin et au Burkina Faso, mais pas au Mali, où il serait indiqué de le reconnaître également¹¹¹⁷. Par ailleurs, le droit malien marque une évolution par rapport aux droits béninois et burkinabè, en consacrant, comme le droit français, un droit d'usufruit sur les biens de la succession en faveur du conjoint successible¹¹¹⁸, en plus de sa part héréditaire¹¹¹⁹. En revanche, le droit de créance du conjoint en cas de participation à l'activité professionnelle du défunt n'est pas prévu par les différentes lois. La jurisprudence comble cette lacune en accordant un dédommagement au conjoint survivant qui n'a pas été rémunéré pour son travail¹¹²⁰. Des efforts restent donc à faire dans les droits des trois États.

Les droits ici présentés, à défaut d'être formellement édictés dans les droits de la famille des États africains francophones, au moins, ne rencontrent pas d'obstacles notables lorsqu'ils sont revendiqués devant un juge. La situation est toute autre devant les instances religieuses ou coutumières, que les mœurs rendent incontournables. Face aux violations flagrantes des droits successoraux de la femme mariée, les législateurs africains devraient sortir de leur réserve. Celles-ci sont plus marquées dans le cas des successions foncières.

¹¹¹³ Introduit par la loi française n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

¹¹¹⁴ Cf. Entretien VEU 3, réalisé le 15 juin 2017.

¹¹¹⁵ Art. 217 al. 2 et 782 al. 2 du CPF béninois ; art. 842 du CPF burkinabé ; art. 440, 883 et 884 du CPF malien.

¹¹¹⁶ Cf. art. 801 du CPF malien.

¹¹¹⁷ Art. 631 du CPF béninois ; art 794 du CPF burkinabé.

¹¹¹⁸ Cf. art. 797-799 du CPF malien qui prévoient l'usufruit du quart des biens de la succession en présence de descendants, de la moitié en présence d'ascendants, et de la totalité à défaut d'autres successibles.

¹¹¹⁹ V. *supra*, n° 332.

¹¹²⁰ V. *infra*, n° 679.

§ 2 : Exclusion traditionnelle de la femme des successions foncières

349. - Coutume « populaire ». Le doyen Jean Carbonnier fait la distinction entre deux formes de coutumes : « la coutume proprement dite, d'origine populaire, qui est la pratique suivie par la masse, et la coutume d'origine savante, formules, recettes dégagées par les juristes (peut-être avec l'approbation implicite de la masse), mais auxquelles le temps, en tout cas, a donné sa patine »¹¹²¹. Le phénomène de l'exclusion de la femme des successions foncières en Afrique relèverait de la première catégorie de coutume, celle sur laquelle l'État n'exerce aucun contrôle et qui est des plus influentes dans la pratique quotidienne des individus. Elle trouve sa base dans les systèmes fonciers endogènes africains. Isabelle Nianogo Serpentine distingue trois types d'appropriation des terres, à savoir : l'appropriation initiale qui est symbolique, religieuse, territoriale et collective ; l'appropriation fonctionnelle, relevant de pratiques traditionnelles et contemporaines, basées ou non sur des combinaisons juridiques (coutume/islam/droit moderne) ; et l'appropriation intégrale, caractérisée par l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, qui est individuelle et est le fait de quelques personnes, souvent étrangères au terroir, et qui seule correspond à la propriété privée au sens du Code civil français de 1804¹¹²². Pour la deuxième catégorie de terres, appartenant aux familles, les successions traditionnelles tiennent la femme à l'écart. Dans leur optique, la femme n'a pas d'accès direct à la terre (A), mais seulement un accès indirect à travers ses proches masculins (B).

A. Le déni d'un accès direct aux successions immobilières

B. La tolérance d'un accès indirect aux successions immobilières

A. Le déni d'un accès direct aux successions immobilières

350. - Critères d'hérédité discriminatoires envers la femme. Dans les systèmes coutumiers africains, l'héritage des enfants se fait suivant les principes de masculinité et de primogéniture¹¹²³. Or, l'application de ces critères mène, dans tous les cas, à l'exclusion de la femme, mariée ou non. En effet, le privilège de masculinité ne permet pas de la ranger parmi les héritiers, et ensuite, quand bien même elle détiendrait le droit d'aînesse, le critère du sexe la

¹¹²¹ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, op. cit., n°135.

¹¹²² Cf. I. NIANOGO-SERPANTIE, Pluralisme juridique autour des modes d'appropriation de la terre : systèmes fonciers locaux de l'Ouest burkinabè, in « Les pluralismes juridiques », Cahiers d'anthropologie du droit, éd. Karthala, Paris, 2003, p. 143 ; v. aussi M. DJIRÉ, Un peuple, un but, une foi... mais plusieurs droits ? Dynamiques locales et sécurisation foncière dans un contexte de décentralisation à Sanankoroba, op. cit., p. 54.

¹¹²³ Cf. A. N. GBAGUIDI, Égalité des époux, égalité des enfants dans le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin, op. cit., p. 22-23.

disqualifie. La résistance de la coutume à la qualité de successible normale de la femme en matière foncière est encore forte et rien ne semble pour l'instant pouvoir l'ébranler véritablement¹¹²⁴. Cela n'a rien d'étonnant si l'on considère la capacité de la coutume à s'imposer indépendamment de tout renvoi explicite ou implicite de la loi¹¹²⁵. Toutefois, au regard de l'expérience de certaines coutumes, qui étaient enracinées que peut l'être celle qui est ici considérée, mais qui sont tombées en désuétude par l'effet de la loi¹¹²⁶, il est permis de croire que des lois audacieuses et réalistes peuvent réussir la mission d'inverser les mentalités. Cependant, pour y parvenir, il faudra penser à supprimer les dispositions légales pouvant faire l'amalgame entre les règles en vigueur et celles qui les concurrencent¹¹²⁷. L'enjeu est de taille parce que l'accès à la terre sous-tend la sécurité alimentaire et les conditions de vie décente de la personne humaine¹¹²⁸.

La mise à l'écart de la femme dans les successions relatives à la terre est constante, que la société considérée soit de type patrilinéaire (1), matrilinéaire (2) ou bilinéaire (3).

1) L'exclusion de la femme des successions foncières dans les sociétés patrilinéaires

351. - Appropriation des biens immobiliers par le chef de lignage de la famille d'origine de l'épouse. La patrilinéarité des sociétés justifie principalement la non-inclusion de la femme dans les successions religieuses ou coutumières. De fait, selon les représentations communes, le domaine foncier appartient au groupe familial qui vit sur ses limites. Il est le symbole de l'unité familiale, tout autant que de l'unité de culte dont les membres d'une même lignée partagent les valeurs. En conséquence, le bien immobilier familial est indivisible et inaliénable. Dans les groupes patrilinéaires, l'enfant appartient au lignage de son père et réside dans le village paternel. En contrepartie, l'enfant vient à la succession des biens laissés par les membres du clan

¹¹²⁴ Cf. Entretien PER 8, réalisé le 16 mai 2017, au cours duquel un chef coutumier affirme que la femme ne peut pas hériter de la terre, mais peut seulement en bénéficier pour exploitation.

¹¹²⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, *op. cit.*, n° 135.

¹¹²⁶ Comme le mariage par rapt des jeunes filles (v. *infra*, n° 404 et note ss n° 560).

¹¹²⁷ Comme au Mali, avec le Code domanial et foncier (issu de l'ordonnance n° 00-0271/P-RM du 22 mars 2000, modifiée par la loi n° 02-008 du 12 fév. 2002) dont l'article 48 reconnaît les conventions coutumières sur les terres non immatriculées et des droits fonciers.

¹¹²⁸ Des études révèlent que sans la limitation de l'accès de la femme à la terre, les terres arables seraient optimalement exploitées, étant donné que la femme constitue la plus importante main d'œuvre disponible. L'Afrique pourrait ainsi tendre vers l'autosuffisance alimentaire (v. Lire, « Accès à la terre en milieu rural en Afrique : stratégies de lutte contre les inégalités de genre », *op. cit.*, spéc. p. 37 sq. et p. 52).

de son père¹¹²⁹. Si c'est un garçon, il peut recueillir en héritage des biens mobiliers et immobiliers à la fois. En réalité, sur les biens immobiliers, c'est le chef de chaque lignage qui détient tous les pouvoirs, en tant que représentant de tous les membres de la famille¹¹³⁰. Cependant, les membres de la famille ne sont pas tous traités à égalité. En effet, tandis que les hommes, dans une certaine mesure, peuvent exercer le droit de propriété sur la terre¹¹³¹, les femmes en sont interdites dans tous les cas de figure. En effet, la fille ne peut recevoir par succession que des biens mobiliers. Il ne lui est pas reconnu de vocation successorale sur les biens immobiliers, pour éviter que, par son mariage, le patrimoine familial ne passe entre les mains de personnes étrangères à sa famille d'origine. La méfiance est dirigée contre le mari de la femme, mais aussi contre les enfants nés de son union avec ce dernier, qui n'appartiennent pas à la ligne parentale de leur mère, mais qui pourraient recevoir, à travers elle, les biens successoraux de cette ligne si l'interdiction n'existait pas. La solution demeure inchangée en l'absence d'héritier mâle dans la ligne paternelle considérée, alors même que le défunt aurait eu des filles devant prendre part à la succession.

352. - Appropriation des biens immobiliers par le chef de lignage de la famille d'accueil de la femme. Dans le mariage, également, la femme n'accède pas à la propriété des terres familiales de la famille de son époux, car celles-ci sont sous le pouvoir du patriarche de la lignée du mari. Si elle devient veuve, elle est marginalisée dans la succession du mari parce qu'elle n'est pas considérée véritablement comme un membre de la famille de l'époux. En outre, il faut rappeler la conception traditionnelle du mariage déjà évoquée, selon laquelle la femme ne peut hériter parce que son mariage n'est pas dissout par le décès du mari, avec le lévirat¹¹³². En fin de compte, tous ces arguments ont pour but d'empêcher la femme de venir à la succession, surtout foncière, en concurrence avec les parents du défunt.

Comparativement, le sort de la femme n'est pas meilleur dans les sociétés matrilineaires.

¹¹²⁹ B. KILOLO, L'incidence de la dot sur l'attribution d'enfants chez les *luba-katanga* de la chefferie de Kayumba, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », *op. cit.*, p. 326.

¹¹³⁰ I. NIANOGO-SERPANTIE, Pluralisme juridique autour des modes d'appropriation de la terre : systèmes fonciers locaux de l'Ouest burkinabè, *op. cit.*, p. 147.

¹¹³¹ Isabelle NIANOGO-SERPANTIE explique en effet qu'« avec la "désolidarisation" des lignages, dans de nombreux villages [...] les champs collectifs sont démantelés. L'appropriation fonctionnelle principale est faite dans ce cas par le chef de famille qui a une maîtrise exclusive privée sur les terres de la famille. Il ne s'agit plus de possessions lignagères mais de possessions familiales perpétuelles » (cf. I. NIANOGO-SERPANTIE, Pluralisme juridique autour des modes d'appropriation de la terre : systèmes fonciers locaux de l'Ouest burkinabè, *op. cit.*, p. 147).

¹¹³² *Supra*, n° 163.

2) L'exclusion de la femme des successions foncières dans les sociétés matrilineaires

353. - Dissociation entre les systèmes de parenté et d'héritage. Les droits de succession traditionnels ne se conforment pas toujours à la structure patrilinéaire ou matrilineaire de la famille. Dans les systèmes familiaux matrilineaires, la référence à la matrilinearité pourrait laisser croire que la femme y a une vocation à succéder comme l'homme. En réalité, elle doit simplement s'entendre ainsi : l'enfant né d'une femme n'hérite pas de son père, mais de son oncle maternel¹¹³³. Pour être précis, il convient de noter que, dans les sociétés matrilineaires, la fonction sociale de l'oncle maternel à l'égard de son neveu est très importante car elle l'emporte sur son devoir de père à l'égard de son enfant. Le droit d'héritage du neveu envers l'oncle maternel apparaît ainsi comme la contrepartie de l'ordonnement social.

354. - Exclusion de l'héritage des biens immeubles. Par-delà cet aspect, il faut préciser qu'en raison du principe d'exclusion de la femme de l'héritage immobilier, l'enfant, le fils plus exactement, ne peut recueillir des biens immobiliers dans sa famille maternelle. Néanmoins, dans certaines coutumes, qui constituent des cas résiduels, la succession matrilineaire peut porter sur la catégorie de biens fonciers, tel qu'il est pratiqué, par exemple, chez les *sérères* du Sénégal ou encore chez les *lébou* du Cap-Vert¹¹³⁴.

Au total, selon que le système familial est patrilinéaire ou matrilineaire, l'héritier des biens familiaux est désigné parmi les descendants de sexe masculin par les hommes ou parmi les descendants de sexe masculin par les femmes¹¹³⁵. Les coutumes bilinéaires, quant à elles, essaient d'équilibrer les droits pour tous.

3) L'exclusion de la femme des successions foncières dans les sociétés bilinéaires

355. - Distribution des règles suivant la nature des biens. Dans les sociétés à système de parenté bilinéaire, Guy Adjété Kouassigan souligne que, « D'une manière générale, la parenté matrilineaire l'emporte lorsqu'il s'agit de biens mobiliers, alors que la parenté patrilinéaire a une vocation préférable aux biens immobiliers. L'idée selon laquelle le patrimoine foncier est le

¹¹³³ K. M'BAYE, Introduction, in « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », *op. cit.*, p. 41-43 ; aussi, G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, *op. cit.*, p. 204.

¹¹³⁴ A. SOW-SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, *op. cit.*, p. 112.

¹¹³⁵ K. M'BAYE, Introduction, in « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », *op. cit.*, p. 33.

fondement de l'unité et de la cohésion de la famille en même temps que la base paternelle des cultes familiaux a tout naturellement conduit à écarter les femmes de l'héritage immobilier. En effet, les droits fonciers de chaque individu ou de chaque groupe se définissent par leurs places dans la famille indivise et leur participation aux cultes familiaux »¹¹³⁶. Ainsi, la dévolution des biens d'une succession se fait en fonction d'éléments de rattachement défavorables à la femme. Par le fait que « Les droits individuels ou collectifs portant sur la terre ne naissant que de l'appartenance à la famille indivise qui est seule propriétaire de la terre, et d'une communauté de pensées religieuses et de soumission aux mêmes rituels, il apparaît contraire à ce principe de l'unité familiale de reconnaître des droits immobiliers à des individus qui ne remplissent pas cette double condition. Il a donc paru plus simple de sauvegarder la cohésion du groupe familial en écartant les femmes de l'héritage immobilier et de prévenir par-là l'attribution de droits fonciers à leurs enfants qui, sur le plan des croyances traditionnelles, demeurent étrangers aux cultes familiaux de leurs mères »¹¹³⁷. Il est aussi possible, parfois, de voir que, dans certaines coutumes, alors que le pouvoir politique se transmet dans la ligne maternelle¹¹³⁸, la succession ne se fait pas dans cette ligne de parenté. Dans le meilleur des cas, elle se fait dans les deux lignes, à défaut, la parenté agnatique prend le dessus¹¹³⁹.

356. - Règles d'héritage en ligne. Dans les systèmes dans lesquels l'héritage se fait en double ligne, pour l'ensemble des biens, il est fait recours à une méthode de répartition qui rappelle la règle du droit français ancien *paterna paternis, materna maternis*. Ainsi, les héritiers d'une ligne ne peuvent recueillir les biens que le défunt aurait acquis par voie successorale dans l'autre ligne et *vice-versa*¹¹⁴⁰. Par l'effet de cette règle, les biens provenant de la ligne maternelle sont dévolus aux parents maternels, et ceux de la ligne paternelle le sont aux parents paternels.

357. - Émergence d'un individualisme orienté vers l'appropriation masculine. L'idéologie communautariste qui gouverne les successions coutumières commence à céder du terrain, mais pas toujours au profit de la femme. Ainsi, Kéba M'baye notait que « Depuis plusieurs années

¹¹³⁶ G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 209.

¹¹³⁷ *Ibid.* G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 209.

¹¹³⁸ Chez les *Tyo* du Kongo Central où la succession des chefs est matrilineaire (cf. J. M. PAUWELS, *Mécanismes et fonctions de la dot chez les Tyo (Teke) du Kongo Central*, op. cit., p. 126).

¹¹³⁹ J. M. PAUWELS, *Mécanismes et fonctions de la dot chez les Tyo (Teke) du Kongo Central*, op. cit., p. 126.

¹¹⁴⁰ V. A. SOW-SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, op. cit., p. 104 ; G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op. cit., p. 209.

déjà, ces règles [ont] été ébranlées par l'évolution des mœurs. Petit à petit, l'individualisme s'est infiltré dans la société africaine. La famille, réduite à l'état de ménage, commence à remplacer la grande famille. Le père veut que les biens qu'il a acquis à la sueur de son front restent, à sa mort, à sa descendance. C'est alors qu'on a assisté, depuis quelque temps, à des manœuvres (donations, dispositions testamentaires, ventes fictives) destinées à échapper aux règles traditionnelles qui, souvent, dépouillent les enfants et les épouses au bénéfice d'autres personnes »¹¹⁴¹. Cette nouvelle tendance concerne, en principe, les biens susceptibles d'appropriation privée, mais non les biens fondamentalement communautaires qui restent en principe acquis au groupe familial. Mais, même là, il est observé que le caractère indivisible du patrimoine foncier de la famille qui justifie habituellement la mise à l'écart de la femme s'atténue, alors même que la discrimination à l'égard de la femme se poursuit. En effet, ainsi que le remarque Aboulaye-Bara Diop sur le principe d'unité du domaine foncier familial, « Cette indivision est un vestige ; les terres sont, maintenant, généralement partagées entre les héritiers, fils ou frères. Aujourd'hui, dès la mort du père, la concession se disloque, entraînant le partage du patrimoine foncier. Les cousins agnatiques ont rarement encore des terres communes »¹¹⁴².

Pour finir, la femme ne recueille pas d'héritage de valeur dans sa famille d'origine parce qu'elle est censée se marier et relever, à partir de ce moment, de sa famille par alliance et, dans cette famille également, le droit d'hériter ne lui est pas reconnu parce qu'elle est considérée comme une étrangère¹¹⁴³. Par conséquent, l'issue qui se présente à elle est de se placer sous la "protection" d'un homme.

B. La tolérance d'un accès indirect aux successions immobilières

358. - Source de la dépendance économique de la femme. À l'heure actuelle, la femme est appelée à jouer un rôle important dans l'économie, et l'accès à la terre représente un support considérable pour ce faire. Mais, elle continue de ne pas y avoir accès malgré les lois modernes qui sont intervenues et qui reconnaissent sa capacité à hériter dans les mêmes conditions que

¹¹⁴¹ K. M'BAYE, Introduction, in « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », *op. cit.*, p. 34 ; v. dans un sens approchant, A. SOW-SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, *op. cit.*, p. 112.

¹¹⁴² A.-B. DIOP, *La famille wolof : Tradition et changement*, *op. cit.*, p. 161.

¹¹⁴³ V. A. SOW-SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, *op. cit.*, p. 112-115 ; A. N. GBAGUIDI, Égalité des époux, égalité des enfants dans le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin, *op. cit.*, p. 11.

l'homme. Les inégalités persistantes la contraignent à s'adosser à un homme pour bénéficier d'un certain accès à la terre, lequel peut être le mari (1) ou un homme avec qui elle est liée par le sang (2).

1) L'accès de la femme aux successions foncières par l'intermédiaire du mari

359. - Accès à la terre pour le compte du mari dans le cadre rural. La femme mariée qui vit avec son conjoint a un droit à la terre qui se loge dans "l'ombre" de celui de son mari. En milieu rural, elle dispose d'un lopin de terre à l'orée de la demeure familiale où elle développe des cultures propres¹¹⁴⁴. Cependant, elle ne peut s'y consacrer qu'après avoir aidé aux travaux champêtres dans l'espace cultivable familial, étant précisé que les revenus de celui-ci sont gérés par l'homme en sa qualité de chef de famille ; également, elle doit avoir accompli les travaux ménagers qui lui échoient de par la répartition traditionnelle des rôles¹¹⁴⁵. De ce fait, c'est péniblement que la femme parvient à s'adonner à la culture du potager qui lui est concédé en usufruit, dont les produits sont, du reste, utilisés en grande partie pour les préparations culinaires de la famille. En somme, sa liberté s'exerce sur la part restante¹¹⁴⁶, une hypothèse qui ne se présente pas toujours, en raison des contraintes¹¹⁴⁷.

360. - Accès limité à la terre "sous le couvert" du mari dans le cadre urbain. Dans le milieu urbain, la situation n'est pas si différente. Du vivant du mari, la femme peut avoir l'usufruit et même poser des actes de disposition sur des immeubles lui appartenant, ou qui sont la propriété de son époux ou encore leur appartiennent en copropriété. Mais en cas de prédécès du mari, les difficultés surgissent, comme il a été précédemment évoqué¹¹⁴⁸. Pour rappel, la femme est généralement empêchée de continuer à occuper l'immeuble qui servait de logement familial, ainsi que d'autres immeubles qui faisaient éventuellement partie du patrimoine des époux. Dans ces circonstances, les beaux-parents qui veulent illégitimement s'accaparer des biens invoquent, au mépris des droits fondamentaux, la dévolution successorale coutumière afin d'évincer la veuve. À la rigueur, cette attitude pourrait se comprendre si elle concernait le domaine foncier

¹¹⁴⁴ Lire A. ABDOULAYE, *La femme rurale et le problème foncier agricole au Niger*, in « Accès à la terre en milieu rural en Afrique : stratégies de lutte contre les inégalités de genre », FAO (*Food and Agriculture Organization*), Atelier du 22-26 sept. 2008, Bruxelles, Belgique, p. 52, accessible sur <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/ak159f/ak159f.pdf>, consulté le 21 avr. 2016.

¹¹⁴⁵ V. *infra*, n° 663 sq.

¹¹⁴⁶ Elle peut la vendre pour avoir des revenus ou en faire des offrandes à sa famille ou belle-famille.

¹¹⁴⁷ A. ABDOULAYE, *La femme rurale et le problème foncier agricole au Niger*, *op. cit.*, p. 52.

¹¹⁴⁸ V. *supra*, n° 318 sq.

familial, mais un tel raisonnement ne peut pas s'appliquer aux biens immeubles acquis par le mari ou la femme ou en commun, grâce à leurs deniers propres.

361. - Interdépendance entre mariage et accès à la terre. Il apparaît, en définitive, que l'accès à la terre par la femme est essentiellement tributaire du mariage. Ce pourquoi, à la mort du mari, il est proposé le mariage par lévirat à la veuve, qu'elle doit accepter pour continuer à bénéficier des ressources foncières de la famille du mari défunt. L'accès à la terre, en tant que facteur de survie dans les milieux pauvres, devient un moyen de maintien des rapports de force entre les sexes. La femme qui refuse le remariage est abandonnée, et, si elle ne dispose pas de moyens de subsistance autonomes, elle tombe dans la précarité totale¹¹⁴⁹.

Dans la situation où la femme n'a pas un statut matrimonial lui permettant, par corrélation, d'accéder à la terre, son sort dépend de ses propres parents.

2) L'accès de la femme aux successions foncières par l'intermédiaire de parents de sexe masculin

362. - « Prêt » de terres cultivables à la femme veuve. Compte tenu du fait que la femme n'a pas traditionnellement accès à la propriété foncière, au décès du mari, les terres qu'elle peut exploiter à titre individuel lui sont prêtées par sa famille d'origine ou par sa famille d'accueil dans certains cas¹¹⁵⁰. Pendant son mariage, les terres cultivables ne lui sont accessibles que pour une production maraichère à visée essentiellement familiale. En cas de dissolution de l'union par la mort du mari, si elle revient vivre dans sa famille d'origine (cette faculté peut même lui être refusée), elle peut au plus avoir la permission d'exploiter certaines terres, de celles qui sont moins convoitées par les membres influents de la famille. Le droit d'usufruit peut lui venir aussi de ses fils qui auraient hérité de terres, ou encore de ses frères ou oncles, toujours avec la limite de ne jamais en obtenir la pleine propriété, même dans le cas où le domaine familial viendrait à être morcelé pour être vendu à des tiers¹¹⁵¹.

363. - Tutelle masculine. Il est constant que la femme doit se placer, pour ainsi dire, sous la tutelle de son père, d'un mari ou de ses plus proches parents de sexe masculin pour avoir le droit de résider sur une parcelle ou d'y développer des cultures. Au constat de ces pratiques, des

¹¹⁴⁹ Lire FAO (*Food and Agriculture Organization*), « Accès à la terre en milieu rural en Afrique : stratégies de lutte contre les inégalités de genre », *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁵⁰ Cf. Entretien PER 8, réalisé le 16 mai 2017 avec un chef coutumier (*supra*, note ss n° 350). La femme qui n'est pas encore mariée participe aux champs familiaux, comme les autres membres de la famille, mais elle n'a pas droit aux revenus de la production, qui sont contrôlés par le chef de lignage ou le père de famille.

¹¹⁵¹ V. A.-B. DIOP, *La famille wolof : Tradition et changement*, *op. cit.*, p. 160.

actions de sensibilisation des mouvements associatifs dans les États de l'Afrique subsaharienne sont souvent menées en direction des chefs coutumiers, qui pourraient être d'un grand appui pour amener le changement des mentalités. Mais, le processus s'annonce long car beaucoup d'entre eux vivent en rupture avec la loi, sciemment ou inconsciemment, et continuent d'appliquer les principes coutumiers de dévolution de la terre. L'opinion d'un chef traditionnel illustre la profondeur du problème : « La femme ne se marie pas pour s'ingérer dans des questions de terres, mais pour servir la famille de son mari. Dans l'histoire de l'humanité, la femme n'a jamais réclamé la terre. Elle peut bien faire des propositions sur l'utilisation de la terre mais elle ne peut appliquer directement ses idées sur la terre. La terre appartient à la famille. Devrait-on morceler la terre à chaque fois qu'il y a un mariage ? Il est très difficile qu'une femme hérite d'une terre alors qu'elle est alliée à une autre famille. Je ne vois pas comment on devrait lui donner la jouissance d'un patrimoine qui irait par alliance à une autre famille. C'est la loi des mâles en Afrique »¹¹⁵².

Au final, on peut voir que, dans la pratique, les sexes ne sont pas égaux en matière de successions. De fait, la cause en est double. Pour une part, il s'agit de la légalisation des règles de dévolution successorale religieuses ou coutumières en droit malien, un choix dont se démarquent cependant les droits de la famille des États béninois et burkinabè¹¹⁵³. Pour l'autre, le problème réside dans le fait que, dans les États ayant forgé un droit successoral promouvant l'égalité des sexes et des filiations, les textes en vigueur sont privés d'efficacité par l'action officieuse des normes religieuses et coutumières. À ce niveau, la faible culture judiciaire de l'Afrique ne permet pas au droit positif de triompher.

¹¹⁵² Interview du *Naaba Sapilma*, chef coutumier de Koupéla (Région du centre-est du Burkina Faso), tiré du film sur « L'accès des femmes à la terre » réalisé en 1992 par Franceline OUBDA, cité par F. B. YODA, Les inégalités de genre dans l'accès à la terre au Burkina Faso : État des lieux, in « Accès à la terre en milieu rural en Afrique : stratégies de lutte contre les inégalités de genre », *op. cit.*, p. 160 ; v. aussi V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, *op. cit.*, p. 356.

¹¹⁵³ V. art. 588 *sq.* du CPF du Bénin et art. 705 *sq.* du CPF du Burkina Faso.

Conclusion de chapitre

364. - Construction d'un droit égalitaire du divorce. L'inégalité en droit et en fait de l'homme et de la femme dans la dissolution du lien conjugal est prégnante. Il apparaît donc nécessaire, pour les États subsahariens, de restructurer les législations du divorce, afin d'établir l'équilibre entre les sexes devant ses effets personnels et pécuniaires. Cette démarche devrait être faite, non seulement sur le plan textuel, mais également en vue de garantir le respect de la loi. De plus, les lois relatives au mariage devraient se placer dans la perspective d'une protection adaptée de la femme veuve.

365. - Consolidation des droits du conjoint survivant. Il importe de prévenir le conjoint survivant féminin contre les atteintes diverses à ses droits. La persistance du principe de masculinité dans les successions, surtout foncières, appelle l'adoption ou le renforcement du cadre juridique sur le foncier, ainsi que la prise de mesures pour en assurer l'application. Afin de susciter le changement des mentalités, il est important de croiser les actions aussi bien juridiques que politiques. Devant la force des idées préconçues, il peut être intéressant de proscrire formellement toute dépossession illégitime de propriété foncière visant une femme, mariée ou non, et de rendre l'acte passible de poursuites judiciaires. Il s'agirait, par ce moyen, d'affirmer la volonté politique de résoudre le problème. En tout état de cause, il convient d'explorer toutes les pistes pouvant aboutir à l'effectivité des textes en droit de la famille. Dans d'autres parties du monde, telles que certains États occidentaux, cette lutte a pu être gagnée. En dernier lieu, comme il apparaît que le problème de l'accès au foncier par la femme relève autant de l'insuffisance des principes juridiques que de la sociologie, les réformes à mener devraient être globales.

Conclusion du titre 2nd – 1^{re} partie

366. - Insertion des conceptions traditionnelles dans les lois sur la famille. Des auteurs remarquent que, « Longtemps, l'autorité régna dans la famille. Puissance paternelle et puissance maritale régissaient les relations entre époux d'une part, et les relations entre parents et enfants d'autre part »¹¹⁵⁴. Cette description des règles reçues dans les ordres juridiques africains, après les indépendances, révèle leur caractère totalitaire. Il est ainsi remarqué que « Le droit de la famille se résumait en droit de *l'homme, plus précisément celui du mari*, excluant à peu près entièrement ceux de la femme et des enfants »¹¹⁵⁵. Encore aujourd'hui, les droits africains restent à composer, d'une certaine manière, avec la coutume et la religion. Même si l'on exceptait la reprise de certaines traditions dans la loi, la concurrence souterraine des règles d'origine coutumière était à prévoir, compte tenu de l'expérience passée. De ce fait, les lois modernes auraient dû éviter, en outre, de s'approprier les principes traditionnels, surtout ceux qui sont manifestement contraires à l'égalité des sexes. En définitive, il apparaît que le maintien, en droit malien, de la notion de « chef de famille » et de ses corollaires, à la fois dans les rapports entre époux et dans les rapports des époux avec les enfants, est un point à réformer. Dans le même sens, le port du nom du mari devrait être pensé en termes de faculté réciproque pour les conjoints et non plus comme un usage prévu s'appliquant à la femme seulement, tel qu'il apparaît dans les droits béninois, burkinabè et malien, pour ne plus véhiculer le message de la supériorité d'un sexe sur l'autre.

367. - Posture silencieuse des législateurs devant l'inégalité des sexes à la fin du mariage.

Les pouvoirs publics sont, en principe, au fait des problèmes d'inégalité qui existent entre

¹¹⁵⁴ Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, *op. cit.*, p. 659.

¹¹⁵⁵ J. DJOGBENOU, *Les personnes et la famille en République du Bénin : de la réalité sociale à l'actualité juridique*, *op. cit.*, p. 19.

l'homme et la femme au moment de la dissolution du mariage, qu'il s'agisse des cérémonies de veuvage dévalorisantes pour la femme ou de son exclusion habituelle des successions, foncières notamment. Le silence des lois sur ces questions participe du renforcement de l'hégémonie de la coutume populaire. De même, l'absence de réaction à l'ineffectivité des textes instituant les mêmes droits pour les sexes affaiblit la loi. Aujourd'hui, le seul rempart de la veuve contre les abus s'avère être l'action en justice, de surcroît sur un motif de droit commun. Pourtant, il est connu que, dans l'aire culturelle africaine, la victime ne porte pas souvent ses affaires en justice¹¹⁵⁶. Et, lorsqu'elle le fait, le temps que met généralement la procédure pour aboutir ôte toute utilité à la décision judiciaire ensuite obtenue. Assez fréquemment, en effet, la décision finale est rendue à un moment où l'essentiel des biens litigieux ont été distraits par les beaux-parents. Lorsque ces personnes sont insolvables, ce qui constitue le cas récurrent, toute condamnation pécuniaire à leur encontre se révèle vaine. Devant ce constat, il est évident que seule une synergie d'actions gouvernementales peut venir à bout du fléau, qui ne marque, pour l'heure, qu'un léger recul.

¹¹⁵⁶ V. *supra*, n° 125 sq.

Conclusion de la Première partie

368. - Survie d'ordres normatifs contradictoires à la pensée juridique moderne. Les Codes des personnes et de la famille des États de l'Afrique noire francophone ont introduit des changements par rapport à la situation juridique de la femme d'avant leur adoption. Dans l'ensemble, les réformes opérées étaient guidées par l'idée d'améliorer la condition juridique féminine. Mais, des années plus tard, cet objectif demeure difficile à atteindre. Il est possible d'en attribuer la cause, d'un côté, aux obstacles factuels découlant du décalage socio-culturel entre les nouveaux droits qui ont peine à s'implanter, et les mentalités des populations qui en sont destinataires ; et d'un autre côté, au manque d'audace des lois elles-mêmes, qui demeurent hésitantes face aux questions requérant une prise de position ferme, afin de remodeler les comportements. En outre, les lois gardent des interstices, dans lesquels s'infiltrent des traditions qui n'ont plus leur raison d'être dans les sociétés africaines contemporaines.

Ces éléments s'allient pour maintenir la pluralité du droit dans les États de l'Afrique francophone, bien qu'elle ne soit plus officiellement reconnue. La discordance est à corriger. De plus, il faut convenir que, désormais, les enjeux ne se mesurent plus en termes de préservation de l'idéologie africaine, laquelle a, d'ailleurs, beaucoup perdu de son authenticité au contact des civilisations exogènes, mais bien en termes d'abandon des pratiques qui constituent des violations des droits humains et des freins au développement économique des États. Comme le relève Amsatou Sow-Sidibé, « La coutume ancestrale africaine, caractérisée notamment par son oralité, ses principes communautaires, sa multiplicité, a [pu être] considérée comme anachronique, archaïque et contraire au développement »¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁷ A. SOW-SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, op. cit., p. 100.

369. - Absence d'actions suivies pour réaliser l'unification du droit. Les conflits entre la loi et les coutumes « fécondées »¹¹⁵⁸ par la religion posent des problèmes dans l'application du droit. Il ne faudrait plus s'abriter derrière le principe de la supériorité du droit écrit sur celui non écrit, mais tout mettre en œuvre pour obtenir que le droit positif soit véritablement respecté par les citoyens. Tant que cette difficulté ne sera pas surmontée, les ordres juridiques concurrents continueront de vider de leur sens les règles de l'ordre légal, car, au contraire de celui-ci, ils puisent leurs sources dans les croyances profondes des africains¹¹⁵⁹. Pendant ce temps, les problèmes gagnent en ampleur, tel le phénomène d'exclusion de la femme des successions foncières, pour lequel il est relevé que « La situation des femmes s'aggrave au fur et à mesure que s'affirment à la fois le manque de terre et la montée d'une bourgeoisie agraire essentiellement masculine »¹¹⁶⁰. Par conséquent, l'action urgente des législateurs et des pouvoirs politiques est requise. Elle l'est d'autant plus qu'il s'agit aussi de mettre fin à l'étouffement de la pensée juridique universelle par les coutumes régressives.

Dans cette partie, l'examen des droits des États de l'Afrique subsaharienne a permis de rendre compte de l'inadaptation des règles encadrant la formation du mariage et les relations des époux du début de la vie conjugale à sa fin. Le caractère ténu des droits nouvellement consacrés au profit de la femme empêche l'égalité théorique des sexes de se traduire dans la réalité. Or, pour remplir leur office, premièrement, ces droits devraient être renforcés dans leur rédaction, puis, deuxièmement, ils devraient bénéficier de mesures d'accompagnement juridiques et administratives.

Après ces éléments, l'étude va s'intéresser au fait que les Codes des personnes et de la famille des États étudiés prennent désormais à leur compte des concepts issus de la coutume ou de la religion qui sont source d'inégalité entre les sexes, et s'abstiennent de légiférer sur des problèmes de société qui influencent largement le respect des droits de la femme.

¹¹⁵⁸ A. N. GBAGUIDI, L'égalité dans les rapports personnels entre époux dans le nouveau code de la famille du Bénin, *op. cit.* ; K. M'BAYE, Introduction, in « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁵⁹ Par exemple, en matière de successions, il est observé que « la compréhension des systèmes juridiques villageois est impossible sans l'intégration de la croyance en l'intervention du surnaturel. Elle explique pourquoi, dans la plupart des cas, les dispositions villageoises en matière de gestions des ressources naturelles s'avèrent plus efficaces que les normes étatiques » (cf. M. DJIRÉ, Un peuple, un but, une foi... mais plusieurs droits ? Dynamiques locales et sécurisation foncière dans un contexte de décentralisation à Sanankoroba, *op. cit.*, p. 58).

¹¹⁶⁰ C. COQUERY-VIDROVITCH, *Les Africaines : Histoire des femmes d'Afrique sub-saharienne du XIX^e au XX^e siècle*, *op. cit.*, p. 115.

Seconde partie :

Négation des droits de la femme dans le mariage

370. - Persistance des caractéristiques dominantes des systèmes matrimoniaux traditionnels. Des efforts certains ont été faits lors des récentes réformes législatives sur la famille dans les États africains. Cependant, elles restent insuffisantes au regard des pesanteurs traditionnelles. En 1978, Serge Guinchard soulignait, au sujet du Sénégal, que « C'est en matière de conclusion du mariage que la tradition a le mieux résisté aux assauts du modernisme non seulement en fait, dans la pratique quotidienne, mais aussi en droit, dans le Code »¹¹⁶¹. Des décennies plus tard, cette assertion demeure vraie, ainsi qu'il est possible de le constater pour ce qui concerne le Bénin, le Burkina Faso ou encore le Mali. En effet, depuis les années 90 où ces États ont entrepris de relire leurs textes antérieurs sur la famille en vue d'améliorer les droits de la femme, voire de les mettre au même niveau que ceux qui sont reconnus à l'homme, on a pu s'apercevoir que peu de droits ont finalement été consacrés en faveur de la femme. Bien au contraire, certaines pratiques coutumières rompant l'égalité entre l'homme et la femme ont trouvé à se nicher dans la légalité. Il en va ainsi de la dot (au Bénin et au Mali)¹¹⁶², de la polygamie à sens unique (au Burkina Faso et au Mali) ou des mutilations sexuelles féminines (au Mali) (Titre 1).

¹¹⁶¹ S. GUINCHARD, Le mariage coutumier en droit sénégalais, *in* Revue internationale de droit comparé, vol. 30, n° 3, juil. - sept. 1978, p. 811.

¹¹⁶² Ce point a été traité ci-dessus (*supra*, n° 164 sq.).

371. - Questions évitées. Certaines questions cruciales n'ont point été discutées sur le terrain juridique ou l'ont été à peine, malgré le décalage visible entre le droit légiféré et la réalité. De fait, les lois sur le mariage n'ont pas accordé l'attention voulue aux violences dans le couple, dont la femme est principalement la cible. De même, sachant que le droit d'exercer une profession librement choisie est affirmé pour chaque époux, son ineffectivité caractérisée s'agissant de la femme mariée n'a pas reçu de traitement juridique idoine. Certes, le droit n'a pas vocation à tout régir. Cependant, lorsqu'il devient évident que des droits fondamentaux institués en faveur d'une catégorie de personnes, afin de lutter contre une discrimination, ne sont pas respectés en raison de pesanteurs socio-culturelles tenaces, il est utile de considérer les propos de Bruno Oppetit, faisant remarquer que :

« codifier, le mot est de grande conséquence [...] La codification est un acte tranchant du législateur, qui coupe en quelque sorte le droit de ses origines, le fonde en entier sur la raison, la justice, l'intérêt public, l'accord et la dépendance mutuelle des différents articles, et le dispense de chercher des précédents ou des titres en dehors d'un instrument authentique, au-delà du jour de promulgation »¹¹⁶³

Alors, peut-être aurait-il fallu aux législateurs africains concevoir les normes régissant la famille avec plus de fermeté, en incluant dans les débats les questions auparavant oubliées. De même, peut-être leur aurait-il fallu faire preuve d'une plus grande minutie que d'ordinaire dans la codification, à travers une réglementation davantage détaillée des relations familiales, si telle est la condition pour réussir à modéliser les comportements (titre 2).

Titre 1^{er} : La consécration légale de discriminations envers la femme

Titre 2nd : L'impasse législative face à la survie du statut coutumier de la femme mariée

¹¹⁶³ B. OPPETIT, *Essai sur la codification*, Presses universitaires françaises, Paris, 1998, p. 21-22.

Titre 1^{er} :

La consécration légale de discriminations envers la femme

372. - Dérégulation par le droit. L'histoire de la codification du droit de la famille dans les États de l'Afrique francophone montre que, nombre de fois, les tentatives de réforme pour reconnaître à la femme de nouveaux droits se soldent par un échec. Des fois, les réformes aboutissent, mais les droits qui en sont issus restent sans effets, en ce qu'ils ne sont pas respectés par les citoyens. D'autres fois encore, les réformes législatives débouchent sur des résultats totalement inattendus, comme la reprise dans le domaine du droit positif de pratiques coutumières ou religieuses en nette contradiction avec l'idée de justice.

De fait, la loi moderne peut échouer à réguler le comportement des personnes, mais, à tous points de vue, elle ne devrait pas devenir un instrument au service de normes sociales inéquitables. Ainsi que le souligne Ahonagnon Noël Gbaguidi :

« Évidemment, quand on parle de règles discriminatoires dans le domaine du droit de la famille, cela ne concerne pas seulement le droit traditionnel, "bastion imprenable" de l'omnipotence masculine. Il y a également le droit moderne qui, en effet, contient un nombre impressionnant de règles discriminatoires vis-à-vis de la femme mariée [...] alors que l'interdiction de la discrimination quelle que soit sa forme fait aussi partie du droit positif. »¹¹⁶⁴

373. - Perte d'acquis juridiques. Les droits de la famille que sont venus réformer les Codes des personnes et de la famille recueillaient beaucoup de critiques, mais ils ne consacraient pas des discriminations sexuelles flagrantes en vue du mariage ou dans le mariage, à l'image de certains des droits actuels. De fait, l'étude comparée des droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali permet de voir que l'État béninois a mieux réalisé que les deux autres l'égalisation des

¹¹⁶⁴ A. N. GBAGUIDI, *Égalité des époux, égalité des enfants dans le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin*, *op. cit.*, p. 4.

droits de l'homme et de la femme au regard du mariage, notamment par rapport à la polygamie¹¹⁶⁵. Le Code béninois qui a été voté ne l'a pas finalement retenue comme légale¹¹⁶⁶, contrairement aux Codes burkinabè et malien (Chapitre 1). Par ailleurs, le Code malien se distingue des autres par la légalisation indirecte d'une pratique sociétale dont le sens est intimement lié au mariage, car réalisée dans le but de conforter les fonctions sociales du mariage : il s'agit des atteintes à l'intégrité sexuelle de la femme (chapitre 2).

Chapitre 1 : Une inégalité maintenue par la légalisation explicite de la polygamie masculine

Chapitre 2 : Une inégalité accrue par la légalisation implicite des mutilations génitales féminines

¹¹⁶⁵ Précédemment, la polygamie a été étudiée dans le cadre de la protection du consentement au mariage, du point de vue procédural (v. *supra*, n° 92 *sq.*). Ici, sa mise en œuvre sera examinée.

¹¹⁶⁶ Toutefois, après une tentative manquée (v. *supra*, n° 28).

Chapitre 1 :

Une inégalité maintenue par la légalisation explicite de la polygamie masculine

374. - Interférence entre polygamie et mariage en Afrique. La polygamie¹¹⁶⁷ semble indissociable de l'institution matrimoniale dans l'espace culturel africain¹¹⁶⁸. Comme le fait observer Pascal De Vareilles-Sommières, « la polygamie, ou [tout au moins] sa virtualité reste un des traits caractéristiques et traditionnels des droits africains »¹¹⁶⁹. Sous la colonisation, le législateur français a tenté de mettre fin à cette coutume dans les territoires dont il avait l'administration, à travers l'option obligatoire des autochtones pour la polygamie ou la monogamie. En même temps, le mariage monogamique était encouragé par le biais d'avantages accordés aux indigènes qui se soumettaient au principe monogamique. Cependant, les efforts du pouvoir colonial pour faire reculer la pratique de la polygamie sont demeurés vains, car, malgré ces interventions, la nuptialité dans les États subsahariens a conservé, jusqu'à maintenant, sa

¹¹⁶⁷ Étymologiquement, le mot "polygamie" désigne le fait pour une personne d'avoir plusieurs conjoints. Dans un esprit de précision, il conviendrait d'utiliser le terme de "polygynie" quand il s'agit de la polygamie de l'homme et celui de "polyandrie" dans le cas de la femme (cf. *Dictionnaire Larousse*, consulté le 27 juil. 2017 sur <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/polygamie/62306?q=polygamie#61604>).

¹¹⁶⁸ Ahonagnon Noël GBAGUIDI relève justement que : « différente de l'archétype européen, la famille africaine est [...] devenue, de toutes les institutions privées africaines (peut-être avec le système foncier), celle qui a particulièrement préoccupé la doctrine » (A. N. GBAGUIDI, De l'option de monogamie à l'option de polygamie, *op. cit.*, p. 25).

¹¹⁶⁹ P. De VAREILLES-SOMMIÈRES, La polygamie dans les pays d'Afrique subsaharienne anciennement sous administration française (aspects juridiques comparatifs et internationaux), in *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 9, n°1, 1993, p. 147 ; dans le même sens, v. P. KLISSOU, *La polygamie au Bénin : une approche régionale des tendances et déterminants*, éd. L'Harmattan, Paris/Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1995, p. 1.

tendance polygamique. Pour le moins, cette tournure de l'histoire déjoue les analyses qui prévoyaient la régression de la polygamie à la suite du brassage des cultures africaine et occidentale entamé depuis la colonisation¹¹⁷⁰. En réalité, la percée islamique en Afrique, que Jacques Vanderlinden situe aux alentours du 1^{er} millénaire de l'ère chrétienne¹¹⁷¹, a contribué à étendre la polygamie aux peuples africains qui ne la pratiquaient pas traditionnellement, et l'a renforcé chez ceux qui la pratiquaient déjà, si bien que cette forme de mariage s'incorpore désormais aux mœurs partout¹¹⁷².

375. - Concessions à la polygamie dans les droits récents. La polygamie est réputée résulter du choix délibéré de l'homme et de la femme. Sur ce fondement, certains droits de la famille n'y ont pas mis fin légalement. Cela étant, la suppression légale doit constituer le premier pas pour abolir la pratique, mais elle ne suffit pas. Dans ce sens, Ahonagnon Noël Gbaguidi remarque qu'« Il serait [...] illusoire de croire qu'on peut abolir brutalement une institution comme la polygamie par une loi », notant qu'« En réalité, si l'on veut lutter contre une institution sociale comme celle-là, c'est à tous ses fondements qu'il faut s'attaquer à la fois »¹¹⁷³. De fait, même si les raisons ne manquent pas en faveur de la réception en droit positif de cette forme d'union matrimoniale, les instruments internationaux relatifs aux droits humains que les États ont ratifiés¹¹⁷⁴ ne le permettent pas, car elle rompt l'égalité des sexes. Certains droits ont conféré un statut légal à la polygamie et d'autres se sont plus ou moins accommodés de son existence, sans légiférer pour l'admettre clairement. Au demeurant, dans les États dont les lois sont muettes sur la question, l'environnement juridique n'est pas plus favorable à la femme, le silence entretenu

¹¹⁷⁰ Des enquêtes révèlent que le nombre d'hommes mariés polygynes a progressé au Burkina Faso entre 1975 et 1985 et au Niger entre 1977 et 1988 (cf. tableau sur la « Proportion d'hommes et de femmes en union polygamique (tous âges confondus) dans quelques pays d'Afrique occidentale (1975-1990) », in P. KLISSOU, *La polygamie au Bénin : une approche régionale des tendances et déterminants*, op. cit., p. 6).

¹¹⁷¹ J. VANDERLINDEN, *Les droits africains entre positivisme et pluralisme*, op. cit.

¹¹⁷² Ainsi, un homme polygame interrogé reconnaît avoir opté pour la polygamie parce que sa foi musulmane le lui permettait (cf. Entretien OUA 2, réalisé le 27 avr. 2017). Un *imam* aussi exprime cette opinion « Dieu [...] a permis aux musulmans de se marier jusqu'à quatre femmes, mais à condition d'être capable de s'occuper d'elles. S'il n'y avait pas de polygamie, on allait avoir plus de problèmes » (cf. Entretien PER 7, réalisé le 13 mai 2017). Enfin, une autorité en charge de l'état civil dans un centre urbain affirme ceci : « Les raisons qui amènent les gens à opter pour la polygamie sont [...] religieuses. Les musulmans vous diront que le Coran autorise l'homme à se marier à quatre femmes » (cf. Entretien PER 14, réalisé le 22 mai 2017).

¹¹⁷³ Lire A. N. GBAGUIDI, *De l'option de monogamie à l'option de polygamie*, op. cit., p. 33-34.

¹¹⁷⁴ Les plus notables sont la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée du 10 déc. 1948, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 déc. 1979, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes du 27 juin 1981 et le Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes du 11 juil. 2003.

n'empêchant pas l'extension du phénomène. Dans les systèmes juridiques qui autorisent expressément le mariage polygamique, il apparaît que cette voie a été empruntée surtout par souci de ménager les coutumes qui l'admettent largement, au lieu d'adopter la solution de rupture, qui est conforme à la pensée juridique contemporaine. Il faut croire que les codificateurs n'ont pas penché pour la solution de l'abandon, parce qu'elle était jugée prématurée à ce niveau de l'évolution de la mentalité africaine.

Les motifs qui ont poussé certains États à instaurer le mariage polygamique demeurent discutables, car il ne paraît pas offrir le cadre pour l'épanouissement simultané des deux époux, et éventuellement celui des enfants¹¹⁷⁵. Du reste, la polygamie telle que légalement consacrée en Afrique, est une prérogative exclusivement masculine (section 1) ; cette partialité la rend problématique sur le plan de l'égalité entre l'homme et la femme dans le mariage (section 2).

Section 1 : La faveur de la polygynie

Section 2 : La distorsion des devoirs des époux en situation de polygamie

Section 1 : La faveur de la polygynie

376. - Admission de la polygamie dans son acception masculine. La polygamie peut s'entendre de la pluralité de liens de l'homme ou de la femme, cependant, celle que l'Afrique connaît essentiellement est la forme masculine. Elle est, encore aujourd'hui, beaucoup pratiquée. Une approche socio-anthropologique met en évidence que la cause principale de la polygamie est la division sexuée des rôles¹¹⁷⁶. En effet, la perpétuation de cette coutume ancestrale s'alimente et se répercute sur l'organisation des sociétés africaines en général, et les relations nuptiales n'échappent pas à son emprise. Dès le bas âge, les garçons sont préparés à exercer une profession afin d'apporter des revenus à leur famille. Comparativement, les filles sont éduquées dans l'idée de se marier¹¹⁷⁷. En conséquence, la femme n'est pas mise en situation d'être active. Pourtant, l'autonomie financière qui en résulterait conditionne une vraie liberté matrimoniale. Tant que ce point ne sera pas résolu, il ne sera pas certain que la femme

¹¹⁷⁵ F. B. DIAL, *Mariage et divorce à Dakar : Itinéraires féminins*, *op. cit.*, 200 p.

¹¹⁷⁶ V. P. KLISSOU, *La polygamie au Bénin : une approche régionale des tendances et déterminants*, *op. cit.*, p. 10 ; v. aussi Ph. ANTOINE, *Les complexités de la nuptialité : de la précocité des unions féminines à la polygamie masculine en Afrique*, Document de travail DIAL/Unité de recherche CIPRE, avr. 2002, 25 p., consulté le 22 déc. 2016 sur http://www.dial.prd.fr/dial_publications/PDF/Doc_travail/2002-06.pdf.

¹¹⁷⁷ V. K. WADE, *Sexualité et fécondité dans la grande ville africaine*, éd. L'Harmattan, Paris, 2008, p. 27-28 ; I. SÉVÉDÉ-BARDEM et I. GOBATTO, *Maux d'amour, vies de femmes : Sexualité et prévention du sida en milieu urbain africain*, éd. L'Harmattan, Paris, 1995, p. 37-39.

africaine contracte, de son plein gré, un mariage polygamique. En effet, lorsqu'elle ne travaille pas, sa priorité est de se marier, fut-ce à un homme polygame, s'il peut pourvoir à ses besoins primaires. En outre, la conception patriarcale de l'appropriation des ressources dans les sociétés africaines ne permet pas à la femme ayant atteint l'âge de la puberté de subsister seule. Le conformisme à propos de la polygamie masculine s'expliquerait donc par la préoccupation de la femme d'échapper avant tout à la marginalisation, car il vaut mieux pour elle d'être l'épouse d'un polygame que d'être célibataire¹¹⁷⁸. Ces contraintes sociales s'imposent à la femme en quête d'un premier mariage, autant qu'à celle désirant se remarier¹¹⁷⁹. Donc, la limitation de l'accès aux ressources constitue le cœur du problème. Ceci donne du relief aux propos de Pierre Klissou, lorsqu'il affirme que, « dans tous les pays, l'urbanisation et l'éducation apparaissent comme des facteurs de différenciation de la polygamie »¹¹⁸⁰.

377. - Hésitations législatives. Aussi dissuasives que puissent être les considérations précédentes, certains législateurs africains n'ont pu, malgré leur volonté de promouvoir un nouveau courant de pensée reconnaissant la femme comme l'égale de l'homme, se résoudre à abolir la polygamie, ne serait-ce que sur le plan textuel. En guise de justification, ils se retranchent derrière la nécessité d'une transition dans le droit. Mais, il importe de ne pas perdre de vue qu'il se pose un problème de compatibilité entre la consécration de la polygamie pour un sexe et les normes internationales intégrées dans les Constitutions africaines¹¹⁸¹. Pour autant, la polygamie, entendue au sens polygynique, a désormais cours légal au Burkina Faso et au Mali (§ 1), mais son équivalent féminin, la polyandrie, ne bénéficie pas de la même tolérance (§ 2).

§ 1 : La reconnaissance de la polygynie

§ 2 : Le refus de la polyandrie

§ 1 : La reconnaissance de la polygynie

378. - Dilemme du codificateur africain devant une tradition hégémonique. Les États du Burkina Faso et du Mali autorisent la polygamie masculine. Pour le Burkina Faso, la lecture de l'article 232 du Code burkinabè des personnes et de la famille indique que cette décision du

¹¹⁷⁸ E. KAGAMBEGA, Les droits de la femme et de l'enfant, *op. cit.*, p. 215.

¹¹⁷⁹ F. B. DIAL, Mariage et divorce à Dakar : Itinéraires féminins, *op. cit.*, p. 155 sq.

¹¹⁸⁰ V. P. KLISSOU, La polygamie au Bénin : une approche régionale des tendances et déterminants, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁸¹ A. N. GBAGUIDI, Égalité des époux, égalité des enfants dans le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin, *op. cit.*, p. 7-8.

législateur n'a pas été prise sans difficulté¹¹⁸². Apparemment, la polygamie a été admise afin d'éviter de heurter de front la sensibilité des citoyens burkinabès, sur une question remettant en cause leurs valeurs traditionnelles. Quoiqu'il en soit, la disposition du Code burkinabè laisse entrapercevoir le dilemme de tout codificateur africain devant l'institution polygamique. La question d'autant plus épineuse que cette pratique plonge ses racines dans les traditions les plus anciennes¹¹⁸³. Mais, la tradition n'est pas seule en cause.

379. - Coutume fortifiée par la religion. Le Burkina Faso et le Mali, qui ont légalisé la polygamie, contrairement au Bénin, présentent la particularité d'abriter de fortes communautés musulmanes, même s'il faut relativiser ce trait commun dans le cas du Burkina Faso¹¹⁸⁴. Il y aurait donc une corrélation entre la polygamie et la religion musulmane, tout au moins, telle qu'elle a été réinterprétée dans la culture africaine¹¹⁸⁵. Cet état de fait s'explique par la permissivité de la foi islamique à l'égard de la polygamie. La position de la *sunna*¹¹⁸⁶ face à la polygamie est diamétralement opposée à celle du Christianisme, qui ne l'admet aucunement. En toute logique, la polygamie se rencontre moins dans les régions dans lesquelles l'influence chrétienne est affirmée¹¹⁸⁷.

380. - Remède supposé au déséquilibre numéraire entre hommes-femmes. Certaines opinions se montrent favorables à la polygamie légiférée de l'Orient dont l'Afrique musulmane a héritée. Elle serait préférable à la monogamie factice de l'Occident¹¹⁸⁸, camouflant une polygynie

¹¹⁸² En effet, l'alinéa 1 de l'article énonce que « Dans le but de favoriser le plein épanouissement des époux, de lutter contre les entraves socio-économiques et les conceptions féodales, la monogamie est consacrée comme la forme de droit commun du mariage » ; c'est ensuite que l'alinéa 2 ajoute, sans trop s'étendre, du reste, que « Toutefois, la polygamie est admise dans certaines conditions ».

¹¹⁸³ Cf. A. N. GBAGUIDI, De l'option de monogamie à l'option de polygamie, *op. cit.*, p. 31.

¹¹⁸⁴ Le taux de musulmans est de 94,8% au Mali et de 61,6 % au Burkina Faso, des chiffres qui restent très élevés par rapport au taux de 27,7 % du Bénin (cf. v. *Central Intelligence Agency (CIA), The World factbook*, 17 juil. 2017, consulté le 27 juil. 2017 sur <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/uv.html>).

¹¹⁸⁵ V. *infra*, n° 393 et 397.

¹¹⁸⁶ C'est-à-dire la doctrine islamique, définie exactement comme l'« Ensemble des paroles du Prophète, de ses actions et de ses jugements, tels qu'ils sont fixés dans les hadith » (cf. *Dictionnaire Larousse*, consulté le 27 juil. 2017 sur <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/sunna/75404?q=sunna#74545>).

¹¹⁸⁷ Cf. Entretien PER 6, réalisé le 12 avr. 2017.

¹¹⁸⁸ S. MELONE, Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain (à propos du phénomène polygamique...), in *Revue Penant*, 80^e année, janv.-fév.-mars 1971, n° 731, p. 423 ; G. A. CAVALIER, L'égalité entre hommes et femmes au Cameroun : l'exemple des bamiléké, in « Genre, inégalités et religion », Actes du premier colloque inter-réseaux du programme thématique "Aspects de l'État de droit et démocratie", Agence universitaire de la francophonie (AUF), Dakar, 25-27 avr. 2006, Amsatou SOW SIDIBÉ (dir.), éd. Archives contemporaines, Paris, 2007, p. 160.

aussi répandue que celle qui s'observe dans d'autres contrées du monde¹¹⁸⁹. Quelquefois aussi, les tenants de la polygamie légalisée avancent l'argument de la *sex ratio*¹¹⁹⁰. Pour ceux-ci, en partant du postulat de la plus grande proportion de femmes par rapport aux hommes, « Mieux vaut, [...] une polygamie avouée, jointe à la fidélité qu'une monogamie sans sincérité qui est synonyme d'une promiscuité étendue à l'infidélité et à la prostitution »¹¹⁹¹. Mais, peut-on encore parler de fidélité en situation de polygamie ? Là est la question.

Les lois du Burkina Faso et du Mali permettent d'observer deux variantes de polygamie : dans la première, la polygynie doit résulter d'un choix exprès et il n'est pas fait référence à un nombre d'épouses autorisé (A) ; dans la deuxième, la polygynie est le régime de droit commun du mariage et il est fixé un plafond pour le nombre d'épouses (B).

A. La polygynie en droit burkinabè

B. La polygynie en droit malien

A. La polygynie en droit burkinabè

381. - Reprise nuancée sous le couvert de la loi. La polygamie est consacrée en droit burkinabè. Cependant, elle y revêt un caractère dérogatoire. Pour cette raison, elle est subordonnée à des conditions assez précises. Il est ainsi exigé de ceux qui désirent se marier sous le régime de la polygamie qu'ils fassent une option (1). Seule l'option dûment souscrite permet, ensuite, à l'homme d'être marié à plusieurs femmes à la fois (2).

1) Une polygynie optionnelle

382. - Conditions juridiques strictes. Conscient de la profonde rupture de l'égalité entre les conjoints que provoque la polygamie, le législateur burkinabè a entendu en restreindre les hypothèses. Ainsi le Code des personnes et de la famille pose-t-il des conditions précises pour son application. De ce fait, les futurs époux doivent accomplir certaines formalités afin d'opter valablement pour le régime polygamique. Tout d'abord, l'option de polygamie doit faire l'objet

¹¹⁸⁹ Il faut aussi rappeler l'existence de la polygamie coutumière africaine.

¹¹⁹⁰ Le *sex ratio* est l'indice biologique qui désigne la répartition des sexes dans une population donnée. Alors que les chiffres montrent que les naissances de garçons sont plus nombreuses que celles de filles, soit autour de 1,03/1 (v. *Central Intelligence Agency (CIA), The World factbook*, 17 juil. 2017, consulté le 27 juil. 2017 sur <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/uv.html>), certains arguent que la polygamie en Afrique résorbe le nombre de femmes dépassant le nombre d'hommes (v. C. FOURGEAU, Un exemple d'économie polygamique : petites productrices au Sud Bénin, *op. cit.*, p. 367).

¹¹⁹¹ M. POCANAM, Quelques aspects du Code Togolais de la Famille : L'ordonnance n° 80-16 du 31 janv. 1980, *in* Revue Penant, 1986, n°791, p. 249.

d'une souscription expresse. Aux termes de l'article 258 du Code burkinabè des personnes et de la famille, elle se fait au moyen d'une déclaration des futurs époux, avant le jour fixé pour la célébration du mariage. À cette fin, les prétendants doivent comparaître personnellement devant l'officier de l'état civil compétent¹¹⁹².

383. - Participation de la femme à l'option de polygamie. Il peut sembler curieux que le consentement préalable requis pour l'option de polygamie, au lieu d'être propre à l'homme, doive émaner de la volonté commune des deux futurs conjoints. Après tout, ses effets concernent principalement l'homme, la femme n'étant touchée que par ricochet. En réalité, on a égard au fait que la femme est indirectement concernée par sa mise en œuvre. En effet, le devoir de fidélité revêt un sens dans le mariage polygamique, qui n'est pas celui qu'il a dans le mariage moderne. Il s'agit donc de s'assurer que la femme accepte de se marier en ayant conscience que ce principe sera autrement appliqué dans son foyer. Bien évidemment, cette conception est éloignée de la vision africaine qui ne juge pas utile d'associer la femme à la décision que prend le mari de devenir polygame¹¹⁹³. Donc, la femme intervient comme partie prenante à la décision d'option de polygamie et elle signe la déclaration à ce titre.

384. - Protection du consentement matrimonial de la femme. La solution du rédacteur du Code burkinabè a été d'impliquer la femme au premier plan dans la souscription à la polygamie. De cette façon, la femme est informée à l'avance du souhait de l'homme d'être polygame. Il est estimé qu'à ce stade, la femme peut décider, de façon libre et éclairée, de poursuivre le projet matrimonial ou d'y mettre un terme. En effet, si cette étape est bien observée, et non escamotée comme certains cas le montrent¹¹⁹⁴, elle permet d'éprouver la volonté de la femme de se marier avec un homme désigné. En effet, il est important de savoir si la femme maintient son consentement au mariage en ayant connaissance de ce que son union matrimoniale ne pourra pas se concevoir comme une union conjugale classique, puisqu'elle suppose la pluralité

¹¹⁹² V. *supra*, n° 85.

¹¹⁹³ Au Cameroun, la polygamie est le régime de droit commun du mariage et la loi habilite l'homme à prendre seul la décision (cf. article 49 de l'ordonnance n°81/02 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil).

¹¹⁹⁴ Il ressort de notre enquête que, dans certains cas, le futur mari procède seul à toutes les formalités pré-nuptiales (cf. Entretien OUA 1A, réalisé le 27 avr. 2017). Dans d'autres, la femme y est associée, cependant, l'acceptation de la polygamie paraît en dernier ressort contrainte, tel que l'explique une femme mariée sous l'option, qui s'y est résolue, dit-elle, à cause des enfants nés de son concubinage avec l'homme et parce qu'elle redoutait que le mariage ne se fasse pas si elle restait sur le choix de la forme monogamique qu'elle avait fait connaître à l'officier de l'état civil (cf. Entretien OUA 11A, réalisé le 18 mai 2017). Dans un autre cas rapporté par l'officier de l'état civil, la femme a consenti à la polygamie pendant les démarches pré-nuptiales, puis elle a simulé un évanouissement le jour du mariage, pour faire échec à la célébration. Les circonstances indiquent qu'elle n'était pas réellement consentante (cf. Entretien PER 13, réalisé le 19 mai 2017).

d'épouses. En tout état de cause, on peut penser que la procédure est ainsi instituée afin de servir l'ambition du législateur burkinabè d'affaiblir la pratique de la polygamie au fil du temps.

385. - Formalisme. L'exigence d'un caractère exprès de l'option de polygamie de la part des deux promis s'inscrit dans l'idée que le mariage polygamique n'est admis qu'à titre exceptionnel. Il ressort que le législateur lui a reconnu une valeur légale, tout en se fixant l'objectif d'œuvrer à sa disparition progressive¹¹⁹⁵. Le défaut de choix explicite pour le régime polygamique est sanctionné par le placement de plein droit du mariage sous le régime monogamique¹¹⁹⁶. Pour cela, dans l'éventualité d'un mariage sous option de polygamie, il ne doit pas exister d'ambiguïté dans la volonté des époux sur la forme de mariage voulue. À cet effet, l'officier de l'état civil chargé de recevoir les futurs conjoints lors de la préparation du dossier de mariage doit fournir toutes les explications nécessaires aux prétendants ; il doit également s'assurer qu'ils ont compris les implications de l'option de polygamie et qu'ils consentent au mariage en connaissance de cause¹¹⁹⁷. Comme il est possible de le constater, l'efficacité du dispositif repose sur le respect par l'officier de l'état civil des formalités qui lui sont nommément imposées à l'article 259 du Code burkinabè. Précisément, il doit les interroger chacun à leur tour pour savoir si leurs consentements respectifs sont donnés en toute liberté. Lorsque cela est acquis, il leur donne lecture de l'écrit constatant leur option pour la polygamie et il recueille leurs signatures sur l'acte qu'il signe lui-même ensuite. L'original de l'écrit est fourni comme pièce au dossier du mariage.

386. - Non-respect des conditions de l'option de polygamie. Dans la réalité, la souscription à la polygamie ne suit pas toujours le cheminement fixé par la loi¹¹⁹⁸. En pratique, la souscription est faite d'abord verbalement par les époux lors de l'audience préliminaire avec l'officier de l'état civil, de sorte qu'il n'y a pas d'écrit qui la constate et qui est signé conjointement par les comparants et par l'agent de l'état civil. Bien plus, il est des cas dans lesquels les deux futurs époux ne comparaissent pas tous physiquement¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁵ Cf. Entretiens PER 1 et PER 3, réalisés les 11 et 21 avr. 2017.

¹¹⁹⁶ Cf. art. 257 du CPF du Burkina Faso.

¹¹⁹⁷ Quelquefois, certains abandonnent leur projet de mariage après l'audience avec l'officier de l'état civil (cf. Entretien PER 13, réalisé le 19 mai 2017).

¹¹⁹⁸ Cf. Entretiens avec les officiers de l'état civil PER 11 (réalisé le 4 mai 2017), PER 12 (réalisé le 16 mai 2017), PER 13 (réalisé le 19 mai 2017) et PER 14 (réalisé le 22 mai 2017).

¹¹⁹⁹ V. *supra*, n° 85.

387. - Effets de l'option de polygamie. L'option de polygamie dûment souscrite permet à l'homme d'épouser le nombre de femmes qu'il souhaite, en demeurant dans le cadre de la loi. Toutefois, selon l'article 262 du Code burkinabè des personnes et de la famille, si le mariage qui a donné lieu à la souscription vient à être dissout avant que le mari n'ait contracté d'autres unions, l'option de polygamie devient caduque¹²⁰⁰. En outre, il faut remarquer que dans le cas où les futurs époux font une option pour la polygamie, ils sont ensuite privés de la possibilité de choisir un régime pour la gestion de leurs biens, car, dans ce cas, la loi les place d'office sous le régime de la séparation de biens. Ainsi, le choix du régime matrimonial secondaire apparaît comme une faculté réservée aux couples monogamiques¹²⁰¹.

Au total, le mariage polygamique est subordonné à une déclaration des futurs conjoints, avant le mariage. Le mari jouit par suite d'une assez grande liberté dans sa mise en œuvre.

2) Une polygynie sans limitation du nombre d'épouses

388. - Absence de plafond. Le Code des personnes et de la famille burkinabè autorise la polygamie de l'homme sans la plafonner. L'article 260 du Code fixe cette règle. En vertu de cette disposition, le mari peut « contracter un ou plusieurs mariages sans dissolution du ou des mariages précédents ». L'on remarquera que la disposition vise « plusieurs » mariages, sans en déterminer la limite supérieure. Il faut en déduire qu'au Burkina Faso, l'homme polygame peut virtuellement être marié avec un nombre infini de femmes, sans que cela n'affecte la valeur juridique de ses différentes unions. La non limitation juridique des unions de l'homme polygame soulève tout de même des interrogations. En toute vraisemblance, le législateur burkinabè n'a pas voulu retenir le nombre de quatre épouses, à l'image de la plupart des législateurs reconnaissant la polygamie, en raison de l'analogie entre ce chiffre et celui du Coran¹²⁰². Ce faisant, il réaffirme son attachement au principe républicain de la laïcité. La volonté de se démarquer de toute idée religieuse est appréciable, car elle est objective. De fait, la législation burkinabè est l'une des rares à s'être affranchie de l'influence religieuse dans l'encadrement juridique de la polygamie¹²⁰³.

¹²⁰⁰ Le Code malien ne retient pas une telle réserve.

¹²⁰¹ V. art. 309 *sq.* du CPF du Burkina Faso.

¹²⁰² Coran, sourate 4, verset 3 (v. *infra*, n° 397).

¹²⁰³ Beaucoup d'États africains autorisant la polygamie, appliquent en même temps la limitation du nombre de femmes, le plus souvent à 4 épouses, suivant la recommandation du Coran (par exemple les cas du Mali et du Sénégal (*cf.* art. 133 de la loi n°72-61 du 12 juin 1972 portant Code sénégalais de la famille)).

389. - Données sociologiques. Selon une étude menée dans les États dans lesquels la polygynie a cours légal, de 60 à 80 % des foyers sont monogamiques de fait¹²⁰⁴. Ce constat appelle à faire la distinction entre la monogamie de fait, imposée par les contraintes socio-économiques, et la monogamie de droit. Il a été vu qu'en Afrique, le premier mariage peut ne pas être accessible à certains, en raison des implications financières du point de vue de la coutume¹²⁰⁵, si bien que ce sont les privilégiés qui peuvent, en principe, vraiment prétendre à des alliances polygamiques. Du reste, naguère, la polygamie était surtout l'apanage des chefs traditionnels¹²⁰⁶. Mais la chefferie coutumière est sur son déclin¹²⁰⁷, de sorte que la polygamie ne peut plus être justifiée à travers elle. Pour le commun des individus, la polygamie était réservée aux plus nantis¹²⁰⁸. Signe de leur aisance, elle forçait la considération des pairs ; ensuite, elle était gage de prospérité par l'abondance de la progéniture qui en découlait, une main d'œuvre appréciable pour les travaux champêtres dont le « chef de famille » tirait sa fortune¹²⁰⁹. Ces considérations sont désormais éculées. L'éducation scolaire, entraînant dans son sillon la modernisation, a réorganisé les catégories sociales, et forgé des idéologies nouvelles.

¹²⁰⁴ V. É. CHAUMONT, *Polygamie*, in « Dictionnaire du Coran », M. A. AMIR-MOEZZI (dir), éd. Robert Laffont, 2007, p. 679 ; v. aussi Bénin, Institut National de la Statistique et de l'Analyse Économique (INSAE), dont l'enquête démographique de 2013 révèle que 23,5% des hommes sont des polygames au sens propre du terme (cf. Principaux Indicateurs, Recensement général de la population et de l'habitation, 2013, consulté le 25 septembre 2017 sur <http://www.insae-bj.org/recensement-population.html>). Au Burkina Faso, l'Enquête démographique et de santé à indicateurs multiples, réalisée en 2010, estime le taux de polygamie à 22% chez les hommes, et à 42% le taux de femmes vivant en union polygamique (cf. Institut national de la statistique et de la démographie (INSD), Enquête démographique et de santé et à indicateurs multiples (EDSBF-MICS IV) 2010, p. 85, consulté le 25 sept. 2017 sur http://www.insd.bf/n/contenu/actualites/edsbf_mics_rapport.pdf). Enfin, une directrice de l'état civil dans un centre de Ouagadougou indique que « La proportion des mariages polygamiques [célébrés] est faible. Par exemple en 2016, sur un total de 3000 mariages, il n'y a qu'une vingtaine de mariages polygamiques » (cf. Entretien PER 14, réalisé le 22 mai 2017). On peut donc voir que la polygamie qui se pratique davantage est la polygamie de fait ou la bigamie. Une personne interrogée signale qu'« En réalité, la plupart des monogames le sont de nom » (Entretien PER 11, réalisé le 4 mai 2017). Pour le reste, les autorités publiques ne recherchent pas la responsabilité de ceux qui ont enfreint la loi.

¹²⁰⁵ V. *supra*, n° 164 sq.

¹²⁰⁶ V. C. T. DJOMBE, *Cultures viriles et identité féminines*, éd. L'Harmattan, Paris, 2012, p. 22 ; S. MELONE, Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain (à propos du phénomène polygamique...), *op. cit.*, p. 424. Le folklore a fait de la polygamie d'un chef coutumier la norme, au point que le contraire surprend.

¹²⁰⁷ La déconstruction des modèles sociétaux en serait la principale cause. Malgré tout, la Constitution du Burkina Faso, dans son préambule, reconnaît à présent « la chefferie coutumière et traditionnelle en tant qu'autorité morale dépositaire des coutumes et des traditions dans [la] société » (cf. art. 1^{er} de la loi n°033-2012/AN du 11 juin 2012 portant révision de la Constitution).

¹²⁰⁸ Récemment, l'Émir de Kano (Nigéria), Muhammadu Sanusi II, a annoncé son intention d'introduire une loi qui interdirait aux hommes démunis d'épouser plusieurs femmes (cf. *Koaci.com*, Nigéria : L'émir de Kano veut interdire la polygamie aux hommes pauvres, Journal en ligne, lundi 20 fév. 2017, consulté le 29 juin 2017 sur <http://koaci.com/nigeria-emir-kano-veut-interdire-polygamie-hommes-pauvres-106665.html>).

¹²⁰⁹ Des hommes mariés sous l'option de polygamie admettent que la polygamie est plus adaptée à la vie rurale, et, de plus, la contribution des femmes à la production agricole est une condition de survie (Entretiens OUA 17 et OUA 21, réalisés les 9 mai 2017 et 10 mai 2017).

Les changements intervenus dans le mode de vie des burkinabès¹²¹⁰ sont difficiles à concilier avec l'organisation campagnarde type de la famille polygame, ne serait-ce que sur le plan du domaine foncier, qui servait à la fois de lieu d'habitation et de terre de labours. Il faut se rappeler que les sociétés traditionnelles n'étaient pas monétarisées, ce qui permettait aux familles de vivre aisément d'une agriculture de subsistance et de troc. Ce mode de survie ne peut plus être envisagé présentement, la colonisation ayant anéanti ces valeurs d'un autre temps.

390. - Contexte économique défavorable. La polygamie contemporaine fait figure d'anachronisme, avec beaucoup de ses aspects inadaptés à l'époque actuelle. Pour cela, même si la législation burkinabè ne limite pas le nombre potentiel de femmes, dans les faits, ceux qui deviennent polygames s'imposent eux-mêmes des limites, le plus souvent parce qu'ils sont matériellement limités, et d'autres fois par référence à leur religion¹²¹¹. Il est aussi constaté que certains couples souscrivent à la polygamie lors du mariage, mais vivent ensuite conformément au modèle monogamique jusqu'à la dissolution du lien matrimonial¹²¹². Par ailleurs, la prolifération des maladies vénériennes incite actuellement à la plus grande prudence envers la polygamie¹²¹³. En effet, il est relevé que les foyers polygamiques y sont plus exposés, compte tenu de ce que le mari entretient des rapports sexuels avec plusieurs partenaires à la fois, ses épouses, dont le nombre peut être élevé.

391. - Restrictions liées à la forme polygamique du mariage. Le législateur burkinabè tente, avec peu de détermination toutefois, d'atténuer l'extensibilité du régime polygamique qu'il institue. De fait, suivant le principe, il n'est pas nécessaire au mari d'obtenir le consentement de l'épouse ayant adhéré à la polygamie au moment de son mariage lorsqu'il se dispose effectivement à contracter une autre union. Strictement, l'homme n'est pas soumis à un devoir d'information envers sa femme, comme il serait indiqué. À côté, il est accordé à la femme la faculté de s'opposer à de nouvelles unions de son mari, si elle rapporte la preuve de ce qu'il les a

¹²¹⁰ Le phénomène est commun à toutes les anciennes colonies africaines.

¹²¹¹ Le culte musulman est celui qui sert souvent de référence, avec la recommandation de quatre épouses au maximum. De ce fait, il est rare de croiser des cas où les unions polygamiques d'un homme excèdent ce chiffre.

¹²¹² Selon l'entendement commun, l'homme se réserverait la possibilité de prendre d'autres femmes, au cas où il n'est pas satisfait de celle avec laquelle il s'est marié premièrement.

¹²¹³ B. TAVERNE, Valeurs morales et messages de prévention : La « fidélité » contre le sida au Burkina Faso, *in* « Vivre et penser le Sida en Afrique », C. BECKER *et al.* (dir.), éd. Codesria, Dakar, et Karthala/IRD, Paris, 1999, p. 509-525.

abandonnés, elle-même et ses enfants¹²¹⁴. Néanmoins, cette mesure se révèle inopérante dans la réalité, étant donné que, pratiquement, la femme peut rester dans l'ignorance du projet de mariage du mari jusqu'à la célébration, date ultime à laquelle elle ne peut plus exercer son droit d'opposition¹²¹⁵.

En somme, il peut être relevé que la polygamie reconnue au Burkina Faso, même si elle se veut une mesure dérogatoire, et que sa réglementation se fonde sur le principe de laïcité, n'en constitue pas moins une rupture de l'égalité entre homme et femme, autant que la polygamie autorisée par le Mali, qui présente toutefois ses propres caractéristiques.

B. La polygynie en droit malien

392. - Admission légale sans condition. Le législateur malien reconnaît la polygamie, en faisant le régime parallèle au régime de droit commun du mariage (1). Toutefois, dans un sens opposé à celui de son homologue burkinabè, il limite le nombre de liens matrimoniaux du polygame (2).

1) Une polygynie alternative à la monogamie

393. - Contexte sociologique particulier. Il semble que la polygamie aie toujours fait partie des valeurs universelles des sociétés subsahariennes, tirant sa légitimité tantôt de la coutume, tantôt des religions traditionnelles africaines, dites "animistes"¹²¹⁶, voire des deux à la fois. Puis, la conversion des peuples noirs à certaines religions venues d'ailleurs n'a pas fait reculer la pratique, mais en a favorisé l'essor, comme avec l'Islam. En effet, la polygamie a trouvé à se greffer au courant islamique qui l'admet clairement, à la différence du Christianisme. Le Coran autorise un musulman à avoir simultanément plusieurs femmes, à certaines conditions toutefois. La Bible ne fait pas montre de la même permissivité pour le chrétien, qui ne peut être que monogame. Le chrétien doit, de surcroît, tenir compte du principe de l'indissolubilité du mariage valable en droit canonique¹²¹⁷. Il en découle que, techniquement, l'homme qui adhère à la foi chrétienne peut seulement contracter des unions matrimoniales successives, ce qui induit que,

¹²¹⁴ Cf. art. 272 du CPF du Burkina Faso.

¹²¹⁵ La publicité du mariage, si elle se limite à ce que la loi exige, à savoir un affichage dans les centres d'état civil des lieux de résidence des futurs époux et de célébration du mariage, pourrait ne pas atteindre l'épouse qui a intérêt à former opposition, à l'endroit où elle se trouve, surtout si c'est l'effet recherché par le mari. À cette fin, celui-ci peut faire célébrer les autres unions dans un centre éloigné du domicile conjugal, les centres d'état civil n'étant pas tous informatisés ni en réseau.

¹²¹⁶ V. R. TABARD, Religions et cultures traditionnelles africaines, *in* Revue des sciences religieuses 84, n° 2, 2010, p. 191, consulté le 17 août 2016 sur <http://rsr.revues.org/346>.

¹²¹⁷ Ph. ANTOINE, Le mariage, Droit canonique et coutumes africaines, *op. cit.*, p. 146 sq.

pour chacune, tout mariage précédent doit avoir cessé d'exister, soit pour cause de mort, soit par suite d'annulation¹²¹⁸.

394. - Absence de restriction dans l'accès la polygamie. L'ancrage lointain de la polygamie, en plus de son renouveau par l'Islam, explique certainement la faveur qui lui est faite par le législateur malien. En effet, parmi plusieurs choix qui s'offraient à lui, il a décidé d'en faire le régime de droit commun du mariage. Ainsi, selon l'article 307 du Code malien des personnes et de la famille, le choix est donné à tout couple qui désire se marier de le faire sous le régime polygamique ou plutôt de choisir la forme monogamique du mariage. Cette disposition, combinée à des facteurs socio-culturels favorables à la polygamie, laisse peu de chances à la monogamie de s'étendre. Pourtant, cette dernière forme du mariage devrait être portée en avant, en ce qu'elle permet de traiter les conjoints de la même façon.

395. - Rapprochement avec la polygamie en droit burkinabè. La réglementation du Mali est ainsi toute différente de celle du Burkina Faso. Pour rappel, la règle au Burkina Faso exige que les futurs époux aient fait une option expresse en faveur de la polygamie, faute de quoi le mariage est placé sous le régime de la monogamie. Pour autant, l'approche burkinabè de l'institution coutumière n'est pas, elle non plus, exempte de critiques, sauf à observer que l'encadrement strict qui trahit, au fond, l'embarras du législateur devant la contradiction flagrante entre la polygamie et le principe d'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage, principe inscrit dans la Constitution du Burkina Faso. En revanche, s'agissant du Mali, dont le système juridique reconnaît aussi l'égalité entre l'homme et la femme comme une valeur de rang constitutionnel, le législateur semble faire une appréciation différente du problème. En effet, non seulement il admet la polygamie, mais encore il ne prévoit pas de mesures pour en faire une exception, à côté de la monogamie qui serait la règle. Cependant, les arguments ne manquent pas pour le confinement de la polygamie au profit de la monogamie, selon le souhait des progressistes. Le législateur malien est malgré tout resté fidèle à la position de l'ancien Code malien du mariage et de la tutelle¹²¹⁹, certainement à cause de la virulence des débats autour de l'adoption du nouveau Code des personnes et de la famille¹²²⁰.

396. - Régimes des biens dans le mariage polygamique malien. En ce qui concerne les règles de gestion des biens des conjoints, il faut noter que la législation malienne impose le régime de

¹²¹⁸ Ph. ANTOINE, *Le mariage, Droit canonique et coutumes africaines*, *op. cit.*, p. 146 sq.

¹²¹⁹ Art. 8 de la loi n° 062-17/AN-RM du 3 fév. 1962 portant Code du mariage et de la tutelle.

¹²²⁰ V. *supra*, n° 29.

la séparation des biens aux époux ayant contracté un mariage polygamique, mais pas uniquement. De fait, les époux qui sont dans les liens d'un mariage monogamique y sont également soumis de plein droit. L'article 388 du Code malien des personnes et de la famille qui pose cette règle en son alinéa premier, permet néanmoins aux personnes mariées sous la monogamie de choisir un régime matrimonial communautaire, une faculté qui n'est pas ouverte à celles ayant contracté une union polygamique. Au départ, le Mali avait voulu instaurer le régime séparatiste comme conséquence directe de la forme polygamique du mariage, comme le Burkina Faso. À cet effet, l'article 384 du premier projet de Code des personnes et de la famille disposait que « Les règles établies pour le régime de la séparation des biens forment les règles obligatoires dans les mariages contractés sous l'option de la polygamie »¹²²¹. Mais, cette voie a été abandonnée par la suite.

Les préoccupations que suscite la polygamie dans sa variante malienne sont en grande partie inspirées par sa connotation religieuse.

2) Une polygynie avec limitation du nombre d'épouses

397. - Influence probable de la religion sur la limitation du nombre d'épouses. Aux termes de l'article 307 du Code malien des personnes et de la famille, « l'homme ne peut être tenu simultanément dans les liens du mariage avec plus de quatre femmes ». Il est permis de s'interroger sur la raison ayant prévalu à la fixation de ce nombre précis, d'autant qu'il rappelle la prescription coranique à ce propos. La similitude est plutôt déconcertante dans un État qui fonctionne en théorie suivant le principe de laïcité. Effectivement, dans un passage, le Coran s'adresse aux fidèles musulmans en ces termes : « Et si vous craignez de n'être pas équitables en matière d'orphelins... alors épousez ce qui vous plaira d'entre les femmes, par deux, ou trois, ou quatre. Mais si vous vous craignez de n'être pas justes, alors seulement une, ou votre 'droite de propriété', plus sûr moyen d'échapper à la partialité »¹²²². Au demeurant, une lecture rigoureuse de ce passage permet de se rendre à l'évidence que le livre coranique n'encourage pas le mariage polygamique, tant il insiste sur la difficulté pour un homme de parvenir à être juste envers plusieurs femmes¹²²³.

¹²²¹ Adopté le 3 août 2009 et jamais promulgué.

¹²²² Sourate 4 verset 3.

¹²²³ Sourate 4 verset 129 : « Jamais vous ne pourrez jamais être équitables entre vos épouses, même si vous vous efforcez de l'être. Du moins ne soyez pas trop partiaux au point de laisser [l'épouse que vous n'aimez pas]

398. - Inexistence d'une limitation selon la coutume. Il est certain que le plafonnement à quatre épouses ne s'inspire pas de la coutume africaine, étant donné que celle-ci a toujours admis la polygamie sans limitation du nombre de femmes. La perception de la règle comme une émanation religieuse semble accréditée par les agitations au sein des organisations musulmanes, causées par certains articles du Code des personnes et de la famille pendant le processus d'adoption¹²²⁴. Ainsi, l'article 282 du premier projet de code¹²²⁵, qui énonçait que « Le mariage est un acte laïc... », s'est retrouvé pris dans la tourmente, alors qu'il se situait dans la continuité de l'article 1^{er} de l'ancien Code du mariage et de la tutelle, qui n'avait pas, à l'époque, rencontré d'opposition¹²²⁶. Comme la rupture sociale menaçait de s'installer, notamment parce que certaines dispositions du projet du Code étaient jugées trop légères dans leur appréhension des réalités maliennes, le comité de relecture du code a dû, au final, supprimer cet article, avec d'autres au passage¹²²⁷.

399. - Exclusion des minorités religieuses. Au regard de ce qui précède, il semble que le législateur du Mali s'est basé sur les préceptes d'une religion en particulier pour fixer les règles de la polygamie juridiquement reconnue. Pourtant, cet État abrite plusieurs tendances religieuses¹²²⁸. Face à une telle diversité, il n'est pas approprié de s'appuyer sur une foi, pour édicter une règle ayant vocation à s'appliquer à tout le monde. La limitation du nombre d'épouses d'un homme polygame, dans son principe et dans ses conséquences, doit pouvoir se fonder sur une raison objective, pour autant que la polygamie puisse elle-même se justifier rationnellement.

400. - Polygamie contrôlée. En soi, le fait pour la législation malienne de définir un nombre autorisé de femmes pour l'homme marié sous le régime de la polygamie n'est pas mauvais, et serait même préférable que l'option du législateur burkinabè de ne pas fixer de limite. En effet,

comme en suspens. Si vous améliorez [vos rapports avec vos épouses] en craignant d'être injustes, Dieu est, certes, Clément et Compatissant ».

¹²²⁴ V. AFP, Au Mali, le nouveau Code de la famille suscite un tollé parmi les religieux, 26 août 2009, consulté le 22 août 2016 sur <http://www.jeuneafrique.com/depeches/106696/politique/au-mali-le-nouveau-code-de-la-famille-suscite-un-tolle-parmi-les-religieux/> ; aussi G. LUONGO, Réforme du Code de la famille au Mali : le parlement cède aux pressions religieuses, 27 janv. 2012, consulté le 22 août 2016 sur <http://www.contrepoints.org/2012/01/27/66452-reforme-du-code-de-la-famille-au-mali-le-parlement-cede-aux-pressions-religieuses>.

¹²²⁵ Celui du 3 août 2009.

¹²²⁶ Cet article disposait que « Le mariage est un acte laïc. ».

¹²²⁷ V. *supra*, n° 29.

¹²²⁸ Suivant une estimation faite en 2009, le Mali comptait 94.8% de musulmans, 2.4% de chrétiens, 2% d'animistes, 0.5% d'athées, 0.3% de non-spécifiés (cf. *Central Intelligence Agency (CIA), The World factbook*, consulté le 27 juil. 2017 sur <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/uv.html>)

cette limitation permet de contrôler quelque peu l'extension des foyers polygamiques d'un seul homme. Dans le contexte de pauvreté qui caractérise les États de l'Afrique subsaharienne, cette position de la loi est bénéfique, d'autant plus si l'on tient compte de ce que la polygamie s'accompagne de la poussée démographique¹²²⁹. Donc, la limitation du nombre d'épouses de l'homme polygame est appréciable, à part le fait que le chiffre retenu par le Mali a une coloration religieuse prononcée.

Il a été montré que les nouvelles législations, notamment du Burkina Faso et du Mali, ont eu du mal à se défaire de l'institution polygamique, malgré le conflit évident qu'elle entretient avec les principes républicains. Cela étant, la polygamie masculine pourrait ne plus constituer un problème majeur, du moins sur le plan de l'égalité entre les sexes, si la polyandrie était également acceptée, dans les mêmes conditions.

§ 2 : Le refus de la polyandrie

401. - Déséquilibre des sexes inscrit dans le droit écrit. L'hyperonyme « polygamie », couramment employé dans les législations burkinabè et malienne, peut donner à penser que ces dernières admettent aussi la polyandrie¹²³⁰. Ce n'est pas le cas. En réalité, autant la polygynie est acceptée par certains systèmes de droit et par la plupart des coutumes africaines comme étant un mode normal d'organisation matrimoniale, autant la polyandrie est rejetée dans le même registre. Des considérations morales justifieraient le rejet quasi unanime de celle-ci (A), de même que juridiques (B).

A. Des considérations d'ordre moral réfutables

B. Des considérations d'ordre juridique réfutables

A. Des considérations d'ordre moral réfutables

402. - Pratique résiduelle. La polyandrie n'est plus très remarquée dans l'Afrique d'aujourd'hui¹²³¹. Des auteurs mentionnent qu'elle était pratiquée chez les *bashilele* de la

¹²²⁹ La rivalité fréquente entre les coépouses s'exerce également sur le plan de la procréation.

¹²³⁰ Il ne faut pas confondre la polyandrie avec l'usage qui s'en rapproche, observé dans certaines cultures, à savoir le désistement temporaire du mari de ses droits conjugaux envers une épouse, au profit d'un autre homme qui peut être un visiteur de passage dans la concession familiale ou un notable dont il attendrait quelque faveur (C. COQUERY-VIDROVITCH, *Les Africaines : Histoire des femmes d'Afrique sub-saharienne du XIX^e au XX^e siècle*, op. cit., p. 37).

¹²³¹ C. BOUNANG MFOUNGUE, *Le mariage africain, entre tradition et modernité : étude socio-anthropologique du couple et du mariage dans la culture gabonaise*, op. cit., p. 25-27.

province du Kasai (actuelle République Démocratique du Congo)¹²³², chez les *akan* du Ghana¹²³³ et chez les *abisi* du Nigeria¹²³⁴. Cependant, au Kenya, la loi admet la polyandrie à condition qu'elle soit reconnue par la coutume de ceux qui veulent y recourir¹²³⁵. Hormis ce cas, la polyandrie n'existe presque plus aujourd'hui sur le continent en raison des mutations socio-économiques qui ne lui sont plus favorables¹²³⁶. En dehors de l'Afrique, la polyandrie se rencontre aussi chez les *toda* de l'Inde et chez certaines populations du Tibet et du Népal¹²³⁷.

403. - Alternative périlleuse à la polygynie. L'incorporation légale de la polyandrie peut apparaître comme la solution à celle de la polygynie. Mais, serait-ce une bonne solution ? beaucoup semblent penser le contraire, pour des raisons d'ordre moral. Pourtant, à comparer les formes masculine et féminine de la polygamie, il semble difficile de comprendre comment l'une serait moralement acceptable, pendant que l'autre ne le serait pas, sachant que dans les deux cas, le modèle repose sur la simultanéité de plusieurs unions matrimoniales. Toujours est-il que le rejet social de la polyandrie prédomine. Bien plus, les fois où les communautés ont pu la tolérer, cela s'est fait au prix d'une réinvention en défaveur de la femme.

404. - Autre figure du mariage forcé. La polyandrie, bien que rare, existe en des variantes qui ont pu être observées en certains endroits, au sein des sociétés dites "primitives". Elles diffèrent dans leurs origines. Il faut ainsi distinguer notamment la polyandrie forcée de sa forme volontaire. La première se rencontre en Asie, surtout chez les *toda* de l'Inde et chez les *nyimba* du Népal, où l'avortement sélectif et l'infanticide des enfants de sexe féminin, pour des raisons culturelles¹²³⁸, a provoqué un grand déséquilibre démographique entre les sexes, conduisant au

¹²³² Ex-Zaïre. V. S. N. A. PITSHANDENGE, *La polyandrie chez les Bashilele du Kasai occidental (Zaïre) : Fonctionnement et rôles*, Centre français sur la population et le développement, n° 42, Paris, 1996, 22 p. ; G. A. KOUASSIGAN, *Famille, droit et changement social en Afrique Noire francophone*, *op. cit.*, p. 190-191).

¹²³³ O. BURNEY-NICOL, *Looking towards the future the role of woman in Africa's evolution*, in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *op. cit.*, p. 438-439.

¹²³⁴ V. J.-J. CHALIFOUX, *Polyandrie et dialectique communautaire chez les Abisi du Nigéria*, in *Revue Anthropologie et Sociétés*, vol. 3, n° 1, « Parenté, pouvoir et richesse », Département d'anthropologie de l'Université Laval, Québec, 1979, p. 75-127.

¹²³⁵ L'actualité récente rapporte le cas de deux kenyans qui se sont mariés à la même femme, après l'avoir tous les deux courtisée sur plusieurs années (*France24*, Au Kenya, deux rivaux concluent un "co-mariage" avec la même femme, 26 août 2013, consulté le 12 mars 2016 sur <http://www.france24.com/fr/20130826-kenya-mariage-deux-hommes-femme-polyandrie-sylvester-mwendwa-elijah-kiman-mombasa>)

¹²³⁶ D'ailleurs, la plupart des reproches qui lui sont adressés s'appliquent aussi à la polygynie, comme la propagation de maladies vénériennes, l'incidence sur la paix des familles, etc. (lire G.-G. BIANGA, *La politique démographique au Congo belge*, in *Revue Population*, 33^e année, n° 1, 1978, p. 193).

¹²³⁷ Cf. N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, *op. cit.*, p. 245.

¹²³⁸ En Inde par exemple, la dot pour sceller le mariage est très coûteuse et elle est à la charge de la famille de la femme, ce qui explique que les familles pauvres ne souhaitent pas la naissance de filles et recourent à tous les moyens pour les éliminer (avortements, infanticides) (v. S. HEFEZ, *Au pays des femmes polyandres*, 29 août

développement de la « polyandrie fraternelle » ou « adelphique »¹²³⁹. Il est relevé que cette pratique « n'est en rien le miroir inversé de la polygynie »¹²⁴⁰. La polyandrie forcée se rencontre aussi chez les *bashilele* du Kasaï occidental¹²⁴¹. Dans l'absolu, le défaut de liberté dans ce modèle de polyandrie la rend asymétrique de la polygynie qui, elle, est voulue, au moins en dernier ressort, pour viser les situations où l'homme n'en a pas pris l'initiative¹²⁴². Dans l'ancien Congo-belge, l'une des raisons qui avait motivé l'interdiction de la polyandrie par l'administration coloniale belge tenait justement au fait qu'elle passait pour être une forme de mariage forcé. Il est vrai qu'à cette époque, de nombreuses jeunes filles étaient victimes de rapt pour servir de femmes collectives ou bien subissaient les règles de la coutume qui les désignaient comme femmes collectives privilégiées¹²⁴³.

Tout de même, dans la mesure où la polyandrie peut être volontaire, elle ne devrait pas être refusée, au moins dans les droits qui autorisent la polygynie. Cependant, les États burkinabè et malien ont inscrit la polygamie masculine dans leurs lois, en restant fermés à la polygamie féminine. Excepté les considérations socio-culturelles réputées justifier l'exclusion de la polyandrie là où la polygynie est autorisée, l'explication juridique avancée pour soutenir cette position est la confusion de part.

B. Des considérations d'ordre juridique réfutables

405. - Occultation dans les textes législatifs. La polyandrie n'a pas trouvé à s'insérer dans les lois modernes africaines, et bien souvent, les textes juridiques n'abordent pas même la question. Le terme de polygamie y est employé, avec une référence explicite à l'homme, une manière

2008 (mise à jour : 29 janv. 2015), consulté le 27 juil. 2017 sur <http://familles.blogs.liberation.fr/2008/08/29/au-pays-des-fem/>. Légalement, la dot est interdite en Inde : cf. *The dowry prohibition act* n°28 du 20 mai 1961, disponible sur <http://lawmin.nic.in/ld/P-ACT/1961/A1961-28.pdf>, consulté le 27 juil. 2017),

¹²³⁹ Dans ce type d'union, les co-époux de la femme sont issus de la même fratrie. Elle serait la solution au déficit de femmes disponibles pour les hommes en âge de se marier, autant qu'elle permettrait d'éviter de morceler les successions familiales (aussi A.-J. MARTIN, A. NOAGHIU et A. SZMUC, Polyandrie 3/3, En Inde : les femmes partagées, Documentaire, 6 mars 2014, 53 mn, consulté le 21 juil. 2016 sur <https://www.franceculture.fr/emissions/sur-les-docks-14-15/polyandrie-33-en-inde-les-femmes-partagees>).

¹²⁴⁰ Cf. A.-J. MARTIN, A. NOAGHIU et A. SZMUC, Polyandrie (1/3), Au Népal : épouser une fratrie, Documentaire, 4 mars 2014, 52 mn, consulté le 7 janv. 2017 sur <https://www.franceculture.fr/emissions/sur-les-docks-14-15/polyandrie-13-au-nepal-epouser-une-fratrie>.

¹²⁴¹ S. N. A. PITSHANDENGE, La polyandrie chez les Bashilele du Kasaï occidental (Zaïre) : Fonctionnement et rôles, *op. cit.*, p. 10.

¹²⁴² L'hypothèse est celle où une femme est proposée à un homme déjà marié, comme il est courant de le voir en Afrique.

¹²⁴³ F. N. MALU, *La mission chrétienne à l'épreuve de la tradition ancestrale (Congo belge, 1891-1933) : la croix et la chèvre*, *op. cit.*, p. 269-270.

d'exclure toute extension de la notion à la femme. Pour autant, si dans les États qui n'admettent aucune forme de polygamie, le principe d'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage est sauf en apparence, à ce niveau déjà, il se pose un problème dans les États dans lesquels la loi reconnaît la polygynie, à l'instar du Burkina Faso et du Mali, mais pas la polyandrie. En effet, il ne faut se souvenir que les Constitutions de ces États proclament que tous leurs citoyens naissent libres et égaux en droits et en devoirs¹²⁴⁴. Dès lors, à partir du moment où la polygynie est juridiquement permise, rien ne devrait s'opposer à ce que la polyandrie le soit aussi. Par ce moyen, l'égalité serait maintenue¹²⁴⁵, même si l'on peut douter que ce soit la meilleure solution.

406. - Interdiction par les textes législatifs. Au Cameroun, le législateur pose le principe de la prohibition de la polyandrie en ces termes : « Nonobstant l'existence d'une opposition, est nul d'ordre public tout mariage conclu par une femme légalement mariée ou par un homme engagé dans les liens d'un précédent mariage monogamique non dissous »¹²⁴⁶. Sous l'ère coloniale aussi, le législateur belge avait pris position contre la pratique de la polyandrie, notamment à travers l'ordonnance-loi 37-AIMO du 31 janvier 1947 portant interdiction de la polyandrie dans les colonies¹²⁴⁷.

407. - Cas du Bénin. Plus récemment, au Bénin, lorsque la question de la conformité à la Constitution de la polygamie masculine seule a été posée à la Cour constitutionnelle, en cours d'adoption du nouveau Code des personnes et de la famille, la position des juges béninois était très attendue pour sa portée juridique au plan national autant qu'international, notamment au regard des États qui l'avaient déjà introduit dans leurs droits. À cette occasion, la Cour

¹²⁴⁴ Art. 1^{er} de la Constitution du Burkina Faso : « Tous les burkinabè naissent libres et égaux en droits. Tous ont une égale vocation à jouir de tous les droits et de toutes les libertés garantis par la présente Constitution. Les discriminations de toutes sortes, notamment celles fondées sur la race, l'ethnie, la région, la couleur, le sexe, la langue, la religion, la caste, les opinions politiques, la fortune et la naissance, sont prohibées. » ; art. 2 de la constitution malienne : « Tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, le sexe, la religion et l'opinion politique est prohibée ».

¹²⁴⁵ Sur le Cameroun, Maurice NKOUENDJIN YOTNDA remarque que « La polygamie étant admise pour les hommes, la question se pose de savoir pourquoi ne reconnaitrait-on pas en vertu des dispositions constitutionnelles le droit de polyandrie aux femmes ? Ladite disposition reconnaît l'égalité de droits à tous les citoyens camerounais. » (M. NKOUENDJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, *op. cit.*, note n° 136, p. 121).

¹²⁴⁶ Cf. art. 63 de l'ordonnance de 1981. Lire à ce propos, T. ATANGANA-MALONGUE, *Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille*, *op. cit.*, note n° 35, p. 842.

¹²⁴⁷ Cf. G.-G. BIANGA, *La politique démographique au Congo belge*, in *Revue Population*, 33^e année, n° 1, 1978, p. 192-193 ; F. N. MALU, *La mission chrétienne à l'épreuve de la tradition ancestrale (Congo belge, 1891-1933) : la croix et la chèvre*, Collection Mémoires d'église, éd. Karthala, Paris, 2007, p. 349.

constitutionnelle s'est fondée sur l'article 26 de la Constitution¹²⁴⁸ pour déclarer que le projet de loi portant Code des personnes et de la famille¹²⁴⁹ était contraire à la Constitution pour « traitement inégal entre l'homme et la femme en ce que l'option prévue au 5^e tiret de l'article 74 permet à l'homme d'être polygame alors que la femme ne peut être que monogame »¹²⁵⁰. Le retentissement de cette décision a été tel que Stéphane Bolle, s'exprimant sur cette prise de position inédite en Afrique, affirme que « La déclaration d'inconstitutionnalité la plus spectaculaire frappe la polygamie, déclarée contraire à l'égalité entre l'homme et la femme »¹²⁵¹.

408. - Mise en avant du problème de la recherche de filiation. On peut voir que les pouvoirs législatifs en Afrique n'ont jamais admis la polyandrie au même titre que la polygynie. Leur attitude n'est en fait que le reflet de l'ostracisme qui frappe la polyandrie dans les sociétés subsahariennes. La confusion de part est l'argument juridique principal avancé pour justifier le refus de la polyandrie. Mais, si la difficulté est bien réelle (1), elle n'est pas invincible pour autant (2).

1) Une confusion de part réelle

409. - Mise à l'épreuve de la présomption de paternité. Lorsqu'un enfant naît d'une femme mariée, juridiquement le mari de la mère est supposé en être le père¹²⁵². De fait, la présomption de paternité se fonde sur la cohabitation de la mère de l'enfant avec le conjoint pendant la période légale de conception, qui s'étend en principe du 300^e au 180^e jour précédant la naissance. Cependant, la jurisprudence a créé un deuxième critère de légitimité, à savoir « la naissance au cœur d'un mariage »¹²⁵³. La preuve contraire peut toujours être rapportée. Dans l'hypothèse d'un mariage polyandrique, la simultanéité des liens conjugaux rend malaisée l'application de la technique à un enfant qui naîtrait alors. En effet, il en découle une incertitude sur l'identité de celui d'entre les maris qui est le père de l'enfant. En pratique, les membres de la

¹²⁴⁸ Il dispose en ses alinéas 1 et 2 que « L'État assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction [...] de sexe [...] L'homme et la femme sont égaux en droit... ».

¹²⁴⁹ La loi n° 2002-07/AN du 14 juin 2004 portant Code des personnes et de la famille au Bénin est issue de ce projet.

¹²⁵⁰ Décision de la Cour constitutionnelle n° 02-144 du 23 déc. 2002.

¹²⁵¹ S. BOLLE, L'émancipation de la femme béninoise par la Constitution ? La Voix de l'Intégration Juridique et Judiciaire Africaine, 2005, n°s 5 & 6, p. 1.

¹²⁵² Cf. art. 300-303 du CPF du Bénin, art. 423-427 du CPF du Burkina Faso, art. 468-472 du CPF du Mali (v. M. DUPUIS, L'établissement de la parenté, Lamy Droit des personnes et de la famille, mai 2012, Étude 150, n° 150-57).

¹²⁵³ Cf. J. GROSLIERE, De l'infidélité de la femme mariée : Regard nouveau sur le contentieux de la légitimité, RTD Civ. 1990, p. 229.

famille polyandrique conviennent d'une organisation pour la mise en œuvre de la cohabitation de la femme avec chaque mari, comme cela peut se passer dans la polygynie. Cela ne résout pas le problème de la filiation car, en cas de conception d'un enfant, il n'est pas évident de désigner le mari qui est l'auteur de la grossesse et donc le père de l'enfant. Néanmoins, l'incertitude sur l'identité de ce dernier pourrait être levée en établissant qu'il n'y a eu cohabitation qu'avec l'un des pères potentiels tout le long de la période légale de conception. Dans ce cas, la présomption de paternité pourrait être appliquée au profit l'enfant de la femme polyandre, comme dans le cas d'un ménage monogamique, envers le mari concerné.

410. - Solution traditionnelle de la paternité commune de l'enfant. La question de la confusion de part est avancée pour justifier l'hostilité envers les unions plurales d'une femme, mais elle ne constitue pas *a priori* un obstacle dans un mode d'organisation sociale communautaire. En ce cas, l'enfant appartient au clan de sa mère, sans qu'il soit besoin de déterminer exactement qui est son père¹²⁵⁴. Pour le reste, à l'heure actuelle, l'évolution de la science permet de déterminer la paternité d'un enfant lorsque la nécessité se présente.

À défaut d'une telle convention sociale, la polyandrie peut être source de conflits de paternité entre les coépoux.

2) Une confusion de part non insurmontable

411. - Solution en pratique. Dans la vie courante, l'enfant né dans un mariage polyandrique est élevé indifféremment par les maris de sa mère. Le problème se pose surtout au plan juridique. En effet, à défaut de circonstances exceptionnelles permettant de savoir avec exactitude la filiation paternelle de l'enfant d'un point de vue biologique, celle-ci pourrait, en théorie, être attribuée ou être revendiquée par chacun des maris de la mère. Cependant, les progrès de la science offrent désormais les moyens de déterminer avec certitude le lien de parenté d'une personne (2). Mais avant de recourir à ce moyen, la solution au problème peut venir de la reconnaissance de l'enfant (1).

¹²⁵⁴ S. N. A. PITSHANDENGE, *La polyandrie chez les Bashilele du Kasai occidental (Zaire) : Fonctionnement et rôles*, op. cit., p. 15. Les enfants nés d'une femme polyandre appellent "père" tout homme faisant partie du *kumbu* (ou classe d'âge, c'est-à-dire un regroupement à l'échelle de la contrée des individus *bashilele* nés au cours d'une période d'environ 5 ans) qui a reçu leur mère comme épouse, sauf ceux qui sont apparentés à leur mère. Même quand le père biologique des enfants est identifié, la communauté le tient pour un simple géniteur.

a. La reconnaissance de l'enfant

412. - Reconnaissance paternelle dans les milieux traditionnels. Dans certains cas, les règles matrimoniales polyandriques induisent un système de paternité séparable. Cela signifie que le lien biologique entre le géniteur et l'enfant ne confère pas forcément la paternité légitime à ce dernier¹²⁵⁵. Parfois, la place d'un mari dans l'organisation familiale polyandrique sert de repère pour déterminer la paternité de l'enfant. Ainsi, il est des cas où le père biologique est ignoré au profit de l'ainé des maris ou du mari principal ou dominant¹²⁵⁶. Dans d'autres lieux, le père de l'enfant est désigné par tirage au sort. Certaines fois encore, la paternité de l'enfant dépend entièrement du choix de la mère, celle-ci pouvant notamment se fonder sur une ressemblance physique entre l'enfant et son père prétendu pour ce faire¹²⁵⁷. Enfin, il est aussi noté le cas où les enfants sont attribués distributivement aux différents maris de la femme suivant leur rang, afin de n'en privilégier aucun, et, lorsque le nombre d'enfants le permet, chaque coépoux se voit attribuer au moins un enfant.

413. - Indétermination de la filiation paternelle. La paternité de l'enfant né d'une femme polyandre pouvait rester indéterminée, sans que la situation ne soit source de gêne comme ce peut être le cas dans les sociétés modernisées. Même lorsque la paternité de l'enfant était attribuée à un mari en particulier, son éducation et son entretien restait du ressort de tous les maris¹²⁵⁸. L'absence de cloisonnement au niveau des responsabilités des pères envers les enfants dans le mariage polyandrique est souvent présentée comme l'un de ses avantages. De fait, dans un environnement peu favorable, l'enfant qui a plusieurs pères a davantage de chances de survivre, compte tenu de la multiplicité des figures paternelles susceptibles de lui apporter des soins.

¹²⁵⁵ V. La polyandrie fraternelle, consulté le 5 oct. 2017 sur <http://www.zonehimalaya.net/Himalaya/polyandrie.htm>.

¹²⁵⁶ Le mari principal existe dans les cultures où la polyandrie est informelle, comme le remplacement *de facto* du mari de la femme en son absence par un autre homme, plutôt que d'une forme d'alliance institutionnalisée; le mari dominant est celui qui a la préférence de la femme polyandre, lorsqu'il est permis à la femme de montrer une telle préférence (v. *Scienceshumaines.com*, Les femmes dominantes : la polyandrie, consulté le 5 oct. 2017 sur <https://www.sciencehumaine.info/psychologie/philosophie/459-les-femmes-dominantes-la-polyandrie>).

¹²⁵⁷ V. *Scienceshumaines.com*, Les femmes dominantes : la polyandrie, *op. cit.*

¹²⁵⁸ Selon la coutume, les enfants appellent les co-époux de leur père "père" ou "oncle" (v. *supra*, n° 410).

414. - Point de vue légal. Ici, il serait évidemment difficile d'imaginer un système légal de coparentalité¹²⁵⁹. Par conséquent, le père de l'enfant au plan légal serait celui qui l'a officiellement reconnu. Il importe peu que cette reconnaissance se rattache à l'une des méthodes empiriques de détermination de la paternité ou résulte d'un acte spontané d'un mari de la femme polyandre lorsque rien ne s'y oppose, voire que l'acte soit le fait d'un autre homme, proche de la famille. En effet, la reconnaissance est un mode juridique comme un autre d'établissement de la filiation d'une personne¹²⁶⁰. Dès lors, si les intéressés ne se mettent pas d'accord sur un procédé pour désigner le père, il est toujours possible d'y recourir pour résoudre le problème de la confusion de part. En somme, l'incertitude sur l'identité du père d'un enfant dans la polyandrie n'est pas insoluble, d'autant plus que la science offre également une alternative.

b. La recherche scientifique de la paternité de l'enfant

415. - Recours à la médecine. Dans les sociétés où la monogamie vaut comme principe, le problème de la confusion de part qui résulte de la multiplicité de liens maritaux de la femme peut sembler inextricable. Pourtant, les sociétés qui pratiquent la polyandrie recourent à des moyens élémentaires pour rechercher la paternité de l'enfant né dans ce mode de conjugalité¹²⁶¹. En outre, aujourd'hui, il existe des procédés scientifiques permettant d'attester de la filiation d'une personne en ses deux branches, *a fortiori* en sa branche paternelle¹²⁶². Il peut ainsi être effectué un test de filiation, à savoir une analyse sur l'enfant dont la filiation est discutée, afin de déterminer les caractéristiques de son patrimoine génétique. Il permet d'établir le lien de filiation entre cet enfant et un parent présumé, ici le père. Dans le principe, le test de paternité est uniquement autorisé dans le cadre d'une procédure judiciaire visant à établir ou à contester un lien de filiation, ou encore à obtenir ou supprimer des subsides. Le consentement du père présumé est obligatoire. Mais, par défaut, il pourrait servir de technique pour situer un

¹²⁵⁹ Cf. A. N. GBAGUIDI, L'égalité dans les rapports personnels entre époux dans le nouveau Code de la famille du Bénin, *op. cit.*

¹²⁶⁰ Cf. art. 65, 319, 323-329 du CPF du Bénin, art. 111, 422, 427-434 du CPF du Burkina Faso et 163 et 506-511 du CPF du Mali.

¹²⁶¹ V. *supra*, n° 410.

¹²⁶² Par un examen d'ADN (lire P. de MAZANCOURT, H. PFITZINGER, ADN et recherche en paternité, *in* Revue Gynécologie, Obstétrique & Fertilité, volume 33, n° 7-8, éd. Elsevier, Paris, juil.-août 2005, p. 461-463 ; M.G. SCHWEITZER, N. PUIG-VERGES, Biotechnologies et filiation. Questions pour l'attachement et la parentalité, Communication, Annales Médico-psychologiques, *in* Revue psychiatrique, volume 160, n° 4, éd. Elsevier, Paris, mai 2002, p. 332-336).

enfant par rapport à son lien paternel vis-à-vis d'un coépoux de sa mère polyandre¹²⁶³. Seulement, l'autorisation de la recherche de paternité dans ce cas particulier ouvrirait la voie à toutes les expertises génétiques en dehors d'une action en justice, ce qui n'est guère souhaitable.

416. - Réserves à l'égard de la polyandrie. En considération de ce qui précède, il est possible de tirer la conclusion que la détermination de la paternité d'un enfant dans un système marital flexible comme la polyandrie n'est pas chose aisée, mais qu'elle n'est plus aussi aléatoire que par le passé. De ce fait, la confusion de part n'est plus une justification suffisante pour refuser la coexistence de la polyandrie avec la polygynie dans les systèmes juridiques dans lesquelles cette dernière est reconnue. Sous un certain angle, le souci de rétablir l'égalité entre les sexes commanderait que la polyandrie y soit admise au même titre que la polygynie. Ainsi est-il estimé que « la liberté nuptiale ne saurait varier en fonction du sexe de ses bénéficiaires », mais « la loi qui, d'aventure, ferait coexister polygynie et polyandrie entrerait irrémédiablement, en conflit avec le bloc de constitutionnalité, protecteur de l'institution familiale »¹²⁶⁴. Une autre méthode consisterait à supprimer la faculté pour l'homme d'être simultanément engagé dans plusieurs liens conjugaux. À partir de ce dispositif, la monogamie s'appliquerait à toute personne mariée. En effet, il est préférable que le nivellement se fasse au moyen de la suppression de la polygynie plutôt que de l'autorisation de la polyandrie.

417. - Incompatibilité des formes masculines et féminines de la polygamie avec l'évolution moderne. Le brassage des cultures noires avec d'autres a entraîné un changement dans les modes de vie. Les nouveaux modes de vie, plus individualistes, se conjuguent mal avec les deux formes de polygamie. En effet, l'accès d'un plus grand nombre de personnes à l'éducation

¹²⁶³ Le décryptage des empreintes génétiques par la science offre à l'heure actuelle la possibilité d'établir avec précision la filiation d'une personne (v. A. MANSUET-LUPO, P. ROUGER, V. VAN HUFFEL, Les empreintes génétiques : des affaires d'interprétation difficile, *in* Revue Transfusion Clinique et Biologique, vol. 14, n° 3, éd. Elsevier, Paris, août 2007, p. 343-347 ; P. de MAZANCOURT et H. PFITZINGER, ADN et recherche en paternité, *op. cit.*, p. 462). La recherche sur la base des empreintes génétiques est une avancée sur les méthodes antérieures, dont la plus connue est la détermination de la paternité à partir d'une recherche sur le groupe sanguin du globule rouge. La technique du groupe sanguin présente le défaut de permettre plus sûrement d'exclure la paternité d'un père présumé que de démontrer avec certitude la filiation entre deux individus (cf. P. de MAZANCOURT et H. PFITZINGER, ADN et recherche en paternité, *op. cit.* ; aussi V. VAN HUFFEL et P. ROUGER, Le polymorphisme de l'ADN appliqué aux recherches de filiation : Analyse de 877 cas, *in* Revue Transfusion Clinique et Biologique, vol. 6, n° 4, éd. Elsevier, Paris, août 1999, p. 236-244). Elle se présente ainsi comme une solution possible au problème de la confusion de part dans l'union polyandrique. Toutefois, elle pose des problèmes d'éthique, qui excluent d'envisager sa généralisation.

¹²⁶⁴ Cf. C. AGOSSOU, *Liberté et égalité en droit de la famille dans les États de l'Afrique francophone*, *op. cit.*, p. 284-285.

scolaire ou encore l'expansion de la religion chrétienne qui promeut l'union monogamique contribuent à un désaveu progressif, quoique lent, de la polygamie. De plus, le développement des maladies vénériennes milite contre la continuation de ce type d'unions conjugales. Enfin, il convient de relever que, si la polyandrie peut sembler à première vue comme équivalant à la polygynie, une observation méticuleuse de l'institution amène à relativiser cette perception, car, ainsi que le fait remarquer Séraphin Ngondo A. Pitshandenge à propos de la société *bashiléle*, « En dépit des similitudes avec la polygynie, [la polyandrie par classe d'âge] constitue plutôt le mariage d'une femme par plusieurs maris que le mariage par une femme de plusieurs maris »¹²⁶⁵. Dès lors, si l'on se situe dans la perspective d'une protection plus efficiente de la femme, la légalisation de la polyandrie, même dans les États dont les textes de loi permettent à l'homme de prendre plusieurs épouses à la fois, ne constituerait qu'une solution de façade au problème de l'inégalité des sexes. Le problème de fond demeurerait. Du reste, l'inégalité des conjoints dans la polygamie masculine est flagrante à un point qu'il ne peut raisonnablement être envisagé de dupliquer le modèle pour la femme¹²⁶⁶.

Section 2 : La distorsion des devoirs des époux en situation de polygamie

418. - Choix législatif discutable. Les efforts appréciables consentis sur certains aspects par les nouvelles législations pour conférer des droits identiques à l'homme et à la femme dans le mariage sont, dans une large proportion, tempérés par l'autorisation de la polygamie en marge. Les raisons qui ont conduit à autoriser la polygamie au Burkina Faso et au Mali ont été largement évoquées¹²⁶⁷. Cependant, il est permis de relever que, même si la promotion de droits nouveaux pour la femme ne rencontre pas l'adhésion du plus grand nombre, les pouvoirs légiférants auraient pu se garder d'accréditer des modèles sociaux manifestement contraires à l'égalité et encore plus à l'équité. Devant la ségrégation qui en résulte, il pourrait être reproché une certaine passivité à la femme citoyenne des États qui admettent la polygamie. Mais, comme le note Muriel Ijere, « Dans les milieux traditionnels, la femme africaine sait qu'elle doit accepter la

¹²⁶⁵ S. N. A. PITSHANDENGE, *La polyandrie chez les Bashilele du Kasai occidental (Zaire) : Fonctionnement et rôles*, op. cit., p. 20. Cela est aussi vrai dans les sociétés d'Asie où la polyandrie fraternelle est appliquée.

¹²⁶⁶ Lire en ce sens F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, op. cit., p. 20-21.

¹²⁶⁷ V. supra, n° 375.

polygamie et elle se montre généralement résignée »¹²⁶⁸. Du fait de ce conditionnement, la résistance de la principale concernée est improbable, surtout sans le soutien et l'action déterminée du droit et des pouvoirs publics. Les réformes législatives du droit de la famille dans les États africains étaient l'occasion de donner tout son sens au caractère normatif de la règle de droit. Cependant, les législateurs burkinabè et malien ne se sont pas montrés résolus dans leur intention de supprimer le mariage polygamique, dans lequel les obligations qui constituent le socle du régime matrimonial primaire sont galvaudées.

419. - Dilemme du législateur. Les contradictions internes du Code des personnes et de la famille du Burkina Faso sont révélatrices du tiraillement qu'il y a eu entre la volonté législative d'interdire sans tergiversations la polygynie et celle de l'instaurer comme une forme légale du mariage, en créant néanmoins les conditions indispensables à sa disparition avec le temps. Ainsi, ce code, en son article 235, dispose que « Le mariage repose sur le principe de l'égalité des droits et des devoirs entre époux »¹²⁶⁹. Précédant cette disposition, l'article 232 énonce que « la polygamie est admise dans certaines conditions ». Enfin, l'article 292, alinéa 2, du Code affirme, de manière sibylline, qu'« En cas de polygamie, chaque épouse peut prétendre à l'égalité de traitement par rapport à l'autre ». Dans un sens similaire, le Code malien des personnes et de la famille, en son article 320, dispose que « Le mari, sous le régime de la polygamie, est astreint à une obligation d'équité entre ses épouses dont chacune est considérée comme un ménage ». Il est possible de voir que les deux textes ne précisent pas à partir de quand, ni comment, la femme qui s'estime lésée dans ses droits d'épouse peut revendiquer l'égalité de traitement par rapport à ses coépouses¹²⁷⁰. En définitive, ces dispositions semblent plus relever d'une incitation que d'une obligation réelle, d'autant qu'il n'est pas défini de sanction en cas de non-respect.

La reconnaissance de la faculté de contracter plusieurs unions matrimoniales à l'homme, mais pas à la femme, rompt l'égalité entre les époux, notamment à l'égard du devoir de fidélité (§ 1) et des devoirs de cohabitation et d'aide conjugale (§ 2).

§ 1 : La remise en cause du devoir de fidélité

¹²⁶⁸ M. IJERE, Sembène Ousmane et l'institution polygamique, *in* Revue Éthiopiennes, volume 5 n°1-2, n°48-49, 1^{er} et 2^e trimestre 1988, consulté le 22 avr. 2017 sur <http://ethiopiennes.refer.sn/spip.php?article1330> ; v. aussi E. KAGAMBEGA, Les droits de la femme et de l'enfant, *op. cit.*, p. 215.

¹²⁶⁹ Le Code malien ne comporte pas de disposition similaire.

¹²⁷⁰ Étant entendu que le traitement visé ne saurait être réduit à l'ordre matériel, l'ordre sentimental entrant également en ligne de compte (v. *infra*, n° 430). Le juge sénégalais a retenu que l'inégalité manifeste de traitement entre deux épouses pouvait justifier le refus par l'une d'elles de rejoindre la résidence fixée par le mari (cf. TPI Dakar, 1^{er} juil. 1976, et TPI Dakar, 12 juil. 1977, RJS. Crédila, 1982, vol. 11, p. 14 *sq.*, *op. cit.*).

§ 2 : La remise en cause des devoirs de cohabitation et d'entraide conjugale

§ 1 : La remise en cause du devoir de fidélité

420. - Inadéquation entre le cadre juridique moderne de la conjugalité et la polygamie. Il existe une véritable difficulté à faire concorder les règles du mariage monogamique, qui dominant l'esprit des Codes africains des personnes et de la famille, avec celles du mariage polygamique. Cela est surtout remarquable pour ce qui ressort des devoirs réciproques des époux. La distance s'explique par l'absence dans l'union polygamique de la condition fondamentale de la communauté de vie, telle qu'elle est classiquement entendue. Ainsi que le fait observer Gérard Cornu, « La communauté de vie¹²⁷¹ commande, conditionne ou au moins favorise l'accomplissement harmonieux, l'exécution naturelle des autres devoirs du mariage. Quand elle existe, elle facilite tout. Elle veille sur la fidélité et, naturellement, conduit à l'assistance mutuelle »¹²⁷². Tout mariage légalement célébré soumet, en principe, les époux aux règles du régime primaire. La fidélité entre époux figure au nombre de celles-ci. Toutefois la spécificité du mariage civil polygynique est précisément de permettre à l'homme de se marier légalement à plus d'une femme. La particularité de ce type d'union oblige à reconsidérer la fidélité que se doivent les époux.

421. - Définition de « fidélité ». La loi ne définit pas la notion de fidélité. Selon le *Vocabulaire Juridique*, elle s'entend comme la « foi due au mariage », plus spécifiquement le « devoir pour chaque époux de ne pas commettre l'adultère et de ne pas entretenir avec un tiers des relations offensantes pour son époux (flirt, etc.) »¹²⁷³. Le devoir de fidélité entre époux se manifeste ainsi sous plusieurs facettes. D'abord, il oblige chaque époux à montrer de la loyauté envers l'autre et à réserver à l'autre l'exclusivité de ses relations sexuelles et affectives ; ensuite il pose l'interdiction de toute relation sexuelle entre un époux et un tiers. Finalement, l'obligation de fidélité résulte de la loi, mais son respect est essentiellement tributaire de la volonté des conjoints, une volonté qui est particulièrement sollicitée en cas d'union polygamique.

¹²⁷¹ Cette notion a remplacé, en droit français, la communauté de toit. Elle a un sens plus étendu que la deuxième. La jurisprudence y a souvent recours pour confirmer l'existence de l'intention matrimoniale au moment du mariage (Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille, op. cit.*, 18^e, n° 1572 sq., p. 612).

¹²⁷² G. CORNU, *Droit civil : La famille, op. cit.*, p. 53.

¹²⁷³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 458.

La situation de polygamie est source de malaise en droit, parce ce qu'elle induit un devoir de fidélité "ajustable" pour l'homme (A), pendant que chaque épouse reste soumise à une fidélité rigoureuse (B).

A. Plasticité du devoir de fidélité du mari dans le mariage polygynique

B. Rigueur du devoir de fidélité de la femme dans le mariage polygynique

A. Plasticité du devoir de fidélité du mari dans le mariage polygynique

422. - Discordance entre institution polygamique et réciprocité du devoir de fidélité.

Lorsqu'un homme contracte le mariage sous le régime de la polygamie dans les droits burkinabè et malien, il peut demeurer marié avec sa première femme seulement, tout comme il peut se marier à d'autres femmes en plus. À partir du moment où il passe de la situation de polygame potentiel à celle de polygame réel, la pluralité simultanée de ses liens conjugaux soulève des interrogations quant à la place de la fidélité entre les conjoints, sachant qu'elle s'impose automatiquement à eux par le seul fait du mariage. À l'analyse, le devoir de fidélité du mari polygame révèle deux points sensibles : d'abord, au niveau du partage de ses nuits entre les différentes femmes (1) ; ensuite, dans la période d'incertitude précédant chaque nouvelle union (2).

1) Devoir de fidélité

423. - Résultante naturelle de l'intention matrimoniale. L'obligation de fidélité est expressément prévue pour les partenaires dans le mariage¹²⁷⁴. Il est donc entendu que dans toute relation conjugale sanctionnée par un mariage, les conjoints doivent être fidèles l'un à l'autre. Le Doyen Carbonnier observe, pour sa part, qu'« Il y a dans le mariage une promesse. S'il n'est pas au pouvoir du droit de contraindre les époux à l'accomplir, il lui appartient cependant de leur interdire de s'en écarter »¹²⁷⁵. Il convient d'accorder au pacte moral qui scelle l'engagement des personnes précédant le mariage toute son importance¹²⁷⁶, car, même lorsque le mariage dépend plus de l'accord des groupes que de la volonté des individus, l'amour n'en est

¹²⁷⁴ V. *supra*, n° 208.

¹²⁷⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, op. cit.*, n° 547, p. 1219-1220.

¹²⁷⁶ Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille, op. cit.*, p. 102.

pas forcément absent, et la fidélité entre époux est la règle¹²⁷⁷. Dès lors, toute violation physique ou morale du devoir devrait être sanctionnée. La sanction définie par la loi pour le non-respect de l'obligation de fidélité est le délit d'adultère. Toutefois, avec la libéralisation des mœurs, l'adultère a été dépénalisé dans certains droits¹²⁷⁸ ou encore les sanctions prévues ne connaissent plus d'application dans les faits¹²⁷⁹. De plus, il n'est plus une cause péremptoire de divorce, et ne constitue plus, bien souvent, qu'une faute civile pouvant, au plus, fonder une action en réparation ou en séparation du couple¹²⁸⁰.

424. - Impossible articulation du modèle polygamique avec l'obligation de fidélité. Il ne semble pas possible de faire application des sanctions normales de l'adultère dans un mariage

¹²⁷⁷ Cf. J. GOODY, *L'évolution de la famille et du mariage en Europe*, éd. Armand Colin, Paris, 2012, p. 79-80, 217-218 ; aussi N. ROULAND, En quête d'identités, in « Inventons la famille ! », F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ *et al.* (dir.), éd. Bayard, collection Société, 2001, p. 172.

¹²⁷⁸ En France notamment, ce fut après la loi la loi n° 75-617 du 11 juil. 1975 portant réforme du divorce. Au Burkina Faso, elle reste pénalement réprimée, du moins en théorie, tout comme au Mali par une peine d'emprisonnement éventuellement assortie d'amende. Ainsi l'article 418 du Code pénal burkinabé (loi n° 43/96/ADP du 13 nov. 1996 portant Code pénal modifiée par la loi n° 006-2004/AN du 6 avr. 2004) dispose-t-il que « Toute personne convaincue d'adultère est punie d'un emprisonnement de deux à six mois et d'une amende de 50.000 à 150.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement » ; l'article 231, al. 1^{er}, du Code pénal malien (loi n° 01-079 du 20 août 2001), à son tour, prévoit que « L'époux convaincu d'adultère sera puni d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 20 000 à 100 000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement ». Dans la réalité, il est rare que ces peines soient appliquées, tant le changement des mœurs semble rendre vaines les peines carcérales et/ou pécuniaires pour fait d'infidélité.

¹²⁷⁹ Au Bénin, l'article 336 du Code pénal Bouvenet du 6 mai 1877 (toujours applicable, sous réserve des modifications ultérieures apportées au texte), dispose, en son article 336, que : « L'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari ; cette faculté même cessera s'il [a entretenu une concubine dans la maison conjugale et en a été convaincu sur la plainte de la femme] ». La femme peut être condamnée à une peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans (cf. art. 337 issu du décret du 19 nov. 1947, JO de l'Afrique occidentale française 1947, p. 1233), tandis que l'homme peut seulement être condamné à une amende comprise entre vingt-quatre mille et quatre cent quatre-vingt mille francs (cf. art. 339 issu du décret du 19 nov. 1947). Cet article est le reflet du droit français d'avant la loi n° 75-617 du 11 juil. 1975 portant réforme du divorce qui a marqué la dépénalisation de l'adultère (lire à ce propos M. BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, Chapitre II : La répression de l'adultère, Presses Universitaires de France, Paris, 2005, 344 p., p. 71 – 111, n° 56). Les dispositions des articles 336-339 du Code pénal Bouvenet ont fait l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle béninoise (v. Décision de la Cour constitutionnelle n° 09-081 du 30 juil. 2009 faisant suite à une exception d'inconstitutionnalité soulevée devant la 1^{re} Chambre correctionnelle du tribunal de première instance de Cotonou). Les requérants les ont présentées comme les « vestiges d'un temps révolu », qui « créent des conditions plus favorables à l'homme qu'à la femme au triple point de vue de la constitution de l'infraction, de la poursuite de l'infraction et de la peine encourue... », concluant qu'elles étaient, de ce fait, contraires aux articles 26 de la Constitution béninoise, et 2-3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. La Cour a abondé dans leur sens.

¹²⁸⁰ En France, la jurisprudence se livre parfois à des interprétations plutôt inattendues des faits constitutifs d'adultère, comme par exemple lorsque, dans une affaire, le tribunal de grande instance de Béthune a jugé avec indulgente des baisers échangés, estimant qu'« un simple baiser isolé ne fait qu'égratigner le contrat de mariage, cette égratignure doit normalement se cicatrifier et ne rend pas intolérable le maintien du lien conjugal » (cf. France, TGI Béthune, 12 juin 1973 : JCP, 1975, II, 17946). Dès lors, la faute d'infidélité paraît ne plus pouvoir être invoqué avec succès que dans le cadre d'une action en réparation, en séparation de corps ou en divorce, sur le fondement des injures graves de l'époux mis en cause (art. 234 et 273 du CPF béninois, art. 367 et 408, al. 1^{er}, du CPF burkinabé et art. 352 et 376, al. 1^{er}, du CPF malien).

dans lequel l'homme est autorisé par la loi à avoir "plusieurs fidélités". En effet, comme le relève Camille Cuyu, « le devoir réciproque de fidélité n'a de sens que dans le cadre de l'engagement monogamique »¹²⁸¹. Dans le principe, l'engagement de deux personnes à se marier, en plus de l'incitation de la loi, pose les bases de la soumission réciproque des conjoints à la fidélité dans le mariage. Dans le cas où le mariage n'est plus conçu sous la forme monogamique, mais plutôt suivant un schéma polygamique, la réciprocité du devoir de fidélité ne peut pas être attendue, étant donné qu'il n'y a plus seulement un homme marié à une femme, mais un homme matrimonialement engagé avec plusieurs femmes à la fois. Chaque épouse peut se conformer au devoir de fidélité, mais, matériellement, il n'est pas possible à l'époux d'en faire autant. Du reste, juridiquement, il est considéré qu'il forme un couple marié avec chacune de ses femmes¹²⁸². Évidemment, l'équité à l'égard des sexes n'est pas respectée.

425. - Remise en cause de l'obligation de fidélité dans la polygamie. La consécration légale du mariage polygamique revient aussi à accepter en droit une obligation de fidélité lâche de l'homme marié sous ce régime. Elle fonde ainsi une conception qui s'oppose à la rigidité de la fidélité exigée de l'homme marié sous l'option de monogamie. Cet état de fait peut être à l'origine d'un mouvement pervers. En effet, des hommes qui désirent se marier et qui auraient le choix entre la monogamie et la polygamie, pourraient se décider pour cette dernière forme de mariage, non pas qu'ils entendent réellement se marier à plusieurs femmes¹²⁸³, mais seulement afin de bénéficier de la tolérance dont il est fait montre à l'égard de l'obligation de fidélité du mari polygame. Cet état d'esprit est attesté par certaines opinions¹²⁸⁴.

426. - Partage des nuits du mari polygame. La loi ne règle pas les modalités d'accomplissement du devoir conjugal, à l'origine de l'obligation de fidélité entre époux¹²⁸⁵, dans

¹²⁸¹ C. CUYU, Les réformes des droits africains de la famille : un projet juridique visant une hégémonie culturelle, in « A la recherche du droit africain du XXI^e siècle », Camille CUYU (dir.), éd. Connaissance et savoirs, Paris, 2005, p. 91.

¹²⁸² V. *supra*, n° 419.

¹²⁸³ Cf. Entretien avec l'officier de l'état civil PER 11, réalisé le 4 mai 2017. Il est expliqué que « La plupart des hommes justifient que cette forme [de mariage] permet de soumettre la femme. D'autres affirment qu'ils n'ont pas l'intention d'épouser une seconde épouse mais c'est plutôt imposer une certaine discipline à la femme. Une année, on a célébré des mariages d'"hommes de tenue" et la plupart ont opté pour la polygamie en expliquant qu'en cas de mésentente, ils pourraient se remarier sans avoir obtenu le divorce, d'autant plus qu'ils n'aiment pas aller en justice... ». V. aussi F. B. DIAL, Mariage et divorce à Dakar : Itinéraires féminins, *op. cit.*, p. 61.

¹²⁸⁴ Cf. Entretien PER 11, réalisé le 4 mai 2017 (v. *supra*, note ss n° 425).

¹²⁸⁵ Le devoir conjugal figure indirectement au nombre des obligations des époux. Il est à la fois contenu dans le devoir de cohabitation et renforcé par le devoir de fidélité, des devoirs qui, eux, découlent de la loi (v. *infra*, n° 418 *sq.*). Il faut observer que ces deux devoirs se rejoignent pour conférer une place de choix à

le mariage polygamique, pas plus d'ailleurs qu'elle ne le fait pour le mariage monogamique. Aussi est-ce dans la religion musulmane que la réponse peut être trouvée. De fait, cette confession religieuse autorise la polygamie, à l'instar de la coutume, mais elle présente l'avantage d'avoir tenté de réglementer le point délicat du devoir conjugal. Il ressort de certains écrits de doctrine musulmane que la foi coranique prescrit à l'homme qui a épousé plusieurs femmes de partager "équitablement ses nuits" entre celles-ci¹²⁸⁶, étant cependant précisé que la part des esclaves est inférieure de moitié à celle des femmes libres¹²⁸⁷. L'esclavage étant légalement proscrit au Burkina Faso et au Mali, il reste à considérer le cas des épouses « libres ». Mais, même alors, comment faut-il comprendre la notion d'équité¹²⁸⁸ ou au moins d'égalité dans un contexte aussi singulier ?

427. - Encadrement du comportement sexuel du mari polygame. En cas de mariage polygamique, la jurisprudence retient que l'égalité de traitement des femmes par le mari s'exprime vis-à-vis d'elles à travers un partage égal des nuits¹²⁸⁹. Cette position est partagée par la religion musulmane¹²⁹⁰. La maladie ou la menstruation n'est pas un motif d'exclusion d'une femme, sauf si elle concède elle-même "ses nuits" à une autre épouse ou laisse le mari libre

l'accomplissement du devoir conjugal en tant qu'effet du mariage. Certes, la loi ne le mentionne pas expressément, mais elle n'en attache pas moins des conséquences à son non-respect. En effet, le refus d'accomplir le devoir conjugal peut être invoqué comme une faute pour soutenir une demande en divorce pour faute. Seulement, la difficulté d'en établir la preuve, ou des raisons de pudeur, conduisent souvent à englober cette faute dans un constat de faillite de la communauté de vie ou à l'associer à d'autres fautes (v. M. LAMARCHE et J.-J. LEMOULAND, *Mariage (4^e Effets)*, *op. cit.*, n° 54). En réalité, le devoir conjugal a pendant longtemps été considéré comme l'acte qui scelle véritablement l'union maritale, et ce point de vue ne s'est pas véritablement démenti jusqu'ici. Si le droit civil ne traite de la question de l'union charnelle, la *copula carnalis*, que de manière implicite, le droit canonique, au contraire, lui accorde une considération égale à celle de la rencontre des volontés qui forme le mariage (v. J.-M. BRUGUIÈRE, *Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge*, *op. cit.*, n°6-8 ; F. TERRE, *Le mariage religieux en droit français*, *op. cit.*, p. 52). Malgré tout, on observe que l'annulation civile du mariage est plus facilement obtenue lorsque la preuve peut être apportée que l'union n'a pas été consommée, une approche assez influencée par le droit canonique (cf. Ph. ANTOINE, *Le mariage, Droit canonique et coutumes africaines*, *op. cit.*, p. 378 ; J. BERNHARD, À propos de l'indissolubilité du mariage chrétien, *in* *Revue des Sciences Religieuses*, tome 44, fascicule 1-2, 1970, p. 49-62).

¹²⁸⁶ AL-GHAZÂLÎ, *Livre des bons usages en matière de mariage*, *op. cit.*, p. 81 sq.

¹²⁸⁷ AL-GHAZÂLÎ, *Livre des bons usages en matière de mariage*, *op. cit.*, p. 6 ; Ibn Nujaym, *Al-ashbah wa an-Nazâi'r*, éd. Dâr al-Fikr, 1983, p. 171-173 (in M. DIAKHO, *Le mariage forcé en Islam : Liberté, dignité, excision*, éd. Albouraq, Liban, 1427-2006, p. 118 et 128).

¹²⁸⁸ Pour un rappel sur la définition de l'équité, v. *supra*, n° 4.

¹²⁸⁹ V. Cameroun, TGI Mfoundi, 3 juin 1987, jugement n° 268 ; et TGI Wouri, 6 déc. 1991, jugement n° 134 (in T. ATANGANA-MALONGUE, *Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille*, *op. cit.*, p. 844). V. aussi S. FAINZANG et O. JOURNET, *La femme de mon mari : Anthropologie du mariage polygamique en Afrique et en France*, *op. cit.*, p. 156.

¹²⁹⁰ Cf. A. ARBONCANA, *L'institution de la polygamie : quelques effets personnels en droit malien de la famille*, *in* *Réflexions sur le pluralisme familial*, Odile Roy (dir.), Nanterre : Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 147-166, spéc. n° 14.

d'agir à son gré¹²⁹¹. Au-delà de l'aspect formel, le mari n'est pas obligé d'avoir des rapports sexuels avec la femme chez qui il passe la nuit, car, d'après la doctrine coranique, cela dépend de paramètres dont il n'a pas forcément la maîtrise¹²⁹², d'autant plus si une attitude déplaisante de la femme concernée le justifie¹²⁹³. En réalité, par « nuits », ce ne sont pas les faveurs maritales comme les relations sexuelles ou les gestes d'affections qui sont visées, mais plutôt le temps alternativement consacré aux épouses, par intervalles de 24 heures ou plus¹²⁹⁴. Le plus important paraît être de maintenir l'équilibre entre les femmes, afin de conserver un minimum de convivialité entre le mari et chacune des épouses. De ce point de vue, la vieillesse ne saurait fonder une mise à l'écart de la femme, sauf si elle renonce volontairement à son « segment nuptial »¹²⁹⁵.

428. - Juxtaposition de fidélités multiples. Il est noté, en définitive, une grande flexibilité dans l'interprétation islamique de la fidélité du mari polygame¹²⁹⁶. La fidélité des époux constitue une valeur cardinale du mariage en droit canonique, qui a déteint sur le droit républicain. Mais, le mariage polygynique n'offre pas de cadre pour l'application de la règle. Les législateurs burkinabè et malien, qui l'ont reconnu, auraient pu, à tout le moins, s'appesantir sur l'acceptation de la fidélité dans le mariage polygamique. En effet, la reconnaissance juridique de cette forme de mariage implique la définition de règles adaptées, car celles du modèle monogamique, qui sont les plus connues dans le droit et dans la jurisprudence moderne, ne lui sont évidemment pas transposables. Il faudrait peut-être retenir que la fidélité de l'homme ayant épousé plusieurs femmes doit être appréciée par rapport au cercle qu'il forme avec ses épouses, même si cette solution n'est pas satisfaisante au fond, en raison de l'inégalité notable qu'elle établit entre l'homme et la femme mariés. Dans ce sens, l'homme sera considéré comme respectant le devoir de fidélité s'il n'entretient de relations charnelles ou affectives qu'avec des

¹²⁹¹ *Ibid.* n° 23.

¹²⁹² F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2007, p. 55 ; AL-GHAZÂLÎ, *Livre des bons usages en matière de mariage*, *op. cit.*, p. 81.

¹²⁹³ D'après les hadiths de Al-Bukhârî et Muslim (les hadiths sont un recueil des actes et paroles de Mahomet et de ses compagnons, à propos de commentaires du Coran ou de règles de conduite, datant du IX^e s. : consulté le 30 nov. 2016 sur <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/hadith/38819#ZCHTtAaGjhl7VR3.99>) ; Ahmad Ibn Hajar Al-'Asqalânî, Fath Al-Bârî, explication de l'Authentique de Al-Bukhârî, Beyrouth, 1379H, vol. 9, p. 313 ; Ibn Qudâmah, Muwaffiquddin Al-Maqdisî, Al-Mughnî, Le Caire, 1406H, vol. 1, p. 242.

¹²⁹⁴ F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, *op. cit.*, p. 56.

¹²⁹⁵ Cf. D. CADASSE, Un panier de crabe nommé polygamie, interview de Bios DIALLO, 22 mars 2005, consulté le 7 sept. 2017 sur <http://www.afrik.com/article8223.html> ; v. aussi B. DIALLO, *De la naissance au mariage chez les peulhs de Mauritanie*, éd. Karthala, Paris, 2004, 128 p.

¹²⁹⁶ Sa place n'est guère meilleure dans le mariage coutumier, mais il existe un flou à cet égard, dû à l'absence de règles écrites qui permettraient d'en avoir une vision claire comme c'est le cas dans la religion musulmane.

femmes qui sont ses épouses. C'est ce que traduit Stanislas Meloné, pour qui l'époux, « astreint à des fidélités multiples »¹²⁹⁷, ne doit avoir de relations sexuelles qu'avec ses femmes actuelles.

Le devoir de fidélité de l'homme marié perd, de la sorte, beaucoup de son intérêt dans le mariage polygamique. Par ailleurs, la dilution de ce devoir s'accroît dans le cas où le mari qui est autorisé à devenir polygame fréquente des femmes en dehors de ses unions légales.

2) Devoir de fidélité et relations extraconjugales

429. - Périodes d'incertitude. La loi malienne autorise l'homme marié sous le régime de la polygamie à épouser jusqu'à quatre femmes et la loi burkinabè l'autorise à se marier à un nombre de femmes illimité. Par-là, il est accordé à l'homme, se trouvant déjà dans les liens du mariage avec une femme au moins, la permission légale pour avoir des relations avec d'autres femmes dans l'objectif de contracter mariage avec elles. Cependant, cette brèche dans le droit peut être exploitée à mauvais escient. En effet, le devoir de fidélité étant institué entre les conjoints mariés, avec la possibilité pour le mari de s'unir à des femmes supplémentaires, la période trouble précédant chaque nouvelle union de l'homme est le lieu d'interrogations sur la mesure de son respect du devoir. Sans conteste, une épouse pressentie n'est pas encore une épouse. Mais, elle peut le devenir. Cela dépend de la réalisation de l'union projetée ou pas. Dans l'intervalle, dans quel registre convient-il de ranger les fréquentations des fiancés supposés, qui sont la norme lorsqu'il s'agit d'une première union à la fois pour l'homme et la femme ? Ou bien, jusqu'où est-il possible de considérer que l'homme marié sous le régime de la polygamie, qui entretient des relations suivies avec une femme en dehors du cercle de ses épouses légales, observe le devoir de fidélité ? Les réponses à ces questions sont difficiles à apporter.

430. - Fidélité de l'homme dans les intervalles de temps précédant une nouvelle union. En théorie, l'homme peut se fiancer autant de fois qu'il le veut, sauf dans le cas des lois islamisées pour lesquelles le nombre de mariages possibles est limité à quatre¹²⁹⁸. Il peut être avancé que, premièrement, l'homme ayant déjà une ou des épouses légitimes ne saurait entretenir ouvertement une relation avec une femme en dehors des liens du mariage, même quand ce serait dans le but de l'épouser, compte tenu du respect qu'il doit à ses épouses¹²⁹⁹. En effet,

¹²⁹⁷ S. MELONÉ, *La parenté et la terre dans la stratégie du développement*, éd. Klincksieck, Paris, 1972, p. 119. Aliou ARBONCANA évoque, pour sa part, des « dispenses unilatérales de fidélité » (cf. A. ARBONCANA, *L'institution de la polygamie : quelques effets personnels en droit malien de la famille*, *op. cit.*, n° 23).

¹²⁹⁸ Comme au Sénégal (cf. art. 133 de la loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille).

¹²⁹⁹ V. P. G. POGOUE, *Les effets du mariage dans l'ordre des rapports personnels*, Études de droit africain comparé, Polycopie, inédit, p. 4 ; aussi, en France, sur le caractère outrageant des relations d'un époux avec un

même si une certaine opinion estime que le fait pour un mari de contracter de nouvelles unions ne constitue pas une trahison de la foi donnée à la précédente épouse, il demeure que sur le plan affectif, il s'opère un transfert des sentiments vers la femme en vue. Cela ne doit pas être occulté, d'autant plus que la situation peut difficilement être vécue par celle qui est déjà une épouse. D'ailleurs, les lois burkinabè et malienne instituent le devoir de respect et d'affection entre époux¹³⁰⁰. Avec l'admission légale de la polygynie, il n'est pas aisé de circonscrire ce devoir pour le mari polygame, s'agissant notamment de l'affection. Pour le moins, il faut retenir que le mari doit faire preuve de retenue dans la période où il s'apprête à prendre une autre femme, afin de préserver la dignité de la précédente femme. Du côté de la jurisprudence, l'« illisibilité »¹³⁰¹ des décisions qui ont pu être recensées, achèvent de jeter le flou sur le problème. Un exemple est donné par la décision de la Cour suprême du Cameroun oriental datée du 2 déc. 1969, où il ressort que « si l'adultère est une cause de divorce dans le régime monogamique, il ne l'est plus dans le cadre de la polygamie »¹³⁰².

431. - Sérieux de l'intention matrimoniale. Il faut relever l'impossibilité de savoir si l'intention de l'homme polygame est réellement de se marier à la femme qu'il rencontre dans le cadre extra-conjugal. Au regard de cela, il convient de distinguer suivant la nature de la relation entretenue. Seraient tolérables les relations platoniques, qui constituent le strict minimum pour permettre aux fiancés de se connaître avant de se marier effectivement¹³⁰³. Dans cette perspective, seules les relations qui outrepasseraient le cadre sentimental, pour revêtir un caractère charnel, qui seraient condamnables. Et encore, l'homme serait excusable dans son manquement au devoir de fidélité si son intention de s'unir légalement à la femme concernée était avérée.

432. - Point de vue sociologique. Il est intéressant de souligner, à ce niveau, que la culture et l'éducation des femmes en Afrique, ajouté à la prégnance, dans les sociétés africaines, de la

tiers (v. K. GARCIA, Cas de divorce – Divorce pour faute – Faits imputables à un époux : principales applications, *op. cit.*, n° 96).

¹³⁰⁰ Art. 292, al. 1, *in fine* du CPF du Burkina Faso ; art. 316 al. 2 du CPF du Mali. Dans la jurisprudence française, ils sont souvent sanctionnés à travers les devoirs innommés du mariage (*cf.* M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Mariage (4° Effets)*, *op. cit.*, n° 84-85).

¹³⁰¹ Le terme est employé par Thérèse ATANGANA-MALONGUE à propos de la pratique des juges camerounais interprétant les règles issues de la loi sur le mariage selon leur acception coutumière, compromettant ainsi l'objectif poursuivi par le législateur (v. T. ATANGANA-MALONGUE, *Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille*, *op. cit.*, p. 833).

¹³⁰² Cité par S. MELONE, *Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain*, *op. cit.*, p. 421.

¹³⁰³ V. A. ARBONCANA, *L'institution de la polygamie : quelques effets personnels en droit malien de la famille*, *op. cit.*, n° 38-39.

polygynie de droit ou de fait, prépare plus ou moins les femmes au mariage polygynique. Cette disposition d'esprit se trouve renforcée lorsque les femmes sont de confession musulmane¹³⁰⁴. Pour cela, elles manifestent une grande tolérance devant l'infidélité du mari dans les périodes d'incertitude, entre le moment où ce dernier commence à avoir des assiduités auprès d'une femme tierce et celui où il l'épouse effectivement. L'attitude conciliante se remarque également à la fin de la relation n'ayant pas abouti au mariage. Pour autant, le problème de l'infidélité de l'homme dans la polygamie demeure posé en droit¹³⁰⁵.

La flexibilité dont il est fait montre, dans l'interprétation du devoir de fidélité de l'homme polygamique sur les plans sociologique et religieux (islamique), est désormais confortée par la reconnaissance légale de la polygynie au Burkina Faso et au Mali. L'ensemble œuvre pernicieusement contre la volonté, au moins implicite, des nouveaux législateurs africains, de substituer le modèle monogamique de la famille conjugale au modèle polygamique, un paramètre dont ceux-ci n'ont toutefois pas semblé prendre la dimension. Pendant ce temps, le devoir de fidélité s'impose à l'épouse en toute rigueur.

B. Rigueur du devoir de fidélité de la femme dans le mariage polygynique

433. - Asymétrie entre les sexes devant la fidélité dans l'union polygynique. Selon le principe, le devoir de fidélité s'impose à l'homme comme à la femme dans le mariage type, c'est-à-dire dans le mariage monogamique. Il a été vu que, même si cela paraît *a priori* inconciliable, les lois qui autorisent la polygamie instituent le devoir de fidélité entre les époux en polygamie. Elles omettent toutefois de préciser comment cette fidélité pourrait-être obtenue dans cette forme de mariage. En tout état de cause, dans le mariage polygamique, il se trouve en face du mari, auquel il est concédé "de ne pas être fidèle", une ou des femmes, ses conjointes, de qui il est attendu une fidélité à toute épreuve. L'inégalité entre les sexes est flagrante. Le droit ne devrait pas pouvoir l'accepter, pas plus d'ailleurs qu'elle ne devrait l'être du point de vue coutumier (1) ou religieux (2).

1) Sur le plan coutumier

434. - Intolérance de l'adultère de la femme dans la coutume. Le droit coutumier ne s'attarde pas sur la fidélité de l'homme dans le mariage, mais il ne fait pas de même à l'égard de

¹³⁰⁴ S. FAINZANG et O. JOURNET, *La femme de mon mari : Anthropologie du mariage polygamique en Afrique et en France*, op. cit., 174 p.

¹³⁰⁵ Pour aller plus loin, lire T. ATANGANA-MALONGUE, *Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille*, op. cit., p. 843.

la femme. Cela s'entend, d'ailleurs, dans la mesure où il a toujours admis la polygynie. Au contraire, la rigueur manifestée à l'égard de la femme serait justifiée par la nécessité de préserver la légitimité de la lignée de chaque homme¹³⁰⁶. Il est ainsi remarqué que « Pour la majorité de la population rurale du Burkina, en l'absence d'application du Code moderne, les droits et devoirs des époux sont entièrement déterminés par le droit coutumier et influencés par les règles des religions importées [...] en pratique, il apparaît que la contrainte de fidélité des hommes à l'égard de leurs épouses, que réclament les religions, ne parvient pas à s'imposer, notamment chez les jeunes adultes »¹³⁰⁷.

435. - Méthodes pour garantir la fidélité féminine. En raison du prix que la coutume attache à la fidélité de la femme, y compris dans le mariage polygynique, il n'est pas traditionnellement mal perçu de recourir à des moyens divers pour l'assurer. Les méthodes utilisées sont variables. Elles concernent autant la période précédant le mariage que celle qui lui succède. La communauté recourt souvent aux mutilations génitales, pour empêcher les rapports sexuels de la femme avant le mariage¹³⁰⁸. À côté, il est noté que les normes sociales définissent des espaces séparés pour les sexes, dans l'objectif de maintenir les filles à l'écart des garçons. Concernant le mari, il a pu être noté, particulièrement lorsqu'il est amené à s'éloigner du foyer, qu'il impose à la femme de vivre dans la belle-famille¹³⁰⁹ ou alors qu'il impose la présence de membres de la belle-famille dans la demeure conjugale, afin de surveiller l'épouse. Enfin, dans d'autres milieux, l'épouse est « infibulée »¹³¹⁰ en attendant le retour du mari.

2) Sur le plan religieux

436. - Point de vue des religions. La question sera examinée à travers deux sensibilités religieuses, à savoir la religion chrétienne et la religion musulmane. S'agissant de la foi chrétienne, la fidélité s'impose à la femme mariée autant qu'elle s'impose à l'homme¹³¹¹, car l'homme n'y est pas autorisé à se marier à plus d'une femme. Pour ce qui concerne la religion musulmane, il ressort de l'analyse de François-Paul Blanc que « Conformément au Coran

¹³⁰⁶ Cela renvoie, dans les faits, à la question de la confusion de part posée en droit français.

¹³⁰⁷ V. B. TAVERNE, Valeurs morales et messages de prévention : La « fidélité » contre le sida au Burkina Faso, *op. cit.*, p. 511.

¹³⁰⁸ V. *infra*, n° 456 sq.

¹³⁰⁹ Cf. S. FAINZANG et O. JOURNET, *La femme de mon mari : Anthropologie du mariage polygamique en Afrique et en France*, *op. cit.*, p. 54.

¹³¹⁰ V. *infra*, n° 488.

¹³¹¹ R.-M. TCHIDIMBO (Mgr), Le sacrement du mariage, in *Mariage civil et mariage canonique*, *op. cit.*, p. 24-32 ; Ph. ANTOINE, *Le mariage, Droit canonique et coutumes africaines*, *op. cit.*, p. 218.

[sourate 4, verset 34], le devoir de fidélité oblige la femme seule »¹³¹². Dans la pensée islamique, le fait d'autoriser la polygamie de l'homme amène logiquement à dispenser celui-ci de l'obligation de fidélité entendue au sens strict. Cette permissivité ne s'étend pas aux épouses¹³¹³. Cependant, le Coran, dans la sourate 24, verset 2, traite de la faute d'adultère pour les deux sexes en ces termes : « La fornicatrice et le fornicateur, fouettez-les chacun de cent coups de fouet ». La disposition montre que l'Islam n'a pas exactement prévu, contrairement aux interprétations qui dominent, que la responsabilité de l'homme ne pouvait jamais être engagée pour adultère. Néanmoins, celle-ci ne peut l'être que dans des circonstances particulières, c'est-à-dire dans le cas où le mari entretient des relations avancées avec une femme qu'il n'a pas épousée.

437. - Confusion entre principes séculaires et préceptes religieux. Il a été vu que l'un des axes du problème de l'inégalité des sexes dans les droits de la famille du Burkina Faso et du Mali est l'admission de la polygynie, face au refus de la polyandrie. Une voie possible pour tendre vers l'égalité recherchée serait de lever la rigueur entourant la fidélité de la femme dans le mariage polygamique, notamment du point de vue de la sanction. Au demeurant, il est douteux que les législateurs burkinabè et malien se déterminent un jour en ce sens, ce d'autant plus qu'il est contraire à la philosophie du mariage de dispenser expressément, ou presque, un conjoint du respect du devoir de fidélité. De ce fait, il revient peut-être à la jurisprudence de réaliser l'assouplissement, ainsi qu'elle le fait déjà, s'agissant du devoir de fidélité du mari sous le régime de la polygamie¹³¹⁴. Cette option reste cependant discutable, autant en ce qui concerne le mari d'ailleurs.

Tout compte fait, le libéralisme qui profite à l'homme polygame en matière de fidélité ne devrait pas avoir pour répondant une inflexibilité au même propos à l'endroit de la femme. Pour cette raison, ce qui est vraiment souhaitable, c'est que la polygynie soit supprimée des droits burkinabè et malien, car, non seulement elle contredit le devoir de fidélité de l'époux masculin, mais encore, elle vide de leur substance les devoirs de cohabitation et d'entraide dans le mariage.

¹³¹² F.-P. BLANC, *Le droit musulman, op. cit.*, p. 60 ; v. aussi B. DJUIDJE, La polygamie en droit international privé Camerounais, *in* Revue générale de droit, vol. 31, n° 1, 2001, p. 186. De fait, les exhortations du livre coranique à la fidélité dans le mariage semblent s'adresser à la femme seule.

¹³¹³ Lire à ce propos A. LAMRABET, *Femmes et hommes dans le Coran : Quelle égalité ?* éd. Albouraq, Liban, 1433-2012, p. 178 sq.

¹³¹⁴ V. *supra*, n° 427.

§ 2 : La remise en cause des devoirs de cohabitation et d'entraide conjugale

438. - Partage de l'existence, du logement et des ressources¹³¹⁵. L'article 292 du Code burkinabè énonce que les époux « s'obligent à la communauté de vie ». De même, l'article 316 du Code malien dispose que les époux « s'obligent à la communauté de vie ». En principe, la communauté de vie implique que les conjoints partagent leur existence, qu'ils vivent dans un même logement et enfin qu'ils s'entraident au moyen de leurs ressources. Mais, dans le mariage polygamique, comme pour le devoir de fidélité, les devoirs de cohabitation et d'entraide conjugale prennent un sens différent de celui qu'ils ont dans la forme monogamique du mariage¹³¹⁶. Là encore, les lois burkinabè et malienne, tout en autorisant la polygynie, observent un mutisme total sur ces questions sensibles. Cela étant, il est observé que dans les foyers polygamiques, l'obligation de cohabitation des époux prend un caractère alternatif pour l'homme (A), en même temps que l'entraide conjugale censée exister entre les époux s'atténue, pour le moins en ce qui concerne le mari (B).

A. Une disponibilité limitée du mari

B. Une entraide conjugale dispersée du mari

A. Une disponibilité limitée du mari

439. - Organisation différenciée de la communauté de vie en situation de polygamie. La communauté de vie des époux se manifeste par une cohabitation, qui renvoie concrètement à la communauté de toit, ainsi qu'à la communauté de lit. Dans le mariage monogamique, elle signifie que les conjoints vivent ensemble et qu'ils exécutent leur devoir conjugal. Toutefois, lorsque le mari a plusieurs femmes, la communauté de vie ne peut pas se déployer normalement. Traditionnellement, avec la polygamie qui avait lieu en milieu rural, il était attribué une habitation à chaque épouse, pour aider à l'entente dans la famille¹³¹⁷. Du reste, dans la religion musulmane, il est recommandé au fidèle musulman polygame de ne pas réunir

¹³¹⁵ La formule est de Delphine AUTEM (cf. D. AUTEM, Les unions libres, Lamy Droit des personnes et de la famille, oct. 2014, Partie 3, Étude 377, n° 377-18).

¹³¹⁶ T. ATANGANA-MALONGUE, Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille, *op. cit.*, p. 843.

¹³¹⁷ La promiscuité est parfois source de mésententes qui peuvent être évitées par des résidences séparées.

ses femmes en un seul lieu, à moins qu'elles n'y consentent d'elles-mêmes¹³¹⁸. La pratique des habitations individuelles pour les épouses du polygame ne s'est pas démentie dans le temps, et jusqu'ici, sauf insuffisance de moyens, le mariage sous le régime polygamique engage le mari à prévoir des domiciles séparés pour les épouses. Malgré tout, bien trop souvent, les femmes sont forcées d'habiter en un même lieu¹³¹⁹. Une telle situation a pour effet d'exacerber les mésententes inévitables entre coépouses, mésententes dans lesquelles les enfants se retrouvent eux aussi pris à partie¹³²⁰.

Que les épouses résident dans des lieux différents ou dans un seul lieu, la communauté de vie entre le mari et chacune d'elles se trouve incontestablement affecté dans son étendue (1). Le réaménagement du principe se reflète sur l'accomplissement du devoir conjugal (2).

1) Communauté de toit discontinuée

440. - Changement de terminologie. La communauté de toit ou cohabitation est liée à la communauté de vie. Cependant, elle n'est pas très explicite dans les lois sur la famille qui visent plus clairement la communauté de vie¹³²¹. De fait, la communauté de toit, initialement consacrée dans le droit civil français reçu par les États de l'Afrique francophone, a ensuite perdu de sa visibilité au profit de la notion de « communauté de vie », qui l'a remplacée dans les textes, après les réformes des droits africains. Cette expression a le mérite d'être plus englobante. En effet, la communauté de toit est contenue dans la communauté de vie, la communauté de vie formant l'objet de l'union matrimoniale¹³²².

¹³¹⁸ Sur la revendication de résidences séparées par les épouses en milieu urbain, lire S. FAINZANG et O. JOURNET, *La femme de mon mari : Anthropologie du mariage polygamique en Afrique et en France*, op. cit., p. 98.

¹³¹⁹ P. KLISSOU, R. MARCOUX, D. TABUTIN, *Villes du Sud : dynamiques, diversités et enjeux démographiques et sociaux*, éd. Archives contemporaines, 2009, p. 266.

¹³²⁰ Cf. Entretien OUA 17, réalisé le 9 mai 2017 : l'homme s'est marié à l'état civil sous l'option de polygamie. Il a vécu en couple pendant 14 ans avec la femme épousée au plan coutumier et religieux, sans avoir d'enfant. Cet homme, à présent marié à deux femmes, explique la difficulté qu'il a à concilier le quotidien avec deux épouses, et les jalousies qui ne manquent pas. Dans l'actualité récente, une femme a mortellement blessé sa coépouse enceinte, le mari a assisté à la scène sans intervenir (cf. G. KAMDEM, Une femme poignarde sa coépouse à mort, 6 août 2017, consulté le 7 août 2017 sur <http://www.afrikmag.com/societe-femme-poignarde-coepouse-a-mort/>).

¹³²¹ Sur le modèle français, lire M. LAMARCHE, Les obligations personnelles entre époux, *Lamy Droit des personnes et de la famille*, avr. 2015, Partie 3, Étude 316, n° 316-5.

¹³²² Ici, il est remarqué que la communauté de vie n'est plus le propre du mariage en France, depuis l'institution du pacte civil de solidarité (cf. loi n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité ; v. F. SAUVAGE, Le pacte civil de solidarité, *Lamy Droit des personnes et de la famille*, avr. 2014, Partie 3, Étude 383, n° 383-3 sq.) ou encore avec le nouvel article 515-8 du Code civil français (issu de la loi n° 99-944 du 15 nov. 1999) qui l'exige expressément pour la reconnaissance du concubinage (v. France, Civ. 2^e, 21 févr. 2002, n° 01-60.019, Bull. civ. II, n° 21 ; France, Civ. 2^e, 25 janv. 2001, n° 00-60.486, Bull. civ. II, n° 15).

441. - Cohabitation instable en situation de polygamie. Suivant la loi, la cohabitation se réalise au lieu de la résidence commune choisie d'un commun accord par les époux ou par le mari seul en cas de désaccord¹³²³. Ceci constitue du reste une évolution au profit de la femme pour qui l'ancien Code civil français retenait qu'elle « est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider »¹³²⁴. Cependant, le logement familial ne s'identifie pas forcément au logement principal des époux, et donc au domicile conjugal, lequel est souverainement déterminé par les juges du fond¹³²⁵. Dans le mariage tel que régi par les Codes des personnes et de la famille du Burkina Faso et du Mali, l'homme et la femme mariés doivent vivre sous le même toit. La communauté de vie confirme leur statut d'époux. Pour autant, les Codes posent la règle de la cohabitation des époux sans distinguer suivant les formes de mariage, alors que celle-ci est consubstantielle au mariage monogamique. Une distinction est donc nécessaire.

442. - Fiction juridique imparfaite. Il est nécessaire de rappeler que la réglementation de la polygamie repose sur la théorie que l'homme forme un ménage avec chaque épouse¹³²⁶. À défaut de règles propres relatives à la cohabitation des époux dans le mariage polygynique, il faut partir de l'hypothèse que le mari polygyne doit la communauté de toit à chaque épouse, indépendamment des autres. Toutefois, assez vite, on s'aperçoit que la question soulève des difficultés pratiques. En effet, il n'est pas possible à l'homme polygame d'établir une cohabitation stable avec plusieurs épouses à la fois, en raison de la nature même de cette union. On peut penser que les personnes qui contractent une union matrimoniale sous le régime de la polygamie conçoivent bien qu'elles ne pourront pas vivre ensemble à la manière d'un couple monogamique. Il est supposé que les conjoints dans le foyer polygamique décident à l'avance, par convention, que la règle de droit commun ne leur sera pas applicable.

Il faut remarquer que dans les systèmes matrimoniaux africains, la représentation que les individus ont de la communauté de vie devant exister entre les époux n'a pas la même étendue que celle propre à la civilisation occidentale¹³²⁷. La tradition des peuples noirs la réduit à sa plus

¹³²³ V. *supra*, n° 216-217.

¹³²⁴ Ancien article 214 du Code civil français.

¹³²⁵ France, Civ. 1^{re}, 22 mars 1972 : Bull. civ. I, n° 93 ; Reims, 13 févr. 1978 : JCP N 1979. II. 108.

¹³²⁶ Cf. art. art. 293, al. 2, du CPF burkinabè et art. 320 du CPF malien.

¹³²⁷ Le trait commun entre la coutume africaine et la foi musulmane, l'admission de la polygamie, a permis l'expansion de cette religion dans les sociétés africaines (cf. K. WADE, *Sexualité et fécondité dans la grande ville africaine*, op. cit., p. 50). Les deux systèmes de valeurs ont une lecture de la vie de couple qui ne concorde pas avec celle du droit moderne. Il est ainsi observé que le « couple conjugal », tel qu'on le connaît en Occident

simple expression, notamment en milieu rural où les sexes vivent dans un cloisonnement quotidien la plupart du temps, en raison de la répartition sexuée des rôles. En fin de compte, l'homme et la femme mariés ne partagent que de brefs moments de leurs vies.

443. - Cohabitation non nécessairement continue. La cohabitation des conjoints est une donnée juridique et sociale dont l'importance est défendue en droit. René Verdot observe ainsi que : « Que la cohabitation soit la condition nécessaire d'une certaine homogénéité, d'une certaine solidité de la famille, apparaît difficilement contestable ; la famille, cellule sociale et économique, tire cette grande force de cette habitation en commun »¹³²⁸. La jurisprudence française se base sur la réalité de la cohabitation pour apprécier, dans certaines situations, le sérieux de l'intention matrimoniale¹³²⁹. Quant à savoir si la communauté de toit doit se traduire par une cohabitation effective, il faut admettre que non. Le cas des époux mariés sous le régime de la monogamie résidant séparément, soit qu'ils y ont été autorisés par le juge, soit que des motifs d'ordre professionnel les y obligent¹³³⁰, est là pour le prouver. Ainsi, la communauté de toit ne signifie pas nécessairement cohabitation ininterrompue, mais, dans tous les cas de figure, elle ne doit pas être douteuse. Il est estimé que ce qui est primordial, ce n'est pas tant l'habitation des époux sous un toit commun pendant tout le mariage, mais bien une concordance de leurs vies. Les tiers doivent être en mesure d'appréhender cette donnée factuelle, au constat d'une organisation d'ensemble des conjoints. De ce point de vue, il peut être tentant de considérer que dans la polygamie, les conjoints qui n'habitent pas systématiquement ensemble ne font qu'exercer la liberté qui leur est reconnue d'organiser leur vie commune selon leur vœu, avec pour seule limite le respect des règles impératives régissant l'institution du mariage. Toutefois, l'assimilation paraît difficilement réalisable ici, en raison des rapports d'inégalité entre l'homme et la femme, à la base de la discontinuité de la cohabitation conjugale.

Tout au plus, en ce qui concerne la communauté de vie, l'union polygamique pourra ressembler à sa répondante monogamique à ses débuts, ou tant que l'homme reste marié à une seule

« n'existe pas en Afrique » (cf. R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, éd. La maison des sciences de l'Homme, Lassay-les-Châteaux, 2007, p. 187).

¹³²⁸ R. VERDOT, *La cohabitation*, Recueil Dalloz, 1964, Chron., p. 121.

¹³²⁹ En France, la communauté de vie depuis au moins 4 ans à compter du mariage est exigée du conjoint d'un français désirant acquérir la nationalité française (cf. art. 21-2, al. 1^{er}, du Code civil). Elle sert aussi de base d'appréciation à la jurisprudence pour déterminer le sérieux d'une union (France : Civ. 1^{re}, 8 juin 1999 : D. 2000. Somm. 413, obs. J.-J. LEMOULAND ; Defrénois 1999. 1256, obs. J. MASSIP ; Dr. fam. 1999, n° 110, note H. LÉCUYER).

¹³³⁰ Cf. France : Civ. 1^{re}, 12 févr. 2014, n° 13-13.873 P : D. 2014. 482 ; AJ Fam. 2014. 192, obs. P. HILT.

femme. Elle prend ses propres traits à partir du moment où le mari épouse une deuxième femme. Dès ce moment, les difficultés pratiques concernent la cohabitation, mais aussi le devoir conjugal.

2) Communauté de lit aléatoire

444. - Atténuation du devoir conjugal dans le mariage polygamique. Norbert Rouland notait que « Dans les sociétés humaines, la sexualité est une donnée permanente de la vie sociale pour les individus appartenant aux tranches d'âge capables de procréer »¹³³¹. Les alliances matrimoniales apparaissent comme un moyen pour réguler cette sexualité. Le mariage suppose en effet, sauf dans des cas exceptionnels, des relations sexuelles entre les conjoints, que les lois désignent pudiquement par les expressions de « devoir conjugal » ou de « communauté de lit »¹³³², mais le droit canonique aborde ouvertement la question¹³³³. Elles paraissent même un élément essentiel dans la vie de couple dans la mesure où l'annulation du mariage peut être accordée par le juge pour refus¹³³⁴ ou pour incapacité d'un époux à avoir une intimité sexuelle avec son conjoint¹³³⁵. Les conjoints s'organisent à leur gré sur cette question intime dont la loi ne se mêle pas. La jurisprudence semble laisser aux conjoints la latitude de régler ce point comme ils l'entendent, et ne prononce que rarement des sanctions. En réalité, le devoir conjugal est intimement lié à la communauté de vie, concrètement traduite par la cohabitation des époux. Aussi, lorsqu'il est porté atteinte à la cohabitation stable et continue des époux, lui aussi se trouve, par ricochet, remis en cause. Le problème est posé dans le mariage polygamique dans lequel l'homme doit partager sa vie et son temps entre plusieurs épouses, envers qui il est redevable de l'accomplissement du devoir conjugal.

445. - Appréciation sous l'angle de la religion. Dans la perspective religieuse, musulmane plus exactement, l'homme marié à plusieurs femmes, doit partager les nuits de ses différentes femmes, mais il n'est pas obligé d'avoir des relations sexuelles avec ces dernières¹³³⁶. Il existe des avis contraires. En effet, il ne peut pas être nié que ces relations participent de l'essence de

¹³³¹ N. ROULAND, *En quête d'identités*, *op. cit.*, p. 121.

¹³³² J.-M. BRUGUIÈRE, *Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge*, *op. cit.*, p. 10.

¹³³³ R. Le PICARD, *La communauté de vie conjugale, étude canonique*, Thèse, Paris, 1929, éd. Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 18 sq.

¹³³⁴ V. France, CA, Nancy, 1er mars 1993, *Juris-Data*, n° 043046 ; CA Montpellier, 13 mars 1984, *Juris-Data*, n° 699433.

¹³³⁵ V. France, CA, Paris, 26 mars 1982, *Juris-Data*, n° 600934.

¹³³⁶ S. FAINZANG et O. JOURNET, *La femme de mon mari : Anthropologie du mariage polygamique en Afrique et en France*, *op. cit.*, p. 110.

l'union matrimoniale¹³³⁷. Par conséquent, il peut être reproché aux tenants de la thèse d'une liberté du mari de choisir ses partenaires sexuels, parmi ses femmes, de faire une interprétation non conforme aux dispositions du Coran. L'esprit du Livre est de n'autoriser la polygamie qu'à l'homme capable de se montrer juste envers plus d'une femme¹³³⁸ ; il prend par ailleurs le soin de mettre en garde envers la difficulté qu'il y a, pour tout homme, à remplir cette condition¹³³⁹. En considération de cela, l'homme polygame ne doit pas pouvoir unilatéralement se dispenser de relations charnelles avec l'une de ses épouses, pour quelque motif que ce soit, sauf en cas d'empêchement absolu, comme l'impossibilité tenant à l'état de santé¹³⁴⁰, qui vaudrait au reste pour toutes les épouses.

446. - Manquement au devoir conjugal. Dans une autre optique, il est intéressant de savoir si le mari polygame qui ne respecte pas son devoir conjugal envers une épouse peut être sanctionné en droit. Pour répondre à cette interrogation, il faut partir du principe et retenir que l'abstinence dans les relations conjugales peut être observée comme une injure grave envers une épouse¹³⁴¹. Quand bien même les droits modernes cachent pudiquement le devoir conjugal derrière le voile de la communauté de vie¹³⁴², il ne faudrait pas croire que le devoir conjugal pourrait ne pas être observé en situation de polygamie. En cas de manquement, la conjointe délaissée peut demander une réparation, la séparation de corps ou le divorce¹³⁴³. Cependant, pour ce qui concerne le Burkina Faso et le Mali, il n'est pas rapporté de cas dans lesquels une femme aurait agi en divorce pour manquement du mari au devoir conjugal. Les raisons à la rareté des actions en justice sur ce point sont multiples. Premièrement, la conception populaire semble acquise à l'idée que de telles vicissitudes sont inhérentes à une union conjugale de type polygamique, ce dont la femme est nécessairement consciente avant de se marier. Deuxièmement, par le fait que cette question relève de l'intimité des personnes, il est pour le moins malaisé de l'aborder dans le cadre public de la justice, malgré le principe d'organisation judiciaire qui permet d'en connaître en chambre de conseil. De fait, il faut garder à l'esprit que dans les sociétés dans lesquelles la polygamie se pratique, il y a une culture poussée de la

¹³³⁷ N. ROULAND, *En quête d'identités*, *op. cit.*, p. 121.

¹³³⁸ Coran, sourate 4, verset 3.

¹³³⁹ Coran, sourate 4, verset 129.

¹³⁴⁰ Pour les précédents jurisprudentiels concernant le mariage monogamique, v. M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Mariage (4° Effets)*, *op. cit.*, n° 63.

¹³⁴¹ À condition que l'abstention soit « volontaire et persistante et marque le mépris ou l'indifférence » pour le conjoint (*cf.* France, CA, Aix-en-Provence, 24 mai 1989, *Juris-Data*, n° 044008).

¹³⁴² Lire J.-M. BRUGUIÈRE, *Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge*, *op. cit.*, n°9 *sq.*

¹³⁴³ *Id.*

discrétion, si bien que l'évocation de sujets de cet ordre en dehors du cadre familial est considérée comme un signe d'impudeur, et l'idée se trouve d'autant plus renforcée lorsque l'initiative vient de la femme. Au final, malgré l'existence de moyens juridiques pour agir en justice, l'intéressée s'abstient généralement de porter son cas devant le juge.

Somme toute, la cohabitation des époux n'est pas linéaire dans le mariage polygamique. Or, cette irrégularité rejaillit sur l'entraide devant exister entre époux.

B. Une entraide conjugale dispersée du mari

447. - Conséquence naturelle de la communauté de vie. La communauté de vie entre les époux favorise naturellement l'éclosion d'une entraide mutuelle entre eux. De ce fait, il est possible d'avancer que celle-ci existerait, même sans une exigence précise du droit, au moins dans les cas où les époux entretiennent de bons rapports, car elle est essentielle à la vie conjugale. Cependant, le droit pose expressément l'obligation d'entraide entre les personnes unies par les liens du mariage, certainement pour prévenir son relâchement dans les périodes de crise. Elle vaut pour le mariage monogamique comme pour le mariage polygamique. Toutefois, si dans les textes, la règle est égale pour les deux formes d'union matrimoniale, la réalité vient rappeler qu'en pratique, il existe des différences.

Il est donc possible de constater que l'entraide du mari sous le régime de la polygamie est affaiblie par le partage obligatoire de ses capacités entre la pluralité de femmes (1). En revanche, le mari bénéficie de l'entraide entière de chacune des épouses (2).

1) Morcellement de la capacité d'entraide du mari envers les épouses

448. - Absence de réciprocité de l'entraide entre époux dans la polygamie. La loi pose entre les époux une obligation d'assistance¹³⁴⁴. Concrètement, celle-ci se traduit par l'obligation d'entraide conjugale¹³⁴⁵, qui est étroitement liée à l'obligation de secours¹³⁴⁶. La première engage la personne mariée à soutenir son conjoint dans ce qui peut l'affecter comme épreuve, tel que le chômage, la perte d'un proche, la maladie, etc., ou encore dans ce qui relève simplement de la vie de tous les jours, comme la collaboration à l'activité professionnelle de

¹³⁴⁴ Cf. art. 153 du CPF béninois, art. 292, al. 1^{er}, du CPF burkinabè et art. 316, al. 2, du CPF malien.

¹³⁴⁵ Gérard CORNU note que « le devoir d'entraide conjugale surgit plus rarement que les autres dans les annales judiciaires » (cf. G. CORNU, *Droit civil : La famille, op. cit.*, p. 58).

¹³⁴⁶ Cf. C. PHILIPPE, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, Essai sur l'entraide conjugale, 1981, LGDJ, 348 p.

l'autre ou l'exécution des tâches ménagères¹³⁴⁷. Il faut signaler que la communion des époux ne vaut pas que pour les moments de souffrance. Elle doit aussi exister pour les événements heureux qui marquent la vie du conjoint. L'obligation de secours, quant à elle, est d'ordre pécuniaire. Elle se remarque notamment en période de crise¹³⁴⁸. Pour sa part, le législateur malien prévoit que le mari doit « protection à sa femme »¹³⁴⁹. Il peut être observé que, outre l'inefficacité vraisemblable de cette disposition, elle instaure un déséquilibre dans les devoirs entre époux en faisant peser une charge plus lourde sur l'homme que sur la femme en matière d'entraide conjugale. Mais, la plus grande responsabilité du conjoint masculin est seulement théorique, étant donné que le mari est autorisé à contracter plusieurs mariages simultanément. Le cas échéant, la protection due à l'épouse n'a plus de véritable portée.

449. - Entraide amoindrie du conjoint polygame. Le mari polygame peut difficilement fournir une aide à la hauteur commune à chacune de ses épouses. Pour autant, peut-il être envisagé de diviser l'effort de l'homme polygame entre ses conjointes ? *A priori* non, car ce serait trahir l'idée qui sous-tend l'entraide conjugale. Également, ce serait reconnaître, à contresens de la réglementation du mariage, qu'il n'existe pas qu'un régime s'appliquant aux époux, quelle que soit le type de mariage, mais des régimes distributifs suivant la forme monogamique ou polygamique. Dans le même temps, il n'est pas possible au mari ayant choisi la polygamie, à son échelle humaine, de multiplier son aptitude à l'entraide conjugale par le nombre de ses épouses simultanées. Pour finir, il faut reconnaître que, dans la polygamie, le mari offre au mieux un "service minimum" à chacune de ses épouses. En effet, si plusieurs épouses se trouvent avoir besoin du soutien moral ou matériel du mari au même moment, celui-ci est obligé de faire un choix car il ne peut être présent pour plus d'une femme à la fois. Dans tous les cas, il ne peut apporter qu'une aide minimale à chacune.

450. - Ségrégation. La situation est injuste pour chaque épouse de l'homme polygame. Comme l'affirme Valentin Ouoba, « L'obligation d'entraide mutuelle entre époux [...] donne à la formule "pour le meilleur et pour le pire" toute sa signification. À quoi bon s'unir si chacun doit

¹³⁴⁷ V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, op. cit., p. 159-173. Sur les tâches ménagères, v. *infra*, n° 663 sq.

¹³⁴⁸ Sinon, elle est absorbée par l'obligation d'assistance (v. J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, op. cit., n° 399, p. 797-798).

¹³⁴⁹ Art. 316, al. 1^{er}, du CPF du Mali.

supporter en solitaire les difficultés de l'existence ? »¹³⁵⁰. Il faut noter en outre que, maintenant, l'individualisme prend le pas sur le communautarisme propre aux sociétés africaines, de sorte que l'entraide conjugale y acquière un intérêt croissant. Alors, il convient de lui faire jouer pleinement son rôle. Devant le "déficit" d'entraide conjugale au profit de la femme dans la polygamie, il est posé la question de savoir si les coépouses d'un homme polygame doivent s'entraider, compte tenu de ce qu'elles ont un mari commun. L'idée est rejetée¹³⁵¹. Effectivement, il n'existe pas de lien juridique entre les femmes, mais seulement entre chacune d'entre elles et le mari.

451. - Sanction du manquement. Le manquement aux devoirs d'assistance et de secours est sanctionné au plan pénal par le délit d'abandon moral et matériel de la famille¹³⁵², et au plan civil, il peut fonder une action en réparation, en séparation ou en divorce¹³⁵³. Dans le cas d'une union polygamique, il est supposé que la jurisprudence ne retiendra de faute que si le manquement est grave, en raison des limites évidentes qu'induit ce mode de conjugalité.

2) Convergence des capacités d'entraide des femmes vers l'époux

452. - Bénéfice de plusieurs entraides conjugales à la fois. Il ressort des éléments précédents que la femme, dans le mariage polygamique, ne peut attendre qu'une aide minimale, au mieux, de la part du mari. Inversement, le mari se trouve dans une situation confortable. En effet, en raison de la simultanéité des liens conjugaux de l'homme ayant opté pour le régime de la polygamie, celui-ci bénéficie en même temps de l'aide conjugale de la pluralité de conjointes. Comparé à l'homme monogame, il est favorisé. Par voie de conséquence, la polygamie, qui est en principe la forme exceptionnelle du mariage¹³⁵⁴, serait plus gratifiante pour le mari que la monogamie, la forme de droit commun. Les incidences affectent non seulement l'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage, mais aussi l'égalité de l'homme de statut polygamique et de l'homme de statut monogamique. Il semble que cette retombée n'a pas été suffisamment

¹³⁵⁰ V. OUOBA, *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme, op. cit.*, p. 159.

¹³⁵¹ P. G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, V° Cameroun, *in* Juriscl. Droit comparé, fasc. 2, p. 2-64, 1996, p. 7.

¹³⁵² Art. 406-409 du Code pénal burkinabè. Le Code pénal Bouvenet en vigueur au Bénin et le Code pénal malien issu de la loi n° 01-079 du 20 août 2001 ne prévoient pas cette situation. De fait, pour le Bénin, l'art. 337 du Code Bouvenet ne l'envisage que pour la femme mariée et le punit d'une peine d'emprisonnement de 3 mois à deux ans.

¹³⁵³ Art. 234 du CPF béninois, 367, 2°, du CPF burkinabé (l'hypothèse n'est pas prévue en droit malien).

¹³⁵⁴ En droit burkinabè tout au moins, car en droit malien, l'option obligatoire est faite soit en faveur de la monogamie soit en faveur de la polygamie (v. *supra*, n° 380 sq.).

soupesée par les auteurs des réformes du droit de la famille au Burkina Faso et au Mali, avant de conférer une valeur juridique à la polygamie.

453. - Affectation du régime de la séparation des biens au mariage polygamique. L'incidence négative de la pluralité d'unions matrimoniales de l'homme sur l'entraide due à chacune des conjointes est évidente. Pour cela, les lois qui reconnaissent la polygamie tentent de l'atténuer, au moins en ce qui concerne son aspect patrimonial. Elles imposent d'office, aux époux en situation de polygamie, la séparation de biens¹³⁵⁵. L'initiative est louable, mais elle n'est pas suffisante. N'est-il pas vrai que, même dans le régime de la séparation des biens, le bon sens enjoignant aux conjoints de s'entraider dans les épreuves de la vie, les patrimoines finissent par se confondre ne serait-ce qu'un peu¹³⁵⁶ ? Mieux, une épouse pourrait-elle observer le mari en difficulté, alors même qu'il bénéficie déjà de l'aide d'une coépouse, qui se révèle insuffisante, sans intervenir ? Si, finalement, elle lui apportait également son aide, l'homme polygame ne bénéficierait-il pas, en fait, de plus de soutien dans sa vie matrimoniale que s'il s'était trouvé dans un mariage monogamique ? Ces questions montrent en partie les problèmes que soulève la reconnaissance du mariage polygamique dans les droits modernes africains.

¹³⁵⁵ Cf. art. 252, al. 5, du CPF burkinabè. Le CPF malien ne restreint pas le choix du régime matrimonial.

¹³⁵⁶ La vie commune induit des charges communes, qui peuvent être, en fait, supportées par un conjoint si l'autre se trouve dans l'incapacité de faire des apports suffisants. Une étude relève ainsi que lorsque l'époux polygame ne peut pas assumer ses charges, du fait de leur importance, l'épouse « investit une part de ses revenus pour assurer la préparation des repas, les frais de scolarisation et d'habillement des enfants » (v. C. FOURGEAU, Un exemple d'économie polygamique : petites productrices au Sud Bénin, *op. cit.*, p. 376). De même, un homme marié sous l'option de polygamie soutient que : « Si tu n'arrives pas à donner l'argent de la popote, chaque femme se débrouille pour faire à manger aux membres de sa maison » (il faut entendre « maison » ici au sens de « ménage » : cf. Entretien OUA 10, réalisé le 7 mai 2017).

Conclusion de chapitre

454. - Polygamie, pivot de l'inégalité des sexes dans le mariage. Dans la lutte pour l'évolution des droits de la femme, le tableau reste, pour une large part, assombri par la consécration juridique du mariage polygamique, admis pour l'homme, dont les traits caractéristiques ne sont pas conciliables avec la conception contemporaine du mariage. En effet, il restreint particulièrement les droits de la conjointe, en même temps qu'il amplifie les droits du conjoint. Dans le mariage polygamique, les principaux devoirs mis à la charge des époux ne peuvent plus être effectivement exécutés que par chacune des épouses, l'homme n'ayant plus, par le fait même de sa polygynie, la capacité de les honorer complètement. Il s'ensuit que les sexes ne sont pas égaux. Néanmoins, pour rétablir l'égalité, la meilleure solution n'est pas, pour les raisons déjà évoquées¹³⁵⁷, la consécration de la polyandrie, en contrepoids à la polygynie, mais bien la suppression de la polygamie dans sa forme masculine.

455. - Droit moderne sous influence de la coutume. Il peut être regretté que le mariage polygamique, qui avait toujours été du ressort de la coutume ou de la religion, soit entré dans le champ légal, non pas dans le sens de son interdiction, mais plutôt de celui de sa reconnaissance en tant qu'institution légale. Sur le Cameroun, qui a été l'un des premiers États en Afrique à légaliser la polygamie¹³⁵⁸, Stanislas MELONE faisait remarquer ceci :

« On constate [...] une tendance des lois modernes à protéger, voire à favoriser la polygamie, comme s'il s'agissait là d'une institution essentielle aux Camerounais.

Le droit civil, le droit public, le droit pénal, le droit social, ont à ce sujet une position identique.

L'article 43, alinéas *d* et *h*, de la loi n° 68-LF.2 du 11 juin 1968 sur l'état civil semble faire de la polygamie la forme normale du mariage. On choisirait la monogamie comme on choisit un régime matrimonial. Ainsi si l'on n'exprime aucune opinion sur la question on est censé avoir choisi la polygamie. »¹³⁵⁹

Il n'est pas dans l'intérêt de l'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage que la polygamie soit désormais avalisée par la loi, en raison de son incompatibilité manifeste avec les

¹³⁵⁷ V. *supra*, n° 416.

¹³⁵⁸ V. lois camerounaises : n° 66-2-COR du 7 juil. 1966 portant diverses dispositions relatives au mariage et n° 68-LF.2 du 11 juin 1968 sur l'état civil.

¹³⁵⁹ S. MELONE, Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain (à propos du phénomène polygamique...), *op. cit.*, p. 424.

principes fondamentaux qui encadrent les relations conjugales. De ce fait, la suppression de la polygynie des droits burkinabè et malien est à envisager.

Au terme de ce passage, il est possible de retenir que la reconnaissance de la polygamie masculine, par incorporation de la tradition africaine dans les droits modernes, contribue à l'inégalité de l'homme et de la femme dans le mariage. À présent, il convient de s'intéresser à un autre support de l'inégalité des genres : les mutilations sexuelles féminines. Elles sont désormais couvertes par le droit malien de la famille, à travers une dérogation au principe de l'interdiction des atteintes à l'intégrité physique non thérapeutiques.

Chapitre 2 :

Une inégalité accrue par la légalisation implicite des mutilations génitales féminines

456. - Définition. Les mutilations génitales féminines recouvrent un ensemble d'« interventions qui altèrent ou lèsent intentionnellement les organes génitaux externes de la femme pour des raisons non médicales »¹³⁶⁰. De fait, la terminologie a évolué. Lorsque la pratique a commencé à se répandre au-delà des cultures où elle est plus connue, elle était désignée par l'expression de « circoncision féminine »¹³⁶¹. Mais, celle-ci a vite été abandonnée, car elle établit un parallèle avec la circoncision masculine, qui ne rend pas compte de la gravité des pratiques concernant la femme¹³⁶². Du reste, cette dernière est aujourd'hui dénoncée

¹³⁶⁰ OMS, Mutilations sexuelles féminines, Aide-mémoire, n° 241, fév. 2016, consulté le 23 déc. 2016 sur <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/fr/>.

¹³⁶¹ V. M. ILBOUDO, L'excision, une violence sexiste sur fond culturel, in « La recherche féministe francophone : Langue, identités et enjeux », F. SOW (dir.), éd. Karthala, Paris, 2009, p. 421-422 ; F. SOW, Mutilations génitales féminines et droits humains en Afrique, in *Revue Cléo : Histoire, femmes et société* [En ligne], n° 6/1997, n° 3, consulté le 29 juil. 2017 sur <http://clio.revues.org/384>.

¹³⁶² Lire B. SHELL-DUNCAN et Y. HERNLUND, *Female « Circumcision » in Africa: culture, controversy and change*, éd. Lynne Rienner, Londres, 2000, 349 p. Le mot « mutilation » a d'abord été retenu à l'occasion d'une réunion internationale (la troisième conférence du Comité inter-africain sur les pratiques traditionnelles affectant la santé des femmes et des enfants (CIAF), tenue à Addis-Ababa en 1990). Elle présente l'avantage de marquer une distinction linguistique nette avec la circoncision masculine, mais aussi de souligner la gravité de l'acte à travers sa connotation négative. C'est ainsi qu'en 1991, l'OMS a en recommandé l'adoption. Puis, afin d'éviter d'aliéner les communautés ciblées dans le cadre des actions de sensibilisation par l'usage d'un terme accusateur pour les personnes acquises à la pratique, il a été suggéré d'utiliser plutôt le terme générique d'« excision ». Mais, celui-ci n'étant pas assez significatif des formes plus ou moins handicapantes de mutilation, en fin de compte, la notion de compromis semble être celle d'« excision/mutilation génitale féminine », suffisamment explicite, tout en faisant montre de tact envers les cultures, les religions les communautés ou les mutilations sont en usage, ainsi que l'a souhaité en 1999 le rapporteur spécial des Nations Unies sur les pratiques traditionnelles (cf. UNICEF, *Changer une convention sociale néfaste : la pratique de l'excision/mutilation génitale féminine*, mai 2008, p. 9-10).

également pour ses méfaits sur l'agrément sexuel, ainsi que, dans une certaine mesure, sur la santé¹³⁶³. Finalement, il est convenu de désigner par "excision/mutilation génitale féminine" toute forme d'intervention nocive ou potentiellement nocive pratiquée sur les organes sexuels féminins pour une fin non thérapeutique¹³⁶⁴. En outre, la préférence s'affirme pour l'adjectif « sexuelle », en lieu et place de « génitale », du fait qu'il permet de comprendre que la pratique occasionne, en plus des atteintes physiques, des atteintes aux niveaux psychologique et socio-anthropologique de la sexualité¹³⁶⁵.

457. - Norme sociale liée au mariage. Les atteintes à l'intégrité sexuelle de la femme sont étroitement liées aux usages de mariage de certaines populations¹³⁶⁶. De fait, dans les communautés africaines, vivant sur le continent d'origine ou ailleurs¹³⁶⁷, les mutilations sexuelles féminines ont pris la figure d'une norme sociale conditionnant l'aptitude à l'union matrimoniale. Elles seraient une « initiation des fillettes à l'âge adulte et au mariage »¹³⁶⁸. En réalité, la mutilation des organes génitaux de la femme est surtout un moyen de contrôler le corps et la sexualité de la femme¹³⁶⁹. Devant son expansion, certains États, comme le Bénin et le Burkina

¹³⁶³ P.-J. DELAGE, Circoncision et excision : vers un non-droit de la bioéthique ? *Journal International de Bioéthique*, n° spécial, vol. 26, 2015, p. 63-75.

¹³⁶⁴ Cf. OMS, Mutilations sexuelles féminines, Aide-mémoire, *op. cit.*

¹³⁶⁵ Il est constaté que ces pratiques ont aussi cours, en dehors de l'Afrique, dans d'autres régions du monde comme le Yémen, l'Indonésie, la Malaisie, et plus rarement l'Inde ou le Pakistan (F. SOW, Mutilations génitales féminines et droits humains en Afrique, *op. cit.*, n° 4).

¹³⁶⁶ Lire R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, *op. cit.*, 629 p. ; A. LATOURÈS, *Saisir l'État en action en Afrique subsaharienne : action publique et appropriation de la cause des mutilations génitales féminines au Mali et au Kenya*, Thèse de doctorat, Institut d'études politiques de Bordeaux, 2008, p. 115 ; M. ILBOUDO, L'excision, une violence sexiste sur fond culturel, *op. cit.*, p. 421-438. Au besoin de conformité sociale, s'ajoutent des argumentaires faisant état de signe d'honneur et de dignité pour la femme.

¹³⁶⁷ L'Europe, après avoir connu une période trouble où les femmes étaient sexuellement mutilées au nom de soins administrés pour des maladies imaginaires, a pu obtenir la cessation de toute atteinte non justifiée par un motif thérapeutique (P. HERZBERGER FOFANA, Mutilations Génitales Féminines : Histoire et géographie de l'excision, juil. 2000, consulté le 7 avr. 2016 sur <http://www.arts.uwa.edu.au/AFLIT/MGF2.html>). Mais actuellement, elle est de nouveau confrontée au problème avec les communautés venant d'Afrique ou d'autres parties du monde où ces pratiques sont toujours suivies.

¹³⁶⁸ L. GUIGNARD, La construction d'une norme juridique régionale : le cas des mutilations génitales féminines en Afrique, *Revue Critique internationale* 2016/1, n° 70, p. 88.

¹³⁶⁹ V. S. KANDJI, L'excision, De la circoncision négro-pharaonique à la clitoridectomie sémito-orientale : Des sources traditionnelles islamiques, in Dossier « L'excision », *op. cit.*, p. 42-53. À l'origine, cette pratique a été observée dans l'Égypte pharaonique pour les filles destinées à se marier à des hommes d'une position sociale élevée. Elle a ensuite été adoptée pour les filles de couche sociale inférieure dans l'espoir d'obtenir une alliance au-dessus de leur rang. La mutilation sexuelle avait pour but d'ôter le plaisir à la femme lors de rapports sexuels et d'assurer ainsi sa fidélité au mari et par la même occasion la pureté de la descendance (lire UNICEF, *Changer une convention sociale néfaste : la pratique de l'excision/mutilation génitale féminine*, *op. cit.*, p. 20). Avec le temps, les mutilations génitales féminines se sont étendues à l'Afrique noire et aujourd'hui, elles sont revendiquées par bon nombre de communautés.

Faso, ont adopté des textes répressifs. Cette voie n'a pu être empruntée au Mali, en raison d'une opposition populaire demeurée forte¹³⁷⁰. Plus encore, s'agissant de cet État, un autre pas a été franchi avec l'adoption du Code des personnes et de la famille du 2 décembre 2011, car l'excision y a reçu une autorisation "entre les lignes". Le recul par rapport au droit préexistant est certain. D'une situation de non-répression, l'on est passé à une situation de légalisation implicite des mutilations sexuelles féminines. Du fait du flagrant conflit avec les principes généraux du droit, il a été nécessaire de recourir à un subterfuge pour aboutir à la légalisation détournée : celui de l'extension des cas d'atteinte légitime à l'intégrité physique (section 1). Malgré les limites apparentes, une lecture attentive de la loi malienne sur la famille laisse voir que la femme n'est pas efficacement protégée (section 2).

Section 1 : L'admission de nouvelles atteintes licites à l'intégrité physique

Section 2 : La portée des nouvelles atteintes à l'intégrité physique sur les droits fondamentaux

Section 1 : L'admission de nouvelles atteintes licites à l'intégrité physique

458. - Conflit dans l'ordre juridique interne malien. Les systèmes de droit contemporain protègent dans leur quasi-totalité le droit à l'intégrité physique de la personne humaine. Les États de tradition francophone, qui ont, comme le Mali, adopté un Code des personnes et de la famille, ont de concert choisi de ne pas y poser les principes de l'inviolabilité du corps humain et de l'intégrité physique, mais de les inscrire plutôt dans leur loi fondamentale, la norme suprême dans toute nation républicaine. Ainsi en va-t-il du Burkina Faso et du Bénin¹³⁷¹. La Constitution du Mali contient aussi des dispositions de cet ordre¹³⁷². Dès lors, la raison de leur évocation dans la loi portant Code des personnes et de la famille paraît obscure¹³⁷³, encore qu'elle apporte une dérogation contradictoire à la Constitution. Subséquemment, le principe de la hiérarchie des normes n'est pas respecté. Du reste, l'ancien Code du mariage et de la tutelle du Mali¹³⁷⁴, que le

¹³⁷⁰ R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, op. cit., p. 203-206.

¹³⁷¹ Art. 8 et 15 de la Constitution de la République du Bénin du 2 déc. 1990 ; art. 2 de la Constitution du Burkina Faso du 2 juin 1991, modifiée par la loi n°033-2012/AN du 11 juin 2012. La Constitution du Burkina Faso ne consacre pas textuellement le principe de l'inviolabilité du corps humain, mais les lois pénale et civile intègrent néanmoins le principe.

¹³⁷² Art. 1^{er} al. 1 et 2 de la Constitution du 12 janv. 1992.

¹³⁷³ Art. 5 du CPF malien.

¹³⁷⁴ Issu de la loi n° 062-17/AN-RM du 3 fév. 1962.

Code des personnes et de la famille a remplacé, n'abordait pas le thème de l'intégrité physique de la personne¹³⁷⁵. Son inscription dans le récent code s'en explique d'autant moins.

459. - Reconnaissance de la licéité d'atteintes à l'intégrité physique pour des raisons culturelles. Devant la superposition, sans intérêt apparent, dans le Code malien des personnes et de la famille, des règles relatives à l'intégrité physique de la personne, l'observateur est fondé à penser que celle-ci poursuivait en réalité le but de légaliser, tacitement, les atteintes à l'intégrité de la personne humaine. Jusqu'à ce tournant législatif, l'ensemble des pratiques attentatoires à l'inviolabilité et à l'intégrité du corps humain se situaient dans l'illégalité. En effet, si elles n'étaient pas formellement interdites par la loi, du moins pouvaient-elles être réprimées sous le couvert des infractions pénales de droit commun. Ainsi, ces pratiques pouvaient être poursuivies en tant que violences ayant entraîné une mutilation, une infirmité permanente ou la mort sans intention de la donner. Désormais, il est moins évident d'appréhender les auteurs d'atteintes dans la mesure où la loi autorise les atteintes justifiées par la religion ou la coutume, auxquelles la femme surtout est exposée (§ 1), malgré les dommages corporels irréversibles qu'elles causent (§ 2).

§ 1 : Vulnérabilité devant les atteintes à l'intégrité physique

§ 2 : Gravité des atteintes à l'intégrité physique

§ 1 : Vulnérabilité devant les atteintes à l'intégrité physique

460. - Permission légale d'atteintes fondées sur la religion ou la coutume. Il résulte de l'article 5 du Code des personnes et de la famille du Mali qu' :

« Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité de la personne humaine qu'en cas de nécessité médicale pour la personne.

Le consentement préalable de l'intéressé doit être recueilli, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.

Toutefois, les actes d'ordre religieux ou coutumier, dès lors qu'ils ne sont pas néfastes à la santé, ne sont pas visés par la présente disposition ».

Le caractère sommaire de cette disposition pose problème à deux niveaux : premièrement, il n'est pas précisé ce qu'il faut entendre par actes d'ordre religieux ou coutumier (A). Et,

¹³⁷⁵ Par comparaison entre le chapitre 1^{er} du Code du mariage et de la tutelle portant sur les « Dispositions générales » (au titre 1^{er} intitulé « Du mariage ») et les « Dispositions préliminaires » du « Livre préliminaire » du Code de personnes et de la famille.

deuxièmement il n'est pas donné d'orientation sur la procédure afin de déterminer les actes religieux ou coutumiers préservant la santé de l'individu, qui ne seraient donc pas interdits (B).

A. Imprécision de la notion d'« actes d'ordre religieux ou coutumier »

B. Non-encadrement de l'appréciation du caractère « non néfaste à la santé »

A. Imprécision de la notion d'« actes d'ordre religieux ou coutumier »

461. - Trait culturel. Les mutilations génitales féminines trouvent toujours un écho favorable dans le contexte socio-culturel des États de l'Afrique subsaharienne en général¹³⁷⁶ et du Mali en particulier¹³⁷⁷. Bien de sociétés se signalent encore par « les attitudes et les comportements qui perpétuent [les mutilations génitales féminines et l'excision] au terme de près d'un siècle d'efforts déployés pour les éliminer »¹³⁷⁸. De ce fait, la question y est forcément abordée avec une grande prudence. Au moment de l'adoption du Code malien des personnes et de la famille, des voix avisées ont signalé le danger de prévoir une dérogation supplémentaire aux principes de l'inviolabilité du corps humain et de l'intégrité physique de la personne, notamment pour des actes religieux ou coutumiers, sans être explicite¹³⁷⁹. Les avertissements n'ont cependant pas été entendus. Pour autant, il faut bien, pour l'application du texte, déterminer les actes concernés par la dérogation.

L'imprécision de la loi sur les « actes d'ordre religieux ou coutumier » n'étant pas de nature à nuire à la santé de la personne humaine, qui seraient, en conséquence, autorisés, laisse la porte ouverte à toutes les suppositions. De fait, la recherche d'actes remplissant la double condition de remettre en cause le droit à l'intégrité physique de la personne, et de pas attenter à la santé demeure vaine (1). Dès lors, la posture du législateur malien soulève bien de questions (2).

¹³⁷⁶ V. L. GUIGNARD, La construction d'une norme juridique régionale : le cas des mutilations génitales féminines en Afrique, *op. cit.*, p. 87-100 ; A. ANDRO, M. LESCLINGAND, Les mutilations génitales féminines. État des lieux et des connaissances, *Revue Population* 2016/2, vol. 71, p. 224-311.

¹³⁷⁷ Le Mali compte parmi les pays où le taux de prévalence des mutilations génitales féminines et de l'excision est le plus élevé au monde, avec un taux estimé à 89% chez les filles et les femmes de 15 à 49 ans (cf. UNICEF, Mutilations génitales féminines/excision : aperçu statistique et étude de la dynamique des changements, 16 juil. 2013, consulté le 10 sept. 2017 sur https://www.unicef.org/esaro/FGM_Report_Summary_French__16July2013.pdf, p. 3). Les statistiques montrent que même les couches sociales les plus aisées ne sont pas épargnées par le phénomène.

¹³⁷⁸ UNICEF, Mutilations génitales féminines/excision, *op. cit.*, p. 1.

¹³⁷⁹ Cf. M. d'ALMEIDA, Le nouveau Code des Personnes et de la Famille du Mali : Pourquoi a-t-il été retardé ? 20 avr. 2011, consulté le 29 juil. 17 sur <https://www.awid.org/fr/nouvelles-et-analyse/le-nouveau-code-des-personnes-et-de-la-famille-du-mali-et-pourquoi-t-il-ete>.

1) **Corrélation entre actes religieux ou coutumiers portant atteinte à l'intégrité physique et dysfonctions sexuelles**

462. - Exception légale vague. Au sens de la réglementation en vigueur au Mali, précisément l'article 5, alinéa 3, du Code des personnes et de la famille, l'acte portant atteinte à l'intégrité physique humaine, qui tire sa justification de la religion ou de la coutume, ne serait pas concerné par l'obligation de recueillir le consentement de l'intéressé ou de ses proches avant sa réalisation, s'il se révèle inoffensif pour la santé. On se demande à quels types d'actes cela peut-il renvoyer. La loi ne fournit pas d'indication en ce sens. Également, le codificateur malien ne mentionne pas les motivations de cette exception plutôt surprenante. Au demeurant, il est curieux que des actes de nature culturelle ou coutumière bénéficient de la caution légale dans un État républicain.

463. - Sens de l'exception légale. Avant de tenter de percer la signification de la règle édictée, il faut signaler que le Mali compte parmi les États africains affichant une prévalence élevée des mutilations génitales féminines. En effet, à la différence d'autres États dans lesquels ces traditions sont perpétuées par quelques ethnies, au Mali, toutes les ethnies les pratiquent, à l'exception de quelques-unes seulement¹³⁸⁰.

La situation de la disposition dérogatoire dans le Code malien des personnes et de la famille fournit une piste intéressante pour en comprendre le sens caché. Elle se situe au nombre des « Dispositions préliminaires », exactement à l'article 5, alinéa 3. Pour rappel, elle énonce que les actes dictés par la religion ou la coutume qui ne remettraient pas en cause la santé humaine ne requièrent pas l'autorisation expresse de l'intéressé. Elle vient après l'article 4 qui consacre le principe de l'inviolabilité du corps humain¹³⁸¹, et elle constitue la suite des deux premiers alinéas de l'article 5 qui énoncent respectivement l'exception d'atteinte à l'intégrité physique de la personne pour raison médicale et la nécessité du consentement préalable de la personne intéressée ou de l'avis de tierces personnes par défaut. Que suggère cet enchaînement ? Vraisemblablement, les mutilations sexuelles féminines seraient concernées. Mais elles sont aujourd'hui très controversées, dans la mesure où elles viennent à rebours des principes d'inviolabilité du corps humain et de protection de l'intégrité physique de la personne. La

¹³⁸⁰ N. CARBONNE, *Les mutilations sexuelles féminines*, Berg International éditeurs, Collection Dissonances, Paris, 2011, p. 37.

¹³⁸¹ Cf. art. 4, al. 1 et 2.

rédaction d'ensemble de l'article fait penser que le législateur en avait conscience, de sorte qu'il a évité de les nommer directement.

464. - Conjectures sur la nature des actes autorisés. L'identification des actes d'émanation religieuse ou coutumière, pouvant remettre en question l'intégrité de la personne humaine sans pour autant nuire à la santé de l'intéressé, se révèle une entreprise vouée à l'échec. Il faut donc adopter une analyse par élimination. Il apparaît, premièrement, qu'il faut exclure les pratiques concernant l'homme, telles que la circoncision ou encore les rites initiatiques. La circoncision est une pratique ayant une justification aussi bien religieuse¹³⁸² que coutumière¹³⁸³, mais elle ne rentre pas en conflit immédiat avec la loi. En effet, la circoncision est moins problématique que les mutilations sexuelles qui touchent la femme, même s'il faut réserver les opinions qui appellent à l'interdiction de son automatisme dans beaucoup de sociétés au monde¹³⁸⁴. En ce sens, il est relevé un bénéfice thérapeutique de la circoncision : celle de limiter les risques d'infections aux maladies sexuellement transmissibles chez l'individu opéré¹³⁸⁵. De plus, elle bénéficie souvent d'un accompagnement médical¹³⁸⁶. De ce fait, elle est relativement sans conséquence pour la santé de l'homme qui la subit et, surtout, elle ne cause pas de dysfonctions sexuelles, à la différence des mutilations génitales féminines¹³⁸⁷.

Deuxièmement, si l'on se pose la question au regard des rites initiatiques, il est remarqué que leur tradition est en voie d'extinction avec les nouveaux styles de vie urbanisés, ce qui entraîne leur raréfaction dans le paysage culturel africain. En outre, les rites de passage, dans leurs

¹³⁸² Elle est notamment approuvée par les religions chrétiennes (C. VASSAS, *Présences du féminin dans le judaïsme*, Clio. Femmes, Genre, Histoire [En ligne], 44 | 2016, consulté le 28 avr. 2017 sur <http://clio.revues.org/13285>) et islamique (v. A. SOW-SIDIBÉ, *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, *op. cit.*, p. 119).

¹³⁸³ V. R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, *op. cit.*, p. 4.

¹³⁸⁴ Cf. M. ILBOUDO, *L'excision, une violence sexiste sur fond culturel*, *op. cit.*, p. 421 ; P.-J. DELAGE, *Circoncision et excision : vers un non-droit de la bioéthique ?* *op. cit.*

¹³⁸⁵ B. ROUGIER, *La circoncision limite le risque d'infection par le SIDA*, Radio France, 7 mai 2014, consulté le 7 août 2016 sur http://www.francetvinfo.fr/sciences/la-circoncision-limite-le-risque-d-infection-par-le-sida_1666549.html ; *20minutes*, *La circoncision protège de certaines maladies*, 16 sept. 2014, consulté le 7 août 2016 sur <http://www.20minutes.fr/sante/1125529-20130326-circoncision-protège-certaines-maladies>.

¹³⁸⁶ La couverture des États de l'Afrique de l'Ouest en centres médicaux dotés d'antennes chirurgicales est insuffisante, si bien que la circoncision est encore quelquefois réalisée par des personnes n'appartenant pas au corps médical (v. M. L. DOUMBOUYA, *Accessibilité des services de santé en Afrique de l'Ouest : le cas de la Guinée*, *Working paper*, n° 2008-2, janv. 2008, 18 p., consulté le 28 sept. 2017 sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00229696/document> ; M. E. GRUÉNAIS, R. POURTIER, *La santé en Afrique : anciens et nouveaux défis*, in « État de santé et santé de l'état en Afrique subsaharienne », W. Van LERBERGHE, V. De BROUWERE (dir.), La Documentation Française, Paris, 2000, p. 175-190).

¹³⁸⁷ C. MARTIN et B. COUSYN, *Les mutilations sexuelles féminines*, *Compte rendu de colloque*, in *Revue Sexologies*, Volume 16, n° 2, éd. Elsevier, Paris, avr.-juin 2007, Pages 158-161.

manifestations ordinaires¹³⁸⁸, ne sont pas de nature à porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne.

465. - Convergence vers les mutilations sexuelles féminines. L'investigation menée du côté de la femme permet de relever que les actes d'ordre religieux ou coutumier entrant en contradiction avec les règles de protection de la personne humaine ne manquent pas. À ce stade de la réflexion, il devient évident que l'ouverture de la loi malienne concerne en substance les pratiques touchant à l'intégrité physique de la femme. Dans ce registre, il convient de s'arrêter particulièrement sur les mutilations génitales féminines. Le sujet est hautement polémique, étant entendu que la coutume y reste attachée, alors qu'elles sont décriées par les organisations de santé et de défense des droits humains¹³⁸⁹. Au fond, même si on excepte les jugements de valeurs, l'attitude conciliante du droit face à la circoncision ou aux rites touchant le genre masculin ne peut être reproduite devant les actes de mutilation de l'appareil génital féminin, car ceux-ci, contrairement aux premiers, sont loin d'être bénins pour la santé de la femme. Les études scientifiques démontrent leur potentiel nuisible¹³⁹⁰, ce qui a amené la plupart des législations à s'inscrire en leur défaveur¹³⁹¹.

2) Position isolée du législateur malien en faveur des actes religieux ou coutumiers portant atteinte à l'intégrité physique

466. - Confrontation avec les normes internes et internationales. Le Mali a fait un choix singulier. Une rétrospective sur les péripéties qui ont jalonné l'adoption de la loi portant Code des personnes et de la famille¹³⁹² permet de comprendre que l'opinion publique malienne n'était pas prête à accueillir une loi, qui serait venue abolir brutalement les pratiques coutumières affectant l'intégrité physique de la femme. Mais, ce qui se comprend moins, c'est que cette question de la protection de l'intégrité physique se soit invitée dans le Code des personnes et de la famille. Sachant que ledit Code a été inspiré par le dispositif juridique international, à commencer par la Déclaration universelle des droits de l'homme, son contenu était supposé

¹³⁸⁸ Il faut réserver les cas où le rite collectif se double d'une initiation à part de certains éléments de la classe d'âge, en raison de leur naissance.

¹³⁸⁹ L'excision est souvent présentée à tort comme une exigence de la religion musulmane, alors qu'en réalité ni l'islam ni la chrétienté ne prescrivent de la pratiquer. Il faut donc la regarder comme une institution coutumière seulement.

¹³⁹⁰ V. *infra*, n° 502 sq.

¹³⁹¹ V. *infra*, n° 517 sq.

¹³⁹² V. *supra*, n° 29.

promouvoir les droits de la personne humaine, donc de la femme également, mais, finalement, il a tourné à son désavantage avec bon nombre de dispositions discriminatoires.

467. - Contrariété avec la norme constitutionnelle. Il est difficile de percevoir l'utilité de revenir, dans une loi, sur un principe de valeur constitutionnelle proclamant l'inviolabilité et l'intégrité du corps humain, encore pour le contredire par l'autorisation d'actes contraires aux droits fondamentaux de l'homme. En vertu de la hiérarchie des normes, une loi ne peut pas, en principe, déroger dans ses dispositions aux règles constitutionnelles. La loi malienne instituant le Code des personnes et de la famille pouvait à la rigueur préciser les concepts constitutionnels en rapport avec son objet, mais en aucun cas prévoir des dérogations à un principe de rang constitutionnel, qui, de plus, ne souffre pas d'ambiguïté dans son interprétation. La situation est d'autant plus grave que la Constitution a été bafouée pour accueillir des actes d'ordre religieux ou coutumier dont la nature n'est pas même spécifiée. Le paradoxe est inconcevable dans un ordre juridique étatique.

468. - Contrariété avec les normes internationales. Au-delà de l'ordre étatique, l'environnement juridique international ne permet plus de faire ce choix isolé et difficilement soutenable, en considération des valeurs universellement reconnues¹³⁹³. Désormais, selon la règle¹³⁹⁴, toute atteinte au corps humain doit résulter du consentement de la personne, même après sa mort¹³⁹⁵, ou bien être justifiée par des raisons médicales¹³⁹⁶. Dans l'hypothèse présente, le consentement ne peut être obtenu, étant entendu que les mutilations génitales féminines

¹³⁹³ V. T. ATANGANA-MALONGUE, Mutilations sexuelles et droit à l'intégrité physique de l'enfant en Afrique : l'exemple du Cameroun, CRDF, n° 4, 2005, p. 183-198 ; UNICEF, Changer une convention sociale néfaste : la pratique de l'excision/mutilation génitale féminine, *op. cit.*, 53 p.

¹³⁹⁴ Il résulte seulement de l'article 4-1 du Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes du 11 juil. 2003 que « Toute femme a droit au respect de sa vie, de son intégrité physique et à la sécurité de sa personne ». S'agissant des États, à défaut de lois de bioéthique dans les États africains posant expressément cette règle comme c'est le cas en France (art. 16.3 de la loi française n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain), il est fait recours aux dispositions constitutionnelles et pénales relatives à la protection de l'intégrité physique (*cf.* art. 15 de la Constitution béninoise, art. 2 de la Constitution burkinabè et art. 1^{er} de la Constitution malienne garantissant le respect de l'intégrité physique ; art. 4 de la loi n° 2003-03 du 3 mars 2003 portant répression de la pratique des mutilations génitales féminines et art. 380 du Code pénal burkinabè punissant toute atteinte à l'intégrité de l'organe génital féminin).

¹³⁹⁵ Même là, il faut nuancer le propos, en raison du principe de l'indisponibilité du corps humain, qui ne permet à la personne de prendre les décisions relatives à son corps que dans la mesure autorisée par le droit.

¹³⁹⁶ Encore à ce niveau, il est à distinguer le simple acte médical, c'est-à-dire l'acte réalisé par un membre du corps médical, et l'acte thérapeutique, guidé par la nécessité de soigner la personne. Pris sous cet angle, l'acte médical portant atteinte à l'intégrité de la femme n'a pas un but thérapeutique.

sont pour la plupart réalisées lorsque la femme se trouve encore dans la petite enfance¹³⁹⁷. Dans le même temps, elles ne sont pas justifiées par une nécessité médicale. Au contraire, elles sont contre-indiquées s'il est regardé à la sauvegarde de la santé féminine. À défaut de trouver de la légitimité dans la sauvegarde de l'individu, une atteinte à l'intégrité du corps d'une personne devrait tomber sous le coup de la répression légale, ce à quoi le législateur du Mali a entendu déroger.

À tout le moins, la loi malienne aurait dû préciser la compréhension qu'il faut avoir des actes "non néfastes à la santé".

B. Non-encadrement de l'appréciation du caractère « non néfaste à la santé »

469. - Doutes autour de l'appréciation de la bénignité de l'acte religieux ou coutumier.

Suivant l'article 5, alinéa 3, du Code malien des personnes et de la famille, le consentement de la personne sur laquelle il va être pratiqué un acte atteignant l'intégrité physique n'est pas nécessaire si cet acte est d'inspiration religieuse ou coutumière et s'il est inoffensif pour la santé. Mais justement, la difficulté réside dans la maîtrise de la bénignité de la pratique considérée. La loi ne précise ni les personnes habilitées à apprécier (1), ni les conditions suivant lesquelles l'appréciation doit être faite (2).

1) Incertitude relative aux personnes compétentes pour apprécier

470. - Imprécision légale inopportune. L'importance du principe de l'inviolabilité du corps humain n'est plus à rappeler. Cependant, le codificateur malien a décidé, malgré toutes les raisons qui pouvaient s'y opposer, de consacrer une dérogation en faveur d'actes religieux ou coutumiers contraires au principe. La limite franchie est considérable. Pour cette raison, il aurait fallu veiller, au minimum, à ne pas laisser de vide juridique pour ce qui relève de la compétence des personnes à même d'apprécier le caractère "non néfaste à la santé". Au regard de l'enjeu, la protection de l'intégrité physique de la femme, le pouvoir d'appréciation devait être circonscrit, afin de ne pas le laisser à la portée de toute personne. La question est névralgique, dans la mesure où, au Mali, les normes sociales et les attentes communautaires tendent vers le

¹³⁹⁷ En général, entre 4 à 12 ans (cf. P.-J. DELAGE, Circoncision et excision : vers un non-droit de la bioéthique ? *op. cit.*, p. 63-75 ; v. aussi Excision, parlons-en!, Site web, consulté le 16 déc. 2016 sur <http://www.excisionparlonsen.org/mali/>).

maintien des mutilations génitales féminines¹³⁹⁸. L'imprécision de la loi qui y fait référence est, de ce fait, périlleuse.

471. - Appréciation en pratique de l'absence de nocivité de l'acte religieux ou coutumier.

Devant l'imprécision de la loi, il faut s'interroger sur les personnes qui peuvent émettre un avis sur le risque potentiel d'un acte religieux ou coutumier par rapport à la santé humaine. Le pouvoir de décision n'étant pas limité à des catégories précises de personnes, théoriquement, toute personne exerçant l'autorité parentale sur l'enfant de sexe féminin peut décider, à son niveau, de le soumettre à un acte culturel ou rituel si elle estime que celui-ci ne comporte pas de risque pour la santé de l'enfant. On mesure le danger qui en découle. Également, la personne peut, avant de soumettre l'enfant à un tel acte, être disposée à prendre l'avis d'un tiers, ce qui est l'option souhaitable. Pour la pertinence de l'avis, il lui faudrait s'adresser à des professionnels de la santé, mais, à défaut de cette précision dans la loi, *a priori*, le parent pourrait tout aussi bien s'adresser à une personne sans qualification médicale, comme il est courant en Afrique¹³⁹⁹. À cet égard, le législateur malien aurait pu réserver la compétence à des profils précis, comme en matière d'expertise médicale¹⁴⁰⁰. En résumé, le régime lacunaire de la dérogation légale oblige à envisager, sinon de la supprimer, au moins à fixer la compétence des intervenants.

472. - Difficultés tenant au cadre informel usuel des mutilations sexuelles féminines. Dans l'hypothèse où les personnes compétentes pour apprécier seraient connues, il resterait encore à résoudre le problème du contournement de la loi par les populations en matière de mutilations sexuelles féminines. Le sujet est tabou¹⁴⁰¹, si bien qu'il n'est que rarement débattu en public. Les femmes, premières concernées, évitent d'aborder le sujet, même dans leurs cercles restreints,

¹³⁹⁸ A. KONTE, *La pratique de l'excision au Mali*, Mémoire de fin d'études, Haute école de santé, Genève, nov. 2007, 94 p. ; A. DIALLO, Mali mutilations génitales féminines (MGF) au Mali : revue de la littérature et des actions menées, *Population Council – Projet de recherche opérationnelle et d'assistance technique en Afrique II*, Bamako, nov. 1997, 37 p. ; Office français de protections de réfugiés et apatrides, Les mutilations génitales féminines au Mali, Rapport de mission, vol. 1, 12-18 nov. 2008, 100 p., consulté le 30 juil. 17 sur https://www.ofpra.gouv.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_de_mission_sur_les_mutilations_genitales_feminines_au_mali_2008.pdf.

¹³⁹⁹ V. *infra*, n° 484.

¹⁴⁰⁰ Pour la pertinence de l'avis sur l'absence de nocivité de l'acte religieux ou coutumier, le pouvoir d'appréciation peut être reconnu seulement aux médecins régulièrement inscrits dans l'ordre des médecins.

¹⁴⁰¹ F. SOW, Mutilations génitales féminines et droits humains en Afrique, *op. cit.*, n° 2.

afin d'éviter la stigmatisation¹⁴⁰². Par conséquent, les acteurs de la sensibilisation pour l'abandon des mutilations sexuelles féminines se heurtent fréquemment à un mur de silence.

De fait, les décisions qui s'y rapportent se prennent dans la sphère privée et elles sont exécutées tout aussi discrètement. Il est ainsi improbable que les services étatiques compétents, s'il en était institué, puissent réellement intervenir pour les prévenir. Pourtant, le contrôle est nécessaire afin de s'assurer que les usages qui ont cours ne sont pas des « pratiques néfastes »¹⁴⁰³, ou au moins pour en atténuer les méfaits. Par défaut, il vaudrait mieux, pour la maîtrise légale de ces pratiques, qu'elles se déroulent sous la responsabilité de membres certifiés du corps médical intervenant, au minimum, pour donner leur avis. En effet, il faut se rendre à l'évidence que les mutilations des organes génitaux de la femme, intégrées depuis longtemps dans la tradition africaine, sont presque toujours faites en dehors d'un cadre formel, et sans prise en charge médicale¹⁴⁰⁴. Il est donc peu probable que la loi nouvelle change les habitudes, d'autant que ses dispositions elles-mêmes sont assez ambiguës.

473. - Effectivité de la loi conditionnée par la collaboration des auteurs de l'enfant. La portée de la dispense de l'article 5 alinéa 3 du Code des personnes et de la famille du Mali dépend grandement des familles, notamment de ceux qui détiennent le pouvoir de décision à propos de l'excision des filles¹⁴⁰⁵. Dans la mesure où la loi prévoit une dérogation au principe du consentement préalable, il faudrait établir avec certitude que l'acte religieux ou coutumier ne présente pas de danger sur le plan sanitaire. En principe, un avis de cette importance devrait faire suite à un bilan médical permettant d'évaluer objectivement les risques encourus avec l'opération. Après, il ne devrait être possible aux parents d'y soumettre la fille que si l'avis est favorable. S'agissant des services, en l'absence d'indication légale, il faut supposer qu'il s'agit de

¹⁴⁰² A. KONTE, *La pratique de l'excision au Mali, op. cit.*, p. 2. Tout de même, la sensibilisation aidant, quelques débats publics sont organisés à l'effet de diffuser les informations sur les suites graves pour pousser les populations à la délaissier.

¹⁴⁰³ Le qualificatif n'est pas nouveau. En effet, selon le Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes, les « pratiques néfastes » désignent « tout comportement, attitude ou pratique qui affecte négativement les droits fondamentaux des femmes, tels que le droit à la vie, à la santé, à l'éducation, à la dignité et à l'intégrité physique ». Dès lors, il n'est pas hasardeux de penser que le législateur malien l'ait justement pris comme base lorsqu'il retient que les actes « dès lors qu'ils ne sont pas néfastes à la santé » ne sont pas concernés par l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité physique de la personne. En réalité, la quantité d'information qui prévient sur les conséquences des mutilations sexuelles ne laisse pas de place au doute sur leur caractère nocif.

¹⁴⁰⁴ S. Da SILVA ANOMA, A G. DIETH, O. OUATTARA, Excision : données socioculturelles, *in* Revue Archives de Pédiatrie, vol. 15, n° 5, juin 2008, p. 818 ; v. *infra*, n° 481.

¹⁴⁰⁵ Le plus souvent les parents, mais quelquefois les oncles ou les tantes ou même les grands parents, surtout lorsque les parents sont eux-mêmes réticents.

services médicaux, même s'il ne serait pas exagéré de songer aussi à une mise à contribution de services judiciaires¹⁴⁰⁶.

474. - Absence de plaintes des victimes. La pression sociale exercée sur les individus est très forte¹⁴⁰⁷. À cause de cela, les victimes se refusent souvent à dénoncer les actes de mutilation, pour ne pas encourir l'exclusion de leur communauté¹⁴⁰⁸.

2) Incertitude relative aux modalités de l'appréciation

475. - Procédure et critères non définis. Les insuffisances rédactionnelles de la loi portant Code des personnes et de la famille au Mali s'avèrent être des points de blocage pour son application. La première question est de savoir comment l'avis (dispensant de recueillir le consentement de la personne concernée par l'acte de nature religieuse ou coutumière contredisant le droit à l'intégrité physique) peut être obtenu. La deuxième porte sur les critères à prendre en compte pour émettre cet avis. Pour finir, la jurisprudence malienne ne semble pas encore avoir eu l'occasion de se prononcer sur ces problèmes, afin d'aider à l'interprétation¹⁴⁰⁹. Ainsi, il n'est pas de cheminement précis pour aboutir à la dispense, si tant est que l'esprit du texte permet de penser à un schéma formaliste.

476. - Risques juridiques considérables. L'avis qui conditionne la dérogation devrait tenir compte de l'impact sur la santé. En effet, selon la disposition de l'article 5, alinéa 3, du Code malien des personnes et de la famille, le seuil de tolérance à l'exception à la règle dépend du caractère non néfaste de l'acte sur l'organisme humain. Peut-on estimer que les actes religieux ou coutumiers recevant la qualification de mutilation des organes génitaux féminins, au regard du droit international, peuvent être concernés ? En ce domaine, les études scientifiques ne manquent pas, et elles établissent avec certitude que, sous leurs diverses formes, les mutilations

¹⁴⁰⁶ En ce cas, les mesures seraient renforcées, si ce n'est le rallongement de la procédure du fait de la multiplication des intervenants.

¹⁴⁰⁷ V. *infra*, n° 494.

¹⁴⁰⁸ La preuve en est rapportée dans l'affaire Hawa GRÉOU (France, Cour d'assises de Paris, 1999), sur laquelle il est mentionné que « la mère de Mariatou est apparue [...] surtout blessée d'avoir enfanté celle qui a jeté l'opprobre et la honte sur la communauté » (cf. B. GROSJEAN, *Excision : deux ans ferme pour la mère de Mariatou*. L'exciseuse, elle, a été condamnée à huit ans d'emprisonnement, 17 fév. 1999, consulté le 30 juil. 17 sur http://www.liberation.fr/societe/1999/02/17/excision-deux-ans-ferme-pour-la-mere-de-mariatou-l-exciseuse-elle-a-ete-condamnee-a-huit-ans-d-empri_265190). Il faut noter que certaines femmes, déjà adultes, prennent la décision de subir l'excision pour se conformer à la norme, notamment lorsque l'usage leur est posé comme condition avant le mariage (UNICEF, *Changer une convention sociale néfaste : la pratique de l'excision/mutilation génitale féminine*, *op. cit.*, p. 19).

¹⁴⁰⁹ En l'état des connaissances actuelles, elle n'a pas encore été saisie pour une question du genre.

sexuelles influent sur la santé de la femme¹⁴¹⁰. Pour y prendre garde, il ne faut pas s'arrêter à l'aspect physiologique de ces pratiques, toujours mis en avant, et à juste raison, mais il faut également s'intéresser à l'aspect psychologique. Certes, il est difficile de mesurer les prolongements psychologiques des mutilations des organes féminins¹⁴¹¹, cependant, le seul fait de l'évitement du sujet dans les sociétés dans lesquelles elles sont massivement pratiquées, même parmi les femmes l'ayant subi, fournit un indice du caractère éprouvant que les victimes s'efforcent ensuite d'oublier, sans compter le dédain de soi qui peut en résulter¹⁴¹². Pour leur défense, les partisans des mutilations sexuelles soutiennent que l'excision symbolique, elle, ne présente aucun risque sanitaire pour la femme. Pourtant, même dans ce cas, il est porté atteinte à l'intégrité physique de la personne, qui peut laisser une empreinte morale sur la victime.

477. - Minimisation traditionnelle des risques sanitaires. Pendant que le manque de clarté de la loi suscite des interrogations sur le plan juridique, les populations continuent certainement de pratiquer les mutilations sexuelles féminines suivant leurs méthodes habituelles. D'ordinaire, les parents de la femme font intervenir des exciseuses traditionnelles, qui n'ont pas de notion de médecine moderne. Dans ce contexte, l'évaluation préalable des risques pour la santé n'est pas perçue comme une nécessité. Parfois même, l'opération est réalisée de façon fortuite par un proche de la famille ayant décidé de passer outre l'opposition à l'excision des parents de la fille. L'opération peut être faite dans un lieu où la fille ne vit pas habituellement¹⁴¹³. L'absence d'anticipation sur les risques sanitaires est attestée par les drames relevés dans certains cas.

En guise de prévention, pendant une période durant laquelle le pouvoir administratif s'est montré très permissif devant le phénomène¹⁴¹⁴, le personnel médical était officiellement sollicité par des parents désireux de faire exciser leur fille en en minimisant les risques sanitaires¹⁴¹⁵. Il

¹⁴¹⁰ UNICEF, *Changer une convention sociale néfaste : la pratique de l'excision/mutilation génitale féminine*, op. cit., 49 p. ; H. LIGHTFOOT-KLEIN, *Prisoners of Ritual : an odyssey into female genital circumcision in Africa*, Harrington Park Press, New York, 1989, 306 p.

¹⁴¹¹ F. ALLAG *et al.*, *Mutilations génitales rituelles féminines : La parole aux femmes*, in *Revue Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, volume 29, n° 11, éd. Elsevier, Paris, nov. 2001, p. 825.

¹⁴¹² Lire V. CARTON et H.-J. PHILIPPE, *Conséquences médicales, psychologiques et sexuelles des mutilations sexuelles féminines*, in *Revue Archives de Pédiatrie*, volume 15, n° 5, éd. Elsevier, Paris, juin 2008, p. 821 ; A. KONTE, *La pratique de l'excision au Mali*, op. cit., p. 80.

¹⁴¹³ V. *infra*, n° 486.

¹⁴¹⁴ Les principes généraux de droit étant les seuls pouvant être invoqués, l'inexistence d'une loi répressive sur les mutilations génitales féminines au Mali se révèle une difficulté majeure.

¹⁴¹⁵ Médecins, sages-femmes et maïeuticiens, infirmières, etc. Il est permis d'avancer que ces agents de santé prêtent leur concours à la réalisation de mutilations sur le corps humain, moins par conviction personnelle que par motivation pécuniaire.

faut signaler ici que le fait d'impliquer le personnel de santé s'accorde avec l'opinion des *ulémas* de l'ethnie *soninke*¹⁴¹⁶ pour qui l'excision étant obligatoire selon l'Islam, il ne faut pas rechercher sa disparition, mais plutôt apprendre aux populations à la réaliser de manière moins périlleuse¹⁴¹⁷. Devant l'ampleur que prenait le mouvement, une lettre circulaire du ministère de la Santé est intervenue pour interdire l'excision dans les structures sanitaires¹⁴¹⁸.

En somme, la règle de l'article 5, alinéa 3, du Code des personnes et de la famille trouble plus la protection du droit à l'inviolabilité et à l'intégrité physique de la personne humaine en général, et de la femme en particulier, qu'elle ne contribue à la renforcer. Désormais, les actes de mutilations pratiqués sous le couvert de la religion ou de la coutume bénéficient d'une tolérance juridique, rendue possible par les contours flous de la réglementation¹⁴¹⁹.

§ 2 : Gravité des atteintes à l'intégrité physique

478. - Nocivité avérée des mutilations génitales féminines. Aux termes de l'article 4, alinéas 1 et 2, du Code des personnes et de la famille du Mali,

« Chacun a droit au respect de son corps.

Le corps humain est inviolable. »

Malgré cet article, l'article 5 dispose, en ses alinéas 1 et 2, qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité de la personne humaine qu'en cas de nécessité médicale pour la personne et que le consentement préalable de l'intéressé doit être recueilli, excepté quand il n'est pas à même de

¹⁴¹⁶ *Uléma* signifie "docteur de la loi musulmane, juriste ou théologien", c'est-à-dire une personne qui étudie le Coran et ses commentaires, qui est imprégnée du droit musulman (cf. *Dictionnaire Larousse*, consulté le 22/12/2016 sur <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ul%C3%A9ma/80447>).

¹⁴¹⁷ Au fond, l'exigence de l'excision par l'islam est douteuse parce que cette pratique n'est pas connue dans tous les États arabes où le droit islamique a cours légal, comme l'Arabie saoudite ou l'Iran (cf. F. ALLAG *et al.*, *Mutilations génitales rituelles féminines : La parole aux femmes*, *op. cit.*, p. 826). Alors, il semble plus probable qu'elle tire sa source de la tradition de certains peuples, ce qui explique que des africains de foi chrétienne la perpétuent, ou encore les africains animistes qui la relie à des rites nécessitant des sacrifices de sang (cf. A. KONTE, *La pratique de l'excision au Mali*, *op. cit.*, p. 37-38 ; v. aussi N. MESSAADI et A. CHAKER, *Mutilation génitale féminine - L'excision*, *Journal de gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction*, volume 39, n° 1, fév. 2010, p. 81-82).

¹⁴¹⁸ Lettre circulaire n°0019/MSPAS-SG du 16 janv. 1999. La portée de ce document est faible. Il a juste transfiguré la collaboration du personnel des centres de santé, qui se rend désormais au domicile de ceux qui les sollicitent pour perpétrer les actes illicites.

¹⁴¹⁹ Peut-être n'est-il pas osé de penser que la situation telle quelle a été voulue par un législateur, davantage guidé par le souci de plaire à l'électorat des couches religieuses et coutumières, que de protéger des droits individuels dont beaucoup pense qu'ils ne trouvent pas leur place dans les valeurs de la société malienne ? (lire D. TOUNKARA, *Le nouveau Code de la famille et des personnes au Mali : la 'victoire à la Pyrrhus' du Haut Conseil Islamique et de son président, l'Ayatollah' Mahamoud DICKO*, *in Revue Penant*, 2013, vol. 123 n° 882, p. 58-78).

consentir. Le rapprochement de ces dispositions permet de retenir qu'un acte susceptible de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne doit être justifié par l'intérêt de sauvegarder la santé de la personne, et qu'il doit recevoir l'assentiment de l'intéressé ou d'un tiers ayant pouvoir pour consentir. Hormis ce cas, toute autre justification ne devrait pas être, en principe, recevable, notamment si son fondement est religieux ou coutumier, celui-ci étant exclu par le principe laïc inscrit dans la constitution malienne. Au reste, la dérogation que vient instituer l'article 5, alinéa 3, du Code s'appuie sur l'absence de dangerosité de l'acte considéré. Le raisonnement est spécieux, sachant que les mutilations sexuelles féminines sont concernées. Ces opérations ont démontré leur potentiel dommageable depuis que les études s'y sont intéressées, la raison de leur pénalisation dans la plupart des droits africains, dont les droits béninois et burkinabè¹⁴²⁰.

Pour mettre en relief les dommages résultant des mutilations pour la personne humaine, leurs formes les plus fréquentes seront ici présentées. Il s'agit de la clitoridectomie (A), de l'excision (B) et de l'infibulation (C).

A. La clitoridectomie

B. L'excision

C. L'infibulation

A. La clitoridectomie

479. - Description. La clitoridectomie correspond à une ablation du clitoris et/ou du capuchon ou prépuce clitoridien. L'ablation est effectuée soit partiellement soit totalement. Cette mutilation sexuelle féminine est la forme la moins dommageable pour la femme. Elle est dite de type I, suivant la classification faite par l'Organisation mondiale de la santé¹⁴²¹. Elle est plutôt rare dans les milieux traditionnels de l'Afrique subsaharienne. De fait, la clitoridectomie est plus souvent observable dans les cas où l'ablation de l'organe sexuel féminin est faite dans un

¹⁴²⁰ V. *infra*, n° 517 sq.

¹⁴²¹ OMS, Mutilations sexuelles féminines, Aide-mémoire, *op. cit.*). Faute de pouvoir toutes les répertorier, l'OMS range dans une rubrique « autres interventions » les atteintes néfastes des organes génitaux féminins à des fins non médicales, comme par exemple de 'piquer, percer, inciser, racler ou cautériser les organes génitaux féminins'.

contexte médical, comme dans certains États du Maghreb ou au Mali¹⁴²² où les membres du corps médical ont pu, pendant un temps, participer à sa réalisation¹⁴²³.

La clitoridectomie est aussi appelée excision symbolique. Elle ne serait que symbolique parce qu'elle n'aurait pas d'impact sur la femme ni sur le plan psychosomatique ni sur le plan organique. Pour cette raison, il a été discuté de l'opportunité de la médicaliser à titre officiel. Pour certains, cette forme minimale, présentée comme l'équivalent de la circoncision¹⁴²⁴, pourrait être maintenue sans risque, d'autant plus si elle est réalisée par des professionnels de la santé. Il ne peut toutefois être passé sous silence le caractère mutilant de cette atteinte.

480. - Justification mythologique. Les communautés qui perpétuent la clitoridectomie s'en expliquent à partir de la mythologie¹⁴²⁵. L'être humain naîtrait avec un sexe dominant, mais présenterait toutefois un vestige anatomique de l'autre sexe. Ce serait la raison pour laquelle le prépuce, signe féminin chez l'homme, doit être circoncis, de même que le clitoris, signe masculin chez la femme, pour affirmer sa féminité. L'opération serait ainsi destinée à effacer l'androgynie originelle avant l'âge adulte, ce pourquoi elle doit être faite avant l'arrivée de la puberté. Elle permettrait à l'individu d'accéder pleinement à son identité sexuelle, et pour la femme, elle assurerait sa fécondité en même temps que la survie de ses enfants futurs¹⁴²⁶. Cette étape est indispensable pour que la personne soit véritablement prise en considération par son groupe social. La cosmogonie des *bambaras* du Mali, l'ethnie la plus importante pratiquant les mutilations génitales féminines, repose sur cette thèse¹⁴²⁷.

Le folklore africain véhicule aussi l'idée que le clitoris intact de la femme aurait un pouvoir maléfique pour l'homme qui s'unit à elle, en ce qu'elle est « impure » avant qu'il ne

¹⁴²² B. SHELL-DUNCAN, The medicalization of female "circumcision": harm reduction or promotion of a dangerous practice? *Social Science & Medicine*, n° 52, 2001, p. 1013–1028.

¹⁴²³ V. *supra*, n° 477.

¹⁴²⁴ Il est fait état de « circoncision féminine sunnite », par référence aux propos que l'on prête au Prophète Mohamed : « La circoncision est une *sunna* pour les hommes et un acte honorable pour les femmes », mais la chaîne de transmission n'est pas jugée fiable (v. M. DIAKHO, *Le mariage forcé en Islam : Liberté, dignité, excision*, *op. cit.*, p. 183).

¹⁴²⁵ H. LIGHTFOOT-KLEIN, *Prisoners of Ritual: an odyssey into female genital circumcision in Africa*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴²⁶ La clitoridectomie purifierait la femme à travers l'amputation de la « mauvaise » partie de son organe génital. Il est ainsi évité tout risque de contact entre cette partie de son anatomie et les enfants qu'elle met au monde, ce qui leur garantirait d'être plus robustes (cf. R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, *op. cit.*, p. 33 ; Léo Frobenius, *Mythologie de l'Atlantide*, chap. II, Le peuple yoruba, p. 70, Paris, Payot, 1949, cité par S. S. M. KANJI et F. K. CAMARA, *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, *op. cit.*, p. 267).

¹⁴²⁷ N. CARBONNE, Les mutilations sexuelles féminines, *op. cit.*, p. 38.

soit coupé¹⁴²⁸. Cet organe pourrait entraîner l'impuissance de l'homme et plus généralement lui porter malheur, raison pour laquelle son ablation doit être faite avant toute union sexuelle avec la femme. Même, vis-à-vis de sa communauté, la femme doit se soumettre à l'attente générale si elle ne veut pas en être exclue, l'idée étant que tout le village pourrait aussi pâtir de la malchance attirée par son organe génital "impur".

481. - Critique. La revitalisation de la clitoridectomie en certaines localités conduit à s'interroger sur le sens de son maintien. Visiblement, elle ne poursuit pas le même objectif que les autres formes de mutilations sexuelles féminines. En effet, si, à l'image de celles-ci, elle inflige un préjudice esthétique certain, par ailleurs, sauf les cas d'interventions manquées en raison du caractère élémentaire des instruments utilisés dans certains cas ou de la méconnaissance de l'anatomie humaine du pratiquant¹⁴²⁹, elle ne perturbe pas significativement la vie sexuelle la femme et ne débouche pas inmanquablement sur des difficultés dans la reproduction¹⁴³⁰.

482. - Lente conversion des populations. La sensibilisation sur les méfaits des mutilations sexuelles féminines fait lentement son œuvre sur les consciences. Dans ces conditions, il est utopique d'escompter un changement rapide de la perception des sociétés où le phénomène sévit. Leur médicalisation n'est cependant pas une solution envisageable sur le plan juridique. L'administration volontaire de dommages corporels permanents ne saurait être acceptée en droit, même si elle est voulue pour une raison culturelle. De même, sous l'angle de l'éthique médicale, l'idée ne rencontre guère plus de fortune, étant compris qu'un acte médical portant atteinte à l'intégrité physique d'une personne ne peut se justifier que par la nécessité de soustraire l'intéressée à un péril plus grand. De plus, la réalisation par voie médicale sonnerait comme une approbation tacite de rites dont les pouvoirs publics doivent rechercher, au contraire, la disparition. L'éthique veut que tout praticien s'interdise de participer à la réalisation

¹⁴²⁸ M. ILBOUDO, L'excision, une violence sexiste sur fond culturel, *op. cit.*, p. 425.

¹⁴²⁹ En milieu traditionnel, il est fait usage d'une grande variété d'instruments qui ont tous en commun de n'être pas assez élaborés pour servir à une intervention qui a tout d'un acte chirurgical (couteaux, lames de rasoir, ciseaux, morceaux de verre, etc. (cf. R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie, op. cit.*, p. 19).

¹⁴³⁰ B. SHELL-DUNCAN, The medicalization of female "circumcision": harm reduction or promotion of a dangerous practice? *op. cit.*, p. 1013–1028.

d'une mutilation, quelle qu'elle soit. Le corps médical ne peut intervenir que dans le cadre de la prise en charge post-mutilation des victimes ou dans la consultation pré-opératoire¹⁴³¹.

B. L'excision

483. - Description. Considérée par l'Organisation mondiale de la santé comme une mutilation de type II, l'excision est la plus répandue des mutilations sexuelles pratiquées sur la femme dans le continent africain. Elle se définit comme l'ablation partielle ou totale du clitoris et des petites lèvres, avec ou sans ablation des grandes lèvres de l'appareil génital féminin. L'opération a pour but de diminuer, voire d'empêcher la sensibilité sexuelle de la femme pour la protéger, de même que la société, de son "hypersexualité"¹⁴³². Dans certains milieux, la jeune fille ne peut se marier sans avoir été excisée auparavant¹⁴³³.

484. - Dangerosité des atteintes. Traditionnellement, l'opération se passe sans anesthésie de la victime, comme c'est aussi d'ailleurs le cas pour la clitoridectomie, mais avec un champ d'opération plus étendu¹⁴³⁴. Dans les sociétés stratifiées, l'exciseur, communément une femme, est choisie dans une caste particulière, celle des forgerons¹⁴³⁵. L'opération est des plus risquées car la femme chargée de faire l'excision est généralement d'un âge avancé, comme le veut la tradition, alors que ce critère s'associe souvent à une baisse de l'acuité visuelle. Cela fait

¹⁴³¹ Il est noté que la reconstruction chirurgicale de l'organe féminin amputé est souvent réalisée avec succès dans le cas de la clitoridectomie. L'opération permet aux femmes ayant subi cette forme de mutilation de retrouver leur estime de soi. Au contraire, la réparation est plus problématique lorsqu'il s'agit de l'excision (cf. H.-J. PHILIPPE *et al.*, *Prise en charge pluridisciplinaire des mutilations sexuelles féminines*, Archives de Pédiatrie, vol. 15, n° 5, juin 2008, p. 824).

¹⁴³² Monique ILBOUDO note ainsi que « Lors du procès Hawa GRÉOU (France, Cour d'assises de Paris, 1999), à la question de la Cour "pourquoi excise-t-on les filles ?", les accusés répondaient presque invariablement : "c'est la coutume". Mais un des hommes accusés a fini par reconnaître : "c'est pour les tenir tranquilles" ! On peut considérer que c'est le but véritable de l'excision : ôter les organes érogènes externes de la fille pour éviter qu'elle ne découvre trop tôt le plaisir sexuel » (cf. M. ILBOUDO, *L'excision, une violence sexiste sur fond culturel*, *op. cit.*, p. 425-426 ; v. dans le même sens L. GUIGNARD, *La construction d'une norme juridique régionale : le cas des mutilations génitales féminines en Afrique*, Presses de Sciences Po | « Critique internationale », 2016/1, n° 70, p. 87 à 100. Il ressort d'une autre étude que, selon les populations de Makalondi, au Niger, « On excise la fille pour qu'elle reste tranquille [...] c'est pendant le mariage qu'on pratique l'excision. Celle qui n'est pas excisée n'est pas considérée » (cf. Fonds des Nations-Unies pour la femme, *Pratique transfrontalière de l'excision : état des lieux et évaluation des actions dans les zones frontalières du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Ghana, du Mali et du Niger*, étude réalisée par le Centre de recherche et d'intervention en genre et développement – Burkina Faso, Rapport final, oct. 2008, p. 14-15, consulté le 8 janv. 2017 sur www.sp-cnlpe.gov.bf/rapports/Rapport-final.doc).

¹⁴³³ R. PAGEARD, *Contribution à l'étude de l'exogamie dans la société mossie traditionnelle*, in *Journal de la Société des Africanistes*, tome 36, fascicule 1, 1966, p. 111.

¹⁴³⁴ V. M. ILBOUDO, *L'excision, une violence sexiste sur fond culturel*, *op. cit.*, p. 436. La fille ou la femme pouvait être maintenue en place avec les bras croisés dans le dos, ainsi que les pieds immobilisés par des femmes appartenant à sa famille ou des aides de l'exciseuse, pour éviter qu'elle ne se débâte au point de compromettre l'excision.

¹⁴³⁵ Cette caste serait chargée du rôle d'exciser les femmes au Mali.

mesurer l'étendue des risques encourus par la victime, sans compter la méconnaissance de l'anatomie féminine fréquemment remarquée chez l'exciseuse, qui la rend inapte à contenir les méfaits de l'acte de mutilation. Il faut ajouter à ces éléments les conditions peu hygiéniques et l'utilisation d'instruments de fortune pour pratiquer l'excision¹⁴³⁶.

485. - Nature collective du rituel. Les circonstances dans lesquelles se déroule l'excision en font une épreuve redoutée par les filles et les femmes obligées de s'y soumettre¹⁴³⁷. Pour masquer ces traits moins qu'attrayants, dans la campagne africaine, l'excision est réalisée collectivement afin qu'elle soit mieux acceptée par les victimes¹⁴³⁸. Dans la même optique, elle est accompagnée de festivités pour célébrer le courage des filles ou des femmes et symboliser leur reconnaissance en tant que femmes purifiées, dignes de se marier dans leur groupe d'appartenance. À cause de ces paramètres, le passage de l'excision prend pour les fillettes une importance comparable à celle du mariage, dans l'idée duquel elles sont éduquées. Pour finir, elles se le représentent comme l'une des cérémonies les plus importantes de leur existence et l'attendent même avec impatience. Au contraire, dans les milieux urbanisés, l'impossibilité d'organiser des cérémonies autour de l'excision la laisse voir dans ce qu'elle peut avoir de repoussant, en sorte qu'il se produit une inversion de la tendance.

486. - Extension du phénomène aux personnes expatriées. Le sort des filles issues de familles expatriées dans des régions du monde dans lesquelles l'excision n'est pas pratiquée pourrait être meilleur, mais il est constaté qu'elles ne sont pas toujours à l'abri. En effet, il n'est pas rare qu'elles subissent l'excision lors d'un retour au pays¹⁴³⁹. Pour prendre exemple sur la France, au départ, les familles cotisaient de l'argent pour faire venir un exciseur de leur État d'origine. Puis, lorsque les autorités françaises ont pris des mesures pour sanctionner les actes de mutilations génitales accomplis sur le territoire national¹⁴⁴⁰, les partisans de l'excision décident désormais

¹⁴³⁶ V. *supra*, n° 484.

¹⁴³⁷ Sur l'excision en tant qu'épreuve de bravoure, lire R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, *op. cit.*, p. 72-76.

¹⁴³⁸ F. SOW, Mutilations génitales féminines et droits humains en Afrique, *op. cit.*, n° 7.

¹⁴³⁹ Pour cela, en France, le juge a pu accueillir la demande de la mère de voir maintenue une interdiction de sortie du territoire national sans autorisation des deux parents alors que le père a des attaches en Guinée, pays dans lequel se pratiquent encore des mutilations sexuelles (cf. A. GOUTTENOIRE, H. FULCHIRON, Autorité parentale, *op. cit.*, n° 286, à propos de France, Chambéry, 17 nov. 2014, RG n° 13/02684, RJPF 2015-1/24 ; aussi E. RUDE-ANTOINE, Les mutilations sexuelles en France et le droit à l'intégrité physique de l'enfant l'exemple de l'excision, in « Violences sur le corps de la femme. Aspects juridiques, culturels et éthiques », C. HERVÉ, M. STANTON-JEAN et C. RIBAU-BAJON (dir.), Dalloz, 2012, p. 93-112).

¹⁴⁴⁰ Comme « le droit pour les parents s'opposant à l'excision de leur fille d'obtenir un titre de séjour sur le fondement du droit commun des étrangers » (cf. REGINE, Droit et genre, *op. cit.*).

d'envoyer l'enfant dans le pays d'origine pour des « vacances », afin de l'y soumettre à l'excision¹⁴⁴¹. Dans ces cas, la fille n'est pas prévenue de ce qui l'attend. Le caractère dissimulé de cette pratique la rend plus difficile à détecter, sinon à l'occasion de complications médicales. C'est pourquoi la loi française fait obligation aux soignants de signaler tous les cas, même potentiels, de mutilations génitales féminines¹⁴⁴².

487. - Efforts des États indirectement affectés. La position de l'État français devant les mutilations sexuelles féminines devrait être celle d'autres États qui se trouvent confrontés au problème par le biais des populations provenant des parties du monde, entre autres de l'Afrique, où elles continuent de sévir. Mais la France demeure l'État européen dans lequel il y a eu le plus de procès retentissants concernant le sujet¹⁴⁴³. Pour autant, la conclusion à en tirer ne devrait pas être que les autres États européens ne répriment pas ces actes, car ils y font sûrement face avec les populations de la même origine, mais peut-être est-ce le plus grand nombre d'immigrés africains ou autres en France qui donne de la visibilité au problème dans ce pays. De fait, au niveau international, il est appelé à la « nécessaire ingérence culturelle au nom des droits humains »¹⁴⁴⁴. De ce point de vue, les États doivent traiter le problème avec rigueur car l'emprise psychologique de la nécessité de l'excision est constatée aussi chez les filles ou les femmes expatriées, quand bien même on pourrait penser qu'elles perpétuent ces rites sous la pression de leur entourage¹⁴⁴⁵. Ainsi, des familles dans lesquelles les mères gardent à vie les séquelles de mutilations demeurent malgré tout fidèles à la coutume et se montrent disposées à y soumettre leurs filles. Pour elles, le plus important est d'éviter de les voir stigmatisées parce qu'elles seraient différentes des autres, même au prix de déformations sexuelles. Le changement de mentalité tarde à se produire, même devant la forme extrême des mutilations : l'infibulation.

¹⁴⁴¹ M. MSEDDE, S. BOUASSIDA, H. TURKI, La mutilation génitale féminine. De la tradition aux complications, *in* Revue Sexologies, vol. 15, n° 4, oct.-déc. 2006, p. 265.

¹⁴⁴² Les médecins sont entraînés au diagnostic de ces mutilations à cette fin (*cf.* C. REY-SALMON, P. VAZQUEZ, L. D. DO QUANG, Les mutilations sexuelles féminines, *in* Revue Archives de Pédiatrie, volume 12, n° 3, éd. Elsevier, Paris, mars 2005, p. 347-350).

¹⁴⁴³ Environ 20 procès mettant en cause notamment des exciseuses et des parents de fillettes mutilées (lire D. HASSOUX, Le procès de l'excision, La Croix, Journal en ligne, 16 fév. 1999, consulté le 30 juil. 17 sur http://www.la-croix.com/Archives/1999-02-16/LE-PROCES-DE-L-EXCISION-_NP_-1999-02-16-469202 ; B. GROSJEAN, Excision : deux ans ferme pour la mère de Mariatou. L'exciseuse, elle, a été condamnée à huit ans d'emprisonnement, *op. cit.*).

¹⁴⁴⁴ A. LATOURÈS, *Saisir l'État en action en Afrique subsaharienne : action publique et appropriation de la cause des mutilations génitales féminines au Mali et au Kenya*, *op. cit.*, p. 425.

¹⁴⁴⁵ F. ALLAG *et al.*, Mutilations génitales rituelles féminines : La parole aux femmes, *op. cit.*, p. 827-828.

C. L'infibulation

488. - Description. L'infibulation est la plus radicale des mutilations génitales féminines. Elle est dite de type III par l'Organisation mondiale de la santé. Elle se déroule en plusieurs phases : « après l'ablation du clitoris et des petites lèvres, les deux bords de la vulve sont découpés, puis cousus ensemble afin de refermer quasi complètement les organes génitaux externes de la femme »¹⁴⁴⁶. Il n'est laissé qu'un pertuis pour le passage de l'urine et des menstrues de la femme. L'intervention n'est pas réalisée dans des conditions meilleures à celles de l'excision, et il arrive, dans les milieux ruraux, que la suture soit faite par défaut avec des épines d'arbre¹⁴⁴⁷. Quant au but recherché, l'ablation de toutes les parties visibles de l'appareil génital vise à insensibiliser l'organe génital de la femme, comme dans l'excision, mais plus encore, car la couture de l'orifice vaginal est destinée à empêcher des rapports sexuels avant une désinfibulation ou défibulation¹⁴⁴⁸.

489. - Mutilations cycliques. Cette forme d'atteinte à l'intégrité génitale féminine est la plus éprouvante, mais aussi la plus invalidante. D'un côté, le rétrécissement de l'orifice vaginal est tel qu'il est impossible à l'homme, après le mariage, de consommer le mariage sans une intervention de type chirurgical. Cependant, il n'est pas fait recours à un centre de santé. Suivant la coutume, après le mariage de la femme, la désinfibulation partielle est réalisée par le mari, naturellement au moyen d'un rapport sexuel ou à l'aide d'un instrument tranchant, ou encore par une autre personne¹⁴⁴⁹. Le risque d'accolement ou de réinfibulation secondaire étant élevé en attendant la cicatrisation, le mari doit avoir des rapports sexuels fréquents avec la femme pour l'empêcher¹⁴⁵⁰. Parfois, avant même le mariage, la mutilation est si profonde qu'il s'avère nécessaire de faire la désinfibulation afin de libérer le méat urinaire de la femme et lui faire

¹⁴⁴⁶ A. SOW SIDIBE, Les mutilations génitales au Sénégal, in Dossier « L'excision », *op. cit.*, p. 55 ; v. aussi la définition fournie par en France par l'Observatoire national des violences faites aux femmes, Mutilations sexuelles féminines : données et bonnes pratiques, Lettre n° 9, fév. 2016.

¹⁴⁴⁷ O. S. WEMBONYAMA et M. BUKWE BUBI, Considérations médicales des mutilations génitales féminines : l'excision, in Dossier « L'excision », *op. cit.* ; aussi M.-J. BOURDIN, Face à l'excision, Paroles de prévention et demandes de réparation, *Revue L'autre : Cliniques, cultures et sociétés*, vol. 10, n° 1, p. 99.

¹⁴⁴⁸ V. *infra*.

¹⁴⁴⁹ La désinfibulation consiste à sectionner la cloison formée par l'accolement des grandes lèvres sur la ligne médiane de l'appareil génital de la femme (cf. Organisation mondiale de la santé, Mutilations sexuelles féminines, *op. cit.* ; lire aussi R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, *op. cit.*, p. 472).

¹⁴⁵⁰ R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, *op. cit.*, p. 304.

retrouver une miction urinaire normale¹⁴⁵¹. Compte tenu des caractéristiques de cette mutilation de type III, la femme doit subir une désinfibulation totale avant chaque accouchement¹⁴⁵².

490. - Mutilations fréquentes. L'opération est renouvelée après chaque accouchement. Ainsi, outre l'infibulation initiale, le nombre de désinfibulation/réinfibulation que subit la femme au cours de sa vie est fonction du nombre de ses maternités, étant précisé qu'elle n'a pas non plus le pouvoir de contrôler ce nombre¹⁴⁵³. Des auteurs notent que « peu après avoir donné naissance, les femmes mariées avaient tendance à se faire réinfibuler. Depuis fort longtemps, une femme non infibulée n'est pas considérée comme pleinement et parfaitement "féminine" dans les milieux où cette pratique est courante »¹⁴⁵⁴. En d'autres situations, telles que lorsque la femme est séparée du mari, soit par éloignement de ce dernier, soit par décès, la femme est de nouveau réinfibulée¹⁴⁵⁵. La somme de douleurs infligées à la victime est saisissante, étant donné que toutes ces interventions sont faites hors du cadre médical, donc sans anesthésie pour soulager la victime.

Tout bien pesé, dans la convention sociale qui sous-tend la pratique de l'infibulation et des autres formes de mutilations du reste, il n'est pas accordé de considération à la souffrance qu'elles induisent pour la femme durant son existence. Le droit positif ne peut s'accommoder d'actes aussi expressifs de violences, et autant dommageables, sous le couvert de dispositions imprécises à dessein, au nom de la tradition.

Section 2 : La portée des nouvelles atteintes à l'intégrité physique sur les droits fondamentaux

491. - Forte prévalence des mutilations sexuelles féminines. Les études montrent que les pratiques de mutilations génitales de la femme sont très présentes au Mali¹⁴⁵⁶. Bourahima

¹⁴⁵¹ Cf. Commission nationale consultative des droits de l'homme (France), Avis sur les mutilations sexuelles féminines, Journal Officiel du 11 déc. 2013 – n° 287, n° 11.

¹⁴⁵² V. R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie, op. cit.*, p. 55.

¹⁴⁵³ V. *infra*, n° 624 sq.

¹⁴⁵⁴ Cf. R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie, op. cit.*, *passim*.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 55.

¹⁴⁵⁶ En 2006, le taux estimé chez les femmes de 15-49 ans, à partir de l'Enquête démographique et de santé, était de 85,2% au Mali, de 72,5% au Burkina Faso et de 12,9% au Bénin (cf. OMS, Prévalence des mutilations sexuelles féminines, consulté le 30 juil. 17 sur <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/prevalence/fr/>) ; en 2013, pour la même tranche d'âge, il était de 89% au Mali, de 76% au Burkina Faso et de 13% au Bénin (cf. UNICEF, Mutilations génitales

Bakayoko expose que « Dans le monde malinké, cette pratique se présente comme une coutume, un usage qui est une forme de cristallisation de la conscience historique et de l'identité collective »¹⁴⁵⁷. Par suite, il est possible d'imaginer la complexité du problème. Même s'il est vrai que le sujet reste frappé d'anathème (rendant son évocation publique délicate), les pouvoirs publics, et encore moins le législateur, peuvent encore difficilement se retrancher derrière des paravents idéologiques ou religieux, en prétendant ignorer les conséquences du phénomène, car les atteintes qu'elles constituent sont désormais l'objet de plusieurs études probantes. L'ambivalence de la loi ayant institué le Code malien des personnes et de la famille n'est pas admissible. En effet, ce texte qui était donné pour promouvoir les droits de la femme ne saurait contenir des dispositions rendant licites des atteintes à son intégrité physique, hormis la nécessité médicale. De plus, les pratiques religieuses ou coutumières favorisées affectent, non seulement la santé de la femme, mais, également, reconsidèrent ses droits fondamentaux (§1).

492. - Impossible opposition des victimes. Les femmes potentiellement victimes peuvent rarement se rebeller contre la tradition parce que la pression sociale est grande. De fait, les intéressées redoutent de se faire exclure par leur communauté en cas de refus, une sanction qui apparaît grave dans la mesure où, dans les États africains, l'aide communautaire est indispensable à la subsistance des personnes. De fait, il n'y existe pas un système d'aide sociale étatique comme dans les pays développés¹⁴⁵⁸. Les victimes désignées sont par conséquent dans l'incapacité de résister, par leurs propres moyens, à des mutilations génitales dont le caractère préjudiciable est indéniable. Il appartient donc à la loi de prendre les mesures nécessaires pour changer les attitudes néfastes (§ 2).

§ 1 : L'atteinte aux droits fondamentaux de la personne

§ 2 : La nécessité d'une répression légale des mutilations génitales féminines

§ 1 : L'atteinte aux droits fondamentaux de la personne

493. - Revendication de la spécificité culturelle. Dans les communautés où les mutilations sexuelles féminines sont en usage, celles-ci répondent à l'objectif global de conditionner la

féminines/excision : aperçu statistique et étude de la dynamique des changements, *op. cit.*, p. 3). V. aussi Office français de protections de réfugiés et apatrides, Les mutilations génitales féminines au Mali, Rapport de mission, *op. cit.*

¹⁴⁵⁷ B. BAKAYOKO, L'excision chez les *malinkés* : fondements historiques et pistes de déconstruction, in « Bioéthique et excision en Afrique », M. KOUASSI, J. BINDEDOU, T. KARAMOKO (dir.), éd. Connaissances et Savoirs, Paris, 19 févr. 2016, p. 14.

¹⁴⁵⁸ R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, *op. cit.*, p. 151.

femme, pour la disposer à mieux servir sa communauté¹⁴⁵⁹. L'inégalité des genres est profondément ancrée dans les structures sociales, économiques et politiques. À ce titre, la société africaine porte un regard sévère sur la sexualité féminine. Surtout, la femme n'a pas un choix véridique devant ces usages, car elle y est préparée dès la petite enfance et, à la limite, elle les perçoit comme une épreuve inhérente à son sexe.

La convention sociale, en refusant à la femme la liberté de disposer de son corps, campe « une inégalité de genre aux racines profondes, qui assigne à la femme une position inférieure dans la société »¹⁴⁶⁰. Le phénomène des mutilations génitales féminines révèle que l'homme et la femme ne sont pas égaux en matière de sexualité (A). Au-delà du préjudice sexuel, la femme subit également des répercussions sur sa santé (B).

A. Mutilations sexuelles féminines, expression de l'inégalité des genres

B. Répercussions des mutilations sexuelles sur la santé de la femme

A. Mutilations sexuelles féminines, expression de l'inégalité des genres

494. - Dévalorisation de la personne humaine. Le but d'inféodation de la femme à travers les mutilations sexuelles n'est pas reconnu en tant que tel par les partisans de leur maintien¹⁴⁶¹. Plus encore, la dynamique sociale qui permet leur perpétuation révèle un paradoxe. En effet, c'est à la femme, qui en est la victime désignée, que la tradition confie le rôle d'assurer la continuation des pratiques pour les générations futures, à commencer par ses propres enfants. Suivant l'entendement commun, la femme qui refuse de faire mutiler ses filles, sur le motif des conséquences qui en ont résulté pour elle-même, porte la responsabilité de leur célibat ou de leur échec conjugal¹⁴⁶². Ces éventualités paraissent dramatiques, dans un contexte où le Code moral n'admet pas que la femme pubère reste sans se marier. Ainsi, « Les mères organisent le rite car elles considèrent que cela fait partie de leur devoir d'éduquer convenablement leur fille et de la préparer à l'âge adulte et au mariage »¹⁴⁶³.

¹⁴⁵⁹ V. *infra*, n° 616 sq.

¹⁴⁶⁰ Cf. UNICEF, *Changer une convention sociale néfaste : la pratique de l'excision/mutilation génitale féminine*, *op. cit.*, p. 9-10.

¹⁴⁶¹ M. KOUASSI, J. BINDEDOU, T. KARAMOKO (dir.), « Bioéthique et excision en Afrique », *op. cit.*, 342 p.

¹⁴⁶² Alors même que d'autres facteurs en seraient la cause réelle.

¹⁴⁶³ V. UNICEF, *Changer une convention sociale néfaste : la pratique de l'excision/mutilation génitale féminine*, *op. cit.*, p. 19.

Au demeurant, cette dynamique est surtout remarquée dans les sociétés patriarcales¹⁴⁶⁴. Tout compte fait, la communauté exerce le contrôle de la sexualité féminine, un contrôle qui s'applique à la fillette (1) autant qu'à la femme mariée (2).

1) Le contrôle de la sexualité féminine en vue du mariage

495. - Préservation de la virginité féminine. Dans la conception africaine de la vie en société, la femme, autant que l'homme d'ailleurs, est prédestinée au mariage. Mais si cela est vrai pour les deux sexes, les implications ne sont pas du même ordre pour chacun. Jusqu'ici, la virginité de l'épouse reste un motif de fierté, tant pour sa famille d'origine que pour sa famille d'accueil. Subséquemment, tout est mis en œuvre pour préserver cette virginité. C'est à ce niveau qu'intervient l'excision et les pratiques avoisinantes¹⁴⁶⁵. Le plus souvent, la jeune fille y est soumise dès la petite enfance, autour de 5 ans ou de préférence avant qu'elle n'atteigne l'âge de la puberté, dans la mesure où l'objectif est d'intervenir avant ses premiers rapports sexuels¹⁴⁶⁶. Cependant, aujourd'hui, ces pratiques sont identifiées comme des actes de mutilation génitale féminine, si bien qu'elles ne peuvent pas être acceptées en droit. Par ailleurs, juridiquement, la virginité d'un époux n'est pas un élément de validité du mariage¹⁴⁶⁷.

496. - Corrélation entre virginité de la femme et montant de la dot. À l'heure actuelle, l'évolution de mœurs en Afrique ne permet plus de soutenir objectivement que la virginité de la femme est une qualité indispensable pour la validité d'une union matrimoniale, même du point de vue de la coutume. Elle apparaît comme un élément à mettre au compte de la vertu de la femme mariée qui, avant l'interdiction ou la minoration de la dot dans la plupart des droits africains, contribuait à en augmenter le montant¹⁴⁶⁸. Étant donné que la préservation de la virginité, considérée en d'autres temps comme un idéal féminin au mariage dans les milieux africains, ne correspond plus aux réalités d'aujourd'hui, il convient donc de s'interroger sur les motivations réelles de la permanence des mutilations génitales féminines. Au reste, il est

¹⁴⁶⁴ M. TOURE THIAM et F. LAMESSE, L'excision, une forme de perpétuation de l'idéologie patriarcale ? in « Bioéthique et excision en Afrique », *op. cit.*, p. 31-47.

¹⁴⁶⁵ R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁴⁶⁶ V. *infra*, n° 619.

¹⁴⁶⁷ V. en France, procès en annulation de mariage pour défaut de virginité de la mariée (TGI Lille, 1^{er} avr. 2008, D. 2008. 1389, note X. LABBÉE ; D. 2008. 1788, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; RTD civ. 2008. 455, obs. J. HAUSER).

¹⁴⁶⁸ Cf. F. SARR, De la survivance d'un mode de pensée archaïque au contrôle de la sexualité féminine : la question de l'excision, in Dossier « L'excision », *op. cit.*, p. 84 ; R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, *op. cit.*, p. 293.

souligné que la monétarisation exacerbée du processus traditionnel de conclusion du mariage est un paramètre compromettant la virginité de la femme, dans l'attente du mariage, en raison des faveurs que l'homme peut exiger de ce fait¹⁴⁶⁹. Pour le reste, selon les opinions émises, les mutilations génitales féminines dérivent de la volonté des communautés de contrôler la sexualité de la jeune fille en vue de son mariage¹⁴⁷⁰. Au fond, il lui est refusé une liberté reconnue sans débats au jeune homme. En effet, il n'est pas dans la tradition des sociétés pratiquant les mutilations féminines de se préoccuper des premiers rapports sexuels du garçon, et surtout de prendre des mesures pour s'assurer qu'ils n'aient pas lieu avant le mariage de l'individu.

497. - Légitimation populaire. Que la femme soit seule concernée par cette préoccupation dont l'arbitraire est des plus apparents est une preuve supplémentaire de la différence de traitement des genres féminin et masculin. Devant la force des idées reçues, il ne se trouve pas beaucoup de dirigeants politiques ou coutumiers pour interroger le bien fondé des mutilations génitales féminines¹⁴⁷¹. En effet, il semble entendu une fois pour toutes que l'incorporation de ces atteintes corporelles, sans nécessité médicale et sans l'accord de la personne intéressée, dans bon nombre de traditions suffit à les rendre légitimes. Plus encore, selon les représentations populaires, les pratiques perpétuées en vertu de la coutume ne devraient pas recevoir la qualification à connotation négative de « mutilation », car elles participeraient de l'expression de la culture.

498. - Hiérarchisation des genres dans la fonction sexuelle. Il est connu que la coutume n'est pas statique, mais qu'elle varie en fonction des lieux et des époques. Cependant, la tradition semble figée en ce qui concerne les mutilations sexuelles féminines. Pendant longtemps, l'on a cru que les pratiques mutilantes étaient perpétuées sans remise en cause sociétale, pas parce qu'elles étaient moins néfastes à la santé des femmes que par le passé, mais à cause de l'ignorance que les populations avaient de la multiplicité et de la gravité de leurs conséquences. Aujourd'hui, les données abondent pour amener la prise de conscience à cet égard, et, malgré tout, les résistances ne faiblissent pas. Il faut pourtant se rendre à l'évidence que la préservation

¹⁴⁶⁹ Cf. Association sénégalaise de gynécologie et d'obstétrique, Conclusions du III^e Congrès de « Santé de la reproduction et économie de la santé : Mutilations génitales féminines », in Dossier « L'excision », *op. cit.*, p. 133.

¹⁴⁷⁰ V. *supra*, n° 618 sq.

¹⁴⁷¹ A. SOW SIDIBÉ, Les mutilations génitales féminines au Sénégal, in Dossier « L'excision », *op. cit.*, 62.

de la santé sexuelle de la femme importe plus que le fait de maintenir la sexualité féminine dans un carcan, en signe d'infériorité du sexe féminin.

La liberté sexuelle serait-elle seulement un privilège masculin ? Le tabou qui entoure le sujet de la sexualité en Afrique ne permet pas souvent d'aborder cette question de front¹⁴⁷². Pour autant, de par la liberté et l'égalité de tous en droits et en devoirs¹⁴⁷³, la conception de la liberté sexuelle devrait être partout la même pour les sexes. L'impératif de domination patriarcale doit céder le pas devant l'égalité des genres. Il n'est pas de logique défendable permettant de refuser à la jeune fille la liberté de disposer de son corps, comme le jeune homme, y compris d'avoir des relations sexuelles en dehors du mariage si telle est sa volonté. D'ailleurs, il faut se rappeler qu'en vertu de la liberté matrimoniale qui lui est reconnue par le droit contemporain, elle n'est pas obligée de se marier¹⁴⁷⁴. Pour cela, il est nécessaire que les sociétés cessent d'entraver la liberté sexuelle de la femme en recourant à des mutilations génitales.

499. - Norme sociale perpétuée par les parents. Il semble que les mutilations sexuelles féminines sont autant répandues parce que, dans la mentalité africaine, l'enfant appartient à ses parents, qui décident pour lui et peuvent disposer de lui comme ils l'entendent, s'ils estiment agir pour son bien¹⁴⁷⁵. Dès lors, l'enfant n'a pas à manifester une volonté contraire à celle de ses géniteurs ou même des autres membres de la famille à qui la coutume donne autorité sur lui. De ce fait, les parents peuvent décider de soumettre l'enfant à un acte de mutilation génitale sans avoir conscience d'outrepasser leurs prérogatives, parce qu'ils trouvent leur alibi dans la coutume. Mais cette conception rentre en conflit avec le droit moderne¹⁴⁷⁶. Il n'est plus possible à un parent, quel qu'il soit, de se penser en droit de porter atteinte à l'intégrité physique de l'enfant, sous le prétexte de se conformer à la religion ou à la coutume.

¹⁴⁷² Un auteur mentionne que « nombreuses sont encore les cultures pour lesquelles l'absence de désir et de plaisir chez la femme est la norme, sinon une précieuse vertu. Les mutilations génitales pratiquées, à ce jour, à très grande échelle (98% en Somalie, 97% en Égypte) pour les provoquer en sont la plus cruelle illustration » (S. DOUKI DADIAU, Les dysfonctions sexuelles féminines : mythes, réalités et perspectives, Revue L'Encéphale, vol. 36, n° 5, éd. Elsevier, Paris, oct. 2010, p. 357-358).

¹⁴⁷³ Cf. art. 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

¹⁴⁷⁴ V. *supra*, n° 47.

¹⁴⁷⁵ Sur le passage de la notion d'« enfant objet » à celle d'« enfant sujet », lire UNICEF, Les droits de l'enfant – Parlement des enfants, 2009, p. 4, consulté le 9 sept. 2017 sur <https://www.unicef.fr/sites/default/files/userfiles/livretParlementUNICEF100107v2.pdf>.

¹⁴⁷⁶ Cf. art. 25 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et art. 2-3 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant ; T. ATANGANA-MALONGUE, Mutilations sexuelles et droit à l'intégrité physique de l'enfant en Afrique : l'exemple du Cameroun, *op. cit.*

En considération de tout ceci, et pour lever toute ambiguïté, la loi malienne devrait se déterminer clairement par rapport à ce qu'elle entend par les "actes d'ordre religieux ou coutumier non néfastes à la santé", qui ne seraient donc pas interdits¹⁴⁷⁷. Dans le cas contraire, elle se fait l'écho de la tradition des mutilations génitales féminines déjà bien enracinée. La surveillance de la sexualité ne se limite pas à la jeune fille, mais concerne également la femme mariée.

2) Le contrôle de la sexualité féminine à partir du mariage

500. - Finalité matrimoniale. Un examen attentif révèle que l'objectif ultime des mutilations génitales féminines est d'exclure, dans le mariage, toute possibilité de confusion de part dans la fonction reproductive de la femme. Au demeurant, la vision qui appréhende la sexualité de la femme dans la projection du mariage seul est étroite. Pour cause, elle pourrait ne pas se marier. Le cas échéant, les atteintes physiques infligées dans la seule vision de l'union conjugale seraient vaines.

501. - Contrôle de la fidélité de la femme mariée et de la légitimité de la descendance. Les mutilations génitales féminines visent aussi la régulation de la sexualité de la femme à partir de l'union matrimoniale. Si pour la jeune fille, l'objectif est de garantir la chasteté avant le mariage, pour la femme mariée, l'objectif se situe à deux niveaux. Premièrement, selon les représentations communes, la mutilation génitale permet d'obtenir la fidélité de la femme à son époux. Parce qu'elle diminue sa sensibilité sexuelle ou la fait disparaître¹⁴⁷⁸, elle la préserverait de ses pulsions sexuelles, mais également, dans le cas de l'infibulation, la douleur inhérente aux rapports sexuels la garderait d'entretenir des relations sexuelles avec tout autre que le mari¹⁴⁷⁹. Deuxièmement, en s'assurant de la fidélité de la femme à son mari, il est par la même occasion levé toute équivoque sur la détermination de la paternité des enfants qu'elle met au monde. Anciennement, cet aspect revêtait une importance notable dans les communautés où prévalait un système de classes sociales. Les classes supérieures tenaient à s'assurer, par le moyen de l'infibulation notamment, que les enfants nés de la femme, appelés à hériter de la fortune ou des privilèges familiaux étaient la descendance du mari présumé. Puis, peu à peu, les classes moyennes se sont approprié le procédé, ce qui a conduit à généraliser la pratique des mutilations génitales. Aujourd'hui, ce type de stratification de la société ne vaut plus, mais les

¹⁴⁷⁷ Cf. art. 5 al. 3 du CPF du Mali.

¹⁴⁷⁸ V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, op. cit., p. 22.

¹⁴⁷⁹ V. *supra*, n° 483.

mutilations génitales demeurent. En outre, il existe maintenant des moyens scientifiques pour lever le doute sur la paternité d'un enfant¹⁴⁸⁰. De ce fait, la continuation des mutilations génitales féminines paraît ne plus répondre qu'à l'objectif d'aliéner la femme au rôle que la société lui attribue.

Au demeurant, l'excision ou l'infibulation, pour se baser sur les formes de mutilations présentant le plus de gravité, ne sont pas gage de virginité ou de fidélité, ainsi que des auteurs le font remarquer¹⁴⁸¹. Pour le reste, la virginité n'est pas une condition essentielle du mariage¹⁴⁸². Il convient de rompre avec ces pratiques au potentiel nuisible élevé. Le changement dans les perceptions et dans les attitudes s'impose d'autant plus que les mutilations sexuelles féminines ont des retombées étalées dans le temps.

B. Répercussions des mutilations sexuelles sur la santé de la femme

502. - Remise en cause du droit à la santé sexuelle. Les recherches menées sur le thème des mutilations de l'organe génital féminin révèlent qu'elles entraînent de nombreuses conséquences sur les plans biologique et psychologique¹⁴⁸³. Les conséquences existent indifféremment du mode selon lequel celles-ci ont perpétrées, à savoir la voie traditionnelle ou la voie dite moderne ou médicalisée. En réalité, s'il n'est pas contesté que la médicalisation de ces pratiques permet d'en limiter les dangers, il reste que cette mutation dans le procédé fournit avant tout une excuse à ceux qui y soumettent leurs filles et leurs femmes. En effet, elle n'influe pas significativement sur les effets immédiats (1) ou lointains (2) de la mutilation.

1) Conséquences immédiates des mutilations sexuelles

503. - Souffrance physique et morale. Parmi les conséquences immédiates des mutilations sexuelles féminines, il faut mentionner en premier lieu l'atteinte à l'intégrité physique de la femme. À elle seule, elle constitue la violation d'un droit fondamental de la personne humaine. Le droit pénal des États de l'Afrique francophone prévoit le délit de coups et blessures volontaires¹⁴⁸⁴. En outre, l'atteinte que constitue la mutilation sexuelle féminine, pour s'en référer à la manière dont elle est majoritairement réalisée dans l'Afrique subsaharienne, pour

¹⁴⁸⁰ V. *supra*, n° 411 sq.

¹⁴⁸¹ R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, *op. cit.*, p. 292.

¹⁴⁸² V. *supra*, n° 495.

¹⁴⁸³ O. S. WEMBONYAMA et Marianne BUKWE BUBI, *Considérations médicales des mutilations génitales féminines*, in Dossier « L'excision », *op. cit.*, p. 31-41.

¹⁴⁸⁴ Cf. art. 329-330 du Code pénal du Burkina Faso et art. 207-208 du Code pénal du Mali.

rappel sans anesthésie ni précaution sanitaire adéquate, ne va pas sans de grandes douleurs chez la victime¹⁴⁸⁵. Ces opérations ont aussi un retentissement psychologique important, qui demeure cependant difficile à mesurer. Les populations qui les pratiquent se désintéressent de toutes ces implications.

504. - Complications sanitaires. Les blessures infligées sont cause de traumatismes post-opératoires, pouvant entraîner des problèmes de rétention d'urine¹⁴⁸⁶. À cela s'ajoute la difficulté parfois signalée de l'évacuation du sang menstruel, particulièrement dans le cas de l'infibulation, qui peut être à l'origine d'une formation de caillots, source de complications gynécologiques¹⁴⁸⁷. Par ailleurs, la victime peut souffrir d'anémies sévères suite aux saignements provoqués par l'opération et non contenus de manière idoine. Par ailleurs, le manque de précision chez les praticiens d'actes de mutilation entraîne parfois le délabrement des organes adjacents de l'appareil génital de la femme¹⁴⁸⁸ ou bien est la cause d'hémorragies morbides. En prime, le défaut d'asepsie qui caractérise ces interventions favorise la transmission de maladies virales¹⁴⁸⁹ et d'infections pouvant engager le pronostic vital¹⁴⁹⁰. De fait, certains cas de mutilations entraînent la mort de la victime. Il faut ces cas pour que les auteurs soient punis, mais pour cela, les autorités publiques doivent avoir eu connaissance de la tournure dramatique de l'opération. En effet, lorsque la victime trouve la mort, il n'est plus possible, même dans le contexte d'une loi permissive comme celle du Mali, de faire preuve de complaisance envers les coupables.

À partir du moment où le contingent de maux attachés aux mutilations sexuelles est connu, il doit être fait un effort de dépassement des us et coutumes, afin de s'interroger sur l'utilité de ces actes. Pour l'heure, il n'est pas encore constaté un vrai recul de ces pratiques dont les effets

¹⁴⁸⁵ Le *pretium doloris* compte parmi les dommages corporels indemnisables (v. Ph. BRUN, Synthèse - Dommage à la personne, 6 Juillet 2017, JCI. Responsabilité civile et Assurance, consulté le 9 octobre 2017 sur LexisNexis ; Y. LAMBERT-FAIVRE, Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels, Dalloz, 1992, p. 165).

¹⁴⁸⁶ Cf. M. MSEDDE, S. BOUASSIDA, H. TURKI, La mutilation génitale féminine. De la tradition aux complications, *op. cit.*, p. 264.

¹⁴⁸⁷ Telles que des menstruations douloureuses, des kystes, etc. (M. MSEDDE, S. BOUASSIDA, H. TURKI, La mutilation génitale féminine. De la tradition aux complications, *op. cit.*, p. 264.).

¹⁴⁸⁸ Notamment le rectum et l'urètre (cf. C. REY-SALMON, P. VAZQUEZ, L. D. DO QUANG, Les mutilations sexuelles féminines, *op. cit.*, p. 349).

¹⁴⁸⁹ Comme le VIH ou l'hépatite B (cf. V. CARTON et H.-J. PHILIPPE, Conséquences médicales, psychologiques et sexuelles des mutilations sexuelles féminines, *op. cit.*, p. 820).

¹⁴⁹⁰ Les plus récurrents sont la septicémie, le tétanos et la gangrène (cf. C. REY-SALMON, P. VAZQUEZ, L. D. DO QUANG, Les mutilations sexuelles féminines, *op. cit.*, p. 349).

dévastateurs sont nombreux. Effectivement, à côté de l'opération à vif que subit la victime et de ses suites directes, il est relevé d'autres conséquences dont certaines sont définitives.

2) Conséquences tardives des mutilations sexuelles

505. - Conséquences à moyen et à long terme sur le plan médical. Il convient de mentionner en premier lieu les cicatrices douloureuses des atteintes à l'appareil génital de la femme. En effet, comme il a déjà été relevé, celles-ci sont souvent l'œuvre de tradipraticiennes, des personnes sans formation médicale et encore moins chirurgicale¹⁴⁹¹. Leur méconnaissance de l'anatomie les amène à mutiler excessivement les organes génitaux de la femme. L'opération est généralement irréversible, et elle laisse des séquelles à vie à la victime. Cependant, en certains milieux, il est allégué que l'ablation de l'organe sexuel féminin, surtout l'infibulation, poursuivrait entre autres le but d'exhausser la beauté féminine¹⁴⁹². Ce point de vue pourrait être admis au nom de la diversité culturelle, s'il était possible de faire abstraction des violations des droits individuels que ces actes perpétuent. Au reste, même si les partisans des mutilations sexuelles critiquent un mimétisme de l'Occident dans la perception négative des atteintes à l'intégrité sexuelle qui se fait jour actuellement, il faut remarquer que ce n'est plus au niveau de l'identité culturelle que le problème se pose, mais bien au plan sanitaire et des droits de la personne humaine.

En outre, il faut noter les complications consécutives à l'opération comme les infections urinaires et génitales à répétition qui nécessitent des soins pour lesquels la femme ou sa famille n'a, en général, pas les ressources. Dans le cas spécifique de l'infibulation, en cas de mariage de la femme, le respect du devoir conjugal peut s'avérer impossible pour elle, suivant l'étendue de la mutilation subie. En effet, les études médicales mentionnent « le vaginisme (à l'origine de la non-consommation du mariage) ou la dyspareunie (qui fait obstacle aux rapports sexuels) »¹⁴⁹³. Pourtant, la femme mariée y est obligée, aussi bien du point de vue juridique que du point de vue social. De ce fait, la mutilation sexuelle peut agir à contresens de l'objectif visé par ses auteurs et constituer la source de mésententes dans le foyer, pouvant se solder par la séparation du couple. Enfin, il est noté le risque élevé d'infertilité ou de stérilité lié aux infections génitales fréquentes.

¹⁴⁹¹ V. *supra*, n° 484.

¹⁴⁹² R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, *op. cit.*, p. 295 sq.

¹⁴⁹³ Cf. S. DOUKI DADIAU, *Les dysfonctions sexuelles féminines : mythes, réalités et perspectives*, *op. cit.*

506. - Conséquence à moyen et long terme sur le plan obstétrical. À ce niveau, les mutilations génitales féminines constituent une atteinte au droit à la santé maternelle¹⁴⁹⁴. Les dangers existent pendant la grossesse et surtout au moment de l'accouchement. Cela explique en grande partie le taux élevé de mortalité maternelle et infantile en Afrique¹⁴⁹⁵. Plus particulièrement, face à une infibulation, la désinfibulation est obligatoire avant l'accouchement, et il importe qu'elle intervienne au moment adéquat pour ne pas risquer la vie de la mère ou de l'enfant. Les accouchements difficiles engendrent à leur tour des fistules vésico-vaginales ou recto-vaginales qui provoquent une incontinence chez la femme¹⁴⁹⁶. Dans ces situations, la victime est de plus stigmatisée par la société, y compris le mari.

507. - Préjudice esthétique. À la faveur du brassage entre les cultures africaine et européenne, les femmes africaines mutilées commencent à prendre conscience de leur différence physique. Elles se sentent par suite diminuées. Des écrits signalent que la prise de conscience par les femmes des séquelles qu'elles gardent à vie, pour des raisons culturelles, provoquent chez elles un repli comportemental qui peut les empêcher de réaliser leur potentiel humain¹⁴⁹⁷. La déformation sexuelle subie s'accompagne aussi d'un préjudice sexuel certain. Il est noté à ce propos que « L'excision entraîne [...] des troubles sexuels chez la victime (douleurs lors des relations sexuelles notamment). Mais les conséquences exactes sur la vie sexuelle sont souvent difficiles à cerner »¹⁴⁹⁸. De plus, ces femmes ont rarement accès aux chirurgies reconstructrices de l'organe génital féminin, encore que tous les cas ne peuvent pas être réparés. Il peut en résulter un sentiment de honte, qui pousse les victimes à garder le silence sur leur ressenti réel ou à adopter une position de déni sur les méfaits supposés de ces pratiques¹⁴⁹⁹.

Finalement, les conséquences des mutilations sexuelles féminines sont notées aussi bien pour la victime que pour la société (lorsqu'elles desservent les fins de mariage et de procréation qui les

¹⁴⁹⁴ V. P. NDIAYE *et al.*, Mutilation génitale féminine et complications de l'accouchement dans la province de Gourma (Burkina Faso), *in* Revue Santé Publique, vol. 22, 2010/5, p. 563-570.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.* La mère et l'enfant sont aussi exposés l'un que l'autre. Donc, ces aspects s'ajoutent au déficit de structures sanitaires spécialisés pour la prise en charge des femmes enceintes ayant subi une mutilation génitale.

¹⁴⁹⁶ Cf. A. SOW-SIDIBÉ, Les mutilations génitales féminines au Sénégal, *in* Dossier « L'excision », *op. cit.*, p. 59.

¹⁴⁹⁷ O. S. WEMBONYAMA et M. BUKWE BUBI, Considérations médicales des mutilations génitales féminines : l'excision, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁹⁸ M. ILBOUDO, L'excision, une violence sexiste sur fond culturel, *op. cit.*, p. 433.

¹⁴⁹⁹ R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, L'infibulation en milieu Somali et en Nubie, *op. cit.*, p. 70 ; M. ILBOUDO, L'excision, une violence sexiste sur fond culturel, *op. cit.*, p. 433.

fondent). Il en ressort qu'il doit être porté un regard nouveau sur la question, dénué des préjugés religieux ou socioculturels. Si cela ne peut se faire par l'évolution spontanée des mentalités, la loi doit y aider.

§ 2 : La nécessité d'une répression légale des mutilations génitales féminines

508. - Repli identitaire. Malgré l'intensification de la lutte internationale contre les mutilations sexuelles féminines, ces pratiques tardent à être enrayerées en Afrique en général, et dans les États du Bénin, du Burkina Faso et du Mali en particulier¹⁵⁰⁰. D'abord, en dépit de la pertinence des arguments évoqués, ceux qui en sont partisans œuvrent à les perpétuer au nom de la religion ou de la tradition. Ces personnes ne semblent même pas réaliser qu'elles pourraient être poursuivies en justice, soit sous le chef de mutilations génitales féminines lorsque l'État dont elles sont citoyennes a légiféré sur la question, soit sous d'autres chefs d'infractions, en l'absence d'incrimination spécifique. Ensuite, par l'effet pervers de la réaction africaine à l'ethnocentrisme occidental¹⁵⁰¹, les nouvelles générations s'approprient les opinions propagandistes sur les mutilations sexuelles féminines. Ce phénomène est aussi inattendu qu'il semble imparable.

509. - Problématique de la répression des mutilations génitales féminines. Il est remarqué que la dissuasion ne remplit pas son office. Il reste donc le moyen de la répression pour opérer une mutation sociologique profonde. En effet, la protection pénale ne peut pas être subsidiaire en cette matière. Et il est important d'y arriver car le changement tarde à se faire par lui-même. Le Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes, à son article 5-b, enjoint aux États-parties d'« interdire par des mesures législatives assorties de sanctions, toutes formes de mutilation génitale féminine[...] et la paramédicalisation des mutilations génitales féminines ». Au Mali, la rédaction du Code des personnes et de la famille "sous la houlette" des factions musulmanes et coutumières a permis

¹⁵⁰⁰ V. Fonds des Nations-Unies pour la femme, *Pratique transfrontalière de l'excision : état des lieux et évaluation des actions dans les zones frontalières du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Ghana, du Mali et du Niger*, *op. cit.*, 53 p. Les sociétés qui restent attachées aux mutilations génitales féminines dénoncent l'« hégémonie des "bons sentiments" occidentaux » (cf. A. LATOURÈS, *Saisir l'État en action en Afrique subsaharienne : action publique et appropriation de la cause des mutilations génitales féminines au Mali et au Kenya*, *op. cit.*, p. 425).

¹⁵⁰¹ Lire G. BALLANDIER, *Civilisés, dit-on*, *op. cit.*, p. 263 sq.

la récupération de la loi à des fins critiquables. Il y est relevé le rejet, à la base, de l'idée même de la pénalisation des mutilations génitales féminines (A), contrairement au Bénin et au Burkina Faso, où des lois répressives ont pu être adoptées (B).

A. Résistance à l'adoption d'une loi répressive des mutilations génitales féminines au Mali

B. Répression des mutilations sexuelles féminines au Bénin et au Burkina Faso

A. Résistance à l'adoption d'une loi répressive des mutilations génitales féminines au Mali

510. - Forte opposition. Dans la sous-région de l'Afrique de l'ouest, le Mali s'illustre comme un État où la résistance à l'adoption de texte incriminant les mutilations génitales féminines est très forte¹⁵⁰². Il existe un risque sérieux de reproduction des conceptions actuelles par les générations futures (1), s'il n'est pas pris de mesures au plan juridique pour résoudre le problème (2).

1) Risque de pérennisation des mutilations sexuelles féminines

511. - Absence de répression pénale et ambivalence de la loi civile. Il a été relevé précédemment que le Code des personnes et de la famille du Mali a été adopté dans un contexte socio-politique houleux, qui a finalement détourné le but de la loi nouvelle. Un auteur fait l'observation suivante :

« L'adoption des dispositions législatives sous l'influence ou la pression du Haut Conseil Islamique recèle au moins deux inconvénients. D'abord, elle met le droit de la famille sous le boisseau des normes coraniques. Ainsi, la famille devient un véritable sanctuaire, un domaine de prédilection des règles coraniques. Du coup, le législateur fait primer le fait religieux sur la laïcité, le conservatisme sur le progrès, la religion sur le droit, etc. [...]

Ensuite, adopter des dispositions législatives sous la contrainte du Haut Conseil Islamique se traduit par un constat : l'impossible constitutionnalisation du droit de la famille. Or le législateur, en édictant des normes, doit s'assurer qu'elles ne comportent aucune disposition contraire aux principes et règles de valeur constitutionnelle. »¹⁵⁰³

Ainsi, l'ambiguïté de la loi malienne sur la famille, qui se manifeste notamment par l'article 5, alinéa 3, vient s'ajouter à l'absence d'incrimination spéciale des mutilations génitales féminines.

¹⁵⁰² V. *supra*, n° 457.

¹⁵⁰³ D. TOUNKARA, Le nouveau Code de la famille et des personnes au Mali : la 'victoire à la Pyrrhus' du Haut Conseil Islamique et de son président, l' 'Ayatollah' Mahamoud DICKO, *op. cit.*

En face, le phénomène, non seulement plonge ses racines dans le lointain passé¹⁵⁰⁴, mais aussi ne montre pas de signe d'affaiblissement, en raison de la forte couverture musulmane¹⁵⁰⁵. Néanmoins, la pratique se rencontre également chez les populations non-islamisées, quoiqu'en moindre proportion. Au total, l'origine traditionnelle des différentes formes de mutilation génitale féminine semble la plus probable, que ce soit pour amoindrir les fonctions sexuelles de la femme ou par « esthétisme »¹⁵⁰⁶.

512. - Clandestinité prononcée. Avec la mobilisation contre les pratiques de mutilations sexuelles, celles-ci prennent désormais des formes plus clandestines. Il est ainsi observé un abaissement de l'âge des filles au moment des interventions, lesquelles, en outre, sont réalisées dans le secret familial. Par ailleurs, les cérémonies traditionnelles qui les accompagnaient par le passé ne se font plus qu'en milieu rural, et même là, du fait de la montée de la scolarisation des enfants, elles ne peuvent plus avoir lieu que pendant les vacances scolaires. Par-delà ces contingences, il reste dans la croyance populaire que la femme non excisée est impure et de ce fait indigne d'être mariée ; elle serait aussi incapable de maîtriser ses pulsions sexuelles¹⁵⁰⁷. À partir de là, la pratique est encouragée par la société dans son ensemble, principalement dans les milieux où les hommes n'acceptent de se marier ou de rester mariés qu'avec des femmes excisées¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰⁴ De fait, concernant l'excision, les recherches ne parviennent pas à situer exactement ses débuts en Afrique noire, mais, il semble qu'elle ait précédé l'Islam (S. Da SILVA ANOMA, A. G. DIETH, O. OUATTARA, *Excision : données socioculturelles, op. cit.*, p. 818).

¹⁵⁰⁵ De l'avis de certains, les mutilations génitales féminines auraient été renforcées par la religion musulmane, mais cette position ne fait pas l'unanimité. L'origine musulmane est défendue par l'école de jurisprudence islamique sunnite malikite, dont il est relevé qu'elle « a le plus directement et le plus durablement influencé l'Islam ouest-africain et sud-saharien, en particulier », qui se base notamment sur des hadiths figurant dans son recueil *Al Mu'atta*. Selon le premier, il est attribué au Prophète Muhammad les propos suivants : "la circoncision est une pratique obligatoire pour les hommes et une *sunna* pour les femmes" (en vertu de quoi, pour de nombreux jurisconsultes islamiques, l'excision n'est pas obligatoire pour la femme) ; ensuite, l'école malikite se justifie par une recommandation du Prophète à une exciseuse à qui il aurait dit "coupe, mais ne détruis point", un avis qui montrerait qu'il n'était pas opposé à la pratique (ici, si l'on se veut rigoureux, il est difficile de soutenir que ces propos, au cas même où leur véracité serait établie, expriment une approbation plutôt qu'une réprobation mesurée) (cf. S. KANDJI, *L'excision : de la circoncision négro-pharaonique à la clitoridectomie sémito-orientale, op. cit.*, p. 50-51) ; v. aussi R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie, op. cit.*, p. 295 sq.

¹⁵⁰⁶ V. *supra*, n° 505.

¹⁵⁰⁷ V. *supra*, n° 501.

¹⁵⁰⁸ Fonds des Nations-Unies pour la femme, *Pratique transfrontalière de l'excision : état des lieux et évaluation des actions dans les zones frontalières du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Ghana, du Mali et du Niger, Rapport final*, oct. 2008, *op. cit.*, p. 14-15.

513. - Extension nécessaire de la perspective. La construction idéologique qui sous-tend la pratique des mutilations de l'organe sexuel féminin est centrée sur le rôle que la société veut confier à la femme : celle de femme au foyer et de mère¹⁵⁰⁹. L'épreuve ne joue plus la fonction de rite de socialisation dans les sociétés d'Afrique, mais l'opération demeure une garantie de respectabilité pour la femme qui désire se marier. Au reste, même si les mutilations génitales féminines étaient juridiquement tolérables, mais ce n'est pas le cas, il serait tout de même malencontreux que les parents de la femme ou ses proches décident à sa place pour une question aussi lourde de conséquences, juste pour lui permettre de se marier plus tard. Il faut concéder que le mariage n'est pas une obligation et l'enfant appelé à devenir un adulte a le droit de choisir le moment venu. Le choix n'appartient pas aux parents, surtout si cela rend légitime à leurs yeux les atteintes portées à son intégrité physique et morale.

Pour le reste, on peut se demander si la socialisation féminine ne peut se faire sans l'ablation de ses tissus génitaux sains. Sur l'état actuel des mentalités, Natacha Carbonne observe que « les femmes doivent redoubler d'efforts pour devenir femmes. Ce sont elles qui subissent les inscriptions corporelles les plus violentes... »¹⁵¹⁰. Au Mali, le contexte sociétal ne laisse pas de place à une remise en cause personnelle et encore moins collective des pratiques de mutilation sexuelle féminine. Même dans les situations dans lesquelles les victimes n'ont pas survécu aux suites de l'opération, les familles touchées n'en épargnent pas pour autant les autres filles. L'endoctrinement est donc profond. La sensibilisation ayant montré ses limites, l'intervention de la loi est essentielle.

2) Intervention nécessaire du législateur malien

514. - Incontournable incrimination des mutilations sexuelles féminines. La cessation des mutilations sexuelles féminines est devenue, pour tout État africain, autant un enjeu de santé publique qu'un enjeu juridique¹⁵¹¹. Elles sont contraires à l'égalité des sexes avant le mariage, ainsi qu'après. De ce fait, le Mali ne peut pas conserver la position esseulée de refuser toute réglementation en ce domaine. Au reste, par ce fait, elle manque à ses engagements

¹⁵⁰⁹ V. *infra*, n° 616 sq.

¹⁵¹⁰ N. CARBONNE, Les mutilations sexuelles féminines, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵¹¹ L'intervention des pouvoirs publics est d'autant plus attendue qu'il s'organise à présent un trafic d'organes autour de l'excision (cf. A. DICKO, Mali : L'excision, un business lucratif... pour les féticheurs aussi, *Jeune Afrique*, 5 octobre 2017, consulté le 6 octobre sur http://www.jeuneafrique.com/480695/societe/mali-lexcision-un-business-lucratif-pour-les-fetichers-aussi/?utm_source=Facebook&utm_medium=JeuneAfrique&utm_campaign=PostFB_06102017).

internationaux. Les sources juridiques internationales fournissent en réalité un point de départ aux pouvoirs publics leur permettant de pénaliser les mutilations génitales. Hormis cette considération, les atteintes à l'intégrité sexuelle de la femme constituent des violences à part entière, qui comme telles, sont punies par les législations pénales africaines, sous la qualification de droit commun de « coups et blessures » ou de « violences »¹⁵¹². Cependant, les États dans lesquels l'étendue du problème est connue ne mettent pas les sanctions pénales en œuvre avec la même rigueur. Par exemple, au Mali, il est noté une simple lettre circulaire émise par le ministère malien de la Santé pour défendre la médicalisation des mutilations génitales¹⁵¹³. Il est possible de voir à cela que les actions étatiques entreprises pour les faire reculer sont insuffisantes¹⁵¹⁴.

515. - Engagement de la communauté internationale contre les mutilations sexuelles.

L'Organisation des nations unies s'est saisie de la question des mutilations sexuelles féminines depuis plusieurs décennies¹⁵¹⁵. Sa Résolution n°54/133 sur les pratiques traditionnelles ou coutumières affectant la santé des femmes et des filles¹⁵¹⁶ souligne que les pratiques d'amputation des organes sexuels féminins contreviennent aux articles 5 et 12 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, de l'article 24 de la Convention relative aux droits de l'enfant et de l'article 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Également, le 20 décembre 2012, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté la résolution 67/146 sur l'intensification de l'action mondiale visant à éliminer les mutilations génitales féminines¹⁵¹⁷.

516. - Suppression des dispositions favorables aux mutilations sexuelles féminines. Au Mali, avec la nouvelle disposition du Code des personnes et de la famille (*cf.* article 5, alinéa 3,) qui

¹⁵¹² *Cf.* art. 207, al. 3, du Code pénal malien (loi n° 01-079 du 20 août 2001).

¹⁵¹³ Lettre circulaire n°0019/MSPAS-SG du 16 janv. 1999 (*v. supra*, n° 477). Bien que préconisée par les uns pour minimiser les répercussions des amputations sexuelles sur la santé des femmes, cette piste n'est pas juridiquement soutenable (*v. supra*, n° 479, 482 et 509).

¹⁵¹⁴ À ce titre, il est noté la création d'un Programme national de lutte contre l'excision (ordonnance n°02-053/P-RM du 04 juin 2002) ayant pour rôle principal de coordonner toutes les actions de lutte contre l'excision et de développer des stratégies pour accentuer la sensibilisation des populations pour son abandon. Cependant, le texte vise seulement l'excision et non l'ensemble des mutilations génitales féminines. En outre, il peut aussi être mentionné l'adoption de la loi sur la santé de la reproduction qui vise le « traitement des conséquences de l'excision » parmi les catégories des soins et services de santé de la reproduction (loi n° 02-044 du 24 juin 2002, art. 7, 9^e tiret). Ces mesures prise en faveur de la femme devraient être consolidées par une loi répressive des mutilations volontaires des organes génitaux féminins.

¹⁵¹⁵ Une première résolution de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies de 1952.

¹⁵¹⁶ Adoptée le 7 fév. 2000 par l'Assemblée générale des Nations-Unies.

¹⁵¹⁷ Texte consulté le 8 janv. 2017, sur https://www.unicef.org/bfa/french/resolution_ag_mgf.67-146.pdf.

exclut du champ des atteintes au corps humain interdites les actes religieux ou coutumiers non néfastes à la santé, le problème prend une autre ampleur. Ainsi qu'il a été montré, cet article constitue la porte ouverte à la poursuite en toute impunité des mutilations sexuelles féminines¹⁵¹⁸. Cependant, il faut se rappeler que le Mali est signataire des instruments internationaux qui engagent les gouvernants à lutter contre toutes les formes de violence contre la fille et la femme. De plus, cet État a ratifié le Protocole additionnel à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes. Ces engagements internationaux invitent l'État malien, comme tout autre, à ne plus se contenter des infractions ordinaires prévues par la loi pénale. D'ailleurs, celles-ci, qui étaient rarement appliquées, sont aussi devenues inopérantes en matière de mutilations sexuelles, du fait de la règle dérogatoire du Code des personnes et de la famille. Le Mali devrait ainsi adopter un texte qui punit expressément les atteintes génitales féminines.

L'adoption d'une loi pénale réprimant les faits de mutilations génitales féminines permettrait de rétablir la normalité, par rapport à la confusion juridique pouvant découler des dispositions ambiguës du Code des personnes et de la famille. Le principe de la validité de la loi nouvelle sur l'ancienne étant acquis, la portée de l'article 5, alinéa 3, en serait par suite anéantie. D'autres États de l'Afrique noire francophone ont, pour leur part, déjà pénalisés les mutilations génitales féminines.

B. Répression des mutilations sexuelles féminines au Bénin et au Burkina Faso

517.- Problématique de la juridicisation des mutilations sexuelles féminines. Une interrogation de Penda Mbow résume le dilemme de tout État africain face aux mutilations sexuelles féminines : « Peut-on régler la question des croyances multiculturelles en légiférant ou en condamnant à une lourde peine un individu qui pense agir selon des croyances ancrées dans sa culture, depuis des temps immémoriaux ? »¹⁵¹⁹. En réponse, et sans verser dans la passion, il pourrait être affirmé que la science médicale ayant désormais mis en lumière les effets néfastes des pratiques de réappropriation sociale de la sexualité de la femme, que représentent les mutilations génitales féminines, la piste de la pénalisation peut et doit être explorée, à défaut d'un moyen plus fédérateur pour obtenir leur abolition.

¹⁵¹⁸ V. *supra*, n° 462.

¹⁵¹⁹ P. MBOW, Pénaliser un fait culturel : quelle solution à l'excision ? in Dossier « L'excision », *op. cit.*, p. 73.

518. - Enjeu de santé. En l'état actuel des connaissances, sachant qu'il y va de la santé féminine, autant que de la place de la femme dans les sociétés africaines, ce serait nier l'évidence que de continuer à avancer l'argument du conservatisme culturel devant l'importation d'idées occidentales. Assurément, chaque civilisation est attachée à ses traditions, et la civilisation africaine également. Mais, le savoir évoluant, il faut adapter ces traditions avec discernement. Les mutilations sexuelles féminines sont de ces traditions qui doivent être repensées, parce qu'elles infligent un cortège de souffrances, sans plus répondre aux impératifs d'une organisation sociale précise. Pourtant, c'est en tant que norme de socialisation qu'elles se sont répandues. Les mutilations sexuelles contre la femme ont existé en dehors de l'Afrique, comme dans l'Occident du XIX^e siècle. À ce propos, il est relevé qu'« on pratiquait l'excision pour guérir l'hystérie, la nymphomanie et la masturbation. Les femmes durent subir de plein fouet la misogynie médicale »¹⁵²⁰. Mais les autres civilisations ont su s'en départir. Cela signifie que l'Afrique le peut aussi si elle s'en donne les moyens.

Le premier pas dans ce sens est le vote de textes de loi, certainement impopulaires, mais nécessaires pour forcer l'extinction de ces pratiques contraires aux droits de la femme en tant qu'être humain. Par ce canal, l'égalité des sexes se trouve renforcée à plusieurs niveaux (la protection de l'intégrité physique, de la liberté sexuelle avant ou après le mariage...). Les conditions seraient également réunies pour favoriser le développement équilibré des individus. Le Bénin (1) et le Burkina Faso (2) s'inscrivent en ce sens.

1) Pénalisation en droit béninois

519. - Loi autonome incriminant les mutilations sexuelles féminines. Le Bénin a adopté le 3 mars 2003 une loi portant répression de la pratique des mutilations génitales féminines¹⁵²¹. La loi pose le principe de l'interdiction de toutes les formes de mutilation et vise particulièrement en son article 3, alinéa 1, « toute ablation partielle ou totale des organes génitaux externes des personnes de sexe féminin et/ou toutes autres opérations concernant ces organes ». Néanmoins, l'alinéa 2nd de l'article exclut, à juste raison, de la catégorie des mutilations génitales féminines, « les opérations chirurgicales des organes génitaux effectuées sur prescription médicale ». La différence d'approche est notable avec la rédaction de l'article 5, alinéa 3, du Code des personnes et de la famille du Mali selon lequel « les actes d'ordre religieux ou

¹⁵²⁰ N. CARBONNE, Les mutilations sexuelles féminines, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵²¹ Loi n° 2003-03.

coutumier, dès lors qu'ils ne sont pas néfastes à la santé, ne sont pas visés par [la restriction de ne porter atteinte à l'intégrité de la personne humaine que pour nécessité médicale] ».

520. - Dénonciation des actes de mutilation sexuelle féminine. Le texte béninois invite, en son article 9, toute personne informée de la préparation d'une mutilation génitale féminine à agir pour empêcher sa commission, sous peine de poursuite et de sanction pour non-assistance à personne en danger¹⁵²². De même, la disposition prévoit que celui qui a connaissance d'une mutilation génitale féminine doit en informer les autorités judiciaires, précisément le procureur de la République ou un officier de police judiciaire. En cas de non-dénonciation, le coupable encourt une peine d'amende de cinquante mille à cent mille francs CFA.

521. - Prise en charge des victimes des mutilations sexuelles féminines. Enfin, l'article 10 de la loi n°2003-03 du 3 mars 2003 intègre la prise en charge des victimes de mutilations génitales par les responsables de structures sanitaires publiques et privées. Ils doivent ainsi, dans un premier temps les accueillir et leur fournir les soins les plus appropriés et, dans un second temps, informer des faits le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire le plus proche. On retrouve ce dispositif de levée du secret médical en France pour les professionnels de la santé, en cas de suspicion de mutilation génitale féminine¹⁵²³.

522. - Sanctions. Les sanctions prévues pour toute contravention à la loi sont un emprisonnement de six mois à trois ans et une amende de cent mille à deux millions de francs CFA¹⁵²⁴. La peine est alourdie lorsque la mutilation génitale est pratiquée sur une enfant, c'est-à-dire une fille mineure ayant moins de 18 ans¹⁵²⁵. Dans ce cas, l'emprisonnement va de trois à cinq ans et l'amende peut s'élever à trois millions de francs CFA. La survenue d'un décès par suite est une autre circonstance aggravante qui expose le coupable, suivant l'article 6 de la loi à « des peines de travaux forcés de cinq (05) à vingt (20) ans et d'une amende allant de trois millions (3.000.000) à six millions (6.000.000) de francs ». La récidive expose le coupable à la peine maximum sans bénéfice de sursis¹⁵²⁶. Les complices sont également punis. Ainsi est-il prévu que « Quiconque aura aidé, assisté, sollicité l'exciseur ou l'exciseuse, lui aura fourni des moyens ou donné des instructions, sera traité comme complice et condamné aux peines

¹⁵²² V. art. 63 Code pénal du Bénin (issu de l'ordonnance du 25 juin 1945). L'infraction est punie d'un emprisonnement d'un à trois mois, assorti d'une amende de vingt-quatre mille à un million de francs ou de l'une de ces deux peines.

¹⁵²³ V. *supra*, n° 486.

¹⁵²⁴ Art. 4 de la loi.

¹⁵²⁵ Cf. art. 5 de la loi.

¹⁵²⁶ Art. 8 de la loi n° 2003-03 du 03 mars 2003.

encourues par l'auteur principal »¹⁵²⁷. Il est important que le législateur béninois ait prévu des sanctions pour le complice parce qu'en matière de mutilations sexuelles féminines, celui-ci joue un rôle important, sinon, déterminant dans la perpétration de l'infraction. En effet, l'exciseur n'agit que sur son ordre. Le commanditaire est le plus souvent un ascendant de la femme ou même un parent plus ou moins éloigné, appartenant à la famille élargie propre aux peuples communautaires¹⁵²⁸.

523. - Point sur la réglementation au Bénin. La loi n°2003-03 du 3 mars 2003 est assez complète et elle permet de soutenir la mobilisation pour l'abolition des mutilations sexuelles féminines. Avant l'adoption de cette loi, les dispositions du Code pénal n'étaient pas vraiment appropriées pour mener efficacement la lutte¹⁵²⁹. Par la suite, le Bénin a adopté courant 2011 une loi portant prévention et répression des violences faites aux femmes¹⁵³⁰. Elle se situe dans l'esprit de la loi réprimant les mutilations génitales féminines.

524. - Application de la réglementation. La mise en œuvre des textes légaux sur les mutilations génitales féminines reste une question épineuse. D'abord, les populations se défont plutôt lentement de leurs convictions sur ce qu'ils appellent communément l'"excision". Ensuite, la clandestinité dans laquelle se déroulent souvent les actes de mutilation, n'en permet pas la dénonciation par les tiers, ainsi que le prévoit la loi béninoise. Enfin, les victimes portent rarement plainte contre les auteurs et les complices des actes. Ces facteurs se conjuguent et empêchent d'obtenir un vrai recul des pratiques mutilantes. Les données chiffrées indiquent plutôt une stagnation de la prévalence : de 12,9% en 2006 pour la tranche d'âge des 15-49 ans¹⁵³¹, le taux est estimé à 13% pour la même catégorie de personnes en 2013¹⁵³².

L'état du droit et des faits au Burkina Faso est comparable à celui du Bénin. Les mutilations sexuelles remettant en cause les droits humains, cet État a mis en place un dispositif répressif, qui permet de protéger la femme contre ces pratiques intrinsèquement liées au mariage, dans son entendement coutumier.

¹⁵²⁷ V. art. 7 de la loi.

¹⁵²⁸ V. *supra*, n° 473.

¹⁵²⁹ Le décret du 6 mai 1877 portant code pénal applicable au Bénin y est toujours applicable (v. *supra*, note ss n° 423).

¹⁵³⁰ Loi n° 2011-26 du 9 janv. 2012.

¹⁵³¹ OMS, Prévalence des mutilations sexuelles féminines et autres pratiques nocives, *op. cit.*

¹⁵³² UNICEF, Mutilations génitales féminines/excision : aperçu statistique et étude de la dynamique des changements, *op. cit.*

2) Pénalisation en droit burkinabè

525. - État des lieux sur la pénalisation des mutilations génitales féminines. Le Burkina Faso fait figure de précurseur dans la pénalisation des mutilations génitales féminines en Afrique de l'Ouest. En effet, c'est en 1996 que le législateur burkinabè a adopté une loi réprimant les pratiques mutilantes¹⁵³³. De fait, ce chemin a pu être rapidement emprunté grâce aux responsables de la Révolution burkinabè, qui avaient fait de l'émancipation de la femme une priorité politique¹⁵³⁴. Au plan international également, le Burkina Faso affiche un engagement ferme, qui lui a permis d'être à l'origine de la résolution 67/146 du 20 décembre 2012 de l'Assemblée générale des Nations unies sur l'intensification de l'action mondiale visant à éliminer les mutilations génitales féminines¹⁵³⁵. Parallèlement, les acteurs judiciaires ont aussi contribué à la répression effective des coupables au moyen des dispositions du Code pénal burkinabè pouvant être exploitées à cette fin¹⁵³⁶. Il était notamment fait appel aux articles 329, 330 et 358 de ce Code¹⁵³⁷. Cependant, le caractère général de ces dispositions ne permettait pas de retenir contre les auteurs des sanctions exemplaires pour décourager définitivement ces pratiques. Pour finir, une loi pénalisant les mutilations génitales féminines a été adoptée : la loi n° 061-2015/CNT du 6 septembre 2015 portant prévention, répression et réparation des violences à l'égard des femmes et des filles et prise en charge des victimes.

¹⁵³³ Loi n° 43/96/ADP du 13 nov. 1996 portant Code pénal au Burkina Faso (promulguée par le décret n° 96-451 du 18 déc. 1996, elle a été modifiée par la loi n° 6-2004 AN du 6 avr. 2004 (à son tour promulguée par décret n° 2004-200 du 17 mai 2004)).

¹⁵³⁴ Cf. N. J. DIOP et al., Analyse de l'évolution de la pratique de l'excision au Burkina Faso, étude, mars 2006, *United States Agency for international development (USAID)/Population Council/Secrétariat permanent du Comité national de lutte contre la pratique de l'excision (Burkina Faso)*, p. 4, consulté le 10 sept. 2017 sur http://www.popcouncil.org/uploads/pdfs/RH_BurkinaFaso_FGMAAnalyse_FR.pdf.

¹⁵³⁵ Elle a été adoptée sur sa proposition (v. *Lefaso.net*, Lutte contre les mutilations génitales féminines : Des acquis notables à l'actif de l'État et de ses partenaires, Site d'information, 9 juil. 2013, consulté le 8 janv. 2017 sur <http://lefaso.net/spip.php?article55004> ; v. aussi C. OUEDRAOGO, Mutilation Génitale Féminine : La lutte du Burkina Faso, précurseur en Afrique et dans le monde, disponible en ligne, consulté le 12 déc. 2016 sur <http://www.nextafrique.com/mutilation-genitale-feminine-la-lutte-du-burkina-faso-precurseur-en-afrique-et-dans-le-monde>).

¹⁵³⁶ Les premières condamnations se voulaient plus dissuasives que répressives, d'où les peines au début ont généralement été prononcées avec sursis.

¹⁵³⁷ Art. 329 : « Est puni d'un emprisonnement de dix à vingt ans, tout coupable de coups et blessures volontaires et voies de fait ayant entraîné des mutilations, amputations ou privations de l'usage d'un membre, cécité, perte d'un œil ou autres infirmités permanentes. Si les coups portés ou les blessures faites volontairement sans intention de donner la mort, l'ont pourtant occasionnée, le coupable est également puni d'un emprisonnement de dix à vingt ans. » ; art. 330 : « La peine est l'emprisonnement à vie lorsque les coups et blessures, les violences et voies de fait sont exercées avec préméditation ou guet-apens et il en est résulté des mutilations, amputation ou privation de l'usage d'un membre, cécité ou perte d'un œil ou autres infirmités permanentes. » ; art. 358 al 2 : « Si les tortures ont entraîné la mort, la mutilation d'un organe ou toute infirmité permanente, les coupables sont punis de mort. ».

526. - Insertion dans les politiques publiques. Devant l'importance de la prévalence des mutilations sexuelles féminines au Burkina Faso, très proche de celle du Mali¹⁵³⁸, les autorités publiques burkinabè avaient pris certaines mesures avant l'avènement des textes légaux réprimant l'ablation des tissus génitaux sains de la femme. Ainsi, il a été mis en place un comité national de lutte contre la pratique de l'excision¹⁵³⁹ et un numéro de téléphone vert, dénommé « SOS excision », pour recueillir les dénonciations de personnes ayant connaissance de la commission ou d'un projet de mutilation génitale féminine¹⁵⁴⁰. Cette organisation a permis d'obtenir un changement des attitudes, à défaut des convictions. En effet, il est noté un recul des mutilations sexuelles féminines chez les plus jeunes¹⁵⁴¹. Cependant, le taux a augmenté pour la tranche d'âge des 15-49 ans¹⁵⁴².

527. - Sanctions. Le Code pénal burkinabè a rendu punissables les faits de mutilations génitales féminines. L'article 380 nouveau dispose qu'« Est puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 150 000 à 900 000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque porte ou tente de porter atteinte à l'intégrité de l'organe génital de la femme par ablation totale, par excision, par infibulation, par insensibilisation ou par tout autre moyen. Si la mort en est résultée la peine est un emprisonnement de cinq à dix ans ». L'article 381, à son tour, précise que « Les peines sont portées au maximum si le coupable est du corps médical ou paramédical » ; en outre, il peut être prononcé contre lui une interdiction temporaire d'exercer sa profession¹⁵⁴³. Également, les personnes ayant connaissance de faits de mutilation qui omettent d'en informer les autorités compétentes encourent une peine d'amende de 50 000 à 100 000 francs CFA¹⁵⁴⁴. Toutefois, la loi du Burkina Faso n'a pas explicitement visé les

¹⁵³⁸ Soit, en 2006, un taux de 72,5% contre 85,2% au Mali (OMS, Prévalence des mutilations sexuelles féminines et autres pratiques nocives, *op. cit.*).

¹⁵³⁹ Par *kiti* An VII-318/FP/SAN/AS/SEAS du 18 mai 1990. La structure est dotée de démembrements dans les provinces du pays.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.* N. J. DIOP et *al.*, Analyse de l'évolution de la pratique de l'excision au Burkina Faso, *op. cit.*

¹⁵⁴¹ Une évaluation faite en 2006 par le comité estimait que le taux de prévalence de l'excision était alors de 49,5% pour l'ensemble du Burkina Faso et ce taux était en forte baisse chez les moins de 15 ans (*Cf.* N. J. DIOP et *al.*, Analyse de l'évolution de la pratique de l'excision au Burkina Faso, *op. cit.*, p. 9).

¹⁵⁴² Il serait passé de 72,5% en 2006 ((OMS, Prévalence des mutilations sexuelles féminines et autres pratiques nocives, *op. cit.*) à 76% en 2013 (UNICEF, Mutilations génitales féminines/excision : aperçu statistique et étude de la dynamique des changements, *op. cit.*). L'explication peut venir du fait que les femmes y sont soumises de plus en plus après le mariage, ce qui limite les dénonciations des tiers. D'autres fois, les femmes sont amenées à y consentir, la condition leur étant posée pour pouvoir se marier, mais il est relevé un manque de choix véritable (*cf.* C. OUEDRAOGO, Mutilation Génitale Féminine : La lutte du Burkina Faso, précurseur en Afrique et dans le monde, *op. cit.*).

¹⁵⁴³ La durée de l'interdiction d'exercer est plafonnée à cinq ans.

¹⁵⁴⁴ Selon l'article 382 du Code pénal burkinabè.

hypothèses de complicité comme le fait la loi du Bénin. De même, si elle fait défense aux professionnels de la santé de prêter leur savoir à toute forme de mutilation sexuelle féminine, elle ne met pas expressément à leur charge l'obligation de révéler aux autorités publiques les cas dont ils ont connaissance dans le cadre de leur travail, par la levée du secret médical. Également, cette loi ne prévoit pas de prise en charge médicale spéciale des victimes, à l'image de la loi béninoise.

528. - Lutte contre les mutilations sexuelles. Les lois du Bénin et du Burkina Faso posent les jalons d'un renforcement de la lutte pour bannir la tradition des mutilations sexuelles féminines, abusivement rattachées au mariage. Elles rompent l'égalité entre l'homme et la femme dans l'optique ou à compter du mariage. Au demeurant, il a été possible d'adopter des lois répressives dans ces États car l'opinion publique se rend progressivement à l'idée de l'abandon des pratiques de mutilation, tout au moins officiellement¹⁵⁴⁵. Au passage, il faut rappeler que le Bénin est beaucoup moins touché que le Burkina Faso et le Mali¹⁵⁴⁶. Pour le Burkina Faso, des faits de société révèlent que les mutilations génitales féminines sont encore pratiquées localement¹⁵⁴⁷ et des études montrent que certaines populations les réalisent de plus en plus sur les nourrissons, ce qui leur permet, non seulement de prévenir les dénonciations venant de l'enfant, mais aussi, de déjouer la surveillance du voisinage¹⁵⁴⁸. Malgré tout, la volonté politique des dirigeants burkinabè permet d'obtenir un certain délaissement des pratiques débattues. Ce n'est pas le cas du Mali.

¹⁵⁴⁵ Au Burkina Faso, l'actualité nationale est émaillée de défilés populaires d'exciseuses ou de récits de cérémonies publiques lors desquelles des chefs coutumiers et religieux se prononcent devant les habitants ou leurs adeptes, en présence des autorités publiques, pour l'abandon des mutilations génitales féminines. Toutefois, ces déclarations pompeuses ne sont pas toujours suivies d'une adhésion totale des familles.

¹⁵⁴⁶ V. *supra*, n° 491.

¹⁵⁴⁷ V. A. W. NANA, L'excision : Une vieille de 89 ans condamnée à 12 mois de prison, *Sidwaya*, 05 avr. 2017, consulté le 6 avr. 2017 sur <http://www.sidwaya.bf/m-16044-l-excision-une-vieille-de-89-ans-condamnee-a-12-mois-de-prison.html> ; D. KONATE, À 70 ans, elles écopent de deux mois de prison ferme, 27 juin 2017, AIB/Nouna, consulté le 27 juin sur <http://www.sidwaya.bf/m-17204-a-70-ans-elles-ecopent-de-deux-mois-de-prison-ferme.html>.

¹⁵⁴⁸ C. OUEDRAOGO, Mutilation Génitale Féminine : La lutte du Burkina Faso, précurseur en Afrique et dans le monde, *op. cit.*

Conclusion de chapitre

529. - Perpétuation des mutilations sexuelles féminines. Il ressort des développements précédents que les études scientifiques prouvent désormais la panoplie des conséquences des mutilations de l'organe génital féminin. Devant ce fait, les justifications en faveur de leur poursuite importent peu. Leur abandon est une nécessité pour protéger la santé sexuelle d'un être humain, la femme, mais aussi sa liberté sexuelle. Au reste, il est encore relevé que les femmes sont les premières actrices du maintien de ces pratiques, à la fois comme instigatrices et comme exécutrices, car la société les tient pour coupables en cas de non-respect de la tradition¹⁵⁴⁹. Dès lors, il peut être compris que des femmes, qui supportent les conséquences des mutilations, se déclarent favorables au maintien.

530. - Internationalisation du phénomène. De plus en plus, les populations des États qui incriminent les faits de mutilations sexuelles féminines se déplacent vers les États dans lesquels la pratique n'est pas appréhendée par la loi pénale. Chaque État doit ainsi prendre des dispositions pour enrayer la pratique, individuellement, mais aussi en synergie avec les autres États touchés¹⁵⁵⁰. Afin d'obtenir des résultats probants, il paraît nécessaire d'adopter une approche holistique. Andrée-Marie Diagne fait remarquer que, « pour faire accepter l'abolition [des mutilations génitales féminines], il faut trouver "les mots pour le dire" »¹⁵⁵¹. Un travail de fond doit donc être réalisé pour amener les populations à s'approprier les raisons qui commandent l'abandon.

À cet égard, il faut souligner que, même si la question des mutilations sexuelles féminines prend à rebours le droit à la santé de la femme, autant que son droit à l'intégrité physique, les messages de sensibilisation n'atteignent leur objectif que lorsqu'ils sont délivrés sous l'angle de la protection de la santé de la reproduction. L'approche de la prévention des atteintes aux droits de la femme provoque plutôt de la crispation chez les populations cibles¹⁵⁵². La concession en

¹⁵⁴⁹ L'éducation de l'enfant restant la charge de la mère selon la coutume africaine (v. *infra*, n° 664 sq.), cette dernière est tenue pour responsable si la fille n'est pas 'excisée'.

¹⁵⁵⁰ Cela doit se faire de concert avec les autres acteurs de la lutte.

¹⁵⁵¹ A.-M. DIAGNE, Qui donc arrêtera la course de Salimata, in Dossier « L'excision », *op. cit.*, p. 91.

¹⁵⁵² L'évocation de la propension des mutilations génitales féminines à causer des problèmes de stérilité et aussi de mortalité maternelle et infantile, ainsi que les fistules recto et vésico-vaginale trouve plus d'écoute (cf. Office français de protections de réfugiés et apatrides, Les mutilations génitales féminines au Mali, Rapport de mission, *op. cit.*, p. 39 sq.). Ce plaidoyer emprunte la même voie que la lutte menée en France par Simone WEIL, pour la liberté de l'avortement et de la contraception, qui a permis le vote de la loi française n° 75-17 du 17 janv. 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse. Dans ce cadre, « L'argument essentiel mis en

coûte au juriste, mais dans un premier temps, ce levier reste le plus efficace pour obtenir la fin des pratiques des mutilations sexuelles.

avant, dont les médias font un large écho, est le nombre des avortements clandestins et leurs séquelles souvent dramatiques » (cf. M. FERRAND, *Féminin Masculin, op. cit.*, p. 34).

Conclusion du titre 1^{er} – Seconde partie

531. - Épineuses questions de la polygamie et des mutilations sexuelles féminines.

L'insertion de la polygamie dans les lois sur la famille du Burkina Faso et du Mali et l'autorisation des pratiques culturelles ou coutumières consistant en des atteintes à l'intégrité physique de la femme concorde avec l'état des mentalités dans la plupart des sociétés africaines¹⁵⁵³. Cependant, le problème est inextricable sous l'angle juridique car, s'il est vrai que les lois doivent être pensées en fonction des peuples pour lesquels elles sont faites, il reste que les traditions en cause bafouent les droits humains. Bien plus, il existe une contradiction majeure entre la norme constitutionnelle des États burkinabè et malien et des normes de portée inférieure, à savoir les lois dont sont issus leurs Codes des personnes et de la famille¹⁵⁵⁴. De quelle manière le dilemme pourrait-il être résolu ? Pour l'instant, il ne se dessine pas de piste satisfaisante. Au demeurant, si l'appréciation devait se faire uniquement en droit, la solution de la mise en conformité des lois aux Constitutions est celle qui se dégage.

532. - Infériorisation de la femme dans le mariage polygamique. Le problème véritable vient de ce que la construction africaine des rapports des sexes est défavorable à l'égalité de l'homme et de la femme¹⁵⁵⁵. Encore aujourd'hui, la femme bénéficie peu de l'instruction scolaire, condition indispensable de son autonomisation financière, laquelle, à son tour, est la "clé de

¹⁵⁵³ Pour le Burkina Faso, effectivement, il est noté, à propos de l'introduction de la polygamie comme forme d'union légale que « les débats populaires ont [...] démontré une hostilité très généralisée de la population à l'égard de la monogamie » (cf. A.-C. CAVIN, *Droit de la famille burkinabè : Le Code et ses pratiques à Ouagadougou*, *op. cit.*, note 67, p. 39).

¹⁵⁵⁴ Notamment la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée le 27 juin 1981 par l'Organisation de l'Unité Africaine, qui reprend elle-même les principes de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948 adoptée par les Nations-Unies.

¹⁵⁵⁵ F. SARR, De la survivance d'un mode de pensée archaïque au contrôle de la sexualité féminine : la question de l'excision, *in* Dossier « L'excision », *op. cit.*, p. 78-88.

voûte" de la liberté matrimoniale. Est-il besoin de rappeler qu'une décision guidée par la nécessité n'est pas libre ? Cette liberté factice peut expliquer la constance de la polygynie dans les États africains qui la reconnaissent légalement, car si l'homme a des raisons d'en faire le choix, en revanche, les bénéfices que la femme peut retirer de cette forme d'union matrimoniale apparaissent moins clairement¹⁵⁵⁶. En tout cas, l'affaiblissement des principales obligations mutuelles du mariage du conjoint masculin apparaît comme un facteur décourageant pour la femme qui voudrait se marier. Par exemple, n'est-il pas considéré que l'idée de la fidélité du mari, dans un système matrimonial dans lequel le mari peut à tout moment légaliser sa situation en épousant sa "maîtresse", est tout simplement absurde¹⁵⁵⁷ ? Dans le même temps, le devoir de fidélité de la femme conserve un caractère inflexible. Si la règle *volenti non fit injuria* est incontestable, il reste le problème se pose en termes d'égalité véritable des époux¹⁵⁵⁸.

533. - Impossible réception en droit d'atteintes à l'intégrité physique non thérapeutiques. À l'heure actuelle, le conflit patent entre les mutilations génitales féminines et les droits fondamentaux de l'enfant et de la femme empêche de les recevoir dans le droit positif¹⁵⁵⁹. La gravité des conséquences sur la santé de la femme, qui se conjugue avec l'effritement des justifications des premières heures, appellent à leur abandon, quand bien même le contexte social rend cette mutation difficile¹⁵⁶⁰. En effet, le doyen Hauser ne soutenait-il pas que « Parce que sociologie et philosophie ne sont pas en charge de l'organisation de la société alors que le juriste est en charge d'une science appliquée, c'est à ce dernier qu'il revient d'assurer la prévisibilité normale des solutions. Celle-ci ne peut découler que d'une organisation normative minimum »¹⁵⁶¹ ? Le problème n'est pas insoluble. Mais, pour rechercher sereinement les moyens de sortie de crise, le débat doit être dépassionné. Monique Ilboudo fait remarquer à propos de l'excision que, « si le voile pudique et lourd de conséquences dont elle a été couverte pendant longtemps a été néfaste à une réflexion sereine et surtout à une action efficace, la passion

¹⁵⁵⁶ Cf. F. B. DIAL, Mariage et divorce à Dakar : Itinéraires féminins, *op. cit.*, 200 p.

¹⁵⁵⁷ S. MELONE, *op. cit.*, note 7, p. 429.

¹⁵⁵⁸ Lire à ce propos J.-Ph. FELDMAN, Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine, *Revue Droits* 2008/2, n° 48, p. 87-108.

¹⁵⁵⁹ P. MBOW, Pénaliser un fait culturel : quelle solution à l'excision ? *in* Dossier « L'excision », *op. cit.*, p. 67.

¹⁵⁶⁰ V. R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, *op. cit.*, p. 203-206.

¹⁵⁶¹ J. HAUSER, Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XX^e siècle, *in* « Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller : Droit des personnes et de la famille – *Liber amicorum* », Presses universitaires de Strasbourg-LGDJ, 1994, p. 241.

qu'elle suscite aujourd'hui l'est tout autant. Le phénomène intéresse autant le médecin, le sociologue que le juriste »¹⁵⁶².

Les passages ci-dessus révèlent des « conflits internes des lois »¹⁵⁶³, en particulier au Burkina Faso et au Mali, au sujet de la polygamie et des mutilations génitales féminines. L'autorisation de la polygynie dans les droits burkinabè et malien et la tolérance des actes religieux et coutumiers atteignant l'intégrité physique de la femme en droit malien, expriment la réappropriation du statut coutumier de la femme par les législateurs contemporains. Ce fait signale que les droits de la femme n'ont pas tant progressé au lendemain de l'adoption des Codes des personnes et de la famille des États Ouest-africains. La reviviscence de la condition féminine traditionnelle dans les droits modernes se reflète autant par la protection équivoque du statut civil de la femme mariée.

¹⁵⁶² M. ILBOUDO, L'excision, une violence sexiste sur fond culturel, *op. cit.*, p. 422.

¹⁵⁶³ Expression empruntée à Ahonagnon Noël GBAGUIDI (*cf.* A. N. GBAGUIDI, Pluralisme juridique et conflits internes de lois en Afrique noire, *op. cit.*).

Titre 2nd :

L'impasse législative

face à la survie du statut coutumier

de la femme mariée

534. - Délaissement des sujets conflictuels par les droits africains. Les législateurs africains semblent se résigner à la dualité de leurs systèmes normatifs, et plus encore à la prédominance de la coutume sur le droit légiféré. En fait, ils se gardent de réglementer les domaines dans lesquels l'éviction de la coutume paraît ardue, ou bien se limitent à un encadrement superficiel, ou encore, posent des règles strictes sans pour autant tirer les conséquences de leur violation. Enfin, quand les règles du droit positif sont parfaitement définies en théorie, les pouvoirs exécutifs, à travers les départements ministériels dont le concours est primordial pour les faire appliquer, se révèlent parfois laxistes. Malgré tout, il devient difficile de maintenir la femme dans ses rôles traditionnels d'épouse et de mère, du fait même des mutations irréversibles que les sociétés africaines ont subies à partir de la colonisation¹⁵⁶⁴.

Les lacunes de la réglementation moderne se constatent plus souvent en matière de relations familiales, le lieu par excellence de l'expression des particularités culturelles des peuples. Les points focaux se situent notamment dans les relations conjugales, dont l'impact sur les droits de la femme est direct. En conséquence, ils ne devraient pas échapper au droit codifié, car alors, ils

¹⁵⁶⁴ La mondialisation a bouleversé les relations économiques des peuples qui pratiquaient les échanges non monétarisés. Les nouvelles règles imposent une redistribution des rôles (lire à ce propos H. El MOUSSAOUI, *Les femmes sont-elles victimes de la mondialisation ?* 9 avr. 2012, consulté le 19 mai 2015 sur <http://www.libreafrique.org/content/les-femmes-sont-elles-victimes-de-la-mondialisation>).

demeurent sous l'influence de la coutume. Il n'est plus à rappeler que la conception traditionnelle des relations familiales n'est pas favorable à la femme.

535. - Égalité de droit contre égalité de fait. Il ne suffit plus d'affirmer des droits qui restent lettre morte dans la réalité, ni même de laisser certains champs non quadrillés par la réglementation, en raison de leur accaparement par la coutume. Il s'agit plutôt d'aller vers la « négation des inégalités naturelles dans l'exercice des droits », ainsi que « la reconnaissance des inégalités vécues et la promotion de l'égalité par la multiplication des statuts protecteurs »¹⁵⁶⁵. Cela est nécessaire, d'une part, en matière de violences conjugales, pour lesquelles la prééminence d'une coutume somme toute accommodante fait face à une réglementation lacunaire (chapitre 1); et d'autre part, pour mettre fin à la préséance de la définition traditionnelle des rôles conjugaux sur ceux qui sont esquissés dans les Codes des personnes et de la famille des États subsahariens, étant compris qu'elle s'interpose devant la réalisation personnelle et professionnelle de la femme (chapitre 2).

Chapitre 1 : Insuffisance du dispositif légal face aux violences conjugales

Chapitre 2 : Insuffisance du dispositif légal relatif aux droits de santé reproductive et professionnels de la femme mariée

¹⁵⁶⁵ A. N. GBAGUIDI, *Égalité des époux, égalité des enfants dans le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin*, *op. cit.*, p. 3.

Chapitre 1 :

Insuffisance du dispositif légal face aux violences conjugales

536. - Définition. Les violences conjugales, dites encore « domestiques », s'entendent d'un processus au cours duquel un conjoint ou un concubin adopte envers l'autre des comportements agressifs et violents¹⁵⁶⁶. Selon la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes du 20 décembre 1993, « les termes "violence à l'égard des femmes" désignent tous actes de violence dirigés contre le sexe féminin, et causant ou pouvant causer aux femmes un préjudice ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, y compris la menace de tels actes, la contrainte ou la privation arbitraire de liberté, que ce soit dans la vie publique ou dans la vie privée »¹⁵⁶⁷. Les violences conjugales ne sont pas une particularité de l'Afrique¹⁵⁶⁸. La différence réside cependant dans la réponse juridique qui est donnée par les pouvoirs publics des États africains. À cet égard, il est relevé que, « sur le continent africain, les abus sont multiples, mais

¹⁵⁶⁶ M. HERZOG-EVANS, Violence dite « domestique » : une responsabilité sociétale et peu de perspectives de traitement, AJ pén., 2014, p. 217. Les violences conjugales concernent aussi les hommes, mais le nombre de victimes masculines, ainsi que les niveaux de violences, ne sont pas au niveau de ceux qui atteignent les femmes (cf. V. Le GOAZIOU, Les viols aux assises : regard sur un mouvement de judiciarisation, in Revue Archives de politique criminelle, éd. A. Pédone, 2012/1, n° 34, p. 98-99). En France, un rapport mentionne qu'« en 2012, 148 femmes sont décédées à la suite de violences conjugales, contre 26 hommes » et qu'« En moyenne chaque année, 83000 femmes âgées de 18 à 59 ans (contre 13000 hommes) se déclarent victimes de viols ou de tentatives de viols » (cf. Ministère des droits des femmes, France, Vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, Thème 6 : Violences faites aux femmes Chiffres clés, 2014, p. 2, consulté le 26 sept. 2017 sur http://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/wp-content/uploads/2014/03/Egalite_Femmes_Hommes_T6_bd.pdf ; v aussi Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, France, A. SOURD (dir.), Lettre n° 12, mars 2016, 4 p., consulté le 26 sept 2017 sur https://www.inhesj.fr/sites/default/files/fichiers_site/ondrp/note/note_12.pdf).

¹⁵⁶⁷ Art. 1^{er} de la déclaration.

¹⁵⁶⁸ Selon l'OMS, « 30% des femmes qui ont eu des relations de couple signalent avoir subi une forme quelconque de violence physique et/ou sexuelle de la part de leur partenaire » (cf. OMS, La violence à l'encontre des femmes : Violence d'un partenaire intime et violence sexuelle à l'encontre des femmes, Aide-mémoire, nov. 2016, consulté le 31 juil. 2017 sur <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/fr/>).

restent peu dénoncés »¹⁵⁶⁹. Aujourd'hui, le sujet mobilise à l'échelle internationale, de sorte que les États occidentaux, ont, sur la base des conventions internationales qu'ils ont ratifiées, effectivement institué ou renforcé les dispositifs de protection de la femme contre les violences intrafamiliales, et au sein du couple en particulier¹⁵⁷⁰. Certains États africains font de même, mais beaucoup d'autres hésitent encore.

Parmi les États dont les droits sont ici concernés, le Bénin et le Burkina Faso ont légiféré en matière de violences conjugales. Les réglementations du Bénin et du Burkina Faso seront étudiées dans leurs aspects avant-gardistes par rapport à celles des États environnants, même si elles affichent aussi une certaine fragilité (section 2). Mais auparavant, il convient de s'intéresser au droit malien, qui se caractérise par l'absence de dispositions juridiques sanctionnant les violences physiques ou morales atteignant la femme au sein du couple (section 1).

Section 1 : Un dispositif légal parcellaire au Mali

Section 2 : Des dispositifs légaux inachevés au Bénin et au Burkina Faso

Section 1 : Un dispositif légal parcellaire au Mali

537.- Persistance des rapports d'autorité coutumiers entre les conjoints. Le Mali, contrairement au Bénin et au Burkina Faso, n'a pas légiféré sur les violences conjugales. Cette carence est problématique dans la mesure où la coutume africaine, hégémonique, ne se positionne pas contre les violences de l'homme envers la femme¹⁵⁷¹, surtout dans l'union matrimoniale¹⁵⁷². La raison en est la domination patriarcale, dont la suprématie maritale est une

¹⁵⁶⁹ *Radio France internationale*, Les violences faites aux femmes, un sujet toujours tabou, 25 nov. 2014, consulté le 26 sept. 2017 sur <http://www.rfi.fr/afrique/20141125-violences-sexuelles-sujet-toujours-tabou-droits-femmes-justice>. En Afrique subsaharienne, le taux des violences conjugales masculines varie de 41,75 à 65,64% entre les régions (cf. OMS, *Global and regional estimates of violence against women : prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence*, Résumé d'orientation, 2013, p. 47, consulté le 26 sept. 2017 sur http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625_eng.pdf?ua=1).

¹⁵⁷⁰ Avec des résultats incertains toutefois, au moins en ce qui concerne la France. Éric BAZIN note ainsi que « le bilan de la lutte contre les violences conjugales est mitigé » (cf. É. BAZIN, *Violences familiales*, Répertoire de procédure civile, juin 2015 (actualisation juin 2016), n° 10).

¹⁵⁷¹ Comme lorsqu'une femme est battue par son entourage pour la forcer à se marier. Récemment, une jeune fille a été ligotée sur la place publique par les habitants d'un village, sur ordre du chef coutumier, pour avoir refusé un mariage forcé (cf. *IvoireMatin News*, Elle refuse un mariage forcé et se fait attacher comme un animal, 3 oct. 2016, consulté le 26 janv. 2017 sur http://www.ivoirematin.com/news/Faits%20Divers/elle-refuse-un-mariage-force-et-se-fait-_n_5929.html).

¹⁵⁷² Lire, M. NKOUENDJIN YOTNDA, Du droit de « boxer » sa femme, *in* *Revue Penant*, 1977, n° 755, p. 5-9.

composante. Par conséquent, les violences dans le cadre familial ne sont pas perçues sous un jour négatif.

Corrélativement, ce type de violence est insuffisamment pris en charge par les textes législatifs. Les règles qui s'appliquent, par défaut, sont encore dispersées et incomplètes pour ce qui ressort des violences en général (§ 1), et pratiquement inexistantes pour ce qui concerne le viol conjugal en particulier (§ 2).

§ 1 : La répression limitée des violences conjugales

§ 2 : Le défaut de répression légale du viol conjugal

§ 1 : La répression limitée des violences conjugales

538. - Manque de coordination législative. Afin de lutter efficacement contre les violences de toutes sortes, l'action législative doit être envisagée dans sa globalité, les interventions sectorielles ayant révélé leur insuffisance. Pour le moment, il est surtout remarqué le caractère éparpillé des règles existantes en droit malien. Cependant, les violences physiques se voient accorder une certaine importance (A), alors que la réalité des violences morales est presque niée (B).

A. Sanction sélective des violences physiques

B. Occultation des violences morales

A. Sanction sélective des violences physiques

539. - Victimes choisies. Les violences dans le couple peuvent concerner l'homme tout comme la femme. Cependant, l'expérience montre que les femmes en sont plus souvent victimes. Au Mali, les violences physiques dirigées contre un conjoint sont punies au plan civil sur la base des dispositions du Code des personnes et de la famille (1), et au plan pénal en faisant appel à certaines dispositions du Code pénal (2).

1) La sanction civile

540. - Sanction à travers le manquement aux obligations du mariage. La sanction résultant du Code des personnes et de la famille est une sanction indirecte. En effet, les violences conjugales ne donnent pas lieu par elles-mêmes à une sanction. Il est seulement possible de les appréhender par le truchement de l'action en divorce ou en séparation de corps, ou encore à travers une condamnation pécuniaire pour faute. Ainsi, l'article 352, alinéa 1, du Code des personnes et de la famille du Mali retient qu'« Un époux peut demander le divorce pour faute en

cas [...] d’excès, sévices et injures graves de l’autre rendant la vie conjugale impossible »¹⁵⁷³. La règle s’applique par extension à la séparation de corps¹⁵⁷⁴. Il est possible de remarquer que, dans la rédaction de l’article 352, alinéa 1, le terme de « violence » n’est pas exactement employé. Pourtant, l’emploi du mot dans le Code malien des personnes et de la famille, adopté après les nombreuses controverses sur le sujet¹⁵⁷⁵, aurait conféré plus de portée à la disposition, surtout en l’absence de tout autre texte législatif encadrant les violences conjugales. En effet, la signification de « violence » est sans équivoque, comparé avec les termes de « mauvais traitements », d’« excès » ou de « sévices ». Également, cette désignation, en plus de traduire la prise en considération du besoin d’une protection civile renforcée au profit du conjoint qui est le plus exposé aux agressions domestiques, la femme, marque plus les esprits, et peut être en soi dissuasive.

541. - Sanction incertaine. Dans le cas où la femme victime de violences conjugales n’exerce aucun des recours qui lui sont ouverts par la loi en cette circonstance, les faits du mari fautif demeurent insaisissables sur le terrain civil. Suivant le principe, la mise en œuvre d’une sanction civile repose essentiellement sur la volonté de celui qui a subi le préjudice. Par suite, c’est seulement au cas où la femme agit en divorce, en séparation de corps ou au minimum en réparation, que les violences dont elle a fait l’objet peuvent être réprimées. Ceci est une limite dans la protection, en plus du fait que la sanction pénale n’est pas toujours appliquée, du fait de l’état des mentalités.

542. - Incidence des violences conjugales en cas d’action en justice. Dans le droit malien de la famille, il n’y a pas plus d’incidence lorsqu’un conjoint intente une action en divorce pour faute ou autre en s’appuyant sur des violences conjugales, que s’il le faisait sur le fondement d’un autre motif. Cependant, il s’agit d’un cas spécifique qui devrait recevoir un traitement distinct, ne serait-ce que par l’élargissement des pouvoirs du juge saisi. Il serait ainsi possible à ce dernier d’ordonner toutes les mesures appropriées en fonction des données de l’espèce, à l’image de ce que prévoit le Code civil français¹⁵⁷⁶. Précisément, lorsque les violences n’ont pas

¹⁵⁷³ Art. 367 du Code du Burkina Faso : « Le divorce peut être demandé par un époux [...] lorsque la vie commune est devenue intolérable par suite d’adultère, d’excès, de sévices ou injures graves... » ; art. 234 al. 1 du Code du Bénin : « Le divorce peut être prononcé pour [...] mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves rendant l’existence en commun impossible. ».

¹⁵⁷⁴ V. respectivement les articles 376 alinéa 1^{er} et 377 dans le CPF du Mali, les articles 273-274 dans celui du Bénin et les articles 408 et 410 dans celui du Burkina Faso.

¹⁵⁷⁵ Dans les autres États de l’Afrique subsaharienne en particulier.

¹⁵⁷⁶ V. *infra*, n° 599.

encore cessé, le juge doit pouvoir mettre en place un dispositif de sauvegarde immédiate de la femme. Aussi, les violences dont le mari est auteur doivent en principe pouvoir être considérées par le juge dans l'attribution des torts du divorce, d'autant plus que le droit malien subordonne l'octroi d'une pension à l'épouse à cette condition¹⁵⁷⁷.

543. - Époux violent et garde des enfants. Dans le principe, un époux convaincu de violences conjugales peut se voir refuser le droit de garde et/ou de visite des enfants à cause des faits qui lui sont reprochés. Il est entendu que le juge tranche la question de la garde des enfants en tenant compte de leur intérêt exclusif. Au Bénin, la loi pose que lorsqu' « une femme saisit une juridiction pour des atteintes à son intégrité physique ou psychologique, ou à celle des enfants, la résidence de l'enfant est déterminée automatiquement par le juge compétent en faveur de la femme victime »¹⁵⁷⁸, mais la décision peut par la suite être modifiée par le juge ou le tribunal selon l'opportunité. Suivant cette disposition, comme le risque de report de la violence sur les enfants n'est pas à minimiser en pareille circonstance, il est probable que le juge ne confie pas leur garde au parent violent, mais plutôt à la mère ou même à un tiers si celle-ci se révélait, sous le coup du traumatisme ou autre, inapte à prendre en charge les enfants. Pareille mesure spéciale n'est pas instituée au Mali, dans le cas de séparation ou de divorce pour cause de violences.

2) La sanction pénale

544. - Absence de dispositions propres aux violences conjugales. Il n'existe pas de traitement pénal spécial des violences masculines conjugales dans le droit pénal malien. Seules les dispositions relatives aux coups et blessures ayant entraîné ou non une « incapacité de travail » peuvent servir de base à une action pénale contre l'auteur d'une agression. La seule possibilité offerte au conjoint maltraité est de porter plainte sur un chef d'accusation général. Dans le Code pénal malien, l'article 207 punit d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 20 000 à 500 000 FCFA, « Tout individu qui, volontairement, aura porté des coups ou fait des blessures ou commis toute autre violence ou voie de fait, s'il est résulté de ces sortes de violences une maladie ou une incapacité de travail personnelle pendant plus de vingt jours »¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁷ V. *supra*, n° 299 sq.

¹⁵⁷⁸ Art. 29 de la loi.

¹⁵⁷⁹ Cf. art. 207 alinéa 1. Les peines sont de cinq à dix ans de travaux forcés s'il y a eu préméditation ou guet-apens ou quand les violences, les blessures ou les coups ont été suivis de mutilation, amputation, privation de l'usage d'un membre ou d'un sens, cécité, perte d'un œil ou autres infirmités ou maladies, la sanction étant alors (art. 207, al. 2-3), ou encore dans ce dernier cas, de cinq à vingt ans de travaux forcés lorsqu'il y eu

De fait, l'article 207 est la disposition principale qui peut éventuellement permettre de réprimer les actes de violences perpétrés dans le cadre du couple.

D'un autre côté, au nom de la préservation de l'intérêt général, les tiers qui ont connaissance de la commission d'une infraction de cette nature ont l'obligation de la dénoncer aux autorités compétentes. Mais, la mise en œuvre de ce principe de droit pénal pourrait être contrariée par le fait que « Ce délit, qui ne trouble pas l'ordre public au sens traditionnel du terme, est encore trop souvent assimilé à un "différend familial" ou à un "conflit conjugal" »¹⁵⁸⁰. En conséquence, il peut ne pas retenir pas l'attention de l'entourage.

545. - Incapacité de travail, déterminant du degré de la sanction. Ainsi qu'il ressort de la disposition de l'article 166 sus-citée, la survenue d'une incapacité de travail détermine le traitement judiciaire réservé aux cas d'atteintes corporelles sur la personne, ici la femme. Mais encore faut-il savoir le sens donné à l'incapacité de travail personnel par le codificateur malien. S'agit-il de l'incapacité totale de travail, ou l'incapacité partielle de travail est-elle aussi opérante ? La précision n'est pas donnée par le texte, et en l'absence d'une application jurisprudentielle, il faut peut-être se référer au Code pénal français pour lequel l'incapacité totale de travail est celle qui joue pleinement¹⁵⁸¹. Au total, il apparaît que l'incapacité totale de travail « est une notion de droit pénal qui a pour but de renseigner les magistrats sur les conséquences des violences subies ; elle n'est pas définie par la loi, mais la jurisprudence retient désormais l'incapacité pour une personne à se livrer aux actes courants de la vie quotidienne »¹⁵⁸².

Si l'incapacité de travail excède vingt jours, les peines applicables sont celles de l'article 207 du Code pénal du Mali¹⁵⁸³. Autrement, selon l'article 208, alinéa 1^{er}, du même code, « Lorsque les blessures, les coups, violences et voies de faits n'auront occasionné aucune maladie ou

préméditation ou guet-apens (art. 207 ; al. 4). L'interdiction de séjour d'un an à dix ans peut être prononcée pour toutes les violences commises avec des circonstances aggravantes (art. 207 ; al. 5).

¹⁵⁸⁰ M. GEURTS, *Violences conjugales : pour une véritable cohérence entre le Code pénal et le Code civil*, AJ Fam., 2003, p. 412.

¹⁵⁸¹ France, Code pénal, art. 222. : l'infraction qualifiée de contravention, devient un délit dès lors que les agissements fautifs sont le fait d'un conjoint, concubin ou partenaire. Si les violences ont entraîné une incapacité totale de travail supérieure à huit jours, l'auteur encourt cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende au maximum (art. 222-12, 6°). Si les violences n'ont pas causé une incapacité totale de travail ou si l'incapacité totale de travail est inférieure ou égale à huit jours, la peine applicable est alors de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende au maximum (France, Code pénal, art. 222-13, 6°).

¹⁵⁸² A. BOURRAT-GUÉGUEN, *Viol et agressions sexuelles entre époux*, Dalloz Action Droit de la famille (Œuvre collective sous la direction de Pierre Murat), 2016, chapitre 611, n° 611.42.

¹⁵⁸³ V. *supra*, n° 545.

incapacité de travail personnel [...] le coupable sera puni d'un emprisonnement de onze jours à deux ans et d'une amende de 20.000 à 100.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement ». La préméditation ou le guet-apens avéré fait passer cette peine d'un an à cinq ans, ainsi que l'amende de 25.000 à 150.000 FCFA ; en outre, elle fait encourir au coupable l'interdiction de séjour sur le territoire malien d'un an à dix ans. Comme on peut le voir, cette disposition minore fortement les peines applicables à un conjoint maltraitant.

546. - Contentieux des violences conjugales. L'incapacité de travail étant significative pour la condamnation du coupable, la femme victime de violence doit produire un certificat médical qui atteste de l'agression subie ou de ses conséquences. Quel serait alors le sort de celle qui ne peut fournir cette preuve médicale ? Le juge pénal ne peut pas se décider sans preuve solide, il faut craindre alors que le responsable n'échappe à la sanction. Cependant, dans certaines situations, la femme peut effectivement présenter des traces corporelles signalant les violences, mais le corps médical se montre généralement réservé sur les causes possibles¹⁵⁸⁴. Le défaut de preuve solide fragilise la plainte de la femme poursuivante devant le juge. De plus, il faut compter avec le fait que, la plupart du temps, dans les États africains, le juge ne se montre pas encore favorable à la condamnation d'un individu sur le motif des violences masculines. Deux décisions de la Cour suprême camerounaise inspirent à Maurice Nkouedjin Yotnda la réflexion suivante : « Qui l'eût cru ? Tout mari Camerounais détient désormais de la jurisprudence le droit de "boxer" sa femme »¹⁵⁸⁵.

Le caractère sélectif de la prise en compte des violences conjugales physiques, dans les droits africains en général, se joint à un déni en ce qui concerne les violences morales, en droit malien spécifiquement.

¹⁵⁸⁴ V. pour la France, C. GIRAULT, Difficile preuve de la violence conjugale – Cass. crim. 21 fév. 2006, AJ Pén., 2006, p. 264.

¹⁵⁸⁵ M. NKOUENDJIN YOTNDA, Du droit de « boxer » sa femme, *op. cit.*, à propos de Cameroun, Cour suprême, arrêt n° 42/L du 4 janv. 1972, et arrêt n° 70/L du 24 avr. 1975. L'auteur explique que, dans les deux affaires, les épouses, victimes de violences conjugales, ont demandé le divorce sur ce fondement et ont été déboutées. Dans le premier cas, la Cour suprême a avancé le motif que, « d'après la coutume bamiléké, le mari a toujours eu le droit de battre sa femme et, subsidiairement, les sévices ne constituent pas une cause péremptoire ». Dans le deuxième, « la décision de la Cour d'Appel affirmant ce même droit coutumier de correction est cassée, non parce que la Haute Cour veut procéder à revirement, mais simplement parce que les juges de la Cour d'Appel n'avaient pas explicité la coutume bassa invoquée à l'appui de leur décision ». V. dans un sens contraire, TPI Dakar, RJS Crédila, 1982, vol. 3, p. 170, *in* D. NDOYE, Code de la famille du Sénégal annoté, *op. cit.*, p. 108 : « le fait d'infliger des châtiments corporels à son conjoint est constitutif des excès, sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible. Doit être rejeté l'argument de rééducation avancé par le mari pour justifier son comportement, le droit de correction du mari sur son épouse n'étant pas prévu par le Code de la Famille ».

B. Occultation des violences morales

547. - Immatérialité des violences morales. Les violences morales masculines conjugales sont plus difficiles à appréhender, pour des raisons évidentes. En effet, elles se passent dans le cadre privé de la maison familiale, et ensuite, elles laissent des séquelles invisibles. Mais leur immatérialité ne les rend pas moins dangereux que les violences physiques. Cependant, le silence des textes de loi du Mali sur le sujet témoigne de leur banalisation (1), alors que l'intervention de la loi est nécessaire pour les combattre (2).

1) Banalisation des violences morales du mari

548. - Forme subtile de violence conjugale. Gérard Lopez note que la violence dans le couple peut s'exprimer de deux manières : l'une physique, donc observable, et une autre plus subtile, moins perceptible du dehors, celle qu'il est convenu d'appeler l'« emprise psychologique », mais les deux sont au même titre des entreprises de démolition identitaire et de dévastation de l'estime de soi¹⁵⁸⁶. L'auteur relève que la société n'accorde pas assez d'attention à ce type de maltraitance sociale, qui pourtant « mérite d'être reconnu et combattu » parce qu'« Elle procède par des attaques psychologiques parfois très subtiles et difficiles à détecter »¹⁵⁸⁷.

549. - Droit comparé. La loi béninoise n° 2011-26 du 9 janvier 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes s'étend sur la définition des violences psychologiques ou morales. Elle retient à ce titre « le fait de soumettre toute personne à des agissements ou paroles répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de vie susceptibles de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre ses projets ou son avenir », de même qu'« un acte ou une négligence portant préjudice à la stabilité psychologique, un abandon, une inattention réitérée, une jalousie excessive, des insultes et humiliations, une dévalorisation, une marginalisation, un manque d'affection, une indifférence, l'infidélité, des comparaisons destructives, le rejet, la restriction de l'autodétermination et des menaces ; autant de situations pouvant amener la victime à sombrer dans la dépression, à s'isoler, à perdre l'estime de soi, voire à se suicider ». À son tour, la loi burkinabé n° 061-2015/CNT du 06 septembre 2015 mentionne un type de violence particulière propre aux cultures patriarcales : celle de « la répudiation ou les mauvais

¹⁵⁸⁶ Cf. G. LOPEZ, La violence dans le couple : aspects psychologiques, AJ Fam. 2003, p. 416.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*

traitements infligés à une femme qui accouche d'un enfant de sexe non désiré par son époux »¹⁵⁸⁸.

550. - Nouvelle dimension des violences morales conjugales. Ce n'est pas sans raison que les récentes lois insistent sur les précisions terminologiques, car les humiliations, les insultes, le chantage sur le plan économique (surtout lorsque la femme est dépourvue de moyens de subsistance) font partie de la vie quotidienne de nombreux ménages. Cela est si bien établi dans les milieux africains que, souvent, les femmes ne s'avisent pas de qu'elles sont les victimes d'une conception outrancière des rapports de couple. Comme l'écrit Yamina Houhou sur l'Algérie, « S'agissant des violences psychologiques, telles que les insultes et brimades répétées, le droit pénal ne les reconnaît pas car on considère que certaines violences au sein du couple peuvent être supportables lorsqu'elles se produisent de temps en temps. Pourtant lorsque ces violences se répètent, elles menacent certainement la santé mentale et physique de l'épouse et des enfants »¹⁵⁸⁹. La Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, dans son exposé des motifs, reconnaît que « la violence à l'égard des femmes traduit des rapports de force historiquement inégaux entre hommes et femmes, lesquels ont abouti à la domination et à la discrimination exercées par les premiers et freiné la promotion des secondes, et qu'elle compte parmi les principaux mécanismes sociaux auxquels est due la subordination des femmes aux hommes »¹⁵⁹⁰.

2) Nécessité de mettre fin à l'inertie juridique

551. - Besoin de mesures d'accompagnement légal. Dans les faits, les femmes sont nombreuses à ne pas savoir qu'elles pourraient porter plainte contre les différentes manifestations non physiques de la violence masculine. Il y a ainsi un besoin de prise de conscience préalable de ces violations de leurs droits qui, par leur caractère *crescendo*, peuvent finir par mettre leur vie en danger. Également, il faut remarquer que les violences conjugales physiques sont souvent précédées de violences morales qui s'installent progressivement dans les rapports du couple. Le changement de perspective des femmes est obligatoire, pour donner les moyens aux institutions de mesurer l'ampleur du fléau et de le combattre. Pour cela, une sensibilisation des femmes africaines à leurs droits est nécessaire.

¹⁵⁸⁸ Art. 13 de la loi.

¹⁵⁸⁹ Y. HOUHOU, La lutte contre les violences conjugales en droit algérien, Étude, *in* Revue Droit de la famille Jurisclasseur, Lexisnexis, juin 2013.

¹⁵⁹⁰ Résolution 48/104 de l'Assemblée générale du 20 déc. 1993.

552. - Difficultés en matière de preuves. Il est possible de penser que l'attention dont bénéficient les atteintes physiques est due au fait que leur existence peut être objectivement établie par un examen ou une imagerie médicale. Pour autant, il importe de ne pas perdre de vue que les conjoints violents ont souvent recours à des formes d'agressions qui sont de moins en moins physiques, en raison du caractère visible de ces dernières, mais tout aussi graves, sinon plus. Il est ainsi observé que « Les blessures psychologiques exercées dans l'intimité d'un domicile et d'une relation privilégiée atteignent gravement les personnes qui en sont la cible. Sans porter aucun coup, elles déstabilisent et réduisent peu à peu l'estime de soi, la confiance en soi et dans les autres, la capacité à prendre des décisions, la perception de ses droits personnels »¹⁵⁹¹.

553. - Adaptation au caractère dissimulé des violences morales. Le conjoint violent, qui sait que les violences physiques sont plus repérables et en conséquence plus susceptibles d'être réprimées, adoptera le plus souvent une stratégie qui lui assure l'impunité. Il a pu être relevé qu'en général, la manipulation psychologique consiste pour le conjoint maltraitant à s'en prendre à la femme autrement que par des atteintes physiques, en faisant en sorte de l'amener à se sentir responsable de la dégradation des rapports du couple¹⁵⁹². L'inversion des responsabilités par l'auteur des violences et les séquelles psychiques peuvent énormément fragiliser la victime. C'est pourquoi l'État doit lui offrir le soutien nécessaire, afin de l'aider à prendre conscience de la violation de ses droits, et ensuite, à porter plainte contre le conjoint, seule voie pour se détacher de son emprise, avant l'arrivée d'un drame.

Cela ne peut se faire sans une pénalisation de toutes les formes de violences qui peuvent se développer dans la relation de couple.

§ 2 : Le défaut de répression légale du viol conjugal

554. - État des lieux. À l'heure actuelle, le harcèlement sexuel n'est pas encore formellement reconnu par le droit malien, que ce soit dans le cadre restreint du couple ou dans un cadre plus élargi, comme celui du travail¹⁵⁹³. Pour le Bénin et le Burkina Faso, le dispositif juridique est à l'état d'esquisse pour le moment. Pourtant, le caractère endémique de cette autre forme de

¹⁵⁹¹ M.-F. CASALIS *et al.*, Une femme sur dix, victime de violences conjugales en France, AJ Fam., 2002, p. 249.

¹⁵⁹² M. HERZOG-EVANS, Violence dite « domestique » : une responsabilité sociétale et peu de perspectives de traitement, *op. cit.*

¹⁵⁹³ Pour ce dernier cas, v. art. 168-180 de la loi française de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janv. 2002.

violence conjugale appelle à l'action. La prise en main du problème doit venir en premier lieu des autorités publiques, en ce que les violences enferment les femmes dans le silence et l'isolement.

555. - Des violences conjugales au viol conjugal. Si l'idée de violences conjugales fait son chemin sur le continent africain, celle de « viol conjugal », au contraire, lui semble encore étrangère. De fait, le devoir conjugal dans le mariage implique à l'endroit des époux l'obligation d'entretenir des relations sexuelles. Pendant longtemps, l'idée a prévalu qu'il ne pouvait y avoir de viol entre époux, ou entre personnes vivant maritalement. Ainsi a-t-il été soutenu que « Le mari ne peut se rendre coupable de viol sur la personne de sa femme »¹⁵⁹⁴. Cela a aussi été un temps la position du droit canonique, avant qu'il ne change de perspective¹⁵⁹⁵. Le droit musulman n'aborde pas la question sous l'angle d'un manquement pouvant être sanctionné¹⁵⁹⁶. L'opinion de Yamina Houhou, sur l'Algérie, reflète la réalité des États de l'Afrique noire, à savoir que « Le droit algérien passe sous silence le viol conjugal. Bien au contraire, il est cautionné par les mœurs sociales. Banalisé, justifié, il est commis avec régularité au nom du devoir conjugal sur beaucoup de femmes sans qu'elles puissent protester. Il faut souligner que la question du viol au sein du couple n'est abordée, ni dans la jurisprudence ni par la doctrine. Il est admis que le mariage fait nécessairement présumer le consentement de l'épouse aux actes de son conjoint »¹⁵⁹⁷.

556. - Définition. Le viol est légalement défini, au Burkina Faso, comme « un acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte ou surprise »¹⁵⁹⁸. Comme on peut le remarquer, la définition en elle-même n'exclut pas le viol entre personnes mariées. En convenant que le mariage est avant tout un acte de volonté, n'étant pas dénié son aspect institutionnel qui fixe les droits et obligations des époux, il faut néanmoins souligner que la légitimité d'un droit n'excuse pas le recours à la force pour l'obtenir. Contrairement aux croyances véhiculées par la coutume, la femme n'est pas un "objet"

¹⁵⁹⁴ E. GARÇON, Code pénal annoté, Sirey, 1956, T. 2, art. 331 à 333, n° 147.

¹⁵⁹⁵ J.-M. BRUGUIÈRE, Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge, *op. cit.*, n°8.

¹⁵⁹⁶ Cf. Entretien PER 7, réalisé le 13 mai 2017. Le leader religieux interrogé reconnaît qu'il n'est pas approprié pour un mari de forcer sa femme pour l'acte sexuel, lequel, dans ces conditions, « ne donne pas de bons fruits », c'est-à-dire « de bons enfants », mais en même temps, il explique qu'il est difficile de sanctionner l'homme, car il pourrait alors congédier sa femme. Pour cette raison, il est plutôt préféré une conciliation entre les parties.

¹⁵⁹⁷ Y. HOUHOU, La lutte contre les violences conjugales en droit algérien, *op. cit.*

¹⁵⁹⁸ Cf. art. 417 du Code pénal du Burkina Faso. V. aussi art. 225, al. 1^{er}, du Code pénal du Mali sur l'attentat à la pudeur : « Tout acte de caractère sexuel contraire aux mœurs, exercé intentionnellement et directement sur une personne, est un attentat à la pudeur ».

sexuel pour le conjoint (A). Et, pour opérer le changement de paradigme, le droit moderne doit se soustraire à l'influence de la coutume en cette matière par la correctionnalisation du viol conjugal (B).

A. Non-reconnaissance du viol entre conjoints par la coutume

B. Démarcation nécessaire entre le droit moderne et la coutume

A. Non-reconnaissance du viol entre conjoints par la coutume

557. - « Rapports sexuels non désirés ou forcés » dans le couple. L'article 4-2-a du Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples engage les États à prendre les mesures appropriées et effectives pour « adopter et renforcer les lois interdisant toutes formes de violence à l'égard des femmes, y compris les rapports sexuels non désirés ou forcés, qu'elles aient lieu en privé ou en public ». Les rapports sexuels entre conjoints, obtenus par surprise ou contraints, sont, au sens de cette disposition, des violences à l'égard de la femme contre lesquelles les législateurs de tous pays doivent se positionner. Dès lors, il doit être clairement posé que, même dans le couple, il n'est pas au pouvoir du mari de forcer la femme à avoir des rapports sexuels. En effet, la femme qui est la victime par prédilection du viol dans le mariage, n'est pas protégée du point de vue de la coutume, qui ne le condamne pas. L'attitude ne varie pas, que l'on se trouve devant un viol suivant un mariage forcé (1) ou dans le cadre plus général de la vie conjugale (2).

1) Viol conjugal dans le cadre du mariage forcé

558. - Consommation du mariage. Le mariage forcé pose la question du mariage en tant que résultat de la rencontre des consentements des personnes qui s'unissent. Dans le mariage forcé, la femme, il s'agit d'elle en général¹⁵⁹⁹, épouse un homme sous la contrainte de sa famille ou des règles coutumières. Par la suite, il peut se poser des problèmes au niveau de l'exécution de ses obligations conjugales. Ici, il convient de s'intéresser au devoir conjugal tout particulièrement. Si la femme adopte une attitude de défiance vis-à-vis de l'union qui lui a été imposée, elle peut se refuser à consommer le mariage. Mais la coutume ne l'admet pas. Dans ces circonstances, le mari n'encourt pas, au plan coutumier, de sanction, ni même de réprobation, lorsqu'il fait recours à la violence pour imposer des rapports sexuels à "sa femme". Même dans le cas où les faits sont ultérieurement connus par les tiers, l'homme n'est pas inquiété pour ses agissements.

¹⁵⁹⁹ V. *supra*, n° 64.

Bien au contraire, le recours à la violence est accepté comme légitime s'il s'agit de « soumettre » une femme « rebelle » envers le mari¹⁶⁰⁰. Mais on oublie vite que, justement, la femme n'a pas consenti au mariage. Dans certaines contrées, si la force physique de l'homme ne lui permet pas de vaincre seul la résistance de la femme, des personnes désignées par la coutume lui prêtent main forte. Particulièrement, il en va ainsi lorsque la femme a subi une mutilation sexuelle et qu'il est prévisible qu'elle résiste¹⁶⁰¹. Dans le cas où la mariée réussit à s'enfuir du domicile conjugal où elle est conduite le jour du mariage, et surtout si cela se produit avant que le mariage ne soit consommé, elle y est reconduite de force par ses parents ou par la famille du mari venue la réclamer.

559. - Viol conjugal durant le mariage forcé. Les sociétés traditionnelles s'accommodent volontiers des violences conjugales, plus encore de celles d'ordre sexuel¹⁶⁰². Ainsi les femmes du Sénégal ont-elles fait une marche de protestation contre les violences conjugales, afin de dénoncer la "loi du silence" entourant la question¹⁶⁰³. La violence semble même faire partie intégrante de la sexualité dans les mariages arrangés, l'idée étant que la femme finisse par accepter sa condition, ou plutôt se résigner. Au reste, les abus sexuels dans ces circonstances ne sont presque jamais portés par les victimes à la connaissance des autorités publiques, partagées entre la honte ressentie, la crainte d'être stigmatisées ou de ne pas être crues, et les incitations de leur entourage à garder le silence, pour « sauvegarder l'honneur familial ». De fait, la règle du silence vise surtout à éviter des poursuites au coupable. En marge, il faut mentionner le cas des fillettes qui sont mariées avant l'âge pubère et qui sont ensuite remises à la famille de l'homme, en attendant leur puberté pour consommer le mariage. La fille est alors plus vulnérable aux agressions sexuelles de la part du mari "en instance", d'autant plus qu'en cas de relations sexuelles forcées avant le moment choisi par les "anciens", celui-ci n'encourt pas de sanction dissuasive.

560. - Droit comparé sur le viol faisant suite à un refus de mariage. Le refus d'accorder au viol toute son importance se retrouve aussi dans les usages de certaines parties du monde où

¹⁶⁰⁰ R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, op. cit., p. 127.

¹⁶⁰¹ Lire R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, op. cit., p. 478-480.

¹⁶⁰² V. A. C. LABEL NGONGO, Lutte contre la violence faite aux femmes sur le continent africain, 28 nov. 2007, consulté le 5 mai 2016 sur <http://www.agoravox.fr/actualites/citoyennete/article/lutte-contre-la-violence-faite-aux-32287>.

¹⁶⁰³ Cf. *Radio France internationale*, Sénégal : marche blanche contre les violences faites aux femmes, 28 nov. 2012, consulté le 23 avr. 2017 sur <http://www.rfi.fr/afrique/20121128-senegal-marche-blanche-contre-violences-faites-femmes/>.

une femme qui subit un viol est obligée de se marier à celui qui l'a agressée¹⁶⁰⁴, pour « laver la honte et le déshonneur qui s'abat sur la famille de la victime »¹⁶⁰⁵. Les victimes sont jugées responsables de leur sort. Récemment en Turquie, une proposition de loi visait à permettre d'annuler la condamnation de l'auteur d'un viol sur mineur lorsque celui-ci épousait sa victime, mais la loi n'a pu être adoptée suite à la vague de protestation populaire qu'elle a suscitée dans le pays¹⁶⁰⁶. De même, en Afghanistan, les auteurs de viol peuvent éviter des poursuites judiciaires s'ils payent le « prix de sang » à la jeune victime pour garder sauf l'honneur des familles¹⁶⁰⁷. Plus récemment, en Russie, le parlement, sous la pression du pouvoir et de l'Église orthodoxe, vient de franchir un pas supplémentaire avec la dépénalisation des violences domestiques, dans le but annoncé de préserver la paix des familles¹⁶⁰⁸.

Ces cas laissent transparaître la position assez conciliante de la coutume envers les agressions sexuelles que peut subir la femme mariée de force. Cependant, la femme qui a consenti à son mariage peut également être confrontée au viol, sans recevoir davantage de soutien de la part de sa communauté.

2) Viol conjugal en dehors du mariage forcé

561. - Rituel postnuptial. Dans les cultures où il est toujours exigé que la femme reste vierge jusqu'à son mariage, surtout dans la zone saharienne, la nuit de noces apparaît comme un moment crucial car c'est le moment fixé pour le rituel de la « défloration »¹⁶⁰⁹. La mise en scène est enveloppée dans un ensemble normatif auquel les époux doivent se conformer, mais,

¹⁶⁰⁴ Ces cas se rapprochent de ceux constatés dans certaines coutumes africaines, qui ont presque disparu maintenant, où la femme faisait l'objet d'un rapt organisé par celui qui voulait l'épouser (cf. P. Van Den WIELE, *Les systèmes familiaux et matrimoniaux au sein des sociétés négro-africaines*, Cours, LGDJ, Paris, 1963, p. 62).

¹⁶⁰⁵ A.-L. Frémont, Ces pays où les violeurs peuvent épouser leurs victimes pour ne pas être poursuivis, *Le Figaro*, 21 nov. 2016, sect. International, consulté le 25 janv. 2017 sur <http://www.lefigaro.fr/international/2016/11/21/01003-20161121ARTFIG00304-ces-pays-o-les-violeurs-peuvent-epouser-leurs-victimes-pour-ne-pas-etre-poursuivis.php>. Le comportement de la victime ou sa tenue vestimentaire sont souvent présentés comme étant à l'origine de l'agression. Les proches sont avertis ensuite, pour l'accomplissement des formalités en vue du mariage.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.* A.-L. Frémont, « Ces pays où les violeurs...

¹⁶⁰⁷ *Human Rights Watch*, Afghanistan : Une nouvelle loi qui restreint les droits des femmes entre en vigueur, 14 août 2009, consulté le 25 janv. 2017 sur <https://www.hrw.org/fr/news/2009/08/14/afghanistan-une-nouvelle-loi-qui-restreint-les-droits-des-femmes-entre-en-vigueur>.

¹⁶⁰⁸ La loi est présentée comme opérant juste un allègement des peines. Mais il peut être relevé que son adoption marque un recul de la question féminine en Russie (lire à ce propos I. MANDRAUD, La Russie dépénalise les violences domestiques pour éviter la « destruction de la famille, *Le Monde.fr*, 26 janv. 2017, consulté le 25 janv. 2017 sur http://www.lemonde.fr/europe/article/2017/01/26/contre-les-valeurs-occidentales-la-russie-depenalise-les-violences-domestiques_5069197_3214.html).

¹⁶⁰⁹ La perte de la virginité chez la femme (cf. définition sur <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/d%C3%A9floration/22724>).

l'homme en sort élevé s'il démontre sa virilité. Pour la femme, la situation est toute autre, et il semble, de l'avis d'un auteur, que le caractère public du rituel participe plus à une logique de l'honneur des familles et à un culte de la virilité qu'à autre chose¹⁶¹⁰. Il n'est pas fait de place à la "sensiblerie" de la femme, laquelle doit traverser l'épreuve avec "honneur". Tel est le cas si la preuve de sa virginité est rapportée, par la présentation du linge taché du sang virginal aux familles alliées.

562. - Épreuve pour les époux. En de nombreuses localités au monde, la « nuit de noces » est un moment hautement symbolique pour les familles. Les exigences sociales qui y sont rattachées comportent cependant une violence psychique et sexuelle envers ceux qui viennent de se marier, et plus encore envers la femme, car les attentes qui se rapportent à elle sont au-dessus de celles relatives au mari. En effet, les familles se jugent les garantes des règles traditionnelles, et à ce titre, attendent de recevoir la preuve de la virilité de l'homme, ainsi que celle de la virginité de la femme, au terme de la première nuit de la vie de couple¹⁶¹¹. Pour autant, l'aptitude à l'acte sexuel n'est pas du même ordre que la norme de la virginité féminine au mariage. De plus, la femme peut ne pas connaître le mari qu'elle découvre peut-être dans la chambre nuptiale. Cependant, l'homme est autorisé, voire encouragé, à user de violence contre la femme dans ce moment, et la femme, aussi bien, doit se débattre et ne pas céder facilement¹⁶¹². Et encore, ce ne sont pas toutes les fois que la preuve du linge souillé du sang de la défloration peut effectivement être montrée à l'assistance qui l'attend, même lorsque la virginité de la femme n'est pas douteuse. Mais la femme n'est pas toujours en mesure de se défendre, comme le remarque Faouzi Adel : « Si l'époux peut prétexter la magie des femmes face à l'impuissance, l'épouse au contraire, n'a aucun argument à opposer à l'accusation de non virginité [...] et doit souvent payer de sa vie, la honte et le déshonneur qu'elle inflige à ses proches »¹⁶¹³.

563. - Crise dans le couple et refus de rapports sexuels. Lorsque l'entente n'existe plus entre les époux, il est concevable qu'un conjoint se refuse à avoir des rapports sexuels avec l'autre. En effet, le devoir conjugal comporte une part de contrainte, mais aussi une part de volonté qui ne peut être contestée. La coutume ne permet pas à la femme de se soustraire au devoir conjugal,

¹⁶¹⁰ Lire sur ce point F. ADEL, La nuit de noces ou la virilité piégée, *Insaniyat*, in Revue algérienne d'anthropologie et de sciences sociales, n° 4, 30 avr. 1998, n° 8.

¹⁶¹¹ Ou à d'autres moments, selon les variantes locales.

¹⁶¹² A.-B. DIOP, *La famille wolof : Tradition et changement*, op. cit., p. 120.

¹⁶¹³ F. ADEL, La nuit de noces ou la virilité piégée, op. cit., n° 8.

si ce n'est pour impossibilité matérielle ou cause de maladie¹⁶¹⁴. Il reste toutefois qu'indépendamment de l'état de santé ou de cas de force majeure, la mécontente dans le couple doit pouvoir, à elle seule, justifier le refus et un époux devrait se garder d'obliger son conjoint à une union charnelle avec lui. Celle-ci doit normalement dériver d'une communion des esprits. Dès lors, il ne peut pas être fait abstraction du vécu conjugal pour soutenir que le devoir conjugal est dû par chaque conjoint à l'autre en toutes circonstances. Si, dans les États africains, ce point de vue est partagé par beaucoup, sans être légalement consacré, on peut voir que dans d'autres parties du monde, il a été inscrit dans le droit positif¹⁶¹⁵.

Au regard de ces traditions, on peut s'apercevoir qu'elles constituent des violences à des degrés divers entre époux, un aspect que les sociétés qui les perpétuent refusent de considérer. La difficulté provient encore du sentiment identitaire, qui pour beaucoup, doit être préservé. Mais ce sentiment semble mal placé dans ce contexte. La coexistence non formelle des droits religieux et coutumier avec le droit codifié dans les États de l'Afrique subsaharienne laisse de nombreuses discriminations sexuelles à l'encontre de la femme, si bien que les droits modernes doivent adopter une position offensive pour en obtenir la fin.

B. Démarcation nécessaire entre droit moderne et coutume

564. - Viol non couvert par la nature conjugale de la relation. La question du viol conjugal paraît relever du non-droit du point de vue coutumier¹⁶¹⁶. Toute tentative de règlementation des violences sexuelles dans le couple est par conséquent rendue difficile. Pour aider à la transition vers des sociétés dans lesquelles les droits sexuels de la femme seront entièrement reconnus, les droits modernes doivent se départir des considérations traditionnelles et instituer un cadre juridique protecteur de la femme. Tout compte fait, le problème de viol entre les personnes unies par le mariage mérite autant l'attention que celui qui a lieu hors mariage. En effet, s'il existe à l'égard des personnes mariées une présomption simple de consentement aux relations charnelles (1), celui-ci doit être réactualisé continuellement pour sa validité (2).

¹⁶¹⁴ La période des menstrues ou les déplacements nécessités par des événements sociaux notamment.

¹⁶¹⁵ Comme en Afghanistan où une loi récemment votée oblige les femmes à se soumettre aux désirs de leur mari et leur dénie le droit de quitter leur domicile sauf à des « fins légitimes ». En cas de transgression, la nouvelle loi autorise l'époux à priver la femme de tout soutien matériel et même de nourriture (v. *Human Rights Watch*, Afghanistan : Une nouvelle loi qui restreint les droits des femmes entre en vigueur, *op. cit.* ; cf. aussi Résolution 2010/C 184 E/11 du Parlement européen du 24 avr. 2009 sur les droits des femmes en Afghanistan, Journal Officiel du 8 juil. 2010, n° C 184E, p. 57).

¹⁶¹⁶ Lire dans un sens approchant R. KOERING-JOULIN, Viol entre époux et immunité conjugale en droit de Common Law, *in* Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Dalloz, 1996, p. 473.

1) La présomption simple de consentement des conjoints à partir du mariage

565. - Du devoir conjugal au viol. Le devoir conjugal est une conséquence du mariage dans les relations personnelles entre époux. Il crée une présomption simple de leur acquiescement aux rapports sexuels, ce qui signifie que la preuve contraire est recevable. En l'occurrence, il existe deux intérêts à protéger, qui ne sont pas forcément conciliables : le droit d'un époux aux relations sexuelles, qui fait face à la liberté de consentement des conjoints. En s'efforçant d'assurer la protection des deux facettes, la jurisprudence fait droit aux requêtes en annulation du mariage fondées sur l'inaptitude du conjoint à avoir des relations sexuelles¹⁶¹⁷ ; néanmoins, lorsque l'aptitude n'est pas en cause, mais qu'il s'agit plutôt d'un refus circonstanciel, les juges montrent plus de tolérance s'il ne fait pas figure d'injure grave envers le conjoint.

566. - Position indéterminée de la jurisprudence des États africains. Les questions relevant de la sexualité sont très peu portées en discussion devant les juridictions africaines. De ce fait, il n'est pas possible de dégager une ligne jurisprudentielle claire éclairant la question. Il est néanmoins possible de se reporter à la France où il est désormais admis que le consentement au devoir conjugal n'est pas donné une fois pour toutes par les époux à l'occasion du mariage, mais qu'ils s'accordent seulement sur son principe durant leur union. C'est la solution adoptée par la Cour de cassation française pour qui « la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire »¹⁶¹⁸.

567. - Évolution dans l'approche du juge français. Il faut remarquer que la perspective actuelle constitue une évolution par rapport à la position de la jurisprudence française précédente selon laquelle, « assez classiquement [...] un mari ne pouvait être poursuivi pour viol pour avoir imposé par la force des relations sexuelles à son épouse »¹⁶¹⁹. Plus encore, il était considéré que « la contrainte sexuelle exercée par le mari ne pouvait jamais être constitutive d'un viol, "la conjonction obtenue" étant "une des fins légitimes du mariage". Le devoir de cohabitation justifiait ainsi l'infraction et le devoir conjugal était susceptible d'une exécution forcée. La contrainte sexuelle pouvait seulement être qualifiée d'attentat à la pudeur lorsque le mari avait fait subir à sa femme des actes contre nature ou lorsqu'il lui avait imposé des rapports

¹⁶¹⁷ V. *supra*, note ss n° 426.

¹⁶¹⁸ France, Crim., 11 juin 1992, D. 1993, Somm. p. 13, obs. G. AZIBERT.

¹⁶¹⁹ J. HAUSER, Viol entre époux, RTD Civ. 1991, p. 301. V. aussi R. VOUIN, Droit pénal spécial, Dalloz, 1953, n° 296 : l'auteur expose que sous l'empire de l'ancienne législation pénale française, le viol entre époux n'était pas incriminé tant que le mari « n'emploie la force que pour contraindre sa femme à des relations normales, c'est-à-dire conformes à l'ordre de la nature et ne causant aucune blessure » (cf. A. BOURRAT-GUÉGUEN, Viol et agressions sexuelles entre époux, *op. cit.*, chapitre 611, n° 611.101).

sexuels en présence et avec l'aide d'un tiers »¹⁶²⁰. Du reste, la nouvelle approche est en phase avec la législation française en vigueur, qui depuis la loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, a opéré une réforme significative en la matière¹⁶²¹.

568. - Rejet de l'immunité conjugale en matière de viol. Dans la jurisprudence française, il est maintenant établi que le droit de chaque époux d'avoir des relations sexuelles avec le conjoint est subordonné à une acceptation effective de l'autre avant toute union charnelle¹⁶²². En cas d'agression sexuelle, « le mariage ne devait plus être en lui-même un fait justificatif quand il était établi que l'époux n'avait pas consenti aux relations »¹⁶²³. Dès lors, la violence ne peut plus être la réponse systématique devant le refus d'un époux¹⁶²⁴. Bien davantage, la qualité de conjoint, comme celle de concubin ou de partenaire de la victime¹⁶²⁵, constitue maintenant une circonstance aggravante en matière de violences au sein du couple, tout autant que dans le cadre du viol et des autres agressions sexuelles¹⁶²⁶.

¹⁶²⁰ J.-M. BRUGUIÈRE, *Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge*, *op. cit.*, n°16. L'auteur se réfère à la célèbre décision de la chambre criminelle de la cour de cassation française retenant que « Toutes autres circonstances mises à part, l'acte sexuel accompli par un mari sur la personne de sa femme ne saurait être qualifié de viol, ce crime se caractérisant essentiellement par le fait que la conjonction obtenue est illicite. Il ne pourrait pas davantage être qualifié d'attentat à la pudeur avec violence puisque la pudeur de la femme mariée ne saurait être offensée par un acte qui est une des fins légitimes du mariage » (France, Crim., 19 mars 1910, Bull. crim., n° 153).

¹⁶²¹ Cette loi a été renforcée par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 (portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France) dont il résulte en outre que « Constitue également une agression sexuelle le fait de contraindre une personne par la violence, la menace ou la surprise à subir une atteinte sexuelle de la part d'un tiers » (*cf.* art. 222-22-2 du Code pénal français). Celle-ci vise spécifiquement les cas d'exploitation sexuelle des enfants, mais elle pourrait aussi s'appliquer à un homme qui, sur la base d'une relation privilégiée, obligerait une femme à subir des atteintes sexuelles de la part d'un tiers. Malgré tout, il est observé que « Dans les rares affaires où le viol a été retenu entre époux, il était accompagné de violences » *cf.* A. BOURRAT-GUÉGUEN, *Viol et agressions sexuelles entre époux*, *op. cit.*, chapitre 611, n° 611.102), la réticence de la jurisprudence française à incriminer un conjoint se manifestant encore quand les faits évoqués établissent un viol par contrainte, menace ou surprise, sans implication de violence.

¹⁶²² V. Y. MAYAUD, *Le viol : deux lois interprétatives pour une définition !* *op. cit.*, p. 257. Cependant, l'abstention fautive d'un conjoint est sanctionnée par le juge civil.

¹⁶²³ J.-M. BRUGUIÈRE, *Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge*, *op. cit.*, n°16.

¹⁶²⁴ F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *L'égalité des sexes*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶²⁵ Elle a été étendue récemment (v. A. BOURRAT-GUÉGUEN, *Viol et agressions sexuelles entre époux*, *op. cit.*, chapitre 611, n° 611.11).

¹⁶²⁶ *Cf.* art. 222-24-11° du Code pénal français (l'article 222-24 a été modifié par la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté - art. 171).

2) Le renouvellement nécessaire du consentement des conjoints pendant la vie conjugale

569. - Consentement sur le moment. Le postulat du consentement mutuel permanent des époux s'est émietté avec la nouvelle réinterprétation. Il est aujourd'hui admis que l'accomplissement du devoir conjugal doit résulter du libre consentement de chaque époux. Le consentement présumé aux actes sexuels à partir le mariage doit ainsi être conforté au cours de la vie conjugale par un consentement actuel. Il faut souligner ici que le renouvellement du consentement va, comme il est de raison, dépendre en grande partie de l'état global des relations du couple ou de certaines contingences. Il sera souvent obtenu lorsque l'entente règne entre les époux ou lorsque les circonstances sont favorables. Dans le cas contraire, il est plus probable qu'un conjoint refuse l'union sexuelle, même s'il n'est pas exclu que le consentement puisse être donné malgré tout. Mais alors, l'acceptation de chaque époux ne doit pas être équivoque. Mieux, lorsqu'un conjoint refuse sans ambiguïté les relations sexuelles, son choix doit être respecté malgré les liens du mariage et indifféremment du conjoint dont il s'agit.

570. - Influence des préconçus sexistes. Les préjugés ont la part belle en ce qui concerne la sexualité féminine. En effet, le refus de la femme n'est pas souvent tenu pour vrai, car l'imagination populaire le réinterprète comme faisant partie d'un jeu sexuel, au lieu de représenter une réelle contradiction¹⁶²⁷. Ces idées participent à maintenir, voire à accentuer les violences à caractère sexuel envers la femme, sans que les pouvoirs publics ne se préoccupent du problème dans la mesure qu'il faut.

571. - Séparation de corps. Lorsque le couple vit séparé après une procédure en justice, certains devoirs du mariage se trouvent affaiblis ou disparaissent. Au nombre de ces derniers, se trouve le devoir conjugal, qui ne s'impose plus aux époux pendant la période de séparation. Toutefois, la loi prend en compte la réunion de fait des époux dont la preuve est rapportée,

¹⁶²⁷ Cette compréhension est traduite chez Claude HABIB qui pense que « Tout homme désirant serait en position de se demander : fuit-elle pour de bon ? (...). Et la femme selon son cœur est celle qui multiplie les signes ambigus et fait passer sans cesse son poursuivant des affres de l'angoisse aux tranches de l'espoir. » (C. HABIB, *Le consentement amoureux*, éd. Hachette Littératures, 1998, cité par P. BENSSUSAN, *Viol entre époux en droit français : désir, besoin et consentement*, in *Revue Sexologie*, vol. 18, n° 3, juil.-sept. 2009, p. 221); v. aussi B. SCHNOCK, *Harcèlement sexuel des femmes au travail : préjugés et réalités*, in *Déviance et société*, 1993, vol. 17, n°3, p. 261-275.

notamment pour rétablir la présomption de paternité en faveur de l'enfant conçu ou né pendant cette période. En tout état de cause, celle-ci ne saurait résulter d'une violence¹⁶²⁸.

572. - Couples non mariés. Le devoir conjugal ne pèse normalement que sur les personnes unies par le mariage. Mais en France, l'article 222-22 du Code pénal retient, depuis la loi du 4 avril 2006, que le viol et l'agression sexuelle peuvent être caractérisés, « quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et la victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage ». Bien plus, le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle « lorsqu'il est commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité »¹⁶²⁹.

573. - Défaut de mesures appropriées dans la loi malienne. Le législateur malien reste passif devant le problème des violences conjugales, et pendant ce temps, celui-ci ne régresse pas, et même aurait tendance à se renforcer avec l'individualisation des modes de vie en Afrique. En effet, comme l'écrit Martine Herzog-Evans, « Il serait [...] d'une très grande naïveté d'imaginer que toute manifestation du passé de la domination masculine dans toutes les sphères de la vie publique comme privée ait entièrement disparu. Une partie des hommes n'accepte pas la nouvelle organisation des rapports entre hommes et femmes et s'attache à maintenir dans la sphère privée le schéma traditionnel de la femme enfermée au domicile et étant à leur service permanent, dans les domaines domestique, affectif et sexuel »¹⁶³⁰.

Ainsi, le Mali devrait emprunter la même voie que le Bénin et le Burkina Faso, qui ont légiféré sur les violences contre la femme, même si les lois de ces États restent à étoffer.

Section 2 : Des dispositifs légaux inachevés au Bénin et au Burkina Faso

574. - Lois spécifiques sur les violences contre la femme. Les sociétés africaines sont encore dominées par des modes de pensées dans lesquels la femme est supposée être sous la domination de l'homme, notamment dans la relation matrimoniale. Ayant pris la mesure des méfaits de cette vision, et de la forte attente juridique en la matière, les législateurs béninois et burkinabè sont intervenus en votant des lois répressives. Le premier à le faire fut le Bénin, qui a

¹⁶²⁸ V. G. LEVASSEUR, Viol perpétré par le mari sur sa femme, *in* Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1991, p. 348.

¹⁶²⁹ Cf. art. 222-24, 11°, du Code pénal français, modifié par la loi n° 2017-86 du 26 janv. 2017.

¹⁶³⁰ M. HERZOG-EVANS, Violence dite « domestique » : une responsabilité sociétale et peu de perspectives de traitement, *op. cit.*

adopté une loi incriminant les violences exercées dans le cadre domestique contre la femme, la loi n°2011-26 du 09 janvier 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes. Par la suite, le Burkina Faso a, de son côté, adopté la loi n° 061-2015/CNT du 06 septembre 2015 portant prévention, répression et réparation des violences à l'égard des femmes et des filles, et prise en charge des victimes. Ainsi, comparativement à la plus grande partie des États de l'Afrique noire francophone, ces États ont le mérite de pénaliser les violences et le harcèlement conjugal (§ 1). Cependant, les réglementations des deux États ne sont pas accomplies (§ 2).

§ 1 : Pénalisation des violences conjugales

§ 2 : Renforcement nécessaire de la répression des violences conjugales

§ 1 : Pénalisation des violences conjugales

575. - Absence d'incrimination spécifique dans la loi burkinabè. À proprement parler, il n'est pas institué de délit de viol ni de harcèlement au sein du couple dans la loi burkinabé n° 061-2015/CNT du 06 septembre 2015. En effet, celle-ci traite des violences sexistes de manière générale, mais elle ne fait pas mention de celles qui ont lieu dans la relation conjugale¹⁶³¹. Par défaut, c'est à travers la sanction des actes de violence « envers une fille ou une femme » qu'il est possible d'appréhender les violences conjugales. Cependant, la loi béninoise n°2011-26 du 09 janvier 2012 reconnaît les violences de tous types entre époux (A), de même que le harcèlement conjugal (B).

A. Incrimination des violences et du viol entre époux

B. Incrimination du harcèlement conjugal

A. Incrimination des violences et du viol entre époux

576. - Interdiction de l'exécution forcée du devoir conjugal. L'exécution du devoir conjugal s'impose aux époux, mais, en même temps, il se présente comme un droit dans le couple marié. Cependant, y compris lorsqu'il est considéré en tant qu'obligation, il ne saurait être obtenu par la force, sous peine de commettre une infraction, selon les droits qui prévalent désormais au Bénin et au Burkina Faso. Dans ces États, les violences dans le couple sont maintenant passibles de sanctions (1), ainsi que les agressions sexuelles entre époux (2).

¹⁶³¹ La loi porte nommément sur la « prévention, répression et réparation des violences à l'égard des femmes et des filles et prise en charge des victimes ».

1) Violences conjugales

577. - Définition légale. Aux termes de la loi béninoise n° 2011-26 du 09 janvier 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes, la violence dans le milieu familial désigne un « abus de pouvoir ou négligence intentionnelle en vue de dominer, soumettre, contrôler ou agresser les femmes de manière physique, verbale, psychologique, patrimoniale, économique et sexuelle, à l'intérieur comme à l'extérieur du domicile familial, que l'agresseur soit lié ou ait été lié à sa victime par des relations de parenté, par le sang ou par alliance, des relations de mariage, de concubinage ou qu'il entretienne ou ait entretenu avec elle une relation de fait »¹⁶³². Plus précisément, la violence domestique est définie comme « toute violence physique ou sexuelle faite par une personne contre la personne d'autrui quand les deux parties sont mariées, concubines, ou consanguines, ou qu'elles vivent dans la même maison, ou quand les deux parties ont eu une relation intime dans le passé, mais ne sont plus ensemble »¹⁶³³. Les termes exacts de « violences conjugales » ont peut-être été évités pour ne pas rébuter l'opinion publique, mais en tout état de cause, la référence aux violences dans le couple est expresse.

578. - Renouveau du principe. Par le passé, il était pratiquement impossible de faire passer les violences conjugales multiformes sous le coup de la justice, exception faite du cas où elles avaient provoqué une incapacité de travail d'une certaine durée ou la mort de la victime¹⁶³⁴. Le principe de violences conjugales est enfin posé dans les droits du Bénin et du Burkina Faso. Le mariage, au même titre que les autres modes de conjugalité, n'excuse pas la commission de violences sur un conjoint par le compagnon dans le cadre du devoir conjugal. Mais, pour parvenir à cette solution, il a fallu arbitrer les arguments avancés de part et d'autre. D'un côté, il était soutenu que légiférer en cette matière pouvait être source de bouleversements irréparables dans les familles, étant considéré que toute personne mariée a, en principe, accepté par avance d'avoir des rapports sexuels. De l'autre, le besoin de protection des victimes était mis en avant pour soutenir la nécessité d'une nouvelle législation, lesquelles avaient été jusqu'alors laissées à elles-mêmes, au nom de la préservation de la "paix" dans les ménages¹⁶³⁵.

¹⁶³² Cf. art. 3 de la loi. V. dans un sens moins extensif, art. 2 de la loi burkinabé n° 061-2015/CNT du 06 sept. 2015.

¹⁶³³ *Ibid.*

¹⁶³⁴ Cf. art. 309 du Code pénal Bouvenet du 6 mai 1877 pour le Bénin et art. 329 du Code pénal burkinabé.

¹⁶³⁵ En outre, un préjugé persistant veut que le refus d'une femme n'en soit pas toujours un véritablement (cf. P. BENSUSSAN, *Viol entre époux en droit français : désir, besoin et consentement*, *op. cit.*, p. 218-224).

579. - Position audacieuse du codificateur béninois. La prise de position du codificateur béninois est plus affirmée que celle de son homologue burkinabè. Pourtant, ce positionnement de la loi n'était pas évident dans un contexte social très patriarcal. Il faut croire que la réalité sociale, abondamment marquée par les cas de violences, a été déterminante. Cependant, les données socio-culturelles semblables au Burkina Faso n'ont pas mené à un engagement de la même hauteur. Toutefois, il est à craindre que les comportements prennent du temps à s'aligner sur la nouvelle direction de la loi béninoise, étant donné que les rapports de domination maritale ont longtemps prévalu.

2) Viol au sein du couple

580. - Délit de viol. Aux termes de l'article 3 de la loi béninoise n° 2011-26 du 09 janvier 2012, le viol s'entend de « tout acte de pénétration vaginale, anale ou buccale par le sexe d'autrui ou la pénétration vaginale ou anale par un quelconque objet sans le consentement intelligent et volontaire de la personne pénétrée. Cependant le consentement n'est pas valable chez les femmes mineures de moins de seize (16) ans » ; « La personne pénétrée n'est pas obligée de se battre contre son agresseur »¹⁶³⁶. Ce dernier niveau de clarification fait penser que la loi a entendu écarter les stratégies de défense des présumés coupables de viol, lorsqu'ils opposent l'absence de réaction de la victime au moment des faits. La précision n'est pas de trop, dans la mesure où, dans de nombreux cas, cet argument permet en effet d'obtenir l'acquiescement de l'auteur du viol présumé, à partir du raisonnement que la victime ne s'est pas débattue parce qu'elle était en réalité consentante sur le moment ; sa plainte ne ferait suite qu'à un changement d'avis qui n'engage pas la personne poursuivie. Cette logique avait pour effet de transférer la responsabilité des faits à la victime. Un cas d'espèce en fournit l'illustration, dans lequel le juge français a pu retenir qu'« il n'est pas résulté de l'enquête et notamment des propres déclarations des parties civiles, la manifestation ferme, non équivoque et renouvelée d'un refus absolu des comportements imposés par X... »¹⁶³⁷.

¹⁶³⁶ Pour définir le viol en général, le Code pénal burkinabè retient en son article 417 qu'il « est un acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte ou surprise » (cf. loi burkinabè n° 43-96/ADP du 13 nov. 1996, modifiée par la loi n° 6-2004 AN du 6 avr. 2004) ; art. 14 al. 1^{er} de la loi burkinabè n° 061-2015/CNT du 06 sept. 2015 portant prévention, répression et réparation des violences à l'égard des femmes et des filles et prise en charge des victimes.

¹⁶³⁷ Dans cette affaire, un professeur de théâtre était accusé de viols sur des étudiantes (cf. France, Crim., 15 juin 2000, 99-84.171, Bull. crim., 2000 n° 227, p. 673).

581. - Viol appliqué au cas des conjoints. Au Bénin, l'article 3 de la loi béninoise n° 2011-26 du 09 janvier 2012 prévoit que le fait d'être marié à la personne ayant subi l'agression n'est pas une excuse au crime de viol¹⁶³⁸. Au Burkina Faso, l'article 14, alinéa 2, de la loi n° 061-2015/CNT du 06 septembre 2015, use d'une tournure moins directe pour reconnaître le viol entre époux. Ainsi, ce texte prévoit le cas dans lequel « le viol est commis de manière répétitive sur une partenaire intime et habituelle avec qui l'auteur entretient des relations sexuelles stables et continues ou lorsque ladite partenaire est dans une incapacité physique quelconque d'accomplir une relation sexuelle ». Ces précisions sont d'importance, parce qu'elles permettent de prévenir toute polémique sur l'inclusion des relations sexuelles contraintes ou des agressions sexuelles dans le contexte conjugal parmi les hypothèses de viol. En effet, la délictualisation de ce qui était auparavant considéré comme menant à "une conjonction naturelle" dans le couple¹⁶³⁹ ne recueille pas encore l'adhésion de tous.

582. - Absence de consentement intelligent et volontaire. Le critère est inscrit comme déterminant le viol. La précision du texte de la loi béninoise¹⁶⁴⁰ met en lumière le ressenti psychologique de la victime autant que celle de l'auteur. En effet, dans les approches pénales classiques, dès qu'une personne est poursuivie pour viol avec violence, contrainte¹⁶⁴¹, ou surprise – la France y a rajouté la menace¹⁶⁴² – la tendance, dans l'appréciation des faits, était de rechercher si le coupable présumé avait conscience d'agir sans le consentement de la victime de l'agression, autrement dit si l'élément moral de l'infraction était constitué, étant remarqué que le retournement de situation menait fréquemment à la relaxe du fautif. Catherine Le Magueresse observe ainsi que « Seul le comportement de l'auteur des violences est pris en compte. Le législateur est muet sur la recherche d'éléments indiquant l'absence de consentement de la victime. Le point de vue de "l'autre", de la victime, est ignoré, sans effet sur

¹⁶³⁸ Art. 3 de la loi. V. aussi art. 222-22 du Code pénal français.

¹⁶³⁹ V. *supra*, n° 567.

¹⁶⁴⁰ Cf. art. 3 de la loi n° 2011-26 du 09 janv. 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes (v. *supra*, n° 577).

¹⁶⁴¹ En France, selon l'article 222-22-1 du Code pénal (issu de la loi n° 2010-121 du 8 févr. 2010), « La contrainte [...] peut être physique ou morale. La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ».

¹⁶⁴² La menace d'un péril sur la personne agressée pouvant déterminer une "acceptation". Cependant, il est souligné que l'ajout de la menace n'étend pas au final le champ d'application de la loi, étant entendu que la menace est seulement une forme de la contrainte (cf. Recueil Dalloz, La définition du viol donnée par le nouveau Code pénal n'est pas plus large que celle donnée par les anciens textes, sur France, Cass. crim., 14 oct. 1998, D., n° 44 du 10 déc. 1998, p. 261).

l'appréciation de l'existence ou non d'une atteinte sexuelle. Autrement dit, le refus exprimé par la victime, l'absence manifeste de consentement, n'ont pas de conséquence juridique s'ils ne sont pas corroborés par des éléments matériels "violence, contrainte, menace ou surprise" »¹⁶⁴³.

583. - Viol par contrainte ou surprise. Ces hypothèses de viol conjugal n'apparaissent pas dans la loi béninoise n° 2011-26 du 09 janvier 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes. En revanche, elles se retrouvent dans la loi burkinabè qui, cependant, use d'un langage éluusif pour aborder le cas du viol entre époux¹⁶⁴⁴. Au demeurant, même dans les systèmes où elle est clairement consignée dans la loi, la poursuite d'une personne mariée sur ce chef ne semble pas évidente. Par exemple, à considérer le cas de la France, après la réforme de la loi du 23 décembre 1980¹⁶⁴⁵, sur la question de savoir si les rapports entre époux, imposés à un conjoint, pouvaient ou non constituer un viol indépendamment de toute violence et de tout acte contre nature¹⁶⁴⁶, le doyen Hauser soulignait que « Sans doute, la question est intéressante, mais verra-t-on jamais un tel cas accéder au prétoire pénal, même si l'article 322 nouveau vise bien la simple « contrainte ou la surprise » et n'est-ce pas plutôt vers le contentieux du divorce pour faute, éventuellement avec dommages-intérêts, que l'épouse bafouée (ou l'époux ?) se tourneront ? »¹⁶⁴⁷.

584. - Circonstance non aggravante du viol conjugal. Il ressort de la loi burkinabè n° 061-2015/CNT du 06 septembre 2015 portant prévention, répression et réparation des violences à l'égard des femmes et des filles et prise en charge des victimes, en son article 14 que :

« Est coupable de viol et puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans à dix ans, toute personne qui commet par violence, contrainte ou surprise, un acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit sur une femme ou une fille¹⁶⁴⁸.

Lorsque le viol est commis de manière répétitive sur une partenaire intime et habituelle avec qui l'auteur entretient des relations sexuelles stables et continues ou lorsque ladite

¹⁶⁴³ Cf. Sorbonne, Colloque « Viols et agressions sexuelles : mieux reconnaître la contrainte », 22 nov. 2007, disponible sur http://www.avft.org/article.php?id_article=425.

¹⁶⁴⁴ Cf. art. 14 de la loi n° 061-2015/CNT du 06 sept. 2015 (v. *infra*, n° 584).

¹⁶⁴⁵ Préc.

¹⁶⁴⁶ M.-L. RASSAT, JCP 1991, II 21629.

¹⁶⁴⁷ J. HAUSER, *Viol entre époux*, *op. cit.*, p. 301, à propos de décisions ayant condamné un homme pour viol sur la femme dont il était légalement séparé (Crim. 17 juill. 1984, Bull. crim., n° 260) et un conjoint dans un cas où « des faits particulièrement ignobles » se mêlaient au viol (Crim. 5 sept. 1990, D. 1991.J.13, note H. ANGEVIN).

¹⁶⁴⁸ Cette définition peut être jugée sexiste, en ce qu'elle exclut l'homme comme victime potentielle du viol. Cependant, l'omission semble volontaire, l'objet de la loi visant seulement les femmes et les filles.

partenaire est dans une incapacité physique quelconque d'accomplir une relation sexuelle, la peine est d'une amende de cent mille (100 000) à cinq cent mille (500 000) francs CFA. »

585. - Circonstance plutôt atténuante. Si la réglementation française retient une circonstance aggravante du viol en cas d'existence d'une relation privilégiée entre la femme victime de viol et l'auteur du viol¹⁶⁴⁹, dans la loi burkinabè, ce paramètre agit plutôt comme une circonstance atténuante. En effet, le coupable n'encourt alors qu'une peine d'amende au lieu de la peine carcérale classique. La loi béninoise n° 2011-26 du 09 janvier 2012 garde, pour sa part, une neutralité sur l'existence d'une relation privilégiée entre la victime et le coupable.

B. Incrimination du harcèlement conjugal

586. - Droits en avant-garde. Dans le contexte africain, la reconnaissance du harcèlement conjugal semble encore étrange. Malgré tout, les législateurs du Bénin et du Burkina Faso ont franchi le pas. Ils devancent ainsi beaucoup d'autres États sur cette voie. Cette reconnaissance résulte des lois béninoise n° 2006-19 du 05 septembre 2006 portant répression du harcèlement sexuel et protection des victimes et burkinabè n° 061-2015/CNT du 06 septembre 2015 portant prévention, répression et réparation des violences à l'égard des femmes et des filles et prise en charge des victimes. Il ressort de ces textes que le harcèlement conjugal consiste, pour un époux, à profiter de la vulnérabilité de son conjoint pour obtenir des faveurs (1). Les faits reprochés doivent s'être répétés pour être opérants (2).

1) La condition de l'exploitation d'une situation de faiblesse pour obtenir des faveurs de nature sexuelle

587. - Définitions. Il existe une réelle difficulté à cerner la notion de harcèlement conjugal. Un tour d'horizon s'impose donc. Selon l'article 1^{er} de la loi 2006-19 du 05 septembre 2006, « Constitue un harcèlement sexuel [...] le fait pour quelqu'un de donner les ordres, d'user de paroles, de gestes, d'écrits, de message et de façon répétée, de proférer des menaces, d'imposer des contraintes, d'exercer des pressions ou d'utiliser tout autre moyen aux fins d'obtenir d'une personne en situation de vulnérabilité ou de subordination, des faveurs, de nature sexuelle à son profit d'un tiers contre la volonté de la personne harcelée ».

L'article 3 de la loi béninoise n° 2011-26 du 09 janvier 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes fournit aussi une définition du « harcèlement », à savoir que c'est

¹⁶⁴⁹ Cf. article L. 222-24 du Code pénal.

« le fait pour quelqu'un de donner des ordres, d'user de paroles, de gestes, d'écrits, de messages et ce, de façon répétée, de proférer des menaces, d'imposer des contraintes, d'exercer des pressions ou d'utiliser tout autre moyen aux fins d'obtenir d'une personne en situation de vulnérabilité ou de subordination des faveurs de quelque nature que ce soit y compris sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers contre la volonté de la femme harcelée ».

Quant à la loi burkinabè n° 061-2015/CNT du 06 septembre 2015 portant prévention, répression et réparation des violences à l'égard des femmes et des filles et prise en charge des victimes, elle énonce en son article 11, alinéas 1 et 3, qu'« Est coupable de harcèlement sexuel quiconque impose de façon répétée à une femme ou à une fille, des propos ou agissements à connotation sexuelle qui, soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante », et que « Le harcèlement sexuel est puni d'une peine d'emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de trois cent mille (300 000) à cinq cent mille (500 000) franc CFA ou de l'une de ces deux peines. La peine est portée au maximum lorsque :

- l'auteur exerce une influence ou une autorité sur la victime ;
- l'auteur est un ascendant ;
- la victime est dans une situation de vulnérabilité».

L'alinéa 2 de l'article 11 de la même loi assimile au harcèlement sexuel « le fait d'user de toute forme de pression grave, dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers ».

588. - Différenciation dans la terminologie. Il ressort des différentes définitions que les concepts de « harcèlement » et de « harcèlement sexuel » n'ont pas le même sens. Le premier couvre un domaine plus vaste que le second qui concerne restrictivement les cas où l'auteur des faits reprochés aura recherché une faveur de nature sexuelle. Par ailleurs, on peut se demander où se situe le "harcèlement moral" par rapport à ces deux notions. L'expression de "harcèlement moral" semble correspondre à celle de "harcèlement". Cependant, on le rencontre plus souvent dans le contexte professionnel autant que hors de ce contexte¹⁶⁵⁰. Au contraire, une distinction est faite entre le "harcèlement moral" et le "harcèlement sexuel" dans le sens où, dans le second cas, le harceleur doit avoir agi dans le but d'obtenir une faveur de nature sexuelle tandis que,

¹⁶⁵⁰ V. B. LAPÉROU-SCHENEIDER, Relations professionnelles et extraprofessionnelles, Le Lamy droit pénal des affaires, 2016, n° 4631.

dans le premier cas, l'infraction est constituée dès lors que les agissements ont eu « pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail »¹⁶⁵¹. Si l'intention du harceleur n'a qu'une signification relative en matière de harcèlement moral, elle donne pourtant son sens à l'infraction de harcèlement sexuel¹⁶⁵².

589. - Harcèlement conjugal et harcèlement moral. Le concept de « harcèlement conjugal », en particulier, recouvre autant le harcèlement moral que le harcèlement sexuel, mais dans le cadre restreint d'une relation de couple. Néanmoins, il est souvent englobé dans la notion de harcèlement moral. L'une des raisons qui l'expliquent, c'est que l'idée du harcèlement entre conjoints est encore mal acceptée dans les sociétés très patriarcales comme le sont beaucoup de milieux africains. La relégation du harcèlement conjugal au second plan provient donc de l'évitement de l'hostilité sociale dont il est habituellement fait montre à l'endroit des victimes d'affaires de mœurs tombant sous cette qualification¹⁶⁵³. Également, il faut considérer que lorsqu'une accusation est faite sous le chef de harcèlement sexuel conjugal, il se pose toujours la difficulté de la preuve des faits allégués, notamment de l'intention du harceleur d'obtenir une faveur sexuelle. Pour cela, les femmes victimes de violences sexuelles de la part d'un conjoint ont peu tendance à porter plainte pour fait de harcèlement sexuel.

590. - Critères particuliers. La recherche d'une faveur sur le plan sexuel ou sur un autre plan, en tant que critère du harcèlement conjugal, exige des circonstances particulières. De cette façon, le présumé coupable doit avoir exploité une situation de faiblesse de la victime, qui peut tenir à sa vulnérabilité¹⁶⁵⁴, à l'existence d'un lien de subordination professionnelle entre elle et l'auteur, ou à un rapport d'autorité d'un ascendant envers elle. Par ailleurs, les agissements caractérisant le harcèlement conjugal doivent s'être produits de manière répétitive.

2) La condition de la réitération des faits constitutifs de harcèlement

591. - Auteur des actes. Dans les cas du Bénin et du Burkina Faso, la situation des conjoints, qu'ils soient mariés ou non, n'est pas spécialement visée dans les lois, en sorte que la qualité de l'auteur de l'infraction au regard de celle de la victime n'est pas un élément entrant dans la

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, n° 4625.

¹⁶⁵² V. Association européenne contre les Violences faites aux Femmes au Travail, Harcèlements... Vers la disparition des violences sexuelles, 1 oct. 2006, consulté le 31 juil. 17 sur http://www.avft.org/article.php?id_article=289.

¹⁶⁵³ V. Association européenne contre les Violences faites aux Femmes au Travail, Harcèlements... Vers la disparition des violences sexuelles, *op. cit.*

¹⁶⁵⁴ La disposition vise surtout le cas des femmes affectées par un handicap.

constitution de l'infraction. Par conséquent, il n'est pas tenu compte de l'existence actuelle ou passée de relations privilégiées entre les personnes prises à partie. La perspective est toute autre en France où la qualité de conjoint, concubin ou partenaire, participe à faire du délit de harcèlement moral une infraction spécifique¹⁶⁵⁵.

592. - Élément matériel. Le harcèlement moral suppose la répétition de « propos ou agissements », ainsi qu'il résulte des énonciations de l'article 11, alinéa 1, de la loi burkinabè n°061-2015/CNT du 06 septembre 2015. Le législateur béninois, pour sa part, énumère les faits de harcèlement sans pour autant user d'un terme général pour les désigner¹⁶⁵⁶. La précaution a évité les discussions d'ordre terminologique autour du sujet, comme ce fut le cas en France¹⁶⁵⁷.

593. - Élément intentionnel. Comme pour toute infraction, l'élément matériel doit être complété par un élément psychologique. À ce titre, il doit être prouvé que le présumé coupable a agi sciemment, à savoir qu'il a posé les actes de harcèlement de manière répétitive tout en sachant l'impact sur la victime. Cependant, en pratique, il se révèle difficile d'apporter la preuve de cette intention, même si cela n'est pas impossible. Comme le souligne Anne Mézard, « Le premier obstacle au bon traitement judiciaire de la violence conjugale est [...] paradoxalement celui de l'absence de preuve de ladite violence »¹⁶⁵⁸.

594. - Résultat des actes. L'infraction de harcèlement est constituée dès lors que les agissements coupables portent atteinte à la dignité de la personne qui en est la cible, en raison de leur caractère dégradant ou humiliant ou du fait qu'ils créent une situation intimidante, hostile ou offensante pour elle¹⁶⁵⁹. Le texte béninois ajoute les faits d'altérer la santé physique ou mentale et de compromettre les projets ou l'avenir de la personne¹⁶⁶⁰.

Il est intéressant d'avoir intégré cette incrimination, car elle vient renforcer la lutte contre les violences conjugales dans les législations béninoise et burkinabè. Cependant, la nouvelle orientation doit être confortée par des mesures complémentaires, encore absentes des dispositifs juridiques des États considérés.

¹⁶⁵⁵ Cf. Code pénal français, articles 132-80 et art. 222-33-2-1, al. 2.

¹⁶⁵⁶ Cf. art. 1 de la loi béninoise n° 2006-19 du 05 sept. 2006.

¹⁶⁵⁷ En France, il a été proposé de remplacer le terme "agissements" de l'article 222-33, 2-1, du Code pénal jugé vague par "propos ou comportements" (lire à ce propos Dalloz action, Droit de la famille, Viol et agressions sexuelles entre époux, n° 611.81, consulté le 8 mai 2017 sur Dalloz.fr).

¹⁶⁵⁸ A. MÉZARD, Le traitement judiciaire des violences conjugales, AJ Fam. 2003, p. 410.

¹⁶⁵⁹ Art. 11 alinéa 1 de la loi burkinabè n° 061-2015/CNT du 06 sept. 2015.

¹⁶⁶⁰ Art. 3 de la loi béninoise n° 2011-26 du 09 janv. 2012.

§ 2 : Renforcement nécessaire de la répression des violences conjugales

595. - Appropriation de la lutte contre les violences conjugales. L'engagement international contre les violences conjugales a contribué à rendre visible le problème des violences conjugales dans nombre d'États où le phénomène était ignoré. Comme le souligne Maurice Nkouendjin Yotnda, dans son étude sur le Cameroun, un État présentant les mêmes réalités sociales que la plupart des États de l'Afrique noire, « le droit de correction est incontestablement fondé sur la coutume qui constitue avec le droit écrit la trame de fond de [la] législation en matière du droit de la famille »¹⁶⁶¹. Le « droit de correction » que mentionne l'auteur s'exerce contre la femme. À la faveur du mouvement de reconnaissance, le Bénin et le Burkina Faso ont adopté des textes qui reflètent la réalité des violences dirigées contre la femme dans le cercle domestique, en créant des infractions spécifiques. Néanmoins, si l'incrimination des violences conjugales est un pan appréciable de la résolution du problème, il reste qu'il doit être soutenu en aval par le traitement judiciaire.

596. - Faible taux de saisine des autorités judiciaires. Lorsque les violences sexistes contre la femme ont lieu dans le cadre conjugal, elles peuvent aboutir à la déstructuration de sa personnalité. Par ailleurs, le phénomène d'inversement de la culpabilité, souvent orchestré par l'auteur des violences, peut amener la victime à se convaincre de ce qu'elle porte la responsabilité de la situation, par son comportement ou ses attitudes. Dans ces cas, il faut un concours de circonstances exceptionnel pour que la conjointe envisage de saisir les autorités judiciaires¹⁶⁶². Cela étant, si le dispositif juridique lui-même n'est pas incitatif, le taux de plaintes s'amenuise encore, par rapport aux cas existants.

C'est le cas des réglementations béninoise et burkinabè, dans lesquels il n'est pas prévu de procédures d'urgence applicables en cas de violences conjugales (A) et où il n'existe pas une politique judiciaire de logement de la femme maltraitée élaborée, propre à assurer sa sécurité en toutes circonstances(B).

A. Inexistence de procédures d'urgence appropriées aux cas de violences conjugales

B. Solution partielle en matière de logement de la femme victime de violences conjugales

¹⁶⁶¹ M. NKOUENDJIN YOTNDA, Du droit de « boxer » sa femme, *op. cit.*, p. 7.

¹⁶⁶² J. ALIX, Le dispositif français de protection des victimes de violences conjugales, *AJ Pén.*, Dalloz, 2014, p. 208.

A. Inexistence de procédures d'urgence appropriées aux cas de violences conjugales

597. - Dispositifs juridiques incomplets dans la lutte contre les violences conjugales. Afin de contenir efficacement les violences domestiques, il est nécessaire d'instituer, à côté des procédures de droit commun, des procédures adaptées en cas d'urgence, comme c'est le cas en droit français¹⁶⁶³. En effet, s'il est couramment admis que le juge peut statuer par voie d'ordonnance dans les affaires d'un couple, lorsqu'il en est requis¹⁶⁶⁴, les pouvoirs légiférants des États béninois et burkinabè, qui font l'effort de réglementer les violences conjugales, auraient pu aller plus loin dans leur approche, pour organiser des procédures spéciales consolidant la protection des victimes, telles qu'elles figurent en droit français.

598. - Défaut d'unité de compétence. Au Bénin comme au Burkina Faso, le recours à l'ordonnance sur requête reste le seul moyen d'agir en cas d'urgence dans une situation de violence conjugale. Cependant, cette action présente l'inconvénient de relever de la compétence du président du tribunal de grande instance¹⁶⁶⁵, plutôt que de celle du juge chargé des affaires familiales. Pourtant, celui-ci est mieux placé, s'il a été préalablement saisi par un conjoint, pour apprécier de l'opportunité de prescrire des mesures d'accompagnement, en raison de la connaissance approfondie qu'il a des problèmes du couple.

599. - L'ordonnance de référé ou le référé-violence en droit français. Elle est réglementée par les articles 515-9 à 515-13 du Code civil français¹⁶⁶⁶. Aux termes de l'article 515-9 du Code,

¹⁶⁶³ Il convient de signaler que le cadre théorique est peut-être satisfaisant dans cet État, mais l'observation ne vaut pas pour la mise en œuvre. En effet, le dispositif français n'est pas forcément utilisé et la politique juridictionnelle varie d'un tribunal à l'autre et selon les commissariats de police. Ainsi, Valérie AVENA-ROBARDET remarque qu'« Il faudra certainement plus qu'une loi pour que cessent les violences conjugales. Mais la loi n° 2010-769 du 9 juil. 2010, en créant l'ordonnance de protection, envoie un signal fort : la lutte contre les violences conjugales est vraiment devenue une "grande cause nationale" » (cf. V. AVENA-ROBARDET, Preuve des violences conjugales, modèle de requête aux fins d'ordonnance de protection..., Dalloz actualité, 17 déc. 2010, AJ famille 12/2010) ; v. dans le même sens H. VLAMYNCK, Ordonnance de protection : quelques remarques après un mois de mise en œuvre, AJ Fam., 2010, p. 523.

¹⁶⁶⁴ Cf. par exemple art. 471 du Code de procédure civile du Burkina Faso dont il résulte que « L'ordonnance sur requête est une décision rendue non contradictoirement par le président dans les cas spécifiés par la loi, lorsque les circonstances n'exigent pas que la partie adverse soit appelée ».

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶⁶ Modifiés par la loi n° 2010-769 du 9 juil. 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants (elle-même modifiée par la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes) ; v. aussi art. 10-2 du Code de procédure pénale français, 6° permettant de demander une ordonnance de protection (cf. loi n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne, art. 7). La matière était anciennement régie par l'article 220-1, alinéa 3, du Code civil français qui permettait au juge « de statuer, hors de toute procédure de divorce ou de séparation de corps, sur la résidence séparée, la jouissance

« Lorsque les violences exercées au sein du couple ou par un ancien conjoint, un ancien partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou un ancien concubin mettent en danger la personne qui en est victime, un ou plusieurs enfants, le juge aux affaires familiales peut délivrer en urgence à cette dernière une ordonnance de protection ». L'ordonnance peut s'accompagner de mesures d'urgence dont la durée n'excède pas quatre mois, sous réserve de prorogation, s'il a été entre-temps déposé une demande en divorce ou en séparation de corps¹⁶⁶⁷.

600. - Déploiement de l'ordonnance de protection. Le besoin de contenir les violences domestiques dans l'urgence justifie en principe le recours à cette procédure exceptionnelle, dans laquelle les pouvoirs du juge sont étendus. En effet, l'élargissement du champ d'action du juge permet à ce dernier de prendre toutes les mesures qu'il estime convenables pour faire cesser les agressions et offrir une certaine sécurité à la femme victime. Dans ce cadre, il peut fixer une résidence séparée au bénéfice de la femme mariée, ce qui a fait dire que le juge avait la possibilité d'organiser une véritable séparation de fait¹⁶⁶⁸. Également, un dispositif de téléprotection de la victime des violences peut être mis en place¹⁶⁶⁹. Il faut signaler qu'à tout moment, l'ordonnance peut être révoquée ou l'ensemble des mesures modifié par le juge aux affaires familiales, sur requête du ministère public ou d'une partie, après instruction. Il est prévu que l'ordonnance de protection peut, de même, profiter à une personne majeure menacée de mariage forcé¹⁶⁷⁰.

601. - Preuve des violences conjugales. Pour qu'il soit fait droit à une demande en référé sur le fondement de violences domestiques, la preuve de celles-ci doit être rapportée. Cependant, compte tenu de ce que les violences domestiques ont fréquemment lieu dans des lieux privés, à l'abri de témoins potentiels, il est parfois difficile de les établir formellement. De surcroît, la

provisoire du logement familial et l'exercice de l'autorité parentale, ainsi que la contribution aux charges du mariage ». La disposition était jugée plutôt « hardie » (v. J. HAUSER, Premières applications du référé-violence, RTD Civ. 2008, p. 278 (à propos de Civ. 1^{re}, 6 févr. 2008, D. 2008. 546 ; AJ fam. 2008. 168, obs. F. CHÉNÉDÉ ; Dr. fam. 2008. 39, note V. LARRIBAU-TERNEYRE). Maintenant, le champ de la réglementation s'étend, hormis les époux, aux concubins et aux partenaires.

¹⁶⁶⁷ Cf. art. 515-12 de la loi que modifie l'article 32, II, de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014.

¹⁶⁶⁸ Sur ce point, lire J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, Régimes matrimoniaux, Répertoire de procédure civile, Dalloz, mai 2014 (actualisation avril 2015), n° 140 ; aussi V. J. HAUSER, Premières applications du référé-violence, préc.

¹⁶⁶⁹ Il fonctionne avec un bracelet électronique porté par l'auteur des violences assigné à résidence avec une surveillance électronique mobile, assortie d'une interdiction de rencontrer la victime. Une phase expérimentale a été fixée sur une durée de trois ans (v. art. 6 - III de la loi française n°2010-769 du 9 juil. 2010).

¹⁶⁷⁰ Cf. art. 515-13 du code civil français. Dans ce cas, une interdiction temporaire de sortie du territoire de l'intéressée peut être délivrée sur sa demande.

difficulté n'est pas la même selon que les violences dont il faut fournir les preuves sont physiques (celles-ci étant plus faciles à démontrer) ou morales. Ce pourquoi, dans l'hypothèse d'une requête en la forme classique, la loi béninoise n° 2011-26 du 09 janvier 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes prescrit d'élargir les catégories de preuves à charge afin de prendre en compte les témoignages des victimes¹⁶⁷¹. Ainsi, le témoignage d'une victime peut fonder, seul, la conviction intime du juge¹⁶⁷². S'il n'est pas contesté que les assouplissements des conditions de preuve s'inscrivent dans le sens de la poursuite d'une certaine effectivité des textes juridiques, il peut tout de même être remarqué qu'il est hardi de permettre la prise de décisions graves sur la simple foi d'allégations.

602. - Protection ciblée de la victime de violences conjugales. L'ordonnance de protection montre particulièrement son utilité lorsque la victime de violences reste exposée à de nouvelles atteintes, et plus encore dans le cas où le couple séparé par suite de violences a eu des enfants. En effet, dans ces circonstances, le cycle de violence se perpétue le plus souvent à travers l'exercice des droits parentaux. Ceci est particulièrement vrai lorsque la mère reçoit la garde des enfants, auquel cas le parent violent peut profiter des droits de visite et de garde qui créent des occasions de contact avec la mère pour tenter de rasseoir son emprise sur elle. En même temps, il est évident qu'il faut, dans la mesure du possible, conserver des liens entre l'enfant et chacun de ses parents, quand même il s'agirait d'un parent violent. L'ordonnance de protection tente de concilier ces intérêts, à la limite, exclusifs. En France, l'article 373-2-11 du Code civil dispose que :

« Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération :

[...]

6° Les pressions ou violences, à caractère physique ou psychologique, exercées par l'un des parents sur la personne de l'autre. »

De même, le juge pénal français peut totalement retirer l'autorité parentale au parent auteur, coauteur ou complice de violences, sur le fondement de l'article 378 du Code civil.

Au regard du mécanisme de l'ordonnance de protection dans le système juridique français, il apparaît qu'elle pourrait avantageusement compléter les mesures qui existent déjà dans les

¹⁶⁷¹ Art. 15, al. 3, de la loi béninoise n° 2011-26 du 09 janv. 2012.

¹⁶⁷² Art. 15, al. 4, de la loi béninoise n° 2011-26 du 09 janv. 2012.

droits béninois et burkinabè. De même, la question du logement de la victime exige d'être revue dans les droits africains.

B. Solution partielle en matière de logement de la femme victime de violences conjugales

603. - Problème du logement du conjoint victime de violence. Comme il a déjà été relevé, en cas de violences domestiques ou conjugales, la victime hésite beaucoup à saisir les autorités judiciaires, de peur de ne pas être crue et d'être stigmatisée. En outre, il apparaît que la plus grande crainte du conjoint confronté aux violences est de perdre ses droits sur le logement, notamment quand il s'agit d'un couple ayant un toit commun. Ainsi, le renforcement de la protection du droit au logement participe pour beaucoup dans l'effectivité des textes juridiques traitant des violences conjugales. Parmi les trois systèmes normatifs étudiés, le droit béninois est celui qui s'inscrit le plus dans une dynamique évolutive, par la consécration de l'éviction du coupable de violences du domicile commun (1); elle demeure cependant partielle, car l'hypothèse du relogement de la victime en un autre lieu n'est pas envisagée dans le cas où la première solution ne peut être mise en œuvre (2).

1) L'éviction incertaine de l'auteur des violences du domicile conjugal

604. - Maintien de la victime au domicile commun. La loi béninoise n° 2011-26 du 09 janvier 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes dispose en son article 20 alinéa 2 qu'« En cas de violences domestiques ou conjugales où les deux parties occupent le même logement, la partie violentée aura droit à continuer à occuper provisoirement le logement ». Le juge saisi de la question reçoit ainsi compétence pour privilégier la fixation de la personne victime au lieu du domicile commun. Cependant, le texte précise que l'occupation est faite à titre "provisoire" sans plus donner de précisions. Comment faut-il entendre le terme provisoire ici ? Sans autre indication, c'est probablement au président de la juridiction saisie d'une demande afin d'ordonnance sur requête, ou au juge chargé des affaires familiales traitant d'une demande en séparation ou en divorce, qu'il reviendra de préciser les limites acceptables de ce "provisoire". En France, la compétence est reconnue au juge des affaires familiales, lorsqu'il lui est présenté une demande d'ordonnance de protection¹⁶⁷³.

¹⁶⁷³ Art. 515-11, 3°, du Code civil français.

605. - Solution inverse de la coutume africaine. L'attribution du logement conjugal à la victime de violences masculines prend un sens particulier dans la culture africaine dans laquelle la femme est censée vivre "sous le couvert" de l'époux, qui est le "maître" de la maison. De la sorte, en cas de conflit conjugal, il lui revient de partir de la maison, soit provisoirement soit définitivement, selon les cas. Par conséquent, l'hypothèse selon laquelle la femme qui subit des violences de la part de son conjoint ou concubin, peut avoir la jouissance de la résidence commune pendant que l'homme est sous le coup d'une sanction d'éloignement, paraît en elle-même révolutionnaire. Néanmoins, il faut attirer l'attention sur le fait que la mesure ne peut avoir de vraie portée que si le couple vit dans un logement autonome, qui ne fait donc pas partie d'un grand domaine familial. Pourtant, ce dernier cas est plus courant en Afrique, notamment dans les zones rurales ou péri-urbaines. Dans le cas d'une résidence non autonome, il paraît impensable que l'homme puisse en être évincé et que, dans le même temps, la femme y soit maintenue, par la force d'une décision judiciaire. Elle devrait alors faire face à l'hostilité des membres de la belle-famille, sans compter les risques que représente l'auteur des violences lui-même.

606. - Contribution de la pratique judiciaire. La solution de l'article 20, alinéa 2, de la loi béninoise n° 2011-26 du 09 janvier 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes ne peut véritablement prendre ancrage que si la pratique judiciaire se met en accord avec l'esprit du texte. En effet, il est redouté que les juges du fond, qui apprécient souverainement les faits, ne manifestent une énième fois leur attachement aux valeurs coutumières auxquels le droit moderne vient faire échec, quand bien même ils sont supposés être guidés par les principes républicains. De fait, trop souvent encore, les magistrats ne font pas application du texte comme il se doit, comme cela s'est déjà vu dans d'autres pays¹⁶⁷⁴.

2) Le non-relogement de la femme victime

607. - Cas d'impossibilité d'éloignement de l'auteur des violences. Un cas épineux se présente lorsque le conjoint violent ne peut pas être évincé du domicile conjugal, pour n'y maintenir que la femme exposée aux violences. De fait, le droit béninois, bien qu'il se trouve être plus avancé, par rapport aux droits burkinabè et malien, en matière de protection contre les violences faites spécifiquement aux femmes, ne prévoit pas de mesure palliative. Cependant,

¹⁶⁷⁴ M. NKOUEJIN YOTNDA, Du droit de « boxer » sa femme, *op. cit.*, p. 5-9.

ainsi qu'il a été relevé¹⁶⁷⁵, le conjoint ou le partenaire peut être empêché de demeurer dans la résidence commune dans certaines situations. Pour cela, il devrait être possible au juge saisi, dans les cas où l'éviction du domicile commun n'est pas possible ou bien échoue, de reloger la femme ailleurs et, pour la mise en œuvre pratique, de prescrire les modalités permettant la prise en charge des frais du nouveau logement. Pour un couple marié, cela pourrait se faire à travers le mécanisme de la pension alimentaire.

608. - Cas de départ de la femme du logement avant la saisine de la justice. Dans le cas où la femme est déjà partie de la résidence commune au moment où elle saisit le tribunal, la solution du relogement demeure l'alternative. En comparaison des ensembles normatifs des États africains qui ne traitent pas du relogement, celui-ci constitue l'un des points clés de la réglementation française contre les violences domestiques. Ainsi, le juge français peut « statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuera à résider dans le logement conjugal et sur les modalités de prise en charge des frais afférents à ce logement [...] sauf circonstances particulières, la jouissance de ce logement est attribuée au conjoint qui n'est pas l'auteur des violences, même s'il a bénéficié d'un hébergement d'urgence »¹⁶⁷⁶. Cependant, il faut tout de même relever que la réalité en France est quelquefois décalée par rapport à la loi, notamment en raison de l'insuffisance des logements d'urgence pour accueillir les victimes de violences domestiques¹⁶⁷⁷.

609. - Facteur non incitatif pour la saisine des tribunaux. Dans la dimension préventive de la lutte contre les violences conjugales, la réponse donnée à la question du logement est un point crucial. Elle détermine pour une grande part la confiance que la victime peut avoir dans l'appareil judiciaire. Si le risque de ne plus avoir un logement à partir de la saisine de la justice est élevé, la victime préférera taire ses problèmes, d'autant plus si elle a des enfants avec l'auteur des violences.

610. - Cause publique dans les États africains. La préoccupation récente des États de l'Afrique noire francophone à propos de la protection de la femme contre les violences masculines est salubre pour la défense des droits humains. Il est donc essentiel qu'elle ne sombre pas dans les méandres d'une politique textuelle mal articulée avec la pratique. Au niveau réglementaire, la réflexion peut être poussée plus loin sur les moyens d'obtenir que la peur de perdre le logement

¹⁶⁷⁵ V. *supra*, n° 604.

¹⁶⁷⁶ É. BAZIN, *Violences familiales, op. cit.*, n° 85.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*, n° 10.

ne réfrène pas l'action judiciaire de la victime de violences conjugales. Dans cette optique, les États devraient mener des actions positives de prévention et de répression des atteintes aux droits fondamentaux, parmi lesquelles les violences domestiques. En attendant, l'amorce de la répression des violences conjugales au Bénin et au Burkina Faso permet de contrer un tant soit peu l'idée reçue qu'un mari a le droit de "battre" sa femme¹⁶⁷⁸.

En définitive, la persistance des violences conjugales, à l'encontre de la femme surtout, requiert une implication plus marquée des décideurs publics, sans pour autant négliger la refonte des lois civile et pénale des États dans lesquels le phénomène reste à un niveau alarmant¹⁶⁷⁹. En effet, il semble évident que les logiques qui sous-tendent les violences sexistes ne peuvent être efficacement combattues que par la conjugaison des efforts sur les plans juridique et politique, surtout si l'on tient compte de ce qu'elles se répercutent sur le statut de la femme.

¹⁶⁷⁸ *Ibid.* ; M. NKOUENDJIN YOTNDA, Du droit de « boxer » sa femme, *op. cit.*, p. 5-9.

¹⁶⁷⁹ Le Conseil de l'Europe incite les États à dépasser le caractère « fragmentaire des tentatives de la police, des tribunaux et des services sociaux de nombreux pays pour venir en aide » aux femmes victimes de violence (v. Conseil de l'Europe, À propos de la Convention, consulté le 28 sept. 2017 sur <http://www.coe.int/fr/web/istanbul-convention/about-the-convention>). Ainsi, la France a ratifié, le 4 juillet 2014, la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique signée le 12 av. 2011 (consulté le 28 sept 2017 sur <https://rm.coe.int/1680462533>). Le Traité est entré en vigueur en France le 1^{er} nov. 2014 (v. Conseil de l'Europe, État des signatures et ratifications du traité 210, consulté le 28 sept. 2017 sur http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?p_auth=ljbxajw1).

Conclusion de chapitre

611. - Ampleur du problème des violences dirigées contre la femme. Une étude récemment publiée constate que « les violences contre les femmes n'épargnent aucun milieu, aucun territoire, aucune génération, aucune nationalité, aucune religion. Ces violences sont manifestes et sont la marque d'une société inégalitaire entre les femmes et les hommes, dans laquelle les rapports de domination et de pouvoir constituent un contrôle social sur les femmes et sur leur sexualité. Il ne pourra en effet y avoir d'égalité entre les femmes et les hommes tant que les violences contre les femmes continueront à faire système et qu'elles continueront à alimenter l'insécurité des femmes, à entraver leur liberté et à affecter leur santé »¹⁶⁸⁰. Cette réflexion laisse voir le lien qui existe partout, donc en Afrique aussi, entre les violences contre les femmes, notamment celles qui se déroulent dans le cercle familial, et l'inégalité des sexes.

612. - Freins à l'égalité de l'homme et de la femme. La réalisation de l'égalité entre l'homme et la femme passe par la lutte contre les ressorts des violences sexistes hors du couple et au sein du couple, lesquels sont « un environnement propice, [...] des actes concrets de violences physiques ou psychiques, et une passivité du reste du corps social face à ces violences »¹⁶⁸¹. Parmi les droits des États de l'Afrique noire francophone étudiés, ceux du Bénin et du Burkina Faso optent désormais pour la répression des violences physiques et morales à l'encontre de la femme mariée, même si les dispositions en ce domaine restent à renforcer. Au contraire, dans le droit du Mali, les violences conjugales ne font pas encore l'objet d'une loi spécifique les pénalisant. Pourtant, une protection appropriée du conjoint féminin contre les violences du compagnon est indispensable pour s'acheminer vers l'égalité réelle entre l'homme et la femme dans chaque société.

Tout autant, l'effectivité des droits relatifs à la reproduction et au travail de la femme mariée conditionne cette égalité. Ceux-ci sont constamment entravés par la conception africaine du rôle de la femme, un problème dont les Codes des personnes et de la famille africains ne se sont pas particulièrement saisis. De par la conception traditionnelle, non seulement les droits de santé reproductive de la femme sont ignorés, mais encore, les époux ne sont pas égaux en matière professionnelle, autant de facteurs qui participent de la condition féminine.

¹⁶⁸⁰ Cf. France, Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme du 26 mai 2016 sur les violences contre les femmes et les féminicides, NOR : CDHX1614541V (JO, 7 juin 2016).

¹⁶⁸¹ *Ibid.*

Chapitre 2 :

Insuffisance du dispositif légal relatif aux droits de santé reproductive et professionnels de la femme mariée

613. - Statut de la femme en Afrique subsaharienne. Le statut coutumier de la femme la définit en tant qu'épouse et en tant que mère¹⁶⁸². Cette conception se confronte à celle des cadres normatifs modernes nationaux et internationaux¹⁶⁸³. Dans le principe, les droits sociaux fondamentaux sont garantis à toute personne¹⁶⁸⁴. Ils se définissent comme des « droits qui incombent au citoyen, qu'il ne peut faire valoir que dans sa relation avec d'autres individus en tant que membre d'un groupe et qui ne peuvent être réalisés que si la communauté publique fournit des prestations en vue de garantir le cadre de vie du citoyen. Les droits sociaux sont un complément indispensable aux libertés vu que ces dernières ne peuvent être exercées sans un minimum de protection social »¹⁶⁸⁵. Il est souligné que « Contrairement aux libertés individuelles, ce n'est pas la liberté par rapport à l'État mais bien la liberté avec l'aide de l'État. Il

¹⁶⁸² V. C. OUEDRAOGO, Le statut des femmes - État des connaissances sur les approches méthodologiques, Unité d'enseignement et de recherche en démographie, Ouagadougou, déc. 1997, 16 p. ; T. BONI, *Que vivent les femmes d'Afrique ?* Éditions du Panama, Paris, coll. Cyclo, 2008, 260 p. ; L. N. M. ASSOGBA, *Statut de la femme, structures familiales et fécondité : Transitions dans le Golfe du Bénin*, Les dossiers du CEPED, n° 14, Paris, nov. 1990, 28 p. ; F. SOW, L'appropriation des études sur le genre en Afrique subsaharienne, in « Genre et sociétés en Afrique. Implications pour le développement », Thérèse LOCOH (dir.), en collaboration avec Koffi NGUESSAN et Paulina MAKINWA-ADEBUSOYE, Institut national d'études démographiques, Paris, 2007, p. 45-68.

¹⁶⁸³ Cf. *supra*, n° 17 sq.

¹⁶⁸⁴ Cf. art. 14 du Programme d'action de Beijing : « Les droits des femmes sont des droits fondamentaux de la personne ».

¹⁶⁸⁵ V. M. E. BUTT, J. KÜBERT et C. A. SCHULTZ, Droits sociaux fondamentaux en Europe, Document de travail, Parlement Européen, fév. 2000, p. 6, consulté le 16 avr. 2017 sur http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_fr.pdf.

s'agit donc de droits fondamentaux qui sont considérés comme des droits à des prestations ou à une participation »¹⁶⁸⁶.

614. - Statut transitoire vers le mariage et la procréation. Les droits sociaux sont incidemment déniés à la femme dans les sociétés africaines. Il semble un fait établi que l'union matrimoniale est un passage obligé pour elle, sans lequel elle ne peut se réaliser socialement. En effet, la philosophie africaine paraît bâtie autour de l'idée d'un genre féminin dont la vocation est le mariage, avec une voie toute tracée vers la procréation. Dès lors, même si la liberté sexuelle de la femme est consignée dans le droit positif des États subsahariens, elle lui est, dans les faits, refusée, et cela dans la projection du mariage¹⁶⁸⁷. En raison des exigences sociales à son endroit, une fois mariée, la femme n'exerce pas de maîtrise sur sa fonction procréative, et ce, malgré les dispositions juridiques censées protéger ses droits. Au-delà, ces facteurs s'associent pour rendre inopérante la liberté professionnelle de la femme. Ces éléments montrent que le dispositif juridique de protection des droits sexuels et reproductifs, ainsi que des droits professionnels de la femme, dans les États béninois, burkinabè et malien, devrait viser aussi bien la réduction des inégalités de droit, que la réduction des inégalités de fait.

615. - Actions positives à travers le droit de la famille. La rupture entre le droit et la pratique est frappante et elle appelle des actions positives des États concernés. Plus exactement, les États de l'Afrique noire francophone, devraient recourir à la « discrimination positive », même s'il n'est pas nié que les préventions contre cette méthode de résolution des inégalités sociales sont en partie justifiées¹⁶⁸⁸. Cependant, au lieu d'ignorer les situations de fait, les gouvernants devraient mettre en relief la liberté de la femme devant le mariage autant que devant la procréation. En cela, les Codes des personnes et de la famille, qui réglementent le mariage dans sa formation et dans ses effets, paraissent désignés pour rechercher cette fin. Les règles qui définissent la liberté professionnelle de la femme mariée devraient eux aussi faire l'objet d'un renforcement aussi bien dans les Codes des personnes et de la famille que dans les Codes du travail. Il est vrai que des objections pourraient s'élever contre le traitement différencié des sexes par la loi, mais, à tout considérer, le mal encouru dans cette hypothèse paraît moindre, car il s'agit de remédier à une inégalité de fait, et donc de contribuer à l'effectivité de la loi. À tous

¹⁶⁸⁶ M. E. BUTT, J. KÜBERT et C. A. SCHULTZ, Droits sociaux fondamentaux en Europe, *op. cit.*

¹⁶⁸⁷ V. *supra*, n° 457.

¹⁶⁸⁸ V. *supra*, n° 294. Pour aller plus loin, lire C. GWÉNAËLE, La discrimination positive, 3e éd., PUF « Que sais-je ? », Paris, 2010, 128 p. ; E. BRUCE-RABILLON, Le genre et le droit français, *in* « Le droit à l'épreuve du genre », *op. cit.*, p. 94-95 ; M. BOÉTON, Discrimination positive en France, *op. cit.*, p. 175-184.

égards, la dérogation à la règle du traitement égal de tous est préférable à l'immobilisme législatif qui laisse perdurer les inégalités de traitement.

Pour le moment, il est relevé d'un côté la faiblesse de l'expression des droits de la femme en matière sexuelle et reproductive (section 1), et de l'autre, son confinement aux travaux domestiques au détriment de sa liberté professionnelle (section 2).

Section 1 : Des droits sexuels et de santé reproductive de la femme limités

Section 2 : Une liberté professionnelle de la femme mariée entravée

Section 1 : Des droits sexuels et de santé reproductive de la femme limités

616. - Sujet conflictuel. Entre autres questions problématiques en matière de droits de l'homme en Afrique, celle des droits sexuels et de santé de la reproduction demeure centrale « dans la mesure où ils permettent l'autonomie des femmes, point crucial de leur égalité avec les hommes »¹⁶⁸⁹. Pour mémoire, les États africains ont inscrit la liberté matrimoniale dans leurs Constitutions et les textes qui en dérivent¹⁶⁹⁰. Cependant, elle ne cesse d'être remise en cause, notamment en ce qui concerne la femme, qui ne parait pas pouvoir choisir, tant est forte la pression du groupe social afin de la pousser vers le mariage "pour son bien"¹⁶⁹¹. Vraisemblablement, l'objectif de cette exigence sociale est la procréation dans le mariage. Mais celui-ci porte atteinte à la liberté matrimoniale de la femme, de même qu'à ses droits sexuels et reproductifs. D'ailleurs, il est relevé que les pouvoirs législatifs même ne sont pas totalement neutres sur ce point. En effet, l'impuissance et la stérilité sont des causes légales du divorce, une manière, pour les législateurs béninois et burkinabè, de s'aligner derrière la coutume qui considère que la procréation va de pair avec le mariage¹⁶⁹².

¹⁶⁸⁹ F. GASPARD, Les droits de la femme : Construction d'un enjeu en relations internationales, *in* Revue internationale et stratégique, n° 47, 2002/3, p. 51.

¹⁶⁹⁰ Pour rappel, art. 119, 234 et 283 respectivement des codes béninois, burkinabè et malien de la famille. Dans une récente décision, le conseil d'État français a rappelé que "la liberté de se marier [...] est une liberté fondamentale".

¹⁶⁹¹ P. TABET, La construction sociale de l'inégalité des sexes : Des outils et des corps, éd. L'Harmattan, Paris, 1998, 206 p.

¹⁶⁹² V. art. 234 al 2 du Code béninois des personnes et de la famille, art. 367 5° du Code burkinabè des personnes et de la famille. Le Code malien ne s'est pas prononcé sur la question, mais il est permis de penser qu'il s'agit plus d'une omission que d'une condamnation de la mesure et que, probablement, la jurisprudence malienne ne déroge pas à la tendance générale de l'Afrique noire.

Sans la pression nataliste, la femme devrait pouvoir exercer son choix à plusieurs niveaux : se marier ou non, avec la personne de son choix, avoir des enfants, et en déterminer le nombre. Au lieu de cela, l'ordonnement patriarcal des sociétés africaines aboutit à la dénégation constante du droit de la femme à disposer de son corps (§ 1), particulièrement en cas de grossesse (§ 2).

§ 1 : Méconnaissance en pratique de la liberté sexuelle féminine

§ 2 : Restriction du recours à l'interruption volontaire de grossesse

§ 1 : Méconnaissance en pratique de la liberté sexuelle féminine

617. - Libération sexuelle en question. Depuis peu, les gouvernements africains se sont inscrits dans le sens du contrôle de la natalité. Ils y ont été forcés par la poussée démographique qui déjoue les projections de croissance économique¹⁶⁹³. Cependant, les projecteurs ont laissé dans l'ombre les droits sexuels et reproductifs de la femme, à peine pris en charge par les textes juridiques, alors que l'atteinte du but dépend de leur essor. Radhika Coomaraswamy, Rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes à l'ONU, fait remarquer que c'est « en reconnaissant l'autonomie de la femme en matière de sexualité et de procréation plutôt qu'en protégeant la pureté sexuelle de la femme que l'on peut s'attaquer aux racines de la violence sexiste »¹⁶⁹⁴. Les instances gouvernementales devraient promouvoir ces droits, dans une démarche participative avec la population. Pour l'instant, nombre de facteurs aboutissent à déposséder la femme africaine de son droit à décider sur sa sexualité et de ses choix en matière de reproduction. Elle subit, de ce fait, un enfermement à la fois physique et intellectuel qui n'est pas à son avantage. D'ailleurs, les États sont aussi intéressés, à un certain égard, car, ainsi que le souligne un auteur, « la libération de l'Afrique et celle de la femme africaine se feront conjointement »¹⁶⁹⁵.

¹⁶⁹³ Fédération internationale pour la planification familiale (IPPF), La santé et les droits sexuels et reproductifs: enjeu crucial pour le cadre de l'après-2015, Londres, févr. 2014, 34 p., consulté le 30 mai 2017 sur www.ippf.org/sites/default/files/srhr_post_2015_report_fr_web_0_0.pdf ; H. LERIDON, Six milliards... et après, *in* Revue Population et Sociétés, n° 352, INED, déc. 1999, 4 p. ; aussi L. MAURIN, La baisse de la fécondité est-elle un espoir pour le développement ? *op. cit.*

¹⁶⁹⁴ R. COOMARASWAMY, Intégration des droits fondamentaux des femmes et de l'approche sexospécifique : violence contre les femmes, Rapport présenté en application de la résolution 2002/52 de la Commission des droits de l'homme : évolution de la situation, 1994-2002, E/CN.4/2003/75, 59^e session, New York, 6 jan. 2003, 28 p.

¹⁶⁹⁵ M. IJERE, Sembène OUSMANE et l'institution polygamique, *op. cit.*

L'acceptation majoritaire échoue à dépasser le rattachement traditionnel de la sexualité féminine au mariage et à la procréation (A). Cela explique les prises de position méfiantes envers les techniques de contrôle des naissances (B).

A. La canalisation de la sexualité féminine vers le mariage et la fonction reproductive

B. La lente percée de la notion de contrôle de la fécondité

A. La canalisation de la sexualité féminine vers le mariage et la fonction reproductive

618. - Nécessité de promouvoir les droits sexuels et reproductifs de la femme. Dans les États de l'Afrique noire francophone, les politiques et programmes publics ne sont pas particulièrement tournés vers la garantie du respect et la protection des droits sexuels et reproductifs de la femme. De fait, ces droits sont consacrés par des réglementations, mais leur faiblesse majeure vient du fait qu'ils ne sont pas coordonnés avec les autres éléments du système normatif. Cela en fait des droits « orphelins », assez ignorés en pratique. Pourtant, la société africaine se trouve dans un tournant de son histoire où le droit nouveau est censé faire appliquer les droits légitimes de la femme, traditionnellement méconnus. Par conséquent, la lutte pour la promotion juridique de la femme poursuit l'affirmation de droits égaux pour les sexes, mais aujourd'hui, elle tend à se déplacer sur le terrain de la non-effectivité des règles codifiées.

Cette lutte ne semble pas encore produire ses fruits, dans la mesure où la femme reste limitée par la conception coutumière de sa sexualité, qui n'a d'autre objectif que le contrôle de sa sexualité avant le mariage (1) tout comme après (2).

1) La réprobation d'une sexualité féminine avant le mariage

619. - Logiques matrimoniales africaines. Les relations sexuelles avant ou en dehors du mariage ne recueillent pas la faveur des conservateurs africanistes¹⁶⁹⁶. En réalité, cette sévérité s'applique davantage à la femme. S'agissant de l'homme, il serait même encouragé à avoir une

¹⁶⁹⁶ P. TABET, *La construction sociale de l'inégalité des sexes : Des outils et des corps*, op. cit., p. 146. Il est observé, à ce niveau, que « Rares sont les collectivités humaines qui laissent le champ libre aux pulsions des individus, que ce soit sur le plan sexuel ou sur d'autres plans : appétit, affirmation agressive de soi, etc. La régulation des comportements est une règle assez universelle (cf. R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, op. cit., p. 93).

expérience sexuelle étendue en dehors du mariage¹⁶⁹⁷. Au contraire, pour la femme, les relations d'ordre sexuel avant l'union matrimoniale sont condamnées, sans même tenir compte des circonstances qui plaideraient à sa décharge¹⁶⁹⁸. En définitive, la femme est la principale concernée par la restriction des rapports sexuels avant le mariage, l'idée étant qu'elle doit se marier avant d'avoir une vie sexuelle.

620. - Contradiction du droit positif. Certains droits africains posent le principe de la liberté sexuelle pour toute personne. Par exemple, l'article 1^{er} de la loi béninoise n° 2003-04 du 03 mars 2003 relative à la santé sexuelle et de la reproduction dispose que « Toute personne peut [...] mener une vie sexuelle satisfaisante en toute sécurité, être capable de procréer et libre de le faire au rythme de son choix »¹⁶⁹⁹. Dans bien de sociétés africaines encore, selon l'entendement commun, la femme non mariée n'est pas censée avoir de vie sexuelle¹⁷⁰⁰. La transgression de la norme sociale est sanctionnée par sa mise au ban. Au fond, l'organisation sociale fait en sorte d'amener la femme à se marier, le mariage étant le support du contrôle de sa sexualité, afin de l'orienter vers son but communautaire. Les mécanismes qui visent à contenir la sexualité de la femme, non inféodée à la matrimonialité et à la procréation, sont tentaculaires. La construction prend d'abord appui sur l'exigence de la virginité féminine au mariage, par le recours éventuel aux mutilations sexuelles féminines¹⁷⁰¹. Puis, elle se déploie avec les règles coutumières qui rythment la vie des sociétés de l'Afrique subsaharienne, qui situent la sexualité de la femme

¹⁶⁹⁷ Selon la croyance populaire, il est préférable que l'homme soit expérimenté sur le plan sexuel au moment où il se marie, pour être en mesure d'initier sa femme (v. A.-M. SA'AD, *Mariage, sexualité et reproduction chez les nomades foubés* (Sud Borno, Nigeria), in « Genre et sociétés en Afrique. Implications pour le développement », Thérèse LOCOH (dir.), en collaboration avec Koffi NGUESSAN et Paulina MAKINWA-ADEBUSOYE, Institut national d'études démographiques, Paris, 2007, p. 313).

¹⁶⁹⁸ À titre d'exemple, la jeune fille victime de viol qui se voit condamner par l'opinion publique pour n'avoir pas su protéger son honneur (A. SEMMAR, Algérie : Elle est où la provocation quand une femme porte une robe ? 12 mars 2015, consulté le 1^{er} août 2017 sur <http://www.courrierinternational.com/article/2015/03/08/elle-est-ou-la-provocation-quand-une-femme-porte-une-robe>). Au Kenya, trois personnes convaincues de viol sur une femme « qu'ils trouvaient vêtue de manière trop provocante » ont écopé de lourdes peines d'incarcération (v. *Koaci.com*, Kenya : Condamnés à vie pour le viol d'une femme vêtue légèrement, 19 juil. 2017, consulté le 6 août 2017 sur <http://koaci.com/kenya-condamnes-pour-viol-dune-femme-vetue-legerement-111315.html>), mais de telles condamnations se remarquent peu dans les autres États africains.

¹⁶⁹⁹ V. aussi art. 2 de la loi malienne n° 02-044 du 24 juin 2002 relative à la santé de la reproduction : « Les hommes et les femmes sont égaux en droit et en dignité en matière de santé de la reproduction. La santé de la reproduction [...] suppose que toute personne peut mener une vie sexuelle responsable, satisfaisante et sans risque ».

¹⁷⁰⁰ Au risque d'être tenue pour une femme aux mœurs légères.

¹⁷⁰¹ C. T. DJOMBE, *Cultures viriles et identité féminines*, op. cit., p. 69. Le critère de la virginité a tout de même faibli aujourd'hui.

dans le mariage et la privent du droit de réguler les naissances¹⁷⁰². Malgré leur désuétude, ces règles continuent de définir les rapports de sexe, au mépris de la liberté individuelle de la femme en matière sexuelle. La liberté sexuelle est indifféremment protégée par la Cour européenne de droit de l'homme, selon laquelle « Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »¹⁷⁰³.

621. - Tabou autour de la sexualité féminine. En Afrique subsaharienne, la recherche de l'épanouissement sexuel, qui participe du développement personnel¹⁷⁰⁴, souffre du regard négatif de la société lorsque la femme est concernée¹⁷⁰⁵. L'analyse de la situation mène à l'impression que le corps de la femme ne lui appartient pas. De fait, elle est systématiquement empêchée de décider à son propos. Comme le relève un auteur, « la subsomption de la vie de la femme en amont par la détermination historique commune et en aval par une détermination essentiellement identitaire qui la dépossède de sa sexualité, de sa personne et de son individualité, est un mode de dépossession générale de son être. Ce contraste de la dépossession de son propre être tronque le sens de la féminité en subordination, soumission, discrétion, acceptation de la mise à l'écart et reconnaissance de son infériorité »¹⁷⁰⁶. Dès lors, malgré le droit qui lui est reconnu par les textes juridiques, la femme n'est pas vraiment autorisée à avoir de vie sexuelle dans le célibat. Elle ne semble pas non plus pouvoir séparer sa vie sexuelle de la reproduction. Parallèlement, l'homme ne fait pas face à la même attitude. Il exerce une relative liberté sexuelle avant de se marier, et même plus tard, au moyen de la polygamie (de droit ou de fait)¹⁷⁰⁷.

622. - Sexualité féminine pour « le bon plaisir de l'époux »¹⁷⁰⁸. Dans un sens, les représentations dans les sociétés patriarcales subordonnent la sexualité féminine au plaisir

¹⁷⁰² P. TABET, La construction sociale de l'inégalité des sexes : Des outils et des corps, *op. cit.*, 206 p.

¹⁷⁰³ Arrêt K. A. et A. D. c/ Belgique du 17 février 2005, § 83 2 (JCP G, 2005.I.159, n° 12, obs. F. SUDRE ; D., 2005. 2973, chron. M. FABRE-MAGNAN ; RDP, 2006, chron. M. LEVINET).

¹⁷⁰⁴ M. LEVINET, La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* Revue Droits, 2009/1, n° 49, p. 3-18.

¹⁷⁰⁵ D. TOUNKARA, *L'émancipation de la femme malienne : les familles, les normes, l'État*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁷⁰⁶ C. T. DJOMBE, Cultures viriles et identité féminines, *op. cit.*, p. 33.

¹⁷⁰⁷ Même si un grand nombre d'africains s'en défendent, il paraît vraisemblable que la polygynie contemporaine est pratiquée dans le but premier de la recherche du plaisir sexuel, car les raisons qui justifiaient la polygynie d'antan ont disparu (v. en ce sens, C. T. DJOMBE, *Cultures viriles et identité féminines*, *op. cit.*, note 1, p. 49).

¹⁷⁰⁸ Expression empruntée dans l'étude de Robert HAZEL et de Mohamed MOHAMED-ABDI (*cf.* R. HAZEL et M. MOHAMED-ABDI, *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, *op. cit.*, p. 293).

masculin¹⁷⁰⁹. Sous cet angle, on peut comprendre que la polygynie se maintienne, et soit même revendiquée à l'époque moderne où elle n'a plus pour but d'assurer une descendance nombreuse en vue de l'exécution des travaux champêtres¹⁷¹⁰. Le but de la satisfaction sexuelle masculine, que servirait la polygamie actuelle, semble attesté par l'une des justifications communes de la polygamie, à savoir que la pluralité de femmes permettrait à l'homme de ne pas s'obliger à la continence, lorsque l'épouse ne peut pas exécuter le devoir conjugal¹⁷¹¹. Le propos laisse transparaître que la femme mariée est soumise à la satisfaction sexuelle du mari, et, en même temps, son corps fait l'objet de réappropriation à des fins procréatives¹⁷¹².

623. - Réification de la femme. La pensée dominante refuse d'admettre la femme comme un être ayant le droit d'exercer une autonomie individuelle en matière sexuelle¹⁷¹³. En Europe, la liberté du comportement sexuel est défendue par la Cour européenne des droits de l'homme depuis le célèbre arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni* du 22 octobre 1981¹⁷¹⁴. Cette décision retient que « L'essentiel pour protéger la liberté sexuelle, et celle de la femme en particulier, c'est de ne pas subir de contact sexuel que l'on a pas réellement voulu, c'est le droit de ne pas mettre son corps à disposition d'autrui pour en faire l'objet de ses plaisirs »¹⁷¹⁵. En Afrique, les dispositions

¹⁷⁰⁹ C. T. DJOMBE, *Cultures viriles et identité féminines*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁷¹⁰ *V. supra*, n° 389.

¹⁷¹¹ Selon la coutume, le devoir conjugal est suspendu entre la femme allaitante et le mari. En fait, la règle vise à espacer les naissances pour réduire la mortalité infantile. Cette suspension est couramment avancée pour justifier la polygynie. Une telle justification signale une vision plutôt contestable de la relation de couple, les liens entre époux ne devant pas être réduits à la sexualité, et bien plus, à celle d'un seul conjoint (lire M. NKOUEJIN YOTNDA, *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, *op. cit.*, p. 172-173).

¹⁷¹² P. TABET, *La construction sociale de l'inégalité des sexes : Des outils et des corps*, *op. cit.*, p. 87-110.

¹⁷¹³ L'affirmation des « droits sexuels » est perçue comme une étape importante dans la lutte pour les droits des femmes, en faveur de leur « autonomie sexuelle » (*cf.* E. PETITPAS, *Les « droits sexuels » : Un nouveau paradigme dans le système de protection des droits humains ?* Mémoire de Master II, Université Robert SCHUMAN, Strasbourg, 2008, p. 30-31).

¹⁷¹⁴ Série A n° 45, § 40-41. Cette décision a marqué les débuts de la dépénalisation de l'homosexualité dans les États européens (*v.* J.-P. MARGUÉNAUD, *Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps*, *in* *Revue Droits*, 2009/1, n° 49, p. 19-28). Dans la même lancée, l'adhésion à des pratiques de sadomasochisme est reconnue comme une manifestation de la liberté sexuelle (*v.* Cour EDH, *K. A. et A. D. c/ Belgique* du 17 févr. 2005, § 84).

¹⁷¹⁵ *Cf.* J.-P. MARGUÉNAUD, *Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps*, *op. cit.*, à propos de Cour EDH, *C. R. c/ Royaume-Uni*, § 34 et de *S. W. c/ Royaume-Uni*, § 36, du 22 novembre 1995, dans lesquelles un homme, ayant été jugé coupable de viol sur son épouse, qui avait exprimé sa volonté de mettre fin au mariage, alléguait de ce que, suivant le principe général de la *Common Law*, un mari ne pouvait pas être déclaré coupable pour fait de viol sur sa femme (AJDA, 1996, 445, note J.-P. COSTA ; RTDH, 1996, 459, obs. S. VAN DROOGHENBROEK). Il a été jugé que « L'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme [est] conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout, aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines » (*cf.* § 44).

des lois sur la santé sexuelle et reproductive¹⁷¹⁶ ne mettent pas en exergue cette liberté et les hautes juridictions ne sont pas non plus saisies de questions y relatives. Pour finir, la femme reste confrontée à un déterminisme dérobé, entre actes de mutilations, contrainte au mariage et obligation de procréer. Le refus d'envisager la femme comme un individu à part entière, pouvant avoir des aspirations différentes du préétabli traditionnel, constitue une négation de son individualité et l'emprisonne dans une servitude sexuelle conjugale et sociale. En effet, les rôles sociaux possibles de la femme sont multiples, mais elle est préférée dans ceux qui servent le mieux les intérêts de la communauté.

2) L'apologie d'une sexualité féminine procréative dans le mariage

624. - Réattribution sociale de la sexualité féminine. En Afrique, les conceptions traditionnelles et modernes sur la question de la sexualité de la femme se côtoient toujours, tout en s'excluant presque réciproquement. Selon la coutume africaine, la procréation est obligatoire et elle a pour cadre désigné le mariage. Le rôle de génitrice assigné à la femme, en Afrique aussi bien que dans d'autres parties du monde, ne laisse pas de place à l'expression de sa liberté sexuelle¹⁷¹⁷. On a pu voir que par-delà la perpétuation de l'espèce humaine, le rattachement de la procréation au mariage a pour but de garantir la légitimité de la descendance de chaque homme¹⁷¹⁸. Cela explique par ailleurs la censure populaire qui frappe l'éventualité d'une pluralité de liens maritaux ou sexuels de la femme¹⁷¹⁹. À ce propos, Muriel Ijere observe que « Les Africains mettent fortement l'accent [...] sur la continuation de la lignée [où la] femme joue un rôle de premier plan »¹⁷²⁰. La femme africaine est concernée, quelle que soit sa position sociale¹⁷²¹. L'ensemble de ces facteurs soumet continuellement la femme à la domination sexuelle masculine. Corrélativement, sa propre sexualité n'est tolérée qu'à partir du moment où elle est tournée vers la satisfaction de l'époux et vers la procréation¹⁷²². Pour sa part, la Cour

¹⁷¹⁶ V. *supra*, n° 616 sq.

¹⁷¹⁷ Micheline de SÈVE mentionne que la « volonté d'appropriation du corps [...] des femmes » s'accorde mal avec une vision égalitaire de la femme comme l'égale de l'homme en matière sexuelle (M. de SÈVE, *Du socialisme patriarcal au féminisme socialiste*, in « Un siècle de marxisme », Lucille BEAUDRY, Christian DEBLOCK et Jean-Jacques GISLAIN (dir.), Les Presses de l'Université du Québec, Québec, 1990, p. 182).

¹⁷¹⁸ V. *supra*, n° 501.

¹⁷¹⁹ V. *supra*, n° 401.

¹⁷²⁰ M. IJERE, Sembène Ousmane et l'institution polygamique, *op. cit.*

¹⁷²¹ Un auteur fait remarquer en effet que « La femme riche peut échapper au travail physique, pas à son destin de femme féconde » (T. PUJOLLE, *La femme pauvre en Afrique sub-saharienne*, *op. cit.*, p. 324).

¹⁷²² De là, l'idée que la femme ne doit pas refuser d'avoir des rapports sexuels avec le mari quand celui-ci la sollicite ; parallèlement, les désirs sexuels de la femme doivent être réprimés pour ne pas donner d'elle l'image d'une « dévergondée » (C. T. DJOMBE, *Cultures viriles et identité féminines*, *op. cit.*, note 1, p. 49).

européenne des droits de l'homme retient que le « droit d'entretenir des relations sexuelles [...] découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »¹⁷²³.

625. - Lien entre sexualité et procréation dans les lois. Il apparaît à l'analyse une relation entre le mariage et la procréation dans la réglementation des relations conjugales faite par les Codes des personnes et de la famille du Bénin, du Burkina Faso et du Mali. Elle procède de la définition d'un âge du mariage de la femme inférieur à celui de l'homme¹⁷²⁴, de l'exigence de l'hétérogénéité des sexes¹⁷²⁵, et du système de filiation au centre duquel se trouve le mariage¹⁷²⁶. La jurisprudence ne s'affranchit pas non plus de cette position¹⁷²⁷. La différence de sexe exigée dans les droits étudiés pour se marier en fournit l'illustration¹⁷²⁸. La juxtaposition est ainsi faite entre l'union conjugale et la reproduction. Celle-ci pose le problème de la définition du mariage et de son autonomie par rapport aux finalités que les individus peuvent en attendre¹⁷²⁹. Du reste, la reconnaissance du mariage entre personnes de même sexe dans certains droits force

¹⁷²³ Cf. § 84 de l'arrêt Cour EDH, K. A. et A. D. c/ Belgique du 17 févr. 2005.

¹⁷²⁴ V. *supra*, n° 74.

¹⁷²⁵ V. France : Saisine du Conseil constitutionnel en date du 23 avril 2013 présentée par au moins soixante sénateurs, en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, et visée dans la décision n° 2013-669 DC, Journal Officiel du 18 mai 2013, n° 114, p. 8299 à 8307, consulté le 29 nov. 2017 sur https://www.lexis360.fr/Document/saisine_du_conseil_constitutionnel_en_date_du_23_avril_2013_presentee_par_au_moins_soixante/wA-J692X8QebQu5-fEg_oHf1GsNBYA8jxztsiJvb0rc1?data=c0luZGV4PTEmckNvdW50PTE2Jg==&rndNum=563754687&tsid=search3;

aussi S. Le GAC-PECH, Halte aux bouleversements du droit de la famille, Lamy, Revue Juridique Personnes et Famille, n° 11, 1^{er} nov. 2012, consulté le 29 nov. 2017 sur Lamyline.lamy.fr.

¹⁷²⁶ Ce fut le point de départ du Code civil français. Et, si aujourd'hui, en Afrique, d'un point de vue social, le mariage n'est plus forcément lié à la procréation, d'un point de vue juridique, le rattachement demeure un fait.

¹⁷²⁷ Dans un jugement du tribunal de première instance d'Abidjan du 18 avr. 1986, le juge ivoirien lie sans détour procréation et mariage en ces termes : « Attendu que la femme avait un comportement incompatible avec les devoirs et obligation découlant du mariage, que notamment elle refusait sans motif légitime de faire des enfants, que ce refus n'ayant aucun fondement médical constitue une injure grave... » (cité par N. SILUÉ, *L'égalité entre l'homme et la femme en Afrique noire francophone*, Thèse de doctorat, Paris 10, 2008, p. 347).

¹⁷²⁸ Cf. art. 123 du CPF béninois, art. 237 du CPF burkinabè et art. 280 du CPF malien.

¹⁷²⁹ L'affaiblissement du devoir de procréation est constaté en droit français, à travers plusieurs décisions. V. France, CA, Caen, 11 janv. 2007, Juris Data, 2007, n° 329848 ; Dr. Famille 2007, comm. 101, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, où il a été jugé que l'homosexualité de l'épouse et l'impuissance du mari n'étaient pas exclusives d'une intention matrimoniale et ne constituaient pas un obstacle à la fondation d'un foyer. France, CA, Nîmes, 2^e ch., sect. C, 21 mars 2007, Juris Data, 2007, n° 332022 : dans cet arrêt, où un époux reprochait à la conjointe d'avoir entamé à son insu une nouvelle grossesse alors qu'il ne souhaitait plus avoir d'enfant par suite du traumatisme ressenti à la suite du décès de deux enfants quelques mois après leur naissance, le concluant a eu gain de cause (lire J. VASSAUX, Le devoir de loyauté prévaut sur le devoir de procréation, *in* La Semaine juridique, éd. Générale, n° 37, LexisNexis, 12 sept. 2007, II, n° 10149). France, CA, Bordeaux, 1^{er} octobre 1991 : JCP 92, éd. G, IV, n° 1043 ; Juris Data, 1991, n° 045563 : il a été jugé que le refus d'une fécondation *in vitro* par une épouse n'était pas une cause de divorce.

à reconsidérer le rattachement traditionnel de la nuptialité à la reproduction, qui ne peut être tenu pour automatique en ce qui concerne les couples homosexuels.

626. - Dissociation entre sexualité et procréation en France. Le dirigisme en matière de sexualité féminine est en net recul en Occident, contrairement à ce qui se constate en Afrique subsaharienne. Il y est désormais acquis que le mariage peut valablement exister en dehors de la procréation et *vice-versa*. En ce sens, Jean-Michel Bruguière constate que :

« Le devoir conjugal est ici envisagé sans a priori, c'est-à-dire sans se soucier de sa finalité : procréation ou recherche du plaisir. Comment pourrait-il en être autrement ? Si traditionnellement ce devoir restait ordonné à la procréation (le célèbre « Croissez et multipliez-vous » de la Genèse, 1, 28 ; 9, 1 justifiant les relations sexuelles entre époux et permettant une collaboration à l'œuvre créatrice de Dieu, maître de la vie), désormais la sexualité et la procréation sont nettement dissociées. Les moyens de contraception favorisent le sexe sans procréation. Les techniques de procréation médicalement assistée suscitent la procréation sans sexe. Notre droit de la responsabilité distingue bien au sein du préjudice sexuel la perte de la procréation et la perte du plaisir. »¹⁷³⁰

627. - Stérilité. Le sujet est très sensible. Un auteur observe qu'« En Afrique, la femme apparaît comme le symbole de la fécondité : le célibat et l'infécondité lui sont interdits. C'est pourquoi la stérilité pour elle, c'est le monde à l'envers, une anomalie dans l'ordre naturel des choses. Chez l'homme l'infécondité est également vécue comme un drame qui résulte d'une rupture dont il se sent responsable dans la continuité généalogique : l'homme est lié à l'ancêtre dont il doit perpétuer le nom et auquel il doit rendre compte de la gestion qu'il a faite de l'héritage de ce nom après la mort »¹⁷³¹. De son côté, Norbert Rouland fait une observation qui s'applique bien au contexte africain, à savoir qu'« On se marie [...] principalement pour avoir des enfants, et l'on divorce très facilement de celle qui ne peut en donner »¹⁷³². Dans cette figuration, la femme doit procréer, par tous les moyens, afin de ne pas se voir dénier « toute

¹⁷³⁰ J.-M. BRUGUIÈRE, Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge, *op. cit.*, n° 2. Pareillement, d'autres auteurs mentionnent que « s'il est vrai que notre droit impose aux époux un devoir de cohabitation incluant le devoir conjugal, il ne leur impose aucun devoir de procréation » (*cf.* Th. GARÉ *et al.*, Étude – Droit de la famille, *in* La Semaine juridique, éd. Générale, n° 25, LexisNexis, 17 Juin 1992, doct. 3593).

¹⁷³¹ F. DIOP, Genre et stérilité au Sénégal : La maternité et la paternité en question, *in* « La recherche féministe francophone : Langue, identités et enjeux », F. SOW (dir.), éd. Karthala, Paris, 2009, p. 393.

¹⁷³² N. ROULAND, En quête d'identités, *op. cit.*, p. 117-118.

légitimité sociale »¹⁷³³. En outre, l'on note « une logique de responsabilisation exclusive de la femme dans les cas d'infécondité du couple »¹⁷³⁴.

La procréation par le recours à la médecine fait son entrée sur la scène sociologique africaine, encore timidement toutefois. En réalité, elle n'est pas accessible au plus grand nombre du fait de son coût. De plus, eu égard au fait que la procréation vise, dans les cultures communautaires, à perpétuer une lignée, les techniques médicales d'aide à la procréation faisant recours à des donneurs externes au couple ne sont pas envisageables¹⁷³⁵. D'ailleurs, les législateurs africains ne se sont pas encore extensivement saisis de cette question¹⁷³⁶.

628. - Intolérance contre l'homosexualité. La primeur accordée à la procréation en Afrique conduit à stigmatiser l'homosexualité. Il est ainsi constaté, en plusieurs États, des prises de position virulentes contre les relations homosexuelles, obligeant les personnes concernées à dissimuler leur statut. Certains États ont même adopté des lois antihomosexualité¹⁷³⁷. En fait, on

¹⁷³³ F. DIOP, Genre et stérilité au Sénégal : La maternité et la paternité en question, *op. cit.*, p. 393.

¹⁷³⁴ *Ibid.*, p. 396.

¹⁷³⁵ V. S. MATHIEU, Religion et assistance médicale à la procréation, *in* Revue Sociologie, 2012/3, vol. 3, PUF, Paris, p. 267-281. Enfin, l'offre en ce domaine, encore faible, est proposée par quelques cliniques privées du continent africain. Les premiers centres ont récemment vu le jour (*La Nouvelle Tribune*, La fécondation *in vitro*, une réalité au Bénin, 3 sept. 2010, consulté le 30 sept. 2017 sur <https://lanouvelletribune.info/archives/benin/6468-la-fecondation-in-vitro-une-realite-au-benin> ; *Le Faso.net*, Procréation médicalement assistée (PMA) : Des "bébés-éprouvette" *made in* Burkina, 6 sept. 2006, consulté le 30 sept. 2017 sur <http://lefaso.net/spip.php?article16155>).

¹⁷³⁶ Par exemple, au Burkina Faso, le décret n° 2014-048/PRES/PM/MS du 7 février 2014 portant code de déontologie des médecins du Burkina Faso (JO n° 17 du 24 avr. 2014) y consacre un seul article, aux termes duquel « L'interruption volontaire de grossesse, la procréation médicalement assistée ne peuvent être pratiquées que dans les cas et conditions prévus par la loi. Cependant le médecin est libre de s'y refuser mais doit en informer l'intéressée dans les conditions et délais prévus par la loi » (*cf.* art. 23 du décret).

¹⁷³⁷ Comme, par exemple, le Cameroun ou l'Ouganda. Au Cameroun, la loi pénale punit de 5 ans d'emprisonnement le « délit d'homosexualité » (v. C. STEWART, Cameroun : nouveau Code pénal, l'homosexualité toujours réprimée, 24 juin 2016, consulté le 1^{er} août 2017 sur <https://76crimesfr.com/2016/06/24/cameroun-nouveau-code-penal-lhomosexualite-toujours-reprimee/> ; C. KANE et R. MBOG, « Au Cameroun, la loi criminalisant l'homosexualité est illégale », Entretien télévisé, *Le Monde.fr*, 27 fév. 2015, consulté le 1^{er} août 2017 sur http://www.lemonde.fr/afrique/video/2015/02/27/au-cameroun-la-loi-criminalisant-l-homosexualite-est-illegale_4584901_3212.html ; *Le Monde.fr*, Au Cameroun, Roger MBÉDÉ, mort pour avoir été homosexuel, 17 fév. 2014, consulté le 1^{er} août 2017 sur http://www.lemonde.fr/afrique/article/2014/02/17/au-cameroun-roger-mbede-mort-pour-avoir-ete-homosexuel_4349543_3212.html).

Pour l'Ouganda, une loi avait été votée fin fév. 2014, pour criminaliser la « promotion » de l'homosexualité et rendre obligatoire la dénonciation des homosexuels, alors que les relations homosexuelles étaient déjà passibles de la prison à perpétuité (v. *AFP*, Des milliers d'Ougandais saluent la loi antihomosexualité, 31 mars 2014, consulté le 2 mars 2015 sur <http://www.jeuneafrique.com/depeches/19818/politique/des-milliers-dougandais-saluent-la-loi-antihomosexualite/> ; cependant, cette loi a été annulée par la Cour constitutionnelle ougandaise (v. *Le Monde.fr* avec *AFP*, En Ouganda, la loi antihomosexualité annulée par la justice, 1^{er} août 2014, consulté le 1^{er} août 2017 sur http://www.lemonde.fr/afrique/article/2014/08/01/ouganda-la-cour-constitutionnelle-annule-la-loi-antihomosexualite-controversee_4465806_3212.html).

peut penser que l'homosexualité, qu'elle soit masculine ou féminine, ne paraît pas socialement acceptable sur le continent africain parce qu'elle n'est pas tournée vers la procréation¹⁷³⁸.

En somme, malgré une consécration juridique, la liberté sexuelle est contrecarrée en ce qui concerne la femme. La dénégation qui en découle se profile sur sa liberté matrimoniale. Cette idéologie est à la base du discrédit qui frappe les techniques de maîtrise des naissances.

B. La lente percée de la notion de contrôle de la fécondité

629. - Difficile ouverture sur le concept du contrôle de la fécondité. Le Protocole additionnel à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes affirme le droit de la femme à décider de sa maternité, du nombre d'enfants et de l'espacement des naissances, de même que le libre choix des méthodes de contraception¹⁷³⁹. Au niveau des États, les lois internes reprennent les dispositions conventionnelles¹⁷⁴⁰. Cependant, la reconnaissance à la femme de droits sexuels et de santé reproductive ne parvient pas à infléchir les habitudes en matière de natalité¹⁷⁴¹. La résistance de l'opinion publique devant les droits de la santé reproductive se propage aux techniques scientifiques qui permettent de contrôler les naissances. Cela est significatif de l'affrontement qui se joue entre la libération sexuelle de la femme et la volonté de la maintenir dans sa condition. De fait, le système de pensée africain sur

Au Nigeria également, un groupe d'homosexuels a été récemment appréhendé par la police (v. *Koaci.com*, Nigeria : Surpris dans un hôtel, une quarantaine de gays arrêtés à Lagos, 1^{er} août 2017, consulté le 2 août 2017 sur <http://koaci.com/nigeria-surpris-dans-hotel-quarantaine-gays-arretes-police-lagos-111701.html>).

¹⁷³⁸ Cette attitude s'inscrit au même titre que celle qui préconise la lapidation de "vieilles" personnes qui "forniquent" (cf. S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, L'éthique sexuelle en droit musulman et arabe : Cas de l'Égypte, passé, présent et avenir, *in* Revue de science criminelle, 1999, p. 49).

¹⁷³⁹ Art. 14-1-b et 14-1-c.

¹⁷⁴⁰ Art. 3 de la loi béninoise n° 2003-04 du 03 mars 2003 relative à la santé sexuelle et de la reproduction : « Tout individu, tout couple, a le droit de décider librement et avec discernement, de la taille de sa famille et de procréer au rythme de son choix dans le respect des lois en vigueur, de l'ordre public et des bonnes mœurs. Pour ce faire, tout individu a le droit de choisir la méthode de planification familiale qui lui convient et de disposer des informations nécessaires » ; art. 9 de la loi burkinabè n° 049-2005/AN du 21 déc. 2005 portant santé de la reproduction : « Les couples et les individus décident librement et avec discernement, du nombre de leurs enfants ainsi que de l'espacement de leurs naissances » ; art. 3 et 5 de la loi malienne n° 02-044 du 24 juin 2002 relative à la santé de la reproduction : « Les hommes et les femmes ont le droit égal de liberté, de responsabilité, d'être informés et d'utiliser la méthode de planification ou de régulation des naissances de leur choix, qui ne sont pas contraires à la loi », « Les membres du couple et les individus ont le droit de [...] décider librement avec discernement du nombre de leurs enfants et de l'espacement de leurs naissances et de disposer des informations nécessaires pour ce faire ».

¹⁷⁴¹ Lire J. POIRIER, G. GUIELLA, Fondements socio-économiques de la fécondité chez les *massi* du plateau central (Burkina Faso), *in* « Maîtrise de la fécondité et planification familiale au Sud », *op. cit.*, p. 93-110 ; M. RWENGE, Urbanisation et comportement procréateur au Bénin, *in* « Maîtrise de la fécondité et planification familiale au Sud », *op. cit.*, p. 147-160 ; V. DELAUNAY, C. BECKER, Vers une demande réelle de contrôle de la fécondité en milieu rural sénégalais, *in* « Maîtrise de la fécondité et planification familiale au Sud », *op. cit.*, p. 127-146.

la fécondité rejoint une certaine opinion, qui présente un caractère universaliste. Elle apparaît à travers la réflexion suivante : « Nous devons établir clairement dès le début que l'application de tous moyens pour prévenir la grossesse est anormale. La femme en santé doit être mère parce que seule la maternité lui apporte le plein épanouissement de sa force physique et spirituelle. En d'autres mots, le résultat de l'acte sexuel doit être la conception »¹⁷⁴².

Devant ce postulat, il est aisé de comprendre l'hostilité manifestée envers toute incitation au contrôle des naissances (1), une hostilité dont les conséquences seraient contenues, si, par ailleurs, l'instruction insuffisante de la plupart des femmes intéressées aux méthodes de maîtrise des naissances ne constituait pas un problème (2).

1) La faible adhésion à la contraception dans les sociétés africaines

630. - Défaveur de la régulation des naissances. La planification familiale, entendue comme l'ensemble des moyens permettant aux populations « d'atteindre le nombre souhaité d'enfants et de déterminer quel sera l'espacement des naissances [par l'utilisation] des méthodes contraceptives »¹⁷⁴³, est un concept qui ne fait pas encore bonne figure en Afrique, en raison de nombreux facteurs défavorables dont certains ont déjà été présentés. En effet, la procréation apparaît au premier plan de tous les systèmes matrimoniaux africains. Le but principal du mariage, dans son entendement traditionnel africain tout au moins, est d'avoir des enfants¹⁷⁴⁴. La procréation ne paraît pas ensuite pouvoir être détachée du mariage. Pour autant, logiquement, la sexualité n'est pas nécessairement reliée à la procréation. De même, la procréation pourrait aller sans le mariage. Cependant, il convient de relativiser le propos à un certain niveau. En effet, les sociétés africaines ayant toujours placé l'engendrement au centre de leurs préoccupations, la procréation sans le mariage leur paraît encore tolérable, comparativement au mariage sans procréation.

631. - Vision négative des méthodes contraceptives. Étant donné que le mariage est appréhendé dans la société africaine comme le moyen d'assurer le renouvellement des

¹⁷⁴² Selon un article publié dans le journal du Zhenotdel, Rabotnitsa 38, 1927, p. 16 (cf. H. ALIX, *Marxism and Women's Oppression : Bolshevik theory and practice in 1920's*, cité par M. de SÈVE, *Du socialisme patriarcal au féminisme socialiste*, op. cit., p. 184).

¹⁷⁴³ Cf. définition de l'OMS, consultée le 27 avr. 2017 sur http://who.int/reproductivehealth/topics/family_planning/fr/. Notons qu'elle est aussi appelée *planning* familial.

¹⁷⁴⁴ C. COQUERY-VIDROVITCH, *Les Africaines : Histoire des femmes d'Afrique sub-saharienne du XIX^e au XX^e siècle*, op. cit., p. 35 ; D. TOUNKARA, *L'émancipation de la femme malienne : les familles, les normes, l'État*, op. cit., p. 121.

générations, les individus sont plus ou moins ligüés contre l'expansion des méthodes de contrôle des naissances modernes. S'agissant notamment de la jeune fille, l'opinion publique l'exclut d'office du champ des bénéficiaires potentiels de la contraception, parce qu'elle n'est pas censée avoir des rapports sexuels avant le mariage¹⁷⁴⁵. En ce qui concerne la femme mariée, la tolérance est surtout affichée pour les pratiques traditionnelles de planification, à savoir l'allaitement au sein du nouveau-né et l'abstinence post-partum pendant la durée de l'allaitement¹⁷⁴⁶. Or, l'efficacité de ces méthodes dépend de paramètres souvent mal maîtrisés, si bien qu'elles ne freinent pas toujours la natalité¹⁷⁴⁷.

632. - Argument du risque de stérilité comme effet secondaire de la contraception. Les cas de complications faisant suite à la contraception, à l'origine de stérilités passagères ou définitives, sont plutôt rares¹⁷⁴⁸. Mais le taux marginal est exagéré par les détracteurs de la contraception, afin de décourager leur utilisation. Pour comprendre le caractère insidieux de l'argument du risque de stérilité, il faut se rappeler que le mariage africain est ébranlé lorsqu'il n'est pas procréatif et qu'alors, les risques que les liens se distendent sont élevés¹⁷⁴⁹. Si le cas se présentait après le recours à une méthode contraceptive par la femme mariée, celui-ci est fatalement désigné comme la cause de l'infertilité du couple ou de la stérilité primaire ou secondaire¹⁷⁵⁰. Pour autant, la cause pourrait se trouver ailleurs.

¹⁷⁴⁵ V. *supra*, n° 620. Pourtant le Bénin prévoit dans sa législation la création de structures de soins de santé de la reproduction séparées, adaptées aux besoins spécifiques des adolescents (cf. art. 12 loi n°2003-04 du 03 mars 2003 portant santé sexuelle et de la reproduction).

¹⁷⁴⁶ L'allaitement naturel est une règle coutumière assez rigoureuse en Afrique et la femme qui n'allaiterait pas son enfant subit la réprobation de son groupe social. Son usage comme méthode contraceptive en est facilité. Toutefois, une étude note que la durée des comportements post-partum régulateurs de la fécondité diminuent avec le niveau d'instruction des personnes concernées (cf. R. TIEMOKO, Mesure de la demande de planification familiale à partir de la taille de la famille souhaitée par les filles et de la parité à leurs mères, *op. cit.*, p. 255-256).

¹⁷⁴⁷ E. Van De WALLE, F. van de WALLE, Allaitement, stérilité et contraception : les opinions jusqu'au XIXe siècle, *in* *Revue Population*, vol. 27, n° 4/5, juil. - oct. 1972, p. 685-701.

¹⁷⁴⁸ V. H. MARRET *et al.*, 120 Questions en Gynécologie-Obstétrique, 3^e édition, 2014, p. 264, consulté le 1^{er} août 2017 sur www.sciencedirect.com.

¹⁷⁴⁹ Lorsqu'une union matrimoniale n'est pas féconde au bout de quelques années, souvent avant l'écoulement de la période d'attente médicalement recommandée, les suppositions premières vont dans le sens de la stérilité de la femme. Dès lors, l'homme est poussé par ses proches à "prendre" une nouvelle épouse en cas de monogamie ou une autre épouse en cas de mariage polygamique. Du point de vue médical, il est relevé que le diagnostic de stérilité n'intervient, en principe, que « chez un couple désirant un enfant ayant eu des rapports sexuels (sans contraception) durant deux à trois ans sans résultats complets et suffisamment fréquents (au moins deux à trois fois par semaine) » (cf. F. COUIC-MARINIER, F. PILLON, Une stérilité anovulatoire, *in* *Revue Actualités Pharmaceutiques*, vol. 54, n° 551, déc. 2015, p. 13-14).

¹⁷⁵⁰ Selon que les époux ont déjà eu des enfants ou non.

Dans ces conditions, il peut être imaginé la gravité de la survenue d'une stérilité comme conséquence avérée de la régulation des naissances, d'autant plus si la femme y a eu recours à l'insu ou sans l'accord du mari. Ces raisons expliquent la retenue de beaucoup de femmes devant les moyens de contraception. Pour la femme qui n'a pas encore d'enfants, l'appréhension est plus grande, car il faut compter avec la crainte de ne jamais avoir d'enfant si tout ne se passait pas bien, ce qui amoindrirait sa "valeur" dans le mariage. En outre, l'appropriation des méthodes contraceptives est retardée en Afrique par le fait que la femme doit pouvoir, à tout moment, répondre au souhait du mari d'avoir un enfant, durant sa période féconde¹⁷⁵¹.

633. - Analphabétisme. Malgré les facteurs défavorables, la femme africaine d'aujourd'hui est, plus que celle des générations précédentes, sensibilisée aux bienfaits du contrôle des naissances, tant pour elle-même¹⁷⁵², que pour sa famille, notamment les enfants qui peuvent ainsi recevoir l'attention parentale dans la mesure souhaitable. Mais, la femme est souvent limitée par un faible niveau, voire un manque total d'instruction de base¹⁷⁵³. L'analphabétisme serait ainsi l'un des freins principaux à la connaissance et au bon usage des méthodes contraceptives, d'après l'observation des associations militant dans le domaine de la régulation des naissances¹⁷⁵⁴. L'illettrisme de beaucoup de femmes en âge de procréer se révèle donc une limite, surtout quand le conjoint ou le compagnon y est opposé. Ce paramètre favorise, par ailleurs, la désinformation sur les méthodes contraceptives, menée pour décourager les personnes intéressées par la régulation de la procréation.

¹⁷⁵¹ Certaines méthodes de planification familiale auraient des effets qui ne peuvent être immédiatement arrêtés, d'où le risque qu'ils s'étendent sur une période où la femme est sollicitée afin de procréer (v. *Le Planning familial.org*, La contraception hormonale, consulté le 6 août 2017 sur <https://www.planning-familial.org/articles/la-contraception-hormonale-00357?prehome=off>).

¹⁷⁵² Notamment personnel et professionnel.

¹⁷⁵³ La faiblesse du taux d'alphabétisation est commune à beaucoup d'États africains : au Burkina Faso, en 2007, pour les individus de 15 ans et plus, il était de 28,3 % (v. Institut national pour la statistique et le développement, Enquête burkinabè sur les conditions de vie des ménages 2003 et Enquêtes annuelles sur les conditions de vie des ménages (EA – QUIBB) 2005 et 2007, disponible sur <http://www.insd.bf/n/contenu/Tableaux/T0502.htm>, consulté le 14 févr. 15) ; au Bénin, le taux d'alphabétisation des personnes de 15 ans et plus entre 2004 et 2011 était estimé à 44,6 % (v. RNDH, 2003; Institut National de la statistique et de analyse économique (EMICoV 2), disponible sur <http://www.insae-bj.org/education.html>, consulté le 14 févr. 15) ; au Mali, le taux d'alphabétisation des personnes de 15 ans et plus en 2011 était de 33,4 %, (v. Institut national de la statistique, Indicateurs de conditions de vie de la population selon l'enquête EMOP 2011, disponible sur http://www.instat-mali.org/contenu/eq/rana11pas1_eq.pdf, consulté le 14 févr. 15).

¹⁷⁵⁴ Selon une étude réalisée au Bénin, le taux d'analphabétisme des femmes est de 80,8% et de 70,8% pour les hommes (cf. UNUSIDA, Rapport de situation nationale à l'intention de l'UNGASS Bénin, 2010, disponible sur http://data.unaids.org/pub/report/2010/benin_2010_country_progress_report_fr.pdf).

634. - Coût de la contraception. L'analphabétisme va souvent de pair avec la non insertion professionnelle. De ce fait, les femmes qui ont le plus intérêt à contrôler les naissances, en raison de l'insuffisance de leurs ressources économiques, se trouvent encore être celles qui n'ont généralement pas les moyens de financer une méthode contraceptive d'une bonne efficacité. La situation requiert l'octroi de subventions étatiques plus importantes que celles qui sont aujourd'hui proposées, pour rendre l'ensemble des méthodes abordables.

Au total, dans la configuration actuelle des États de l'Afrique francophone, la rupture entre les droits de la santé reproductive et les faits est consommée. D'une certaine façon, la faute revient à la manière dont les politiques démographiques et les textes juridiques qui y sont relatifs sont pensés.

2) Les limites juridiques à l'appropriation des méthodes contraceptives

635. - Caractère éclectique de la réglementation sur la reproduction. Il a été vu que la volonté de réduire la taille de la famille africaine à travers la contraception moderne ne se manifestait pas encore de façon nette au sein des populations¹⁷⁵⁵. Les États africains ont pour la plupart libéralisé la chaîne de fabrication, d'importation, de publicité et de distribution des produits contraceptifs¹⁷⁵⁶. Cependant, la résistance aux nouvelles méthodes reste tenace, surtout auprès des hommes africains. De plus, les textes adoptés par les États restent assez souvent sur des généralités, ce qui laisse des aspects importants non résolus, tels que les conditions de l'interruption volontaire de grossesse. Il en va ainsi de la loi béninoise n°2003-04 du 03 mars 2003 portant santé sexuelle et de la reproduction, de la loi n° 049-2005/AN du 21 décembre 2005 du Burkina Faso portant santé de la reproduction et de la loi malienne n° 02-044 du 24 juin 2002 relative à la santé de la reproduction. Devant ce constat, il faut se rendre à l'évidence qu'il faut des lois fortes, revisitant en profondeur les vecteurs de la protection des droits de la santé sexuelle et reproductive.

636. - Condition de la consultation médicale préalable. La loi béninoise exige une consultation préalable avant de commencer l'utilisation d'une méthode contraceptive¹⁷⁵⁷. Si

¹⁷⁵⁵ Il est encore mal vu dans la société africaine qu'un couple puisse ne pas désirer d'enfant, *a fortiori* s'afficher dans ce sens.

¹⁷⁵⁶ Sauf à respecter les conditions fixées par décret pris en conseil des ministres (*cf.* article 16 al. 4 de la loi n°2003-04 du 03 mars 2003 portant santé sexuelle et de la reproduction du Bénin, art. 19 de la loi n° 049-2005/AN du 21 déc. 2005 du Burkina Faso et art. 11 de la loi n° 02-044 du 24 juin 2002 du Mali relative à la santé de la reproduction).

¹⁷⁵⁷ Art. 16 de la loi.

l'exigence d'une consultation médicale est en soi compréhensible, étant compris qu'elle permet au praticien de savoir si l'état de santé de la femme voulant adopter une technique de contraception s'y prête, en revanche, il est noté qu'elle peut constituer un facteur limitatif à l'usage de la contraception. En effet, elle en empêche l'accès à la femme qui n'est pas en mesure de faire la consultation préalable, soit par manque de moyens, soit parce qu'elle veut agir dans la discrétion, ce qui devient incertain avec une procédure en plusieurs étapes. Quant à la loi malienne, elle dispose de façon énigmatique que « Sont [...] autorisées, l'information et l'éducation concernant la contraception dans le respect de l'ordre public sanitaire et de la morale familiale »¹⁷⁵⁸. Le sens de « morale familiale » n'étant pas précisé, il est redouté une récupération par les détracteurs de la régulation des naissances, qui pourraient en faire un fourre-tout, ou tout au moins un faire-valoir.

637. - Condition d'autorisation du conjoint. Le principe retenu par les États africains en matière de contraception semble être celui de la décision conjointe des partenaires¹⁷⁵⁹. Il en résulte une autre limite au recours à la contraception. En effet, dans l'environnement africain, la probabilité de refus de la contraception par le mari ou le concubin n'est pas à minimiser, ce qui peut affecter l'efficacité des dispositifs de santé publique. L'article 7, alinéa 2, de la loi béninoise relative à la santé sexuelle et reproductive¹⁷⁶⁰ dispose que « L'autorisation du partenaire [...] avant de recevoir des soins en matière de santé de la reproduction peut ne pas être requise, pourvu que ce procédé ne soit pas contraire à la loi ». La rédaction de ce texte laisse entendre que la femme ne peut décider seule d'une contraception qu'à titre exceptionnel. Dans un sens similaire, on lit à l'article 14 alinéa 1 de la loi malienne relative à la santé reproductive que « Toute personne majeure peut, sur son consentement écrit, bénéficier d'une méthode de contraception irréversible. Toutefois, concernant une personne mariée, l'accord de son conjoint est obligatoire »¹⁷⁶¹. Cependant, la disposition est tempérée par l'alinéa 2 du même article qui dispose que « Sur avis médical confirmé par une contre-expertise, toute femme mariée dont la vie pourrait être menacée par la survivance d'une grossesse peut, sur son seul consentement écrit, bénéficier d'une méthode de contraception irréversible ».

¹⁷⁵⁸ Art. 12.

¹⁷⁵⁹ Pour la jeune fille, l'autorisation des parents est requise (cf. article 7, al. 2, de la loi béninoise relative à la santé sexuelle et reproductive).

¹⁷⁶⁰ Loi béninoise n°2003-04 du 03 mars 2003.

¹⁷⁶¹ Loi malienne n° 02-044 du 24 juin 2002.

638. - Timide promotion des droits sur la santé sexuelle et reproductive. Il est relevé la faiblesse des moyens de diffusion de l'information sur les droits sexuels et reproductifs. Il en découle que les populations sont en majorité ignorantes des lois adoptées par leurs États, ainsi que leurs modalités de mise en œuvre. En réalité, les gouvernants évitent d'être confrontés à l'hostilité qui se manifeste autour du sujet et qui pourrait ruiner leurs espérances électorales. Pour autant, cette donnée ne devrait pas gêner l'application de textes juridiques qui visent, après tout, la sauvegarde de la santé publique¹⁷⁶². La méconnaissance des méthodes contraceptives est la cause des grossesses non désirées et rapprochées, à l'origine du taux élevé de mortalité liée à la maternité¹⁷⁶³.

639. - Insuffisance des ressources administratives pour la promotion des droits sexuels et reproductifs. Les services administratifs qui sont en principe chargés de conduire la sensibilisation sur la planification familiale sont en nombre insuffisant dans les pays en voie de développement¹⁷⁶⁴. En outre, les centres d'accueil ne disposent pas toujours des moyens nécessaires pour mettre à disposition l'éventail de méthodes contraceptives existantes à coût modéré, pour inciter les populations à les utiliser.

640. - Réorientation de la vision. Les États africains doivent assumer, au regard du Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, leur rôle régalien de garantir la santé de la reproduction¹⁷⁶⁵. En ce sens, les actions étatiques doivent accorder une certaine priorité à la question. Cette orientation permettrait d'élargir l'accessibilité de l'information sur les droits reproductifs et sur les moyens de contraception disponibles à toute personne, mariée ou non,

¹⁷⁶² Le gouvernement burkinabè a récemment lancé des appels à contribution à l'adresse des partenaires techniques et financiers, des ONG et associations féminines, ainsi que de tous les acteurs et populations en vue de l'élaboration d'un Plan national d'accélération de la planification familiale pour la période 2017-2020. Ce plan projette d'augmenter la prévalence contraceptive de 22,5% (2015) à 32% en 2020, en sorte de ramener l'indice synthétique de fécondité de 5,4 enfants par femme (2015) à 4,7 enfants par femme en 2020 (cf. *Lefaso.net*, Message du Ministère de la Santé à l'occasion de la semaine Nationale de la planification familiale, 11 mai 2017, consulté le 12 mai 2017 sur <http://lefaso.net/spip.php?article77122>).

¹⁷⁶³ V. *supra*, n° 506.

¹⁷⁶⁴ La couverture des territoires n'est pas équitable car les services sont concentrés dans les villes ; or c'est plutôt dans le milieu rural que les femmes ont le plus besoin d'être informées et suivies dans l'utilisation d'une méthode contraceptive, parce qu'elles vivent souvent dans l'ignorance totale de leur existence.

¹⁷⁶⁵ Art. 14, 1°. Dans le sillage de ce texte, par exemple, l'article 10 de la loi n°2003-04 du 03 mars 2003 portant santé sexuelle et de la reproduction du Bénin dispose que « L'État, les collectivités locales, les groupements communautaires et autres personnes morales, par le biais de leurs représentants, doivent veiller à la sauvegarde, à la promotion et à la protection du droit de tout être humain à la santé de la reproduction. Ils doivent s'engager à améliorer la communication entre les hommes et les femmes sur la compréhension de leurs responsabilités communes afin qu'ils soient des partenaires égaux dans leur vie publique et privée ».

soit qu'elle n'a pas de projet parental, soit qu'elle désire réguler les naissances¹⁷⁶⁶. L'appropriation de la régulation des naissances permet de protéger d'autres droits individuels de la femme (en pratique exclus par la forte natalité), notamment le droit à l'éducation scolaire et le droit au travail. Lorsque les pouvoirs publics ne mettent pas l'accent sur la contraception, la question de l'interruption volontaire de grossesse se pose avec plus d'acuité, alors qu'elle se présente comme le plus radical des moyens pour éviter une maternité non désirée.

§ 2 : Restriction du recours à l'interruption volontaire de grossesse

641. - Définition. L'avortement doit être entendu comme « l'emploi de moyens ou de substances en vue de provoquer l'expulsion prématurée du fœtus, quel que soit le moment de la grossesse où cette expulsion est pratiquée »¹⁷⁶⁷. Une polémique nourrit les débats autour de l'avortement, qui se présente comme l'ultime solution pour la femme qui ne désire pas avoir d'enfant ou dont la grossesse ne s'est pas produite au moment souhaité¹⁷⁶⁸.

642. - Avortement *contra reproduction*. La femme africaine est généralement dépossédée du pouvoir de décider à propos de son corps. Bien souvent, une grossesse non désirée atteste de l'échec de la prévention, peut-être par la contraception, dont il a été vu qu'elle ne recueille pas encore la faveur de populations africaines. En réalité, les idées natalistes qui dominent les débats sociétaux en Afrique subsaharienne relèguent au second plan la volonté éventuelle de la femme de ne pas avoir d'enfant. On oppose souvent que le droit de décider appartient également à l'homme. S'il n'est pas contesté que l'homme est aussi intéressé à la procréation, il ne faut pas perdre de vue que la femme reste la première concernée en cas de grossesse et qu'à ce titre, elle devrait pouvoir décider de mettre un enfant au monde ou non. De même, il faut tenir compte de ce que les implications d'une grossesse vont au-delà du temps de la gestation. Si les droits sexuels et reproductifs, parmi lesquels figure l'interruption volontaire de grossesse,

¹⁷⁶⁶ En l'état actuel des choses, la limite de l'analphabétisme peut malgré tout être surmontée, par le développement de modules de formation et d'information en langues nationales à l'adresse des masses populaires non instruites concernées par la planification familiale et par la mise à contribution des médias audio-visuels.

¹⁷⁶⁷ Cf. art. 170, al. 1^{er}, de la loi n° 61-99/AN-RM du 3 août 1961 portant Code pénal au Mali ; aussi D. VIGNEAU, Observations sur le nouveau droit pénal de l'avortement, *in* Mélanges dédiés à Louis Boyer, Presses universitaires de sciences sociales, Toulouse, 1996, p. 755.

¹⁷⁶⁸ D. VIGNEAU, Observations sur le nouveau droit pénal de l'avortement, *op. cit.*, p. 761 sq.

étaient effectivement consacrés et respectés dans les droits nationaux¹⁷⁶⁹, les droits civils de la femme deviendraient une réalité¹⁷⁷⁰. En France où l'interruption de grossesse est largement admise¹⁷⁷¹, Michèle Ferrand observe que « La libéralisation de la contraception moderne (1967)¹⁷⁷² et la dépénalisation du recours à l'avortement (1975)¹⁷⁷³ [ont donné] aux femmes la capacité d'échapper à ce qui apparaissait jusqu'alors comme leur destin biologique »¹⁷⁷⁴. Dans les États de l'Afrique francophone, l'interruption volontaire de grossesse est reconnue, mais dans certains cas seulement (A). Elle reste interdite de principe en dehors des cas visés par la loi (B).

A. Cas de recours strictement définis

B. Incrimination maintenue

A. Cas de recours strictement définis

643. - Prescription médicale. La loi béninoise n°2003-04 du 3 mars 2003 portant santé sexuelle et de la reproduction et la loi burkinabè n° 049-2005/AN du 21 décembre 2005 portant santé de la reproduction autorisent l'interruption volontaire de grossesse, quand elle a lieu sur prescription médicale, dans trois cas, à savoir : lorsque la poursuite de la grossesse met en danger la vie et la santé de la femme enceinte (1) ; à la demande de la femme, lorsque la grossesse est la conséquence d'un viol ou d'une relation incestueuse (2) ; et lorsque l'enfant à naître est atteint d'une affection d'une particulière gravité au moment du diagnostic (3). Le Mali retient, comme le Bénin et le Burkina Faso, les hypothèses d'interruption de grossesse pour raison de santé de la mère et pour cause de viol ou d'inceste, mais pas celle de l'affection grave atteignant le fœtus¹⁷⁷⁵.

1) L'interruption volontaire de grossesse pour raison de santé de la mère

644. - Primauté de la santé de la mère sur celle de l'enfant non encore né. L'avortement est légal s'il est motivé par la sauvegarde de la santé de la mère de l'enfant à naître. Il peut s'agir

¹⁷⁶⁹ Aux termes de l'article 14-2-c du Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes du 11 juil. 2003, les États doivent prendre toutes les mesures appropriées pour « protéger les droits reproductifs des femmes, particulièrement en autorisant l'avortement médicalisé, en cas d'agression sexuelle, de viol, d'inceste et lorsque la grossesse met en danger la santé mentale et physique de la mère ou la vie de la mère ou du fœtus ».

¹⁷⁷⁰ Tels que son droit à l'instruction scolaire, sa liberté sexuelle et matrimoniale, sa liberté professionnelle, etc.

¹⁷⁷¹ Loi française n° 75-17 du 17 janv. 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

¹⁷⁷² Loi française n° 67-1176 du 28 déc. 1967 relative à la régulation des naissances.

¹⁷⁷³ Loi française n° 75-17 du 17 janv. 1975.

¹⁷⁷⁴ M. FERRAND, *Féminin Masculin*, op. cit., p. 6.

¹⁷⁷⁵ Cf. loi malienne n° 02-044 du 24 juin 2002 relative à la santé de la reproduction.

d'une situation où la grossesse met immédiatement en péril la vie de la mère ou plus spécialement d'une hypothèse où le danger se précise avec l'avancée de la grossesse, voire d'un danger périnatal. Cet avortement, dit « thérapeutique », est souvent autorisé par les droits africains. Il est ainsi prévu à l'article 17, alinéa 2, de la loi béninoise n° 2003-04 du 3 mars 2003 portant santé sexuelle et de la reproduction, à l'article 21, alinéa 2, de la loi burkinabè n° 049-2005/AN du 21 décembre 2005 portant santé de la reproduction, et à l'article 13 de la loi malienne n° 02-044 du 24 juin 2002 relative à la santé de la reproduction.

645. - Conditions de l'interruption volontaire de grossesse pour cause de santé de la mère.

Sur ce cas, l'article 21, alinéa 3, de la loi du Burkina Faso se limite à énoncer que « Dans [les cas visés], l'interruption volontaire de grossesse doit se faire dans de bonnes conditions de sécurité », ce qui est pour le moins insuffisant. La loi du Bénin, quant à elle, renvoie, dans l'alinéa 3 de son article 17, à un décret d'application fixant « la procédure et le contrôle des conditions légales de l'interruption volontaire de grossesse ». Ce décret n'étant pas encore adopté, il faut se reporter à la loi n° 2015-08 du 23 janvier 2015 portant Code de l'enfant. Il en ressort que « Les avortements thérapeutiques sont autorisés lorsqu'ils sont demandés sous prescription médicale »¹⁷⁷⁶. Des précisions plus avant seraient utiles. La loi du Mali ne fait pas référence aux conditions du recours à l'interruption volontaire de grossesse. En fin de compte, il faut se référer au Code pénal du Burkina Faso pour y lire qu'elle peut être pratiquée à tout moment, sous réserve que deux médecins, dont l'un exerce dans une structure sanitaire publique, attestent après des examens que le maintien de la grossesse met en péril la santé de la femme¹⁷⁷⁷. Enfin, au Bénin, la loi n° 2015-08 du 23 janvier 2015 portant Code de l'enfant dispose que :

« L'avortement de l'enfant mineure, au cas où cela constituerait un handicap pour son développement, est autorisé par l'officier d'état civil sur présentation d'un examen réalisé par le médecin du centre de santé territorialement compétent.

La demande est faite par les parents. Si l'enfant a la faculté de discernement, son consentement est requis. »¹⁷⁷⁸

¹⁷⁷⁶ Cf. art. 146, al. 1^{er}, de cette loi.

¹⁷⁷⁷ Cf. art. 387 de la loi n° 43-96 ADP du 13 nov. 1996 portant Code pénal, modifiée par la loi 6-2004 AN du 6 avr. 2004. Les codes pénaux du Bénin et du Mali ne contiennent pas de dispositions similaires.

¹⁷⁷⁸ Art. 146 al. 2-3 de la loi. Au passage, il est à déplorer que la décision d'interruption volontaire de grossesse de la jeune fille soit confiée aux parents et non pas à l'intéressée elle-même, éventuellement avec l'assistance des parents seulement.

646. - Personnel compétent. La législation dans les trois États ne spécifie pas le personnel autorisé à pratiquer un avortement. Cependant, il est permis de supposer que sont habilités à le faire les agents de la santé de la reproduction¹⁷⁷⁹, qui ont des compétences avérées en obstétrique leur permettant de suivre habituellement une grossesse. De fait, la loi française reconnaît expressément la compétence d'un médecin ou d'une sage-femme¹⁷⁸⁰. Dans le même ordre d'idée, à défaut de fixation par les textes du lieu où l'interruption de grossesse pourrait être réalisée, il peut être retenu, afin de prévenir la mercantilisation de la pratique, qu'elle doit avoir lieu dans un établissement de santé public ou privé autorisé, ou bien dans le cadre d'une convention conclue entre un médecin, une sage-femme, un centre de planification ou d'éducation familiale ou encore un centre de santé et un tel établissement, à l'image de la solution adoptée par la France¹⁷⁸¹.

2) L'interruption volontaire de grossesse pour viol ou inceste

647. - Grossesse suivant un viol ou un inceste. Le viol établi ou l'existence d'un inceste dont il résulte une grossesse peut être source de déstabilisation pour la femme. Cependant, l'hypothèse est moins souvent retenue par les systèmes juridiques comme un fait justificatif de l'interruption volontaire de grossesse. En effet, certains États, comme la Côte d'Ivoire¹⁷⁸², ne reconnaissent pas le droit d'avorter à la femme dont la grossesse est la conséquence d'un viol ou est intervenue par suite de rapports incestueux.

648. - Conditions. Selon l'article 387, alinéa 2, de la loi n° 43-96 ADP du 13 novembre 1996 portant Code pénal au Burkina Faso, « En cas de viol ou d'inceste établis, la matérialité de la détresse est établie par le ministère public et la femme enceinte peut demander à un médecin dans les dix premières semaines l'interruption de sa grossesse ». On peut donc retenir que la loi requiert l'état de détresse de la femme et que, dans tous les cas, l'interruption de grossesse doit

¹⁷⁷⁹ « Est considérée comme personnel de santé de la reproduction, toute personne physique ou morale de statut public ou privé dont l'activité professionnelle porte sur les services de soins de santé de la reproduction. » (cf. art. 14 de la loi béninoise n° 2003-04 du 03 mars 2003 portant santé sexuelle et de la reproduction).

¹⁷⁸⁰ Cf. art. L. 2212-2 du Code de la santé publique (issue de l'ord. n° 2003-850 du 4 sept. 2003, art. 9-I) : « L'interruption volontaire d'une grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin ou, pour les seuls cas où elle est réalisée par voie médicamenteuse, par une sage-femme » (v. loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016, art. 127-I-2°-a).

¹⁷⁸¹ France, Code de santé publique, art. L. 2212-2 (modifié par les lois n° 2007-1786 du 19 déc. 2007, art. 71-II, et n° 2016-41 du 26 janv. 2016, art. 127-I-2°-b). Jugé que commet une faute justifiant l'application d'une sanction disciplinaire un médecin qui procède à une interruption volontaire de grossesse en son cabinet (cf. France, CE, 4 nov. 1983, Catrin, req. n° 26143 : LEBON. T. 848 ; RDSS 1984. 163, obs. L. DUBOUIS).

¹⁷⁸² Cf. art. 367 de la loi n° 81-640 du 31 juil. 1981 instituant le Code pénal en république de Côte d'Ivoire.

intervenir au plus tard avant l'expiration de la dixième semaine d'aménorrhée. Dans le silence de la loi, par déduction, ce cas obéirait aussi aux mêmes conditions de personnel et de cadre de réalisation que celui tenant à la santé de la parturiente.

3) L'interruption volontaire de grossesse pour affection grave de l'enfant à naître

649. - Maladie incurable de l'enfant. L'article 387, alinéa 1^{er}, de la loi burkinabè n° 43-96 ADP du 13 novembre 1996 portant Code pénal permet aussi l'interruption volontaire de grossesse lorsqu' « il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic ». Ici, les facteurs pris en considération sont la maladie prénatale et le caractère non curable de cette maladie au moment où le diagnostic est établi¹⁷⁸³.

650. - Conditions. Pour le reste, il est supposé que la légalité de l'interruption de la grossesse pour cause d'affection grave de l'enfant à naître requiert, comme les autres cas, l'intervention d'une personne compétente et que sa réalisation doit avoir lieu dans un centre de soins médicaux public ou privé agréé.

B. Incrimination maintenue

651. - Place de la volonté dans la procréation. Il peut être estimé, avec une certaine distance, que la maternité volontaire sert mieux une enfance épanouie que la maternité subie. Dans ce dernier cas, la femme est, au minimum, contrainte de porter à son terme une grossesse dont elle ne veut pas, ce qui peut se manifester à terme dans la relation parentale. En effet, le développement sain de l'enfant dépend assez des circonstances de sa naissance¹⁷⁸⁴. Il n'empêche que, pour le moment, les lois africaines punissent l'interruption volontaire de

¹⁷⁸³ Faisant suite à l'affaire Perruche où une mère n'avait pas pu exercer son droit à l'avortement en raison d'un diagnostic pertinent et avait ensuite agi en indemnisation, cette précision a pour but de n'ouvrir les poursuites contre le personnel soignant que pour les maladies congénitales non décelées pendant les examens prénataux, en présence d'une faute caractérisée (v. L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles issu de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé). Désormais, il est posé que « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance » (art. 1^{er}-I de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002).

¹⁷⁸⁴ V. *infra*, n° 658.

grossesse (1), même si l'on est pas sans ignorer que la sanction pénale, au mieux amenuise le nombre d'avortements non autorisés, mais en tout cas n'y met pas fin (2).

1) Pénalisation de l'interruption volontaire de grossesse

652. - Délit d'interruption volontaire de grossesse. Il conviendrait d'employer l'expression de "délit d'interruption illégale de grossesse", étant entendu que l'infraction est prévue pour les situations où l'avortement est réalisé en dehors des hypothèses énumérées par la loi¹⁷⁸⁵. L'examen de la pénalisation de l'interruption volontaire de grossesse impose de distinguer entre ses deux formes, à savoir l'interruption de la grossesse par un tiers et l'interruption de la grossesse par la femme elle-même. En revanche, pour ce qui les concerne, la tentative, la complicité ou même le délit impossible¹⁷⁸⁶, sont réprimés au même titre que l'infraction réalisée.

653. - Répression du tiers. L'interruption de grossesse réalisée par un tiers est, au Bénin, puni par l'article 317 du Code pénal Bouvenet¹⁷⁸⁷ d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 120.000 à 2.400.000 francs. Le texte vise « quiconque, par aliments, breuvage, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen, aura procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle y ait consenti ou non »¹⁷⁸⁸. Une disposition semblable se retrouve à l'article 383 du Code pénal du Burkina Faso (avec une amende qui peut s'élever de 300.000 à 1.200.000 francs), ainsi qu'à l'article 211, alinéa 2, et 212, alinéa 1^{er}, du Code pénal du Mali, issu de la loi n° 01-079 du 20 août 2001¹⁷⁸⁹. Les peines sont aggravées si la mort s'ensuit ou en cas d'habitude. Une peine additionnelle professionnelle ou une interdiction de séjour peut aussi être prononcée ; en ce cas, le non-

¹⁷⁸⁵ Lire dans ce sens, D. VIGNEAU, Observations sur le nouveau droit pénal de l'avortement, *op. cit.*, p. 761. L'auteur explique par ailleurs que la France a abandonné la terminologie d'avortement, le mot « étant chargé d'une coloration morale jugée trop gênante à notre époque » (*ibid.*). V. aussi art. 17 de la loi malienne n° 02-044 du 24 juin 2002 relative à la santé de la reproduction qui opère une clarification en ces termes : « Toute personne qui, en dehors des cas limitativement prévus [...] procède, incite à un avortement ou fournit conseil ou un moyen quelconque en vue de procéder à un avortement est punie des peines prévues par le Code Pénal ».

¹⁷⁸⁶ Lorsqu'on a pu penser que la femme était enceinte alors qu'elle ne l'était pas.

¹⁷⁸⁷ Cet article est issu du décret du 19 nov. 1947.

¹⁷⁸⁸ Dans un cas porté devant le juge français, le prévenu a fait prendre à sa compagne enceinte une boisson contenant des pilules abortives parce qu'il ne désirait pas d'enfant (Amiens, 1^{er} sept. 2014, RG n° 13/01128, AJ Pén. 2015. 89, obs. M. BENILLOUCHE).

¹⁷⁸⁹ Le texte dispose que « L'avortement volontaire tenté ou obtenu de quelque manière que ce soit, soit par la femme, soit même avec son consentement, par un tiers, sera puni de un à cinq ans d'emprisonnement et facultativement de 20.000 à 1.000.000 de francs d'amende et de un à dix ans d'interdiction de séjour ».

respect de l'interdiction déclenche d'autres sanctions¹⁷⁹⁰. En outre, il résulte de la législation pénale burkinabè qu'en cas de condamnation pour infraction d'avortement, les objets ayant servi à l'acte peuvent être confisqués, la fermeture de l'établissement peut être ordonnée ou encore l'exercice des droits civiques et de famille interdit pour une durée maximum de cinq ans¹⁷⁹¹.

654. - Répression de la femme ayant interrompu sa grossesse. La femme qui réalise elle-même son avortement, le tente ou fait usage de moyens abortifs, est passible d'une peine d'emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 24.000 à 480.000 francs au Bénin, et de 150.000 à 600.000 francs au Burkina Faso. Au Mali, la sanction est un emprisonnement d'un à cinq ans et éventuellement une amende de 20.000 à 1.000.000 de francs¹⁷⁹².

655. - Incitation à l'avortement. Cette infraction est prévue à l'article 388 du Code pénal burkinabè qui punit « d'un emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 50.000 à 600.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque, par tout moyen de diffusion ou de publicité incite à l'avortement ».

656. - Critique. Il apparaît que la liberté de choix face à la procréation, et donc de la possibilité de recourir à l'interruption volontaire de grossesse, est une facette de l'égalité des sexes dans le mariage. Cependant, les législations du Bénin, du Burkina Faso et du Mali ne sont pas en conformité avec le Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes, dont l'article 14, alinéa 2-c, consigne le droit à l'avortement médicalisé¹⁷⁹³. Ce point de la convention est d'ailleurs à l'origine de sa non-ratification par un certain nombre d'États sur le continent¹⁷⁹⁴. Cependant, s'agissant des États

¹⁷⁹⁰ Cf. art. 317 al. 5-6 du Code pénal Bouvenet applicable au Bénin (issu du décret du 19 nov. 1947) et art. 384 du Code pénal burkinabè.

¹⁷⁹¹ V. art. 389 du Code pénal burkinabè.

¹⁷⁹² Cf. art. 317 al. 3 du Code pénal Bouvenet applicable au Bénin, art. 386 du Code pénal burkinabè et art. 211, al. 1^{er}, du Code pénal malien.

¹⁷⁹³ V. *supra*, note ss n° 642.

¹⁷⁹⁴ Cf. F. QUILLERÉ-MAJZOUB, Le protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique : un projet trop ambitieux ? *in* Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 73, 2008, p. 127-162 ; A. F. KABORE, Droit des femmes en Afrique : Pourquoi Le protocole de Maputo tarde-t-il à se traduire en réalité sur le terrain ? *Sidwaya*, 30 juin 2015, consulté le 13 sept. 17 sur <http://www.sidwaya.bf/m-6787-droit-des-femmes-en-afrique-pourquoi-le-protocole-de-maputo-tarde-t-il-a-se-traduire-en-realite-sur-le-terrain-.html> ; FIDH, Droits des femmes en Afrique : 18 pays n'ont toujours pas ratifié le protocole de Maputo ! 10 juil. 2013, consulté le 13 sept. 2017 sur <https://www.fidh.org/fr/regions/afrique/droits-des-femmes-en-afrique-18-pays-n-ont-toujours-pas-ratifie-le-13642>.

qui l'ont ratifié, dont le Bénin, le Burkina Faso et le Mali¹⁷⁹⁵, il n'est pas normal que l'illégalité de l'avortement reste le principe et son autorisation l'exception.

2) Controverse relative à la légalisation interruption volontaire de grossesse

657. - Divergence de vues sur les plans juridique, éthique et religieux. Dans les États africains, la question est encore âprement discutée de savoir s'il faut ou non libéraliser l'avortement, et le moins que l'on puisse observer, c'est que les avis sont partagés : entre les législateurs d'abord, dont il est déjà possible de constater que les positions envers les cas qui peuvent donner lieu à des avortements autorisés varient ; ensuite, dans le corps médical dont certains représentants considèrent contraire à leur vocation de mettre fin à une vie, fut-ce celle d'un embryon¹⁷⁹⁶ ; enfin la société civile, au sein de laquelle les leaders religieux au premier chef, s'opposent à la libéralisation de l'interruption volontaire de grossesse, en prenant appui sur la morale et les principes religieux qui défendent d'ôter la vie.

658. - Discussion. Il paraît difficile de trancher ici, dans la mesure où plusieurs intérêts se croisent. Ainsi, les droits reproductifs de la mère entrent en conflit avec le droit à la vie de l'enfant, de même la volonté de la femme enceinte avec celle de l'auteur de la grossesse, voire la volonté des géniteurs contre les mesures publiques¹⁷⁹⁷. La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, retient que les dispositions nationales qui garantissent le droit à la vie ne peuvent pas être interprétées comme reconnaissant à l'enfant non encore né un « droit absolu à la vie »¹⁷⁹⁸. L'autorisation de l'interruption de grossesse ne doit pas être vue comme une banalisation de l'atteinte à la vie de l'enfant à naître. Elle devrait être perçue comme une solution de compromis, permettant de tenir compte de la volonté de la mère et d'éviter la

¹⁷⁹⁵ Cf. art. 6-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ; art. 5-1 de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant ; art. 15 de la Constitution béninoise du 11 déc. 1990 ; art. 2 de la Constitution burkinabè du 11 juin 2012 ; et art. 1^{er}, al. 2, de la Constitution malienne du 25 fév. 1992.

¹⁷⁹⁶ En France, l'objection de conscience est admise pour les membres du corps médical qui ne veulent pas réaliser une interruption volontaire de grossesse par l'article L. 2212-8 du Code de la santé publique, quoiqu'il existe déjà une clause de conscience générale accordée à tout personnel soignant pour les divers actes médicaux. Afin de d'assurer l'effectivité du droit, l'État français a recouru à des mesures incitatives, telles que la revalorisation du statut des praticiens intervenant dans les centres d'interruption de grossesse, pour amener le corps médical à collaborer (v. D. VIGNEAU, Observations sur le nouveau droit pénal de l'avortement, *op. cit.*, p. 758).

¹⁷⁹⁷ V. M. FERRAND, *Féminin Masculin*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁷⁹⁸ V. X c/ Royaume-Uni, requête n° 8416/79, du 13 mai 1980, et H c/ Norvège, requête n° 17004/90, du 19 mai 1992 (cf. D. KORFF, Le droit à la vie : Un guide sur la mise en œuvre de l'article 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 8, 2007, p. 10-11 ; J.-M. LARRALDE, La Cour européenne des droits de l'homme et la promotion des droits des femmes, *in* Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 71, 2007, p. 859 et 861).

naissance d'un enfant non désiré, une circonstance dont la connaissance est de nature à déstabiliser la personne qui naîtrait dans ces conditions. Le refus de l'avortement aboutit à instaurer une obligation à la maternité, alors que ses implications ne s'arrêtent pas au terme de la grossesse¹⁷⁹⁹. Les suites dramatiques d'une grossesse non désirée ne paraissent pas avoir été suffisamment envisagées par les opposants à la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse. Le taux élevé d'auto-avortements en constitue une figure. Devant la dangerosité de l'avortement clandestin pour la santé et la fécondité de la femme, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes recommande que « les États parties veillent à ce que les femmes puissent décider sans entraves de leur fécondité et ne soient pas forcées de recourir à des pratiques médicales dangereuses, telles que l'avortement clandestin, faute de services leur permettant de contrôler leur fécondité »¹⁸⁰⁰. De fait, par un effet pervers, l'interdiction de l'avortement n'enraye pas la pratique, mais la condamne plutôt à la clandestinité, une clandestinité qui augmente les risques d'issue fatale. L'interruption volontaire de grossesse se justifierait d'autant plus dans l'hypothèse d'une grossesse faisant suite à une agression sexuelle de la femme¹⁸⁰¹. Au regard de ces éléments, la libéralisation de l'avortement est une nécessité. Ainsi Michèle Ferrand fait-elle remarquer que « le passage de la maternité subie à la maternité

¹⁷⁹⁹ En France, avec la faculté d'accoucher « sous X », la mère peut décider de ne pas garder l'enfant après sa naissance (cf. art. 326 du Code civil sur la possibilité, pour la mère, de ne pas révéler son identité lors de l'accouchement, art. L. 222-6, al. 1^{er}, du Code de l'action sociale et des familles sur la possibilité, pour une mère accouchant anonymement, de révéler son identité sous pli fermé). Sur cette question, dans une affaire (Cour EDH, G.C. 13 févr. 2003, ODIÈVRE c/ France, Req. n° 42326/98), où une enfant, dont la mère avait accouché anonymement en 1965, avait cherché à lever secret de sa naissance, la Cour européenne des droits de l'homme a refusé de condamner la France pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dans ses composantes « vie familiale » et « vie privée », ainsi que pour violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention en raison d'une discrimination fondée sur la naissance (cf. V. BONNET, L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme, *in* Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 58, 2004, p. 405-421 ; O. ROY, Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire ODIÈVRE contre France, *Petites affiches*, 3 oct. 2002, n° 198, p. 6 ; A. GOUTTENNOIRE-CORNUT et F. SUDRE, note sous l'arrêt : J.C.P., G 2003, II, 10049). Mais, dans une autre affaire similaire (Cour EDH, 2^e Sect., 25 sept. 2012, GODELLI c/ Italie, Req. n° 33783/09), la Cour européenne a décidé dans un sens qui ne remet pas forcément en question les législations qui, à l'image de celle de la France, garantissent l'anonymat de la mère en ayant exprimé la volonté, mais elle a sanctionné la loi italienne qui interdit toute procédure d'accès aux origines au profit des enfants nés d'une femme "qui ne consentait pas à être nommée", pour violation de l'art. 8 de la Convention européenne sur le droit à la vie privée (cf. N. HERVIEU, L'accouchement anonyme à l'épreuve européenne du droit à la connaissance de ses origines, *in* Lettre « Actualités Droits-Libertés » du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, 29 sept. 2012, consulté le 14 sept. 2017 sur <https://revdh.wordpress.com/2012/09/29/accouchement-anonyme-droit-a-connaissance-des-origines/>). La possibilité d'accoucher anonymement n'existe pas encore dans les droits des États africains.

¹⁸⁰⁰ Recommandation générale n° 19, onzième session, 1992, Document A/47/38, n° 24-m.

¹⁸⁰¹ V. *supra*, n° 647.

volontaire et contrôlée représente un saut qualitatif dont il faut prendre la mesure pour la construction identitaire féminine »¹⁸⁰².

659. - Droit comparé. En France, il s'est passé une importante évolution du droit de l'avortement, même si les résistances n'ont pas manqué non plus¹⁸⁰³. Aujourd'hui, le Code français de la santé publique autorise la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse, à demander l'interruption de sa grossesse à un médecin ou à une sage-femme avant la fin de la douzième semaine d'aménorrhée¹⁸⁰⁴. Dans ce sens, il est prévu que « Toute personne a le droit d'être informée sur les méthodes abortives et d'en choisir une librement »¹⁸⁰⁵, le devoir d'information incombant à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables¹⁸⁰⁶. En marge, il a été créé un délit d'entrave à l'interruption licite de grossesse¹⁸⁰⁷ dont le champ a récemment été étendu aux sites internet pratiquant la désinformation sur l'interruption de grossesse pour dissuader les personnes d'y avoir recours¹⁸⁰⁸.

660. - Volonté du père. Pour contrer la reconnaissance à la femme de la maîtrise de la « décision procréative »¹⁸⁰⁹, il est soutenu que « dans la mesure où toute l'évolution des mœurs conduit à rapprocher le père de ses enfants (la généralisation de sa présence lors de l'accouchement en est un symptôme), on pourrait concevoir qu'il ait son mot à dire. Ce qui n'est pas le cas si le droit à l'[interruption volontaire de grossesse] est reconnu exclusivement à la

¹⁸⁰² M. FERRAND, *Féminin Masculin, op. cit.*, p. 37.

¹⁸⁰³ En France, la lutte a permis l'adoption de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse. On peut ainsi lire que « Devant la faible diffusion de la contraception moderne, le jeune mouvement féministe ["un enfant si je veux, quand je veux"] va radicaliser les revendications antérieures en exigeant une totale liberté de procréation. L'interdiction de l'avortement et l'accès limité à la contraception, sont présentés comme les symboles de l'oppression des femmes. Le mot d'ordre est clair : "contraception et avortement libres et gratuits pour toutes". Plusieurs actions médiatiques sont organisées. Le manifeste des "343 salopes", paru dans Le Nouvel Observateur du 5 avril 1971, où 343 femmes, dont certaines suffisamment célèbres pour ne pas pouvoir être poursuivies (comme Simone de BEAUVOIR) déclarent avoir avorté, dénonce l'hypocrisie de la législation » (cf. M. FERRAND, *Féminin Masculin, op. cit.*, p. 34).

¹⁸⁰⁴ V. art. L. 2212-1, al. 1. L'intervention est prise en charge par la sécurité sociale depuis une loi de 1982 (cf. loi n° 1182-172 du 31 déc. 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure).

¹⁸⁰⁵ Art. L. 2212-1, al. 2, du Code de la santé publique.

¹⁸⁰⁶ Art. L. 2212-1, al. 3, du Code de la santé publique.

¹⁸⁰⁷ Cf. art. L. 2223-1 (anc. art. L. 162-15-1) du Code français de la santé publique et art. L. 2223-2 du même Code issu de la loi n° 93-121 du 27 janv. 1993. V. aussi S. PRIEUR, La répression judiciaire du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse : réflexions à propos de quatre années d'application jurisprudentielle de l'article L. 162-15 du Code de la santé publique, Les Petites Affiches, 5 nov. 1997, n° 133, p. 12-19.

¹⁸⁰⁸ Loi française n° 2017-347 du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse (JO n° 68 du 21 mars 2017).

¹⁸⁰⁹ Cf. M. FERRAND, *Féminin Masculin, op. cit.*, p. 35.

femme. Or c'est bien la solution retenue par la jurisprudence »¹⁸¹⁰. La proposition paraît logique au demeurant, si on passait sous silence le fait que cette conditionnalité pourrait déposséder la femme de la prise de décision sur l'interruption de sa grossesse. En effet, la liberté reconnue en ce domaine pourrait souvent être contrecarrée par l'opposition du père. Dans la mesure où il ne supporte pas les conséquences de la procréation dans la même mesure que la femme, il est à redouter qu'il ne prenne de décision à la légère¹⁸¹¹. Au reste, si le père devait obligatoirement consentir à une interruption de grossesse, il faudrait admettre aussi qu'il pourrait exiger que la femme enceinte interrompe la grossesse, ce qui n'est pas concevable. Il est donc nécessaire d'arbitrer les intérêts en conflit. Dans un esprit pratique, le Code de la santé publique français valide le consentement de la femme seule¹⁸¹² et de la jeune mineure lorsqu'elle désire garder le secret sur son interruption de grossesse¹⁸¹³.

Il découle de ce qui précède que les droits sexuels et reproductifs ne sont pas suffisamment encadrés dans les droits béninois, burkinabè et malien. Surtout, il est relevé une certaine pauvreté des textes juridiques qui n'envisagent pas la totalité des solutions que d'autres législations ont déjà consacrées. Il est également remarqué que, outre le caractère conservateur des réglementations, tous les efforts ne sont pas déployés pour consolider le respect des droits reconnus à la personne afin de garantir la santé reproductive et préserver la fécondité de la femme. Ces facteurs ne favorisent pas la dynamique de la libération de la femme en général, et de la femme mariée en particulier. Subséquemment, les droits basiques de la femme sont contredits, notamment ceux qui sont relatifs à la liberté sexuelle, à la liberté du mariage et à la liberté de procréer. Pour finir, ces restrictions se mêlent à l'affectation traditionnelle de la femme à l'exécution de l'activité domestique, une conjonction qui empêche l'expression de son droit au travail professionnel.

¹⁸¹⁰ N. ROULAND, *En quête d'identités*, *op. cit.*, p. 185.

¹⁸¹¹ L'expérience montre au reste que les fuites de responsabilité parentale sont plus nombreuses du côté paternel (v. M. FERRAND, *Du droit des pères aux pouvoirs des mères*, in « Masculin-Féminin : questions pour les sciences de l'homme », Jacqueline LAUFER *et al.*, PUF, 2^e éd., 2001, p. 187-209 ; F. de SINGLY, *L'enfant comme obstacle à l'égalité professionnelle*, in Margaret Maruani, *Travail et genre dans le monde*, La Découverte « Hors collection Sciences Humaines », 2013, p. 80-88).

¹⁸¹² France, CE, Ass., 31 oct. 1980, LAHACHE, req. n° 13028 : Lebon 403 ; D. 1981. 38, concl. GENEVOIS ; D. 1981. IR 167, obs. MODERNE et BON ; JCP 1982. II. 19732, note DEKEUWER-DÉFOSSEZ.

¹⁸¹³ La mineure peut se faire accompagner par une personne majeure de son choix (v. art. L. 2212-7 du Code français de la santé publique).

Section 2 : Une liberté professionnelle de la femme mariée entravée

661. - Droit au travail, liberté fondamentale. Les textes juridiques internationaux affirment le principe de la liberté professionnelle pour chaque individu¹⁸¹⁴. Au plan interne également, les Codes des personnes et de la famille comparés, du moins ceux du Bénin et du Burkina Faso, mais non celui du Mali, se prononcent pour l'autonomie professionnelle de la femme mariée¹⁸¹⁵. Des efforts ont été faits à ce niveau, car, par le passé, l'exercice d'une profession par la femme était soumis à l'autorisation du conjoint. Ahonagnon Noël Gbaguidi remarque ainsi que « L'article 223 du Code civil [français applicable au Bénin¹⁸¹⁶], tout en reconnaissant à la femme mariée la capacité d'exercer une activité professionnelle indépendante, [accordait] au mari le droit de s'y opposer pour justes motifs », cependant, à présent, « ce droit d'opposition du mari, vestige de l'incapacité de la femme mariée, est abandonné »¹⁸¹⁷.

662. - Entraves sociales au travail professionnel de la femme. Si le cadre juridique théorique est appréciable dans certains États, les faits, en revanche, montrent que le principe de la liberté professionnelle de la femme est assez creux. La hiérarchisation des sexes garde toute sa vitalité dans les sociétés de l'Afrique subsaharienne, ce qui empêche, en fin de compte, l'exercice libre de la liberté professionnelle par la femme. Malgré les variantes qui existent entre les modes d'organisation d'une société à l'autre¹⁸¹⁸, la caractéristique commune reste l'"utilisation" de la femme comme moyen de production domestique et de reproduction. Le mariage est l'interface de l'infériorisation de la femme. Il est considéré que « Le mariage supprime ou diminue l'indépendance féminine pour l'accès aux ressources sociales »¹⁸¹⁹. De fait, la femme qui a reçu une instruction et obtenu des diplômes est davantage confrontée aux logiques de la domination masculine du fait du mariage, car « Une femme mariée obtient un moins bon rendement de sa

¹⁸¹⁴ Les plus importantes sont : art. 23, 1^o, de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948 ; art. 8 de la Charte africaine des droits de l'homme du 27 juin 1981 ; art. 11 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 déc. 1979, point 15^o du Programme d'action de Beijing du 15 sept. 1995.

¹⁸¹⁵ Cf. art. 157, al. 1^{er}, du CPF béninois et art. 295, al. 1^{er}, du CPF burkinabè (pour un exposé de ces articles, v. *supra*, n^o 226).

¹⁸¹⁶ Et au Burkina Faso aussi, avant l'adoption du Code des personnes et de la famille par la *zatu* An VII/0013 du 16 nov. 1989.

¹⁸¹⁷ A. N. GBAGUIDI, *Égalité des époux, égalité des enfants dans le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁸¹⁸ En termes de différence entre les milieux ruraux ou urbains, entre les couches sociales, *etc.*

¹⁸¹⁹ F. de SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, *op. cit.*, p. 17.

dot scolaire qu'un homme marié ou qu'une femme célibataire »¹⁸²⁰. Comme le faisait remarquer Françoise Héritier, le contrôle social de la fécondité des femmes et la division du travail entre les sexes sont vraisemblablement « les deux pivots de l'inégalité sexuelle »¹⁸²¹. Il en découle une séparation de l'ordre de la société d'avec celui de la famille, ces deux sphères étant en même temps hiérarchisées. La sphère publique, celle de l'homme, encadre la sphère privée, celle de la femme¹⁸²². Jacqueline Ki-Zerbo décrivait en 1972 la situation de la femme africaine, qui n'a pas fondamentalement changé depuis lors. L'auteur relevait ainsi que :

« La capacité de reproduction de la femme et les responsabilités de s'occuper de l'enfance humaine ont limité sa liberté de mouvement, tandis que chez l'homme, devenu chasseur, se développaient la mobilité, la compétition, le goût de l'aventure et de la violence utilisée pour dominer la proie. Depuis lors, et jusqu'à l'instant présent, la femme s'est trouvée confinée aux tâches domestiques qui sont ses attributs naturels, même lorsque, comme aujourd'hui et à l'instar de son mari, elle exerce un métier en dehors de son foyer. »¹⁸²³

L'utilité du travail de la femme dans la sphère publique, à l'inverse de son rôle de génitrice et de ménagère, est diversement appréciée en Afrique, notamment en raison de la prégnance des théories masculines de domination. La liberté professionnelle de la femme est globalement contredite sur le fondement de la coutume, qui, presque partout en Afrique, fait exclusivement peser sur la femme mariée la charge des travaux domestiques (§ 1), une attribution qui l'empêche par ailleurs d'exercer une profession salariée ou libérale (§ 2).

§ 1 : Le droit moderne face à l'assignation traditionnelle aux travaux domestiques

§ 2 : L'autonomie professionnelle déniée

§ 1 : Le droit moderne face à l'assignation traditionnelle aux travaux domestiques

663. - Charge matérielle conjointe du ménage. Selon les lois africaines sur la famille, les époux assument ensemble la responsabilité matérielle de la famille¹⁸²⁴, qui comprend les travaux domestiques. Toutefois, d'un côté, les dispositions traitant de la question sont plutôt sommaires,

¹⁸²⁰ *Ibid.*, p. 20.

¹⁸²¹ F. HÉRITIER, *Masculin/Féminin I : La pensée de la différence*, *op. cit.*, p. 231.

¹⁸²² M. FERRAND, *Féminin Masculin*, *op. cit.*, p. 6 sq.

¹⁸²³ J. KI-ZERBO, Contribution du génie de la femme à la civilisation négro-africaine, in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *op. cit.*, p. 20.

¹⁸²⁴ Cf. art. 155 du CPF béninois, art. 293 du CPF burkinabè et art. 318 du CPF malien.

et ne connaissent pratiquement pas d'application, de l'autre la coutume fait peser sur la femme la responsabilité du fonctionnement du ménage. De ce fait, la femme ne peut pas toujours employer sa force de travail selon sa volonté, notamment à des fins professionnelles. Pourtant, cette autodétermination reste la condition pour avoir une indépendance financière, et, par corrélation, une réelle liberté dans les prises de décision¹⁸²⁵. Étant rappelé que son éducation est une préparation au mariage¹⁸²⁶, la femme doit aider aux tâches domestiques dans sa famille d'origine dès la petite enfance, puis, après son mariage, elle assume la responsabilité des tâches domestiques de son foyer¹⁸²⁷. Parallèlement, le principe de la liberté professionnelle de chacun des époux est affirmé par les Codes des personnes et de la famille béninois et burkinabé¹⁸²⁸. On se rend compte, alors, que l'épouse n'exerce pas vraiment l'autonomie professionnelle.

Le décalage entre le fait et le droit ne doit pas laisser indifférent ; mieux, il doit inciter à s'intéresser au problème afin de trouver une solution appropriée. Pour autant, les gouvernants africains semblent se contenter de l'avancée théorique des droits professionnels de la femme, pendant que la femme est empêchée d'en profiter en réalité. De fait, elle est astreinte aux soins aux personnes (A) et à l'exécution des tâches ménagères (B).

A. L'assujettissement de la femme mariée aux soins aux personnes

B. L'assujettissement de la femme mariée aux tâches ménagères

A. L'assujettissement de la femme mariée aux soins aux personnes

664. - Postulat de la prédisposition de la femme aux soins aux personnes. Il est flagrant que, dans les sociétés humaines, il pèse sur la femme « une fonction sociale supplémentaire », à savoir « celle de donner la vie à de nouveaux citoyens, [d'] engendrer de nouvelles forces de travail »¹⁸²⁹, en plus de celle élémentaire de travailler côte à côte avec l'homme. Au fond, le degré supérieur auquel la femme est sollicitée dans la procréation est la différence majeure qui existe entre les sexes, qui explique la protection spécifique en faveur de la natalité parfois remarquée¹⁸³⁰. Cependant, cela ne doit pas constituer un motif de relégation de la femme. Il y a quelques décennies, notant l'assujettissement de la femme aux soins aux enfants dans les

¹⁸²⁵ T. PUJOLLE, *La femme pauvre en Afrique sub-saharienne*, *op. cit.*, p. 324.

¹⁸²⁶ V. *supra*, n° 13.

¹⁸²⁷ V. *infra*, n° 663 *sq.*

¹⁸²⁸ Mais pas dans le CPF malien. Pour les autres codes, v. art. 157 al. 1^{er} du CPF béninois et art. 295 du même Code burkinabè.

¹⁸²⁹ A. KOLLONTAÏ, *Conférences sur la libération des femmes*, éd. La Brèche, Paris, 1978, p. 262.

¹⁸³⁰ A. KOLLONTAÏ, *Conférences sur la libération des femmes*, *op. cit.*, p. 262-263.

milieux africains¹⁸³¹, des auteurs faisaient cet appel : « Cette génération nouvelle de filles ne doit plus être élevée dans [la] mentalité qui consiste à faire de la femme un être totalement soumis à l'homme, mais plutôt une partenaire qui complète ce dernier, qui doit donc le seconder pleinement »¹⁸³². On peut encore remarquer l'usage du terme « seconder » qui n'est pas tout à fait en accord avec l'idée d'égalité des conjoints. Néanmoins, les apports de la doctrine africaine ont contribué à mettre en relief le problème du « servage »¹⁸³³ féminin dans le mariage.

665. - Dispositions légales sur la nature conjointe des soins aux personnes. Le Code des personnes et de la famille du Bénin énonce, à son article 158, le principe de la collaboration des époux aux soins apportés aux enfants. Il se retrouve aussi à l'article 296 du Code burkinabè des personnes et de la famille, ainsi qu'à l'article 318 du Code malien. Aux termes de la disposition du Code béninois, « Les époux contractent ensemble, par leur mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever, et éduquer leurs enfants ». Ces dispositions ne sont pas extensives, ce qui ne serait pas de trop, mais elles constituent un début pour parer à la force des préjugés. Il ne devrait plus pouvoir être justifié de l'obstruction à la vie active de la femme, en s'appuyant sur les fonctions "induites" par son sexe. De fait, l'amalgame est facile entre le respect d'une exigence sociale qui lui demande « d'abord et surtout d'être une bonne génitrice »¹⁸³⁴ et les aspirations propres de la femme.

S'il n'est pas nié que la femme est biologiquement seule à pouvoir porter une grossesse et à accoucher d'un enfant, il faudrait garder à l'esprit que l'homme doit aussi assumer ses responsabilités dans la procréation, notamment par la prise en charge des attributions habituellement qualifiées de « maternelles », mais qui ne sont pas intrinsèques au sexe féminin. Du reste, les dispositions des lois en vigueur l'y incitent. De ce fait, les responsabilités parentales devraient être le fait des deux époux, qu'ils aient pour cadre l'espace privé (1) ou l'espace public (2).

¹⁸³¹ Il faut remarquer ici que les soins peuvent concerner d'autres personnes, en plus des enfants, soit qu'elles sont âgées, soit qu'elles sont souffrantes.

¹⁸³² M. ABENG *et al.*, La femme africaine moderne et l'éducation des enfants, *in* « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *op. cit.*, p. 180.

¹⁸³³ M. FERRAND, Du droit des pères aux pouvoirs des mères, *op. cit.*, p. 193.

¹⁸³⁴ C. COQUERY-VIDROVITCH, *Les Africaines : Histoire des femmes d'Afrique sub-saharienne du XIX^e au XX^e siècle*, *op. cit.*, p. 35.

1) Dans la sphère familiale

666. - Rôle prépondérant de la femme dans les soins domestiques à l'enfant. Le Code des personnes et de la famille du Bénin énonce que les époux « pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir »¹⁸³⁵. La même idée est développée par l'article 318 du Code malien des personnes et de la femme dont il résulte que « Les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation [...] de nourrir, entretenir, élever leurs enfants et préparer l'établissement de ceux-ci. ». Ces dispositions ne laissent pas de doute sur la nature conjointe de l'éducation d'un enfant et de ce à quoi elle oblige raisonnablement. Le doyen Carbonnier soulignait également que l'autorité parentale est « un ensemble de pouvoirs conditionnés par des devoirs, en vue d'une certaine finalité (l'intérêt de l'enfant... ; la nécessaire unité de direction dans le groupe familial, soit dit plus prosaïquement dans la maison...) »¹⁸³⁶. Pourtant, dans les faits, le partage des devoirs concernant l'enfant n'est pas respecté. À la place, il est allégué que « [...] la femme par son essence biologique est une mère - une enseignante-formatrice - avec une capacité innée pour s'occuper des petits enfants, une approche pédagogique instinctive »¹⁸³⁷. Le raisonnement simpliste n'est pas récent. Derrière le semblant d'éloge, il s'agit au fond de maintenir l'ordre traditionnel dans les relations de couple vis-à-vis des enfants.

667. - Implication marginale du père dans l'éducation de l'enfant. Dans la société africaine, assez souvent, le père de l'enfant ne participe pas à son éducation comme les dispositions légales le prescrivent¹⁸³⁸. Cette ligne de pensée maintient la femme au second rang en matière économique, notamment depuis que la colonisation a fait passer les sociétés africaines de l'économie non monétarisée au capitalisme. Devant la défection paternelle, la femme doit assumer des activités dont l'utilité pour la communauté est certaine, mais qui ne sont pas rémunérées, ou le sont faiblement lorsqu'ils sont fournis dans le cadre d'une entreprise de

¹⁸³⁵ Art. 155.

¹⁸³⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, op. cit.*, n° 415 – p. 845.

¹⁸³⁷ G. W. LAPIDUS, *Women in Soviet Society, Equality, Development and Social Change*, Berkeley, University of California Press, 1978, note 88, p. 323.

¹⁸³⁸ M. ABENG *et al.*, *La femme africaine moderne et l'éducation des enfants, op. cit.*, p. 178-179. Il est soutenu qu'une plus grande implication de sa part contribue à éroder les racines du sexisme (v. N. CHODOROW, *The reproduction of the mothering : psychoanalysis and the sociology of gender*, C. A. University of California Press, Berkeley/Los Angeles/Londres, 1978, 269 p.). Dans la société africaine traditionnelle, l'éducation du garçon était confiée au père à partir d'un certain âge, pour son initiation à la vie d'adulte. Cependant, la mère avait la charge exclusive de l'enfant depuis sa naissance jusqu'à ce qu'il acquière une certaine autonomie. La séparation des sexes avait lieu au moment de l'adolescence (v. A. SALIFOU, *L'éducation africaine traditionnelle, Présence africaine*, n° 89, Paris, 1974/1, p. 10).

services. Au nom de la hiérarchie des sexes, la femme doit prodiguer tous les soins nécessaires à l'évolution de l'enfant¹⁸³⁹. La liste est longue, et le temps qu'elle doit y consacrer ne lui laisse pas le loisir de s'investir dans une carrière professionnelle. Il s'y ajoute la propension des milieux africains à la forte natalité.

En outre, avec l'intégration progressive de la scolarisation des enfants, il s'ajoute une nouvelle activité aux fonctions traditionnelles de la femme : celle du suivi scolaire des enfants. Sachant qu'il incombe aux parents de superviser les enfants dans leur cursus scolaire, en appoint à leur scolarité, si un parent ne respecte pas ses obligations, la part de sujétion qu'il délaisse se reporte sur l'autre, qui se trouve souvent être la femme¹⁸⁴⁰.

668. - Insuffisance des centres d'accueil de la petite enfance. La mise en place de structures d'accueil en nombre suffisant est parfois proposée comme palliatif à la surcharge ménagère de la femme. En effet, la collectivisation des soins aux enfants pourrait soulager quelque peu la femme des charges afférentes à la parentalité. De cette façon, la procréation pourrait se réaliser sans forcément demander la réduction de la mobilité professionnelle de la femme, une donnée qui conditionne largement son accès et son maintien dans le travail. Par ailleurs, il faut relever que, même dans le cas où une aide extérieure serait proposée, elle demeurerait subsidiaire, parce que les parents, le père comme la mère, gardent la responsabilité principale de leurs enfants. À l'heure actuelle, l'offre en matière de service d'accueil de la petite enfance est très faible, et elle est, de plus, inaccessible à la plupart des parents ou des femmes en demande, le plus souvent au chômage.

2) Hors de la sphère familiale

669. - Position effacée de l'homme dans les responsabilités parentales dans la sphère publique. Le devoir d'éducation dû par les parents vise à préparer l'enfant à devenir autonome. Dans cette optique, la scolarisation de l'enfant est désormais incontournable. Cependant, la scolarisation se conjugue avec de nouvelles obligations parentales : dans la sphère privée, à travers la supervision des exercices scolaires de l'enfant, et dans la sphère publique, par la prise

¹⁸³⁹ Comme l'allaitement et tout ce qui se rapporte à l'alimentation de l'enfant, à son hygiène, à la prévention et aux cures sanitaires, etc.

¹⁸⁴⁰ Lorsque le père est plus instruit que la mère (l'hypothèse la plus courante), il ne se montre pas plus disponible à cet égard. Il revient donc à la mère d'y pourvoir à la hauteur de son niveau d'instruction ou bien un professionnel payé pour le faire lorsque les parents en ont les moyens. Dans le cas contraire, l'enfant doit apprendre à s'en sortir seul, ce qui explique en partie le taux d'échec scolaire élevé dans les milieux africains pauvres.

en charge de sa mobilité vers l'école. À ce niveau, le père n'assume pas toujours la responsabilité de conduire les enfants à l'école. Si l'on s'en tient à la répartition africaine des rôles, une activité de cette nature, du fait qu'elle n'a pas pour cadre la sphère familiale, reviendrait normalement à l'époux. Toutefois, cette activité a été subrepticement greffée aux attributions traditionnelles de la femme, comme par l'effet d'un prolongement de sa compétence domestique. Il s'agit d'une charge qui réduit de beaucoup la mobilité professionnelle, et cela explique peut-être qu'elle soit confiée à la mère, alors même qu'elle se déroule dans la sphère publique. À cet égard, on est édifié par l'assertion suivante d'Alexandra Kollontai : « Dans le système capitaliste, reposant sur la propriété privée, reliée étroitement à la consommation de la petite cellule familiale, la femme est condamnée au travail improductif de l'économie domestique »¹⁸⁴¹.

670. - Justification par le travail rémunéré de l'homme. L'occupation professionnelle du mari est souvent avancée pour justifier sa participation insuffisante dans les charges parentales en Afrique. Néanmoins, l'on sait que le travail professionnel de la femme ne peut pas lui servir d'excuse pour ne pas assumer ses responsabilités parentales, ni juridiquement ni socialement. Alors, cela ne devrait pas pouvoir constituer une justification pour l'homme non plus. En réalité, la contribution minimale du père à l'entretien et à l'éducation des enfants, dans les sociétés africaines, trouve ses ressorts dans la permissivité de la coutume, mais aussi dans le choix de la commodité. Les rapports de genre ainsi construits recèlent une discrimination envers la femme au foyer, à qui les services liés à l'enfance sont imposés, sans compter qu'ils ne sont pas reconnus dans leur pénibilité.

671. - Unicité et incompressibilité des soins parentaux. Il faut ici relever le caractère singulier des services parentaux, tout autant que leur caractère irréductible. De fait, les services parentaux ne sont pas interchangeables comme peuvent l'être des services ordinaires. Les parents peuvent déléguer certaines tâches, mais la relation parentale demeure unique en son genre. Et encore, il n'existe pas d'aides sociales adaptées dans les États africains, pour soutenir le recours aux services de gardes d'enfants. Pour cela, la loi doit veiller à ce que chaque parent assume ses responsabilités.

672. - Point de vue sociologique. Pour comprendre la déresponsabilisation du père dans les obligations parentales dans les milieux africains traditionnalistes, il faut savoir que l'aide apportée par l'homme aux soins à l'enfant est une situation qui tranche encore par sa rareté, au

¹⁸⁴¹ A. KOLLONTAI, *Conférences sur la libération des femmes*, op. cit., p. 262.

point de susciter de la curiosité, voire de la dérision de la part de l'entourage¹⁸⁴². Donc, le regard que la société porte sur la répartition des tâches au sein de la cellule familiale pousse à l'effacement de l'homme, et, même, érige en règle leur accomplissement exclusif par la femme, même celle qui travaille à temps plein. Pour autant, il n'en demeure pas moins que le père est tenu, au plan juridique, de s'occuper de l'enfant conjointement avec la mère¹⁸⁴³.

673. - Perpétuation par les nouvelles générations. Les conditions de vie ont changé en Afrique. Cependant, les nouvelles générations africaines approuvent encore largement l'ordonnement social hérité du passé¹⁸⁴⁴. Elles continuent de faire reposer la charge de l'enfant sur la femme. En parallèle, les nouvelles lois sur la famille impartissent des charges égales aux époux, devenus parents, tout comme aux parents non mariés. Il est inopportun, devant les mutations sociales qui induisent de revisiter la division sexuée des travaux, de rester rivié aux discours sur les aptitudes « naturelles » de la mère, qui la prédisposeraient, mieux que le père, à prendre en charge les tâches parentales et domestiques. La cohérence du postulat cède lorsque les tâches en cause débordent le cadre privé et qu'elles restent confiées à la femme, alors même que la division sphère publique/sphère privée demeure entre les conjoints.

674. - Droit au travail salarié au centre de l'analyse. Dans la mesure où les considérations sociologiques des responsabilités parentales privent la règle de l'autonomie professionnelle d'efficacité, la loi pourrait de nouveau préciser les responsabilités des père et mère, afin de rééquilibrer le retentissement de la parentalité sur l'exercice d'une profession pour chaque sexe¹⁸⁴⁵. En effet, les inégalités de fait dans ce domaine doivent être saisies par le droit pour affirmer véritablement la coparentalité. Il est improbable que le droit seul puisse venir à bout du problème¹⁸⁴⁶, mais des dispositions juridiques claires sur le sujet constitueraient les prémices de sa résolution.

¹⁸⁴² Ce sont des cas peu fréquents, qui se remarquent dans quelques familles modernes.

¹⁸⁴³ Il est à observer qu'à l'exception de l'allaitement maternel, qui est nécessairement du ressort de la mère, les soins à apporter à l'enfant peuvent être dispensés par une autre personne.

¹⁸⁴⁴ C'est-à-dire à l'époque où les peuples africains vivaient de chasse et de cueillette et qu'il incombait à l'homme de ramener la nourriture pour toute la famille.

¹⁸⁴⁵ Cf. M. BOZON, Comment le travail empiète et la famille déborde : différences sociales dans l'arrangement des sexes, in Ariane PAILHÉ *et al.*, Entre famille et travail, La Découverte « Recherches », 2009, p. 29-54.

¹⁸⁴⁶ L'exemple de la France, où la coparentalité est parfaitement affirmée, mais demeure plus théorique que réelle, incite à la prudence dans les projections (cf. F. de SINGLY, L'enfant comme obstacle à l'égalité professionnelle, *op. cit.* ; M. BOZON, Les rapports entre femmes et hommes à la lumière des grandes enquêtes quantitatives, in EPHESIA, La place des femmes, La Découverte « Recherches », 1995, p. 655-668.

La mobilisation des services gratuits de la femme, au détriment de sa liberté professionnelle, s'étend aussi aux activités ménagères.

B. L'assujettissement de la femme mariée aux tâches ménagères

675. - Désaveu de l'entraide conjugale en droit coutumier africain. Les tâches ménagères, si elles sont indispensables à toute organisation sociale, sont en même temps, paradoxalement, frappées d'invisibilité¹⁸⁴⁷. Par conséquent, elles ne sont pas valorisées. De fait, ce ne sont que quelques-uns des derniers Codes des personnes et de la famille africains qui reconnaissent que le conjoint sans emploi contribue aux charges du ménage par l'exécution des activités domestiques¹⁸⁴⁸. Dans les sociétés patriarcales, que la femme travaille ou non, celles-ci lui restent attribuées en totalité, en vertu du droit coutumier¹⁸⁴⁹. Ainsi, l'homme et la femme mariés ne sont pas égaux en ce qui concerne l'activité domestique (1). De plus, les services ménagers de la femme sont obtenus gratuitement (2).

1) Remise en cause de la collaboration ménagère des époux par la coutume

676. - Violation des dispositions du régime matrimonial primaire. Même si le contexte sociologique africain est assez peu favorable, il importe de trouver les moyens de faire appliquer les dispositions des Codes des personnes et de la famille sur les relations personnelles entre les époux. Cela est particulièrement vrai pour la direction morale et matérielle de la famille en tant qu'attribution collégiale des époux¹⁸⁵⁰ ou l'assistance mutuelle¹⁸⁵¹. Ces dispositions soulignent l'importance de l'entraide conjugale qui doit exister dans la vie du couple, y compris pour les tâches domestiques¹⁸⁵². La vie familiale comporte sa part de contraintes. Si l'on convient que le mariage est bien « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour [...] s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée »¹⁸⁵³, il faudrait garder en vue les propos du doyen Cornu faisant remarquer que « Le devoir d'assistance fait naître entre époux une obligation conjugale de participation au travail. Il les lie par une

¹⁸⁴⁷ V. M. PERROT, Le travail rémunéré dans l'histoire des femmes, *in* « Travail et genre dans le monde, État des savoirs », Margaret MARUANI (dir.), éd. La Découverte, Paris, 2013, p. 16.

¹⁸⁴⁸ Cf. art. 159 *in fine* du CPF béninois.

¹⁸⁴⁹ J. KI-ZERBO, Contribution du génie de la femme à la civilisation négro-africaine, *op. cit.*, p. 20.

¹⁸⁵⁰ Art. 153, art. 292 et art. 316, respectivement du CPF du Bénin, du Burkina Faso et du Mali, excepté dans le Code malien qui maintient la figure du chef de famille en la personne du mari (cf. art. 319).

¹⁸⁵¹ Art. 155 du CPF du Bénin et art. 293 du Burkina Faso.

¹⁸⁵² V. *supra*, n° 447 sq. et n° 663.

¹⁸⁵³ Cf. J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le Code civil, op. cit.*, p. 171.

obligation mutuelle de coopération ménagère »¹⁸⁵⁴. L'activité ménagère étant indispensable au bon déroulement de la vie familiale, il est du devoir des époux de l'assumer ensemble.

Malgré tout, le plus souvent, la femme est seule requise de les exécuter. Le rapport de force qui s'exprime là est passé dans les habitudes au point que la situation anormale tend à devenir la règle. Tout débat autour de la question est mal accueilli¹⁸⁵⁵. L'apprentissage de la femme à accepter cet ordonnancement commence très tôt. Ainsi, des auteurs ont pu noter que :

« C'est la fille qui est chargée des travaux domestiques : balayer les concessions, faire le linge, puiser de l'eau, préparer le repas et le porter aux adultes qui travaillent aux champs. Toute l'éducation de la fillette est destinée à en faire une excellente ménagère. »¹⁸⁵⁶

677. - Étendue des tâches ménagères. Les activités ménagères que la coutume met à la charge de la femme font l'objet d'une définition extensive. Les travaux domestiques qui lui incombent sont décrits tel qu'il suit :

« La femme, en tant que maîtresse de maison, doit veiller à la préparation des repas, assurer les corvées d'eau, aller en quête du bois nécessaire à la cuisson des aliments, laver le linge, entretenir la maison et la cour. Ces activités, la femme les effectue soit avant, soit après les travaux des champs pendant que l'homme se repose ou bavarde avec ses amis. La préparation des repas est un art que la femme doit acquérir dès son jeune âge. La femme doit savoir confectionner et les plats ordinaires, le riz par exemple, et les plats spéciaux, tel que le *Soukué*¹⁸⁵⁷, c'est-à-dire la purée de taro. Elle doit savoir que tel ingrédient convient mieux à telle ou telle sauce et déterminer le moment où elle doit le mettre dans la sauce. C'est elle qui répartit le repas entre les membres de famille selon la division sexuelle, femmes et filles d'un côté, hommes et garçons de l'autre. »¹⁸⁵⁸

678. - Pénibilité des tâches ménagères. L'activité domestique de la femme mariée présente, en outre, l'inconvénient d'être pénible dans les milieux dans lesquels il manque les moyens

¹⁸⁵⁴ G. CORNU, *Droit civil : La famille, op. cit.*, p. 58.

¹⁸⁵⁵ À ce sujet, Micheline de Sève remarque qu'« À aucun moment, n'est remise en question la définition du travail ménager comme "travail féminin", collectivisé ou non. [...] Comme si le contenu variable selon les époques et les sociétés des fonctions d'épouse et de mère ne devait pas nous alerter à la distance entre la différence biologique et ses conséquences sociales » (cf. M. de SÈVE, *Du socialisme patriarcal au féminisme socialiste, op. cit.*, p. 177).

¹⁸⁵⁶ R. SENGHOR, A. SOW, Le rôle d'éducatrice de la femme africaine dans la civilisation traditionnelle, in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *op. cit.*, p. 236.

¹⁸⁵⁷ Le nom désigne un plat de nourriture.

¹⁸⁵⁸ A. BEUGRE, D. SERY, La femme dans l'économie des sociétés traditionnelles de Côte-d'Ivoire, in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *op. cit.*, p. 305 ; v. aussi R. CUVILLIER, L'activité ménagère de l'épouse au foyer : base d'obligations et droits propres ?, *Droit social*, Dalloz, 1990, n° 751.

financiers pour se doter d'infrastructures ou d'appareils ménagers modernes¹⁸⁵⁹. Par conséquent, les conditions d'exécution des différentes tâches restent difficiles et requièrent donc beaucoup de temps. Cela vaut notamment pour l'activité culinaire, l'approvisionnement de la famille en eau¹⁸⁶⁰, en produits alimentaires¹⁸⁶¹ et en bois de chauffe¹⁸⁶². Pour bien faire, des interdits sociaux veillent au maintien de la répartition sexuée des activités¹⁸⁶³.

679. - Invariabilité de l'étendue des charges ménagères. Sachant que la coutume n'ajuste pas l'étendue des charges ménagères attribuées à la femme, même quand elle est en activité, il faut reconnaître que la contribution qui lui est demandée est trop importante pour une seule personne. Pourtant, elle doit s'exécuter, sous peine de se constituer en faute du point de vue coutumier. Un manquement de sa part est un motif de divorce au gré du mari¹⁸⁶⁴. En droit comparé, la jurisprudence française retient que la femme qui ne travaille pas contribue aux charges familiales par ses services ménagers, cette contribution ne devant pas outrepasser une proportion raisonnable, mais toute la difficulté réside dans la délimitation de la collaboration gratuite entre époux¹⁸⁶⁵.

¹⁸⁵⁹ F. BADINI KINDA, Femmes, foyer, activités professionnelles : les termes du débat au Burkina Faso, *in* « Genre et changement social en Afrique », sous la direction de M. ROLLINDE, éd. Archives contemporaines, Paris, 1^{er} janv. 2010, p. 35.

¹⁸⁶⁰ Cette tâche demeure prenante dans les zones rurales non encore desservies par l'eau courante ou même en milieu urbain lorsque les moyens de la famille ne lui permettent pas de s'abonner à la distribution.

¹⁸⁶¹ En milieu rural, il est d'usage que la femme entretienne un potager, à côté de sa participation aux travaux dans le champ familial dont les revenus ne lui sont pas accessibles. Elle y prélève les condiments nécessaires à la préparation de la nourriture familiale.

¹⁸⁶² Il faut noter que les États africains essaient de lutter contre la coupe abusive du bois à travers des politiques de subventions des équipements à gaz visant à leur vulgarisation, mais la pauvreté d'une bonne partie de la population n'en favorise pas l'accessibilité.

¹⁸⁶³ Ainsi, l'homme ne devrait pas exécuter certaines tâches réservées à la femme, au risque d'en voir sa virilité affectée. Aussi bien pourrait-on penser que les prescriptions d'ordre mystique n'ont d'autre but que de maintenir le clivage entre les sexes, de par la crainte qu'elles inspirent aux africains, laquelle assure le respect des individus. Par exemple, chez les *mossis* du Burkina Faso, le maniement de la spatule par un homme est frappé d'interdit social, et, en cas de querelle dans le couple, il est formellement défendu à la femme de menacer le mari avec cet ustensile. Un écrit explique que « Cet outil de cuisine sert à préparer le *tô* – le plat traditionnel du pays à base de mil, et tendre une spatule en direction d'un homme est une très forte marque de défiance au Burkina [Faso] » (lire *Radio France International*, À la Une : Burkina Faso, le défi des hommes intègres, par François-Xavier FRELAND, 28 oct. 2014, consulté le 3 mai 2017 sur <http://www.rfi.fr/emission/20141028-burkina-faso-compaore-constitution-defi-hommes-integres>).

¹⁸⁶⁴ F. BADINI KINDA, Femmes, foyer, activités professionnelles : les termes du débat au Burkina Faso, *op. cit.*, p. 35. Par exemple, il a été jugé que la femme qui refuse de cuisiner pour le mari alors que ce dernier contribue normalement aux charges du mariage, se rend coupable d'excès, sévices ou injures rendant intolérable le maintien du lien conjugal (TPI Dakar, 30 mai 1978, RJS. Crédila, 1982 vol. 11, p. 158, *in* D. NDOYE, Code de la famille du Sénégal annoté, *op. cit.*, 109).

¹⁸⁶⁵ I. DEL VALLE-LÉZIER, Solidarité dans les couples : Les aspects civils, *in* Revue française des affaires sociales, Édition La Documentation française, 2005/4, p. 84. Dans cette étude, il est observé que : « Juridiquement, le Code civil [français] précise que les époux contribuent aux charges du mariage à proportion de leurs facultés et

2) Gratuité des services ménagers de la femme mariée

680. - Identification de l'épouse à une aide-ménagère non rémunérée. La situation de la femme africaine peut être résumée par cette affirmation de Michelle Perrot : « Le travail domestique est l'apanage des femmes ; il ne se paie pas ; il se troque ; il n'a pas de valeur. Il est invisible, inestimable, interminable »¹⁸⁶⁶. Comme on a pu le voir, dans la conception africaine de la vie conjugale, le travail domestique, avec toutes ses ramifications, est confié à la femme. Dans cette vue, une bonne partie de l'éducation de la fillette est centrée sur l'apprentissage de la cuisine et de la tenue d'une maison, afin de faire d'elle une bonne épouse¹⁸⁶⁷. La répartition sexuée des tâches qui en découle est tant développée qu'elle justifie, aux yeux de certains, la non scolarisation de la jeune fille. Pour ces personnes, les études scolaires ne laisseraient pas le temps à la jeune femme de recevoir une bonne éducation, en plus de présenter le risque de la détourner de son rôle social.

681. - Exploitation de la femme mariée dans le travail domestique. La règle de la contribution aux charges ménagères qui s'applique aux époux les engage à participer pécuniairement à la bonne marche de la vie familiale, mais pas seulement, étant entendu qu'ils doivent aussi s'entraider matériellement. De ce fait, au-delà de leur capacité contributive, chacun des époux doit s'investir personnellement dans le fonctionnement du ménage. Cependant, il n'est pas exclu que le conjoint qui n'est pas en mesure d'assumer pleinement sa part de responsabilité externalise l'exécution de son obligation, en la déléguant. Néanmoins, il resterait redevable de sa bonne exécution. En tout état de cause, si la contribution d'un époux dépassait le cadre de la simple collaboration conjugale, celui-ci aurait droit à une indemnisation calculée sur la base du travail exécuté au-delà de ses attributions. Malgré cela, les populations subsahariennes contemporaines rejettent ce raisonnement.

Au total, la pratique actuelle dans les États africains a peu évolué par rapport à la situation antérieure à l'adoption des Codes des personnes et de la famille. Ce constat amène à interroger les causes profondes du conservatisme, qui se passe au détriment des droits de la femme, afin

la jurisprudence est claire : l'épouse, qui n'est plus, à juste titre, considérée comme une charge peut contribuer par la tenue du ménage aux charges du mariage. Si elle n'a pas de ressources personnelles - hypothèse qui sera retenue ici pour simplifier - elle est donc censée assumer des responsabilités ménagères ; au besoin elle pourrait y être contrainte, si le mari n'est pas arrangeant ».

¹⁸⁶⁶ M. PERROT, Le travail rémunéré dans l'histoire des femmes, *op. cit.*, p. 16 ; A. FOUQUET, Le travail domestique : du travail invisible au « gisement » d'emplois, in « Masculin-Féminin : questions pour les sciences de l'homme », Jacqueline LAUFER *et al.*, PUF, 2^e éd., 2001, p. 99-127.

¹⁸⁶⁷ V. *supra*, n° 663.

d'en rechercher les remèdes. Il est certain que la prégnance de la coutume y contribue largement, mais elle n'explique pas tout. En effet, dans l'espace juridique subsaharien, il peut être reproché aux textes législatifs régissant la matière de ne pas être suffisamment explicites, compte tenu de l'importance des logiques de domination. Celles-ci ne s'effaceront pas facilement, et plus encore devant des dispositions juridiques liminaires. Du reste, les textes pourraient être plus coercitifs, afin de favoriser l'appropriation de la règle nouvelle de la collaboration des époux dans les tâches ménagères. À moins d'explorer ces options, il est à craindre que le droit au travail de la femme demeure surtout théorique.

§ 2 : L'autonomie professionnelle déniée

682. - Dépendance économique historique de la femme. L'observation des modes de production domestique existantes ou qui ont existé dans les différentes cultures du monde révèle que la femme a souvent été subordonnée à l'homme, en pratique son père ou son mari. Au final, elle ne paraît pas pouvoir exister en dehors des statuts de mineur sous tutelle ou de femme mariée¹⁸⁶⁸. Dans le mariage en particulier, la femme cumule des handicaps qui semblent frappés « d'une sorte d'invisibilité sociale »¹⁸⁶⁹. De fait, le tiraillement entre les attentes sociales fortes à son égard et son besoin de réalisation personnelle se résout plus souvent à son désavantage, notamment économique. Les analyses révèlent que la cause en est le mode de distribution des richesses. Christine Delphy note à ce propos qu'« En niant l'existence de ce système de production, on nie l'existence de rapports de production spécifiques à ce système et on interdit aux intéressées la possibilité de se rebeller contre ces rapports de production. Il s'agit donc avant tout de préserver le mode de production patriarcal des services domestiques, c'est-à-dire la fourniture gratuite de ces services par les femmes »¹⁸⁷⁰. L'auteur estime ainsi que la forme de production patriarcale est « source de la pauvreté relative des femmes », à l'origine de « leur dépendance vis-à-vis des hommes »¹⁸⁷¹.

¹⁸⁶⁸ G. FRAISSE, *La controverse des sexes : Essai*, PUF-Quadrige, France-Paris, 2001, 326 p.

¹⁸⁶⁹ M. FERRAND, *Féminin Masculin*, *op. cit.*, p. 19 ; v. aussi I. DEL VALLE-LÉZIER, *Solidarité dans les couples : Les aspects civils*, *op. cit.*

¹⁸⁷⁰ C. DELPHY, *L'ennemi principal*, in *Revue Partisans, libération des femmes*, Paris, Maspero (petite collection n° 106), juil.-août 1970, p. 135.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*

Aujourd'hui, la liberté professionnelle de la femme est reconnue en droit. Mais, en fait, elle n'y accède pas. Son insertion professionnelle demeure problématique (A), de même que sa progression dans le milieu professionnel (B).

A. Accès limité de la femme mariée au monde professionnel

B. Évolution professionnelle incertaine de la femme mariée

A. Accès limité de la femme mariée au monde professionnel

683. - Marginalisation professionnelle de la femme africaine. Des auteurs soulignent que les principaux facteurs qui s'opposent à l'accès de la femme à ses droits civiques et politiques, de même qu'à la participation aux affaires publiques sont, entre autres, l'absence de formation professionnelle, le degré élevé d'analphabétisme, la lourdeur des tâches domestiques, la polygamie, avec le système dotal et les coutumes relatives au veuvage¹⁸⁷². En effet, il est possible de voir que la femme cumule beaucoup de handicaps s'agissant de travail, du fait des discours qui prônent le conservatisme, un conservatisme sélectif cependant. Dans son ouvrage sur les mœurs en pays *mossi*¹⁸⁷³, Robert Pageard met en lumière un autre élément essentiel pour la compréhension de la condition de la femme africaine, à savoir que « La vocation de la femme à la maternité reste essentielle dans la société nouvelle. Elle fait passer l'activité professionnelle de la femme mariée au second plan »¹⁸⁷⁴. Considérant les inégalités de fait, l'article 5 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes engage les États parties à prendre toutes les mesures appropriées pour :

« a) Modifier les schémas et modèles de comportement socio-culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type, qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle stéréotypé des hommes et des femmes ;

b) Faire en sorte que l'éducation familiale contribue à faire bien comprendre que la maternité est une fonction sociale et à faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur

¹⁸⁷² J. A. JIAGGE, Ph. De LAW, *Looking towards the future the role of women in Africa's evolution*, in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *op. cit.*, p. 423-424; aussi WILDAF-Togo, *Effectivité des droits des femmes en Afrique de l'Ouest...*, *op. cit.*

¹⁸⁷³ Groupe ethnique du Burkina Faso.

¹⁸⁷⁴ R. PAGEARD, *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, *op. cit.*, p. 147.

développement, étant entendu que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas. »

Les textes nationaux, particulièrement les Codes des personnes et de la famille africains, n'ont pas spécifiquement mis l'accent sur la répartition des charges parentales et ménagères dans le couple marié, afin de permettre à tous les conjoints, la femme notamment, d'avoir une bonne mobilité, condition préalable pour réaliser les droits professionnels. La conséquence en est que la disponibilité de la femme mariée au travail salarié demeure restreinte (1), de sorte que son activité professionnelle est habituellement affectée d'instabilité (2).

1) Une disponibilité au travail salarié restreinte

684. - Placement problématique de la « dot scolaire »¹⁸⁷⁵ de la femme mariée. Malgré les résistances qui perdurent, la présence de plus en plus forte des femmes à l'école leur permet d'avoir des diplômes plus importants¹⁸⁷⁶, dont elles ne parviennent pas toutefois à tirer le meilleur parti à l'image des hommes. François de Singly expose que la femme mariée, ayant eu un bon parcours scolaire sanctionné par un diplôme lui permettant de prétendre à un poste professionnel élevé et à une carrière florissante, aura malgré tout tendance, comme sa consœur qui a eu moins de chance dans les études, à se distancer du travail pour se tourner davantage vers la gestion matérielle et affective de la famille. Pour l'auteur, ce phénomène s'explique par le fait que les « "demandes" de l'institution familiale interdisent aux femmes d'être en réelle compétition avec leurs collègues masculins dans l'espace professionnel »¹⁸⁷⁷. En revanche, l'investissement ou le surinvestissement professionnel de l'homme marié n'est pas frappé d'ostracisme. Bien au contraire, il paraît normal, et le temps de travail du mari est comptabilisé au titre de sa "participation" à la gestion familiale. Ce point de vue n'est pas tout à fait exact lorsque la femme participe elle aussi aux charges du ménage avec les revenus d'un travail extérieur.

685. - Aide bénévole dans l'activité professionnelle du mari. La contribution de la femme mariée dans le travail du mari n'est pas appréciée de la même manière que son travail autonome, ce qui montre bien qu'au fond, le problème posé est celui de son travail hors de la sphère familiale. En effet, celui-ci entraîne un désinvestissement plus ou moins marqué pour la

¹⁸⁷⁵ L'emprunt est fait à François de SINGLY (cf. F. de SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, op. cit., p. 12).

¹⁸⁷⁶ M. FERRAND, *Féminin Masculin*, op. cit., p. 57 sq.

¹⁸⁷⁷ F. de SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, op. cit., p. 46 sq., spéc. p. 62.

famille¹⁸⁷⁸. Il se trouve aussi que la femme collaboratrice du mari ne reçoit pas de rémunération pour le travail qu'elle fournit, car il est de tradition de ne pas considérer l'épouse qui aide son mari dans son travail comme une salariée. Cependant, la participation à l'activité du mari dépasse le cadre de l'entraide ménagère¹⁸⁷⁹. Juridiquement, la gratuité de la collaboration de l'épouse au profit du mari non consentie est quelquefois saisie à travers une réclamation indemnitaire, au détour d'une procédure en séparation du couple¹⁸⁸⁰.

686. - Système patriarcal du travail professionnel. Les anciens droits plaçaient la femme sous l'autorité du mari quant à l'exercice d'une activité professionnelle. Le régime de quasi incapacité de la femme trouvait alors un écho dans la coutume africaine. Cependant, les réformes du droit de la famille intervenues par endroits, comme au Bénin et au Burkina Faso¹⁸⁸¹, consacrent désormais l'autonomie professionnelle des époux¹⁸⁸², ce qui permet maintenant à la femme, en théorie, de décider de travailler et de choisir un travail, sans avoir nécessairement l'accord du mari¹⁸⁸³. Mais si les textes juridiques ont évolué, la pratique, elle, est restée rivée à la coutume. Il en découle que l'accès de la femme mariée au travail salarié, puisque c'est de cela qu'il s'agit au fond, est toujours soumise à l'autorisation du mari, dans sa nature et dans son étendue. De fait, la société traditionnelle africaine ignorait le travail individuel tel qu'il se conçoit aujourd'hui. Pour autant, les milieux modernes composent désormais avec l'autonomie professionnelle du mari, mais celle de la femme peine à s'imposer.

¹⁸⁷⁸ Un constat qui s'applique, pour le reste, également à l'homme qui investit beaucoup dans son travail, mais qui, communément, n'assume pas de charge mentale en ce qui concerne la responsabilité familiale (F. de SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, *op. cit.*, p. 57 (citation) et p. 61).

¹⁸⁷⁹ V. en ce sens Jurisprudence Sociale Lamy, n° 24, 17 nov. 1998 : à propos de France, Cass. soc., 1^{er} juil. 1998, n° 96-42.089, n° 3375 D.

¹⁸⁸⁰ Lire C. SAUJOT, *Le fondement des récompenses*, RTD civ., 1970, p. 684. Dans un effort de rééquilibrage des intérêts des conjoints, la jurisprudence recourt à la théorie des récompenses pour servir une indemnisation à l'époux ayant collaboré au travail de son conjoint sans être payé (G. SERRA, *Enrichissement injuste et rééquilibrages patrimoniaux au sein des couples désunis*, Thèse, Lille 2, 2003, n°s 77 et sq. ; France, Civ. 1^{re}, 12 déc. 2007, Bull. civ. I, n° 390 ; D. 2008. AJ, p. 223). Parfois, lors du divorce, dans le cadre de la répartition du patrimoine entre les époux (v. B. VAREILLE, *Communauté légale (5^e liquidation et partage)*, Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2011 (actualisation févr. 2017), n° 141 sq.).

¹⁸⁸¹ Les CPF béninois et burkinabè se prononcent pour l'autonomie professionnelle des époux, mais le CPF malien demeure silencieux sur la question, tout comme le Code du mariage et de la tutelle qu'il a remplacé.

¹⁸⁸² V. art. 157, al. 1, et art. 295, al. 1, respectivement des CPF béninois et burkinabè.

¹⁸⁸³ Sauf à ne pas embrasser une activité de nature à mettre en péril l'intérêt de la famille, une limite qui s'impose en principe à tout époux d'ailleurs (*cf.* art. 295, al. 2, du CPF du Burkina Faso, qui, contrairement au Bénin, prévoit cette restriction qui joue dans les faits contre la femme essentiellement).

687. - Contribution féminine principalement domestique. La femme mariée est empêchée de travailler professionnellement afin qu'elle reste disponible pour l'activité domestique¹⁸⁸⁴. Cette activité contribue essentiellement, sous son apparence anodine, à la promotion professionnelle du conjoint masculin¹⁸⁸⁵. Il est ainsi observé que la vie de couple provoque des effets inverses sur le travail des époux masculin et féminin : il conforte l'homme, mais il fragilise la femme. Cela amène la réflexion ci-après : « l'engagement conjugal exige de la femme un désengagement professionnel » au profit du mari¹⁸⁸⁶. De ce fait, les cas dans lesquels la femme bénéficie d'une relative liberté professionnelle sont davantage dictés par la nécessité d'un double salaire afin de couvrir les charges du ménage, qu'ils ne sont dus à la volonté de reconnaître au sexe féminin le droit à l'exercice autonome d'une activité, à l'instar de l'homme.

688. - Antagonisme apparent entre rôle social et travail salarié de la femme mariée. Dans la pensée africaine, la définition des rôles sociaux évolue lentement. Si le travail salarié de la femme mariée commence à entrer dans les mœurs, il est encore loin de s'imposer comme la règle. Dans la majeure partie des cas, l'itinéraire de la femme semble tracé depuis son enfance, au nom de la tradition. Ce pourquoi son éducation est toute entière orientée vers le mariage et le rôle qu'elle est appelée à y jouer. Pourtant, si l'on convient avec Micheline de Sève que « La division sexuelle du travail est le premier mode d'instauration de la stratification sociale sous l'empire de la domination »¹⁸⁸⁷, il devient évident que la mentalité africaine doit prendre un nouveau tournant, pour concorder avec les motifs qui ont prévalu à l'adoption des Codes des personnes et de la famille. À partir du moment où la liberté professionnelle reconnue à la femme mariée pourra être exercée dans sa plénitude, sa dépendance économique historique envers le mari prendrait fin, de même que l'aliénation qui s'ensuit. On peut alors comprendre la force des résistances.

689. - Conflits familiaux autour du travail salarié de la femme mariée. Lorsque la femme mariée accède au monde professionnel, elle ne peut plus jouer complètement le rôle que la

¹⁸⁸⁴ E. MICOU, *L'égalité des sexes en droit privé : De quelques aspects essentiels*, Presses universitaires de Perpignan, Coll. Études, 1997, p. 176.

¹⁸⁸⁵ V. D. ROVENTA-FRUMUSANI, *Concepts fondamentaux pour les études de genre*, Éditions des archives contemporaines, Paris, 2009, p. 90.

¹⁸⁸⁶ F. de SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, *op. cit.*, p. 64 sq. ; M. FERRAND, *Féminin Masculin*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸⁸⁷ Lire M. de SÈVE, *Du socialisme patriarcal au féminisme socialiste*, *op. cit.*, p. 22-23.

société définit pour son sexe¹⁸⁸⁸. L'éloignement de la cellule familiale, rendu nécessaire par le travail, est parfois source de différends au sein du couple, parce que la femme devient alors moins disponible pour le fonctionnement de la maison et la reproduction¹⁸⁸⁹. En même temps, la femme qui ne travaille pas professionnellement subit une double marginalisation : premièrement, l'exploitation sans contrepartie de sa force de travail, et deuxièmement sa mise à l'écart des prises de décisions dans la famille. La prise de conscience de ces injustices pousse de plus en plus les femmes à braver le risque de mésententes conjugales, pour avoir le droit de travailler effectivement.

2) Une disponibilité au travail salarié instable

690. - Nécessité d'aides publiques à l'autonomisation professionnelle de la femme.

L'absence de collaboration dans le couple africain en matière de soins aux personnes et d'exécution des activités ménagères a déjà été évoquée. Les travaux domestiques comportent par définition leur part de pénibilité, et les moyens rudimentaires à disposition pour les exécuter ne les allègent pas¹⁸⁹⁰. Afin que l'activité domestique ne pèse plus sur un seul conjoint, il faut rechercher l'application des dispositions relatives à l'entraide conjugale. Cependant, la notion d'assistance conjugale peut paraître encore trop abstraite dans le contexte africain où la division coutumière des tâches est significative. Pour donner un sens aux réglementations en vigueur, et obtenir ainsi que le droit modèle les pratiques, il faut peut-être que les Codes des personnes et de la famille se prononcent nommément sur les charges pour ne plus permettre l'éviction facile par la coutume de la règle juridique de la solidarité des époux dans leur exécution¹⁸⁹¹.

¹⁸⁸⁸ Une étude réalisée dans 97 pays révèle que chaque enfant supplémentaire réduit la participation féminine à la main-d'œuvre de 5 à 10 % chez les femmes âgées de 20 à 44 ans (cf. Fédération internationale pour la planification familiale (IPPF), La santé et les droits sexuels et reproductifs : enjeu crucial pour le cadre de l'après-2015, série de rapports Vision 2020, *op. cit.*

¹⁸⁸⁹ V. R. PFEFFERKORN, La classe ouvrière a deux sexes, in « Travail et rapports sociaux de sexe : Rencontre autour de Danielle KERGOAT », Xavier DUNEZAT *et al.* (dir.), éd. L'Harmattan, Paris, 2010, p. 73-83.

¹⁸⁹⁰ F. BADINI KINDA, Femmes, foyer, activités professionnelles : les termes du débat au Burkina Faso, *op. cit.*, p. 35.

¹⁸⁹¹ De ce point de vue, il est possible de relever avec Dianguina TOUNKARA que la technicité des règles de droit dans les États ouest-africains les rend inaccessibles à l'entendement commun dans une certaine mesure (cf. D. TOUNKARA, *L'émancipation de la femme malienne : les familles, les normes, l'État*, *op. cit.*, p. 329). Cette idée peut être explorée dans le sens d'adapter la lettre et l'esprit des législations au contexte dans lequel elles doivent s'appliquer, sans trahir les principes fondamentaux du droit ni les règles de la légistique. Dans ce sens, il s'agit de se centrer sur le caractère explicite et la clarté des dispositions légales, pour qu'ils ne soient pas réservés qu'aux acteurs du monde juridique, dans la mesure où ils ont vocation à être compris et appliqués par un public dont l'illettrisme est encore élevé. Dès lors, les normes doivent être repensées en termes qualitatifs plutôt que quantitatifs, car tout indique que les dispositions juridiques actuelles ne sont pas effectives parce

691. - Incidence de la division sexuelle du travail. La répartition sexuée de l'activité ménagère et la procréation influence le travail professionnel de la femme, si toutefois elle a pu en commencer un. De fait, sa carrière est, dans une large mesure, ponctuée d'interruptions correspondant aux maternités successives. S'il est certain que les temps de suspension peuvent difficilement être évités, ne serait-ce que pour les besoins de l'accouchement, il est tout de même possible d'agir par la loi afin d'égaliser les chances professionnelles de l'homme et de la femme, notamment à travers des politiques publiques relatives à la petite enfance¹⁸⁹². En effet, il est primordial de dépasser le piège de la différenciation biologique, afin mettre en place des techniques permettant de concilier la procréation, pour laquelle l'intérêt de toute nation est marqué à juste raison, avec l'occupation professionnelle de la mère, autant que du père. Pour ce faire, les conséquences de la procréation devraient donc être équilibrées pour les deux parents, tout au moins après l'accouchement¹⁸⁹³.

692. - Sanctions des violations des règles sur l'entraide parentale. Pour tenir compte de la difficulté qu'il y a à bannir les stéréotypes de genre, qui aboutissent à abandonner l'éducation des enfants à la femme seule malgré les dispositions légales existantes, il ne paraît pas vain de souligner davantage dans les textes juridiques que les obligations parentales doivent toutes être assumées par les père et mère. Telle est d'ailleurs la conclusion à laquelle sont parvenus les participants à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes qui appelle les États à consacrer pour l'homme et la femme « Les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants »¹⁸⁹⁴. Le respect des textes sur l'entraide conjugale conditionne la réalité du droit au travail de la femme. Cette étape ne peut pas être atteinte tant qu'il sera possible à l'un des époux de négliger impunément ses obligations parentales et d'ordre

qu'elles ne sont pas contextualisées. Le codificateur ne peut pas faire abstraction de son milieu, des contraintes qui lui sont propres, et il doit pouvoir adapter l'œuvre normative à ces caractéristiques fluctuantes.

¹⁸⁹² V. *supra*, n° 668.

¹⁸⁹³ En ce sens, la France projette de rendre obligatoire le congé de paternité, pour que l'interruption du travail consécutive à la naissance d'un enfant ait une incidence sur la carrière professionnelle des deux parents et non plus de la mère seulement. Le projet fait suite à un avis de l'Observatoire français des conjonctures économiques (cf. *Le Figaro.fr* et *AFP*, Un congé paternité obligatoire et plus long ? 13 janvier 2017, consulté le 6 août 2017 sur <http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2017/01/13/97002-20170113FILWWW00091-un-conge-paternite-obligatoire-et-plus-long.php> ; A. DJAVADI, Le congé paternité obligatoire, 9 fév. 2017, *Le Parisien Magazine*, consulté le 6 août 2017 sur <http://www.leparisien.fr/magazine/grand-angle/le-parisien-magazine-le-conge-paternite-obligatoire-09-02-2017-6666381.php> ; B. KAMMERER, L'allongement du congé paternité serait bon pour les pères, les mères et la France, 27 fév. 2017, consulté le 6 août 2017 sur <http://www.slate.fr/story/138572/inegalites-pere-mere-allongement-conge-paternite>).

¹⁸⁹⁴ Cf. art. 11-1°, d.

ménager, une manière de reporter sa part de responsabilité sur l'autre, sans contrepartie. Pour l'efficacité de la règle, il devrait être prévu des sanctions civiles à l'encontre du parent qui n'assumerait pas ses responsabilités sans justification légitime, comme la déchéance de certains avantages parentaux. De fait, il n'existe pour le moment que la déchéance parentale, une sanction dont la gravité commande de la réserver aux manquements extrêmes aux obligations parentales. En même temps, pour que la mesure ne soit pas seulement illusoire, il est nécessaire de développer des politiques publiques d'aide aux parents, dont l'un des volets pourrait être l'augmentation des services à la petite enfance.

693. - Politiques publiques d'accroissement des services à la petite enfance. Il a été vu que l'un des obstacles à la disponibilité au travail salarié de la femme mariée, à propos de la procréation, provient de son assignation à la garde des enfants. Il s'agit ici de créer les conditions pour permettre à la femme mariée de bénéficier d'un temps raisonnable à consacrer au travail, en vertu du droit de chacun au travail¹⁸⁹⁵. À ce niveau, les États peuvent, par le moyen de politiques publiques adaptées, accroître l'offre de garde des enfants pendant le temps de travail salarié des parents ou bien octroyer des aides pour les services de tiers. La création de structures d'accueil maternel en nombre suffisant se présente comme une piste sérieuse pour résoudre, au moins en partie, la question de la disponibilité restreinte de la femme pour le travail salarié¹⁸⁹⁶. L'idée n'est pas nouvelle, même si les États africains ne s'y sont pas particulièrement intéressés jusqu'ici. Dans les années 1920, devant les difficultés d'accès au travail salarié que pouvait rencontrer la femme, grande oubliée de la révolution russe, l'une des premières figures de la lutte pour les droits de la femme, Alexandra Kollontaï, constatait que :

« si nous voulons donner aux femmes la possibilité de participer à la production, la collectivité doit les décharger du lourd fardeau attaché à la maternité et éviter ainsi l'exploitation de cette fonction naturelle par la société. Travail et maternité sont compatibles à partir du moment où l'éducation des enfants cesse d'être une tâche familiale privée pour devenir une institution sociale, l'affaire de l'État. »¹⁸⁹⁷

¹⁸⁹⁵ Art. 30 de la constitution du Bénin, art.19 de la constitution du Burkina Faso et art. 19 de la constitution du Mali.

¹⁸⁹⁶ Dans ce but, il peut aussi être accordé des avantages fiscaux et économiques aux promoteurs privés pour leur participation à l'encadrement de la petite enfance. Également, les entreprises qui ouvrent des centres d'accueil maternels au profit de leurs employés pourraient aussi se voir accorder de tels avantages fiscaux.

¹⁸⁹⁷ A. KOLLONTAÏ, *Conférences sur la libération des femmes, op. cit.*, p. 220.

Au demeurant, lorsque, malgré ces obstacles, la femme obtient un emploi, la division sexuelle du travail influe de nouveau en sa défaveur.

B. Évolution professionnelle incertaine de la femme mariée

694. - Entrave à la carrière professionnelle féminine évolutive. La femme qui travaille peut avoir les moyens financiers de recourir à une aide à domicile, pour la relayer dans l'exécution des travaux domestiques auxquels elle est traditionnellement assignée. Cependant, comme le fait remarquer François de Singly, « Cette diminution du travail ménager par la compression et par la délégation ne suffit pas à supprimer le handicap professionnel des femmes salariées »¹⁸⁹⁸, ce qui pose la problématique de la « double journée »¹⁸⁹⁹. En Europe, il est aujourd'hui constaté la montée du travail féminin¹⁹⁰⁰, même si un auteur remarque que « la mise au travail des ouvrières, lors du développement du capitalisme industriel, a posé la question de la compatibilité de la "féminité" et de l'activité salariée »¹⁹⁰¹. Mais, si la participation de la femme occidentale à la production ne la libère pas de la reproduction – une situation non idéale, mais assumée¹⁹⁰² – au moins lui est-il désormais permis de vivre la maternité en "mode de cumul" avec le travail, ce que François de Singly appelle « les autorisations de cumul »¹⁹⁰³, qui restent démonstratives de l'inégalité homme/femme, mais qui sont encore relatives pour la femme africaine.

Ce constat interroge l'apport des dispositions législatives en la matière. Leur généralité et leur absence d'insertion dans le cadre d'une politique globale étatique sont en cause. Dans l'immédiat, la voie indiquée paraît être celle de retouches ciblées de la réglementation, pour atteindre une autonomie professionnelle réelle de la femme, et non plus théorique seulement. Des réformes pertinentes devraient permettre de lutter contre la ségrégation féminine dans le monde professionnel (1), notamment lorsqu'elle se cristallise autour du statut marital (2) ou encore lorsqu'elle s'appuie sur des aptitudes supposées naturelles à chaque sexe pour orienter la femme vers certains secteurs d'activités (3).

¹⁸⁹⁸ F. de SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁸⁹⁹ F. de SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, *op. cit.*, p. 60. ; v. aussi M. FERRAND, *Féminin Masculin*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹⁰⁰ C. CHAMPAGNE, A. PAILHÉ et A. SOLAZ, Le temps domestique et parental des hommes et des femmes : quels facteurs d'évolutions en 25 ans ? *in* *Revue Économie et statistique*, n° 478-480, 2015, p. 209-242.

¹⁹⁰¹ M. FERRAND, *Féminin Masculin*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹⁰² D. KERGOAT, *Les Ouvrières*, éd. Le Sycomore, Paris, 1982, 141 p.

¹⁹⁰³ F. de SINGLY, *Fortune et infortune de la femme mariée*, *op. cit.*, p. 75 sq.

1) Un niveau de qualification peu compétitif

695. - Éducation différenciée suivant le sexe. Dans les développements précédents, il a été mis en évidence qu'en Afrique, mais pas seulement¹⁹⁰⁴, la fille est souvent éduquée différemment du garçon¹⁹⁰⁵. Ainsi, dès le bas âge, sa famille, ou plus exactement la mère, est chargée de lui enseigner les bonnes manières d'une épouse, car toutes les décisions qui la concerne sont mûries dans l'optique de l'union matrimoniale. Par conséquent, la scolarisation n'est pas mise en priorité lorsqu'il s'agit de la fille, notamment lorsqu'elle vient en concours avec un garçon et que les moyens de la famille ne sont pas suffisants pour les scolariser tous. Il faut aussi relever que, en vue du mariage (dont il a été montré qu'il intervient souvent à un âge précoce), la jeune fille scolarisée est parfois retirée de l'école pour être donnée en mariage. Elle est donc empêchée d'achever son parcours¹⁹⁰⁶. Il se fait que l'utilité de l'instruction féminine n'est pas bien perçue, de sorte que le premier échec scolaire est un prétexte pour la déscolariser. Évidemment, cela se passe en violation du principe d'égalité des sexes et de l'obligation de scolarisation obligatoire des enfants jusqu'à l'âge légalement fixé par chaque État¹⁹⁰⁷.

696. - Instruction scolaire inexistante ou insuffisante. Lorsque la jeune fille n'a pas été scolarisée ou lorsque son cursus scolaire prend prématurément fin, cela signifie qu'elle n'a pas eu l'opportunité d'obtenir un diplôme compétitif à proposer sur le marché de l'emploi. La femme mariée précocement est donc plus fréquemment confrontée au chômage, ou bien elle est cantonnée aux secteurs d'activités informels, un secteur qui n'offre pas de garanties professionnelles¹⁹⁰⁸. Autrement, dans le meilleur des cas, la femme est réduite à occuper des emplois subalternes. Pour lutter contre le phénomène, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹⁹⁰⁹ insiste sur « La réduction des taux

¹⁹⁰⁴ V. C. MARRY, Filles et garçons à l'école : du discours muet aux controverses des années 1990, in « Masculin-Féminin : questions pour les sciences de l'homme », Jacqueline LAUFER *et al.*, PUF, 2^e éd., 2001, p. 25-41.

¹⁹⁰⁵ V. *supra*, n° 13 et 663.

¹⁹⁰⁶ Rapport du Fonds des Nations-Unies pour la population sur l'état de la population, *op. cit.*, p. 39 et 42.

¹⁹⁰⁷ Pour rappel, certains États ont adopté des textes imposant aux parents une période de scolarité obligatoire pour tous les enfants (v. *supra*, n° 68).

¹⁹⁰⁸ T. LOCOH, Genre et marché du travail en Afrique subsaharienne, in « Travail et genre dans le monde, État des savoirs », *op. cit.*, p. 171-181.

¹⁹⁰⁹ Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 déc. 1979, elle est entrée en vigueur le 03 sept. 1981 ; elle est complétée par la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes du 20 déc. 1993.

d'abandon féminin des études et l'organisation de programmes pour les filles et les femmes qui ont quitté l'école prématurément », une obligation à la charge des États¹⁹¹⁰.

2) Une discrimination à l'embauche liée au statut conjugal

697. - Difficultés de la femme mariée à trouver un emploi. Dans la recherche du travail, la femme qui n'est pas mariée a plus de chances d'être embauchée que celle qui se trouve dans les liens du mariage, en raison des limites de sa disponibilité à l'emploi. De même, la présence d'enfants est une donnée qui influe sur les chances de trouver du travail ou non. Étant entendu que le mariage, dans la culture africaine, poursuit avant tout le but de la procréation, la femme mariée est desservie par ce paramètre. Les Codes du travail des différents États tentent de prévenir la discrimination à l'égard de la femme en raison du mariage ou de la maternité, afin de lui garantir un droit effectif au travail¹⁹¹¹. Ainsi, l'article 4 du Code béninois du travail dispose qu' « aucun employeur ne peut prendre en compte le sexe [...] des travailleurs pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment l'embauchage, la conduite et la répartition du travail, la formation professionnelle, l'avancement, la promotion, la rémunération et autres conditions de travail, l'octroi d'avantages sociaux, la discipline ou la rupture du contrat de travail » ; de même, l'article 170 du même Code prévoit que « Toute femme enceinte a droit à un congé de maternité qui commence obligatoirement six semaines avant la date présumée de l'accouchement et se termine huit semaines après la date de l'accouchement »¹⁹¹². Il peut être remarqué que les dispositions qui entendent protéger la femme par l'interdiction de la discrimination au niveau du travail, par la neutralisation du statut d'épouse, ou par l'institution d'une protection spécifique relative à la procréation, laissent subsister en réalité la marginalisation à son encontre.

698. - Travail de la femme non mariée. Il faut reconnaître, avec Michèle Ferrand¹⁹¹³, que la femme qui n'est pas engagée dans le mariage rencontre plus de succès, d'abord pour trouver un travail et ensuite dans la poursuite de sa carrière que celle qui l'est. Il y a plusieurs raisons à cela. Premièrement, elle a plus de latitude pour achever son cursus éducatif ou reprendre ses études selon les cas, contrairement à la femme qui a dû quitter l'école prématurément pour se marier.

¹⁹¹⁰ Art. 10-f.

¹⁹¹¹ Cf. art. 11-2° de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

¹⁹¹² V. aussi art. 35-5° du Code sur la suspension du contrat de travail pendant le repos de la femme enceinte.

¹⁹¹³ Lire M. FERRAND, *Féminin Masculin*, op. cit., p. 13.

Dès lors, elle affiche souvent un niveau de qualification plus élevé que celle qui est mariée¹⁹¹⁴, qui est néanmoins quelquefois inférieur à celui de l'homme, car celui-ci trace son itinéraire professionnel sans entrave majeure depuis l'enfance. Deuxièmement, la femme non mariée, qu'elle ait des enfants, en petit ou en grand nombre, ou qu'elle n'en ait pas du tout, peut moduler l'exécution des tâches domestiques pour ses besoins propres et ceux de ses enfants avec plus de souplesse ; de sorte qu'elle est mieux placée pour s'investir dans un travail professionnel. Cette dernière caractéristique lui confère un profil apprécié sur le marché du travail, sur lequel la disponibilité à l'emploi demeure un avantage certain pour l'embauche. Ce critère explique pourquoi l'homme trouve plus facilement du travail que la femme, et la femme vivant seule également mieux que celle vivant en couple. En somme, le statut de la femme célibataire, séparée ou divorcée, semble plus propice à l'entame ou à la poursuite d'une carrière professionnelle que le statut de femme mariée, en raison du fort investissement familial attendu de celle-ci, et aussi du fait que l'activité professionnelle de la femme vivant seule n'est plus questionnée.

3) Des rôles professionnels déterminés selon le sexe

699. - Domaines d'activité « féminins » et « masculins ». Il est noté une concentration des femmes dans certains corps de métier ou à certains postes, comparé à d'autres. Le phénomène ne paraît pas tant lié à des capacités naturelles suivant le sexe, ainsi que certains le défendent, qu'à l'uniformisation des comportements individuels dérivant du système patriarcal¹⁹¹⁵. Il est fait remarquer, à cet égard, que « les tâches plus ou moins nettement associées à la procréation sont systématiquement attribuées aux femmes »¹⁹¹⁶. La division sexuelle entre travail productif et travail reproductif, respectivement attribué à l'homme et à la femme, se prolonge donc dans la vie professionnelle.

¹⁹¹⁴ La femme non mariée subit le poids des préjugés dans toute leur violence. La femme, en terre africaine, ne paraît pas avoir d'autre destin possible que le mariage, vers lesquels son éducation entière est tournée du reste, si bien que le célibat de la femme est source d'embarras pour son entourage ; si l'on y ajoute le succès professionnel, la femme vivant seule suscite plus de méfiance que d'admiration autour d'elle. L'homme non marié échappe quelque peu à la stigmatisation.

¹⁹¹⁵ F. HÉRITIER, *Masculin/Féminin II : Dissoudre la hiérarchie*, *op. cit.*, p. 175-177.

¹⁹¹⁶ M. FERRAND, *Féminin Masculin*, *op. cit.*, p. 9. L'auteur mentionne spécifiquement la puériculture et les soins aux malades, la dactylographie ou encore le secrétariat (*cf. spéc. p. 11*).

700. - Écarts salariaux. La catégorisation professionnelle selon le sexe, qui se constate presque partout au monde, débouche sur un écart salarial entre l'homme et la femme¹⁹¹⁷. À ce propos, Michèle Ferrand observe que :

« La différence sexuée autorisait ainsi que l'on oppose aux hommes, travailleurs stables, qualifiés, exigeant un salaire pour nourrir leur famille, des femmes, "naturellement" peu qualifiées et peu investies dans leur travail, dont la participation à la production ne pouvait être que momentanée, en raison de leur nécessaire présence auprès des enfants. Cette opposition entre deux types de travailleurs, au masculin et au féminin, dispensait de poser la question de la concurrence que les femmes pouvaient faire aux hommes. Elle permettait une définition des emplois selon le sexe, les travailleuses étant cantonnées aux "travaux de femmes", adaptés à leur "nature". Elle constituait la base de la mise en place d'un second marché du travail, celui des emplois féminins, toujours situés au bas de la hiérarchie des professions et des salaires. Ces derniers respectaient la hiérarchie des sexes : le salaire d'un homme devait non seulement assurer sa propre existence mais aussi celle du groupe familial. En revanche, le salaire d'une femme, mariée ou non, était supposé couvrir uniquement ses propres besoins. »¹⁹¹⁸

La différenciation salariale selon le sexe n'est en réalité qu'une exploitation professionnelle de la femme, car elle est finalement moins rémunérée que l'homme pour un travail identique, pendant la même période. De cette façon, il est porté atteinte à l'égalité salariale¹⁹¹⁹. Pour le reste, l'écart salarial tend à se creuser avec l'ancienneté dans l'emploi, un écart « inexplicable »¹⁹²⁰, qui contredit le principe de droit « À travail égal, salaire égal »¹⁹²¹. En outre,

¹⁹¹⁷ Cf. F. HÉRITIER, *Masculin/Féminin II : Dissoudre la hiérarchie*, op. cit., p. 175-177 ; A.-A. DURAND, Les inégalités femmes-hommes en 12 chiffres et 6 graphiques, 7 mars 2017 (mis à jour le 27 juil. 2017), consulté le 6 août 2017 sur http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/03/07/les-inegalites-hommes-femmes-en-12-chiffres-et-6-graphiques_5090765_4355770.html ; Observatoire des inégalités, Les inégalités de salaires entre les femmes et les hommes : état des lieux, 27 mai 2016, consulté le 6 août 2017 sur <http://www.inegalites.fr/spip.php?article972>.

¹⁹¹⁸ M. FERRAND, *Féminin Masculin*, op. cit., p. 10.

¹⁹¹⁹ En France, il a été adopté la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, inspirée par l'accord national interprofessionnel sur la mixité et l'égalité professionnelle signé en mars 2004 par l'ensemble des organisations syndicales et patronales représentatives, qui énonce diverses mesures en faveur de l'égalité et de la conciliation des temps de vie professionnelle et familiale (cf. M.-J. ZIMMERMANN, *Avancées et lacunes de la France concernant les applications de la Convention CEDEF/CEDAW*, Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, note de synthèse, 14 mai 2008, p. 8).

¹⁹²⁰ M. FERRAND, *Féminin Masculin*, op. cit., p. 15-16.

¹⁹²¹ V. M. d'ALLENDE, *Rémunération - À travail égal, salaire égal : confirmations et inflexions*, La Semaine Juridique Sociale, n° 19, 5 mai 2009, p. 1198 ; L. DAUXERRE, *Conditions de travail : rémunération*, 7 avr. 2017, *JurisClasseur Travail Traité*, Synthèse 130, n° 14 sq. ; A. BOUILLOUX, *Salaire (Fixation, montant)*, Répertoire de

l'ascension professionnelle de la femme est généralement plus lente que celle d'un homme. La situation s'explique par l'idée qui donne sa disponibilité au travail pour être toujours de courte durée, en raison de la procréation et de la charge des travaux domestiques qui continuent à peser sur elle, ce qui n'est pas tout à fait faux, au regard des données réelles¹⁹²².

droit du travail, mars 2011 (actualisation janv. 2017), n° 25 *sq.* ; C. RADÉ, Salaire : Principe « à travail égal, salaire égal » – Différence catégorielle – Justification, Dalloz Droit social, 2012, p. 96.

¹⁹²² H. HIRATA, Travail et affects : Les ressorts de la servitude domestique, *in* Revue Travailler, n° 8, 2002/2, p. 11-26.

Conclusion de chapitre

701. - Difficile affirmation de la liberté professionnelle de la femme mariée. L'autonomie professionnelle des époux, que prônent la plupart des droits modernes, se heurte sans cesse à la coutume africaine. Au reste, le principe est inscrit dans les Codes des personnes et de la famille du Bénin et du Burkina Faso, mais non dans le code malien. Son absence du Code malien est parfaitement compréhensible dans la mesure où le texte conserve la notion de chef de famille, qui ne peut se conjuguer avec l'égalité des époux sur le plan professionnel. Il n'en demeure pas moins que l'omission du législateur malien fragilise le droit au travail de la femme mariée, surtout si l'on regarde au droit antérieur. Dans les droits béninois et burkinabè, la liberté professionnelle est affirmée, mais son exercice demeure limité.

702. - Difficile mise en œuvre de la liberté professionnelle de la femme mariée. La réalisation de l'autonomie professionnelle de l'épouse rencontre des obstacles majeurs à travers l'ineffectivité des droits sexuels et reproductifs de la femme. Le contexte, en effet, reste peu favorable à la libération sexuelle de la femme, et l'oblige au mariage, mariage dans lequel elle n'est pas libre de décider par rapport à la procréation. Pourtant, le nombre d'enfants est un facteur qui influe sur la capacité à travailler de la femme, surtout en Afrique. Tout autant, la division sexuelle du travail empiète sur la mobilité professionnelle de la femme, et, par ricochet, sur son accès à l'emploi et sa progression. Pour sortir du cercle vicieux, les États africains devraient œuvrer davantage dans le sens de l'autonomisation effective de la femme, au moyen de politiques publiques cohérentes, qui seules pourraient lui permettre d'exercer la liberté professionnelle reconnue à toute personne, sans préjudice de la reproduction, qui reste nécessaire à l'évolution d'une nation.

Conclusion du titre 2nd – Seconde partie

703. - Renouveau nécessaire de l'approche juridique moderne de la conjugalité.

Geneviève Fraisse rappelle que le thème d'une commission du Cinquantenaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme était : « Inscrire les droits des femmes, expliciter les droits de l'homme »¹⁹²³. Les États africains devraient faire leur l'idée de ce qui se dégage de ce thème, afin de mieux servir l'intérêt de la loi. Justement, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dispose en son article 16 que :

« La participation des femmes au développement économique et social, l'égalité des chances et la pleine participation, sur un pied d'égalité, des femmes et des hommes, en tant qu'agents et bénéficiaires d'un développement durable au service de l'individu sont des conditions essentielles à l'élimination de la pauvreté au moyen d'une croissance économique soutenue, du développement social, de la protection de l'environnement et de la justice sociale. »

En toute logique, dans les États qui se sont dotés d'une réglementation sur la famille, comme le Bénin, le Burkina Faso et le Mali, la coutume ne devrait plus primer sur le droit codifié. Il est impérieux d'imposer le respect de la loi, afin de faire reculer la coutume déformée qui accentue l'inégalité entre l'homme et la femme, en laissant d'un côté l'épouse exposée aux violences du mari, et de l'autre en approuvant la fuite de responsabilités conjugales et parentales du conjoint masculin. Des auteurs notent que « La vision d'un droit monolithique semble correspondre sans

¹⁹²³ Sorbonne, Commission nationale consultative des droits de l'homme, sept. 1998 (cf. G. FRAISSE, *La controverse des sexes : Essai, op. cit.*, p. 75).

conteste à la vocation unificatrice de l'État. Mais le droit [n'est] pas tant ce qu'en disent les textes que ce qu'en font les citoyens »¹⁹²⁴. L'action doit donc se centrer sur ce point.

704. - Renforcement de la protection du statut civil de la femme. Les législations des États béninois et burkinabè sur les violences conjugales ont pénalisé les violences conjugales, mais il est relevé des failles dans les dispositifs. Il faudrait les combler pour assurer l'effectivité des textes. Au Mali où il n'existe pas de textes portant sur la question, il reste des efforts importants à faire. S'agissant du travail professionnel de la femme mariée, il faut insister sur le fait que celui-ci remplit aujourd'hui une double fonction. En effet, il donne à la femme une ouverture sur la vie sociale, appréciable au niveau qualitatif de la vie, en même temps qu'il lui offre l'autonomie économique, qui est à la base d'une réelle liberté. Enfin, plus souvent maintenant, le travail de la femme devient une nécessité pour la famille, lorsque les revenus du mari sont insuffisants pour couvrir les besoins du ménage. Pour ces raisons, les pouvoirs publics devraient mettre en place des politiques bien articulées, afin de faire reculer les entraves systématiques au travail salarié féminin dans le cadre du mariage.

705. - Articulation nécessaire entre les différentes facettes de la protection juridique de la femme mariée. Il est constaté au final que les droits de la femme mariée sont soit insuffisamment protégés par les lois, soit le sont bien, mais rentrent en conflit avec la coutume africaine, revitalisée par les nouvelles générations. De ce fait, ils demeurent largement inefficaces. Pour surmonter ces difficultés, il faudrait envisager la protection juridique de l'épouse plus globalement et agir simultanément à plusieurs niveaux. Il existe une synergie entre les différents éléments de la protection légale de la femme et l'amélioration de son statut civil. Pour cela, l'analyse devrait être focalisée sur la relation entre toutes les formes de violence contre la femme. À cet égard, il paraît intéressant de rapprocher la réduction de ses droits conjugaux dans la polygynie, le contrôle de sa sexualité à travers les mutilations sexuelles féminines, les violences conjugales et l'ineffectivité de son droit au travail, afin d'élaborer des politiques établissant l'égalité réelle entre l'homme et la femme dans le mariage.

¹⁹²⁴ M. DJIRÉ, Un peuple, un but, une foi... mais plusieurs droits ? Dynamiques locales et sécurisation foncière dans un contexte de décentralisation à Sanankoroba, *op. cit.*, p. 68.

Conclusion de la Seconde partie

706. - Reculs des droits africains de la famille. Parmi les droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali étudiés, les lois sur la famille burkinabè et malienne reconnaissent la polygamie, restreinte à l'homme. Il en résulte une discrimination, difficilement acceptable au regard du principe universel d'égalité en dignité et en droits de toutes les personnes¹⁹²⁵. En effet, le principe postule que les citoyens d'un État doivent avoir les mêmes droits et les mêmes obligations. Pour rétablir l'égalité, les États qui reconnaissent légalement la polygamie dans son sens polygynique pourraient également reconnaître la polyandrie aux mêmes conditions¹⁹²⁶ ; ou bien, ces États devraient se résoudre, malgré le dilemme qui se pose à eux en raison de l'ancrage de la tradition de la polygamie masculine, à reconnaître seulement la monogamie pour tous les sexes, de manière à égaliser les statuts de l'homme et de la femme. Cette dernière solution apparaît, non seulement plus raisonnable, mais aussi, plus pratique.

En droit malien, il se pose, par ailleurs, le problème de la dérogation à l'autorisation préalable avant toute atteinte à l'intégrité physique d'une personne, si l'acte est justifié par un motif d'ordre religieux ou coutumier¹⁹²⁷. Pour commencer, la loi portant Code des personnes et de la famille a dépassé son objet, et encore, dans un sens qui la place en porte-à-faux avec la Constitution, ce qui est contraire au principe de la hiérarchie des normes. Ensuite, cette dérogation ouvre sans conteste la voie à la commission de mutilations sexuelles féminines, sans que l'auteur encoure au minimum les sanctions de droit commun pour délit de coups et

¹⁹²⁵ Cf. art. 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

¹⁹²⁶ Les objections ne manquent pas sur la légalisation d'une pluralité de liens conjugaux pour la femme. Elles étaient également valables lorsque la question de la reconnaissance juridique de la polygynie s'est posée, toutefois, elles n'ont pas empêché d'accueillir celle-ci en droit positif.

¹⁹²⁷ Art. 5, al. 3, du Code malien des personnes et de la famille.

blessures volontaires. Pour leur part, les Codes des personnes et de la famille du Bénin et du Burkina Faso ne font pas référence au principe de l'inviolabilité du corps humain, puisqu'il est déjà pris en charge par les lois fondamentales de chaque État. Et encore, dans ces deux États, les atteintes génitales féminines non thérapeutiques sont pénalement réprimées¹⁹²⁸.

707. - Immobilisme des droits de la famille. Les violences faites à la femme sont correctionnalisées par les droits béninois et burkinabè, mais ils ne le sont pas encore en droit malien ; il n'y a aucune amorce en ce sens. Pourtant, la présence continue des violences conjugales sur la scène sociologique invite toute autorité publique à réagir, au moins pour poser les bases d'une réglementation dans ce domaine¹⁹²⁹. Des raisons politiques évidentes expliquent que les législateurs africains laissent de côté des points sensibles, comme l'interférence de la revendication nataliste de la coutume africaine, ou encore l'affectation exclusive de la femme mariée aux soins aux personnes dans la famille et aux travaux domestiques, avec ses droits individuels. Toutefois, il devient pressant de les aborder frontalement. Il ne s'agit plus seulement de rester dans l'analyse, ou dans l'affirmation des droits professionnels de la femme au plan textuel, mais de rechercher les méthodes pour que ces éléments ne s'interposent plus, dans les faits, devant le droit au travail de la femme. Dans cette vue, la femme devrait être déchargée « de ce que des théoriciennes américaines qualifient de *sex-affective production*, désignant par là non seulement le fait de porter des enfants mais celui de les élever et de leur fournir comme à ses parents ou intimes, soins personnels, affection ou satisfaction sexuelle »¹⁹³⁰.

708. - Mise en cohérence des dispositifs relatifs à l'égalité des sexes. À l'heure actuelle, la recherche de l'égalité entre les sexes implique d'approcher simultanément tous les niveaux où des problèmes se posent. En effet, l'effectivité du droit légiféré requiert que les différents aspects du problème ne soient plus envisagés séparément, puisqu'ils sont de toute façon reliés, mais qu'ils soient traités à la fois. Il apparaît en effet que l'infériorité de la condition féminine est maintenue par la conjonction de la marginalisation de la femme dans l'instruction et de son asservissement domestique social. Une prise de distance de l'appareil législatif avec les normes

¹⁹²⁸ Cf. lois n°2003-03 du 3 mars 2003 portant répression de la pratique des mutilations génitales féminines au Bénin et loi 061-2015/CNT du 6 septembre 2015 portant prévention, répression et réparation des violences à l'égard des femmes et des filles et prise en charge des victimes au Burkina Faso.

¹⁹²⁹ De l'avis d'un auteur, « Un effort d'analyse considérable et de remise en question est nécessaire avant de voter hâtivement des lois qui ne changeront rien aux faits, si les mentalités n'évoluent pas » (cf. G. LOPEZ, La violence dans le couple : aspects psychologiques, AJ Fam., 2003, p. 416).

¹⁹³⁰ A. FERGUSON et N. FOLBRE, *The Unhappy Marriage of Patriarchy and Capitalism*, in *Women and Revolution*, p. 314.

traditionnelles ne paraît pas négociable. Cependant, les attitudes sexistes sont inextricablement liées à des représentations sociales profondes et l'on se doute que les défaire ne sera pas une tâche aisée. Pour parvenir au but, l'approche juridique doit être subtile, mais ferme, et elle doit être soutenue par une action politique appuyée et continue.

Conclusion générale

709. - Mariage et égalité des sexes. Les États africains ont réformé leur droit de la famille, dans l'intention de redéfinir les relations prénuptiales et nuptiales, à la lumière du principe d'égalité entre l'homme et la femme. Cependant, il est observé une « réception contrastée » de ce principe en droit de la famille, en raison, d'une part, d'« une réception formelle qui s'analyse de certaines législations africaines », et d'autre part, d'une « réception [...] limitée car la loi a omis certaines réalités »¹⁹³¹. La combinaison de ces facteurs fait obstruction à l'amélioration de la condition féminine au regard du mariage. Finalement, la conception juridico-sociale du mariage dans les États dont les droits ont été comparés reste marquée par le sceau de la tradition. Traditionnellement, l'homme et la femme ne sont pas égaux, ni avant le mariage, ni durant le mariage, ni même à sa fin. Cette vision ne cadre pas avec les lignes directrices du droit universel moderne, mais elle se retrouve quelque peu dans les Codes des personnes et de la famille. Peut-être les codificateurs ont-ils, après tout, négligé de tenir compte de la fonction du droit¹⁹³² et du rôle qu'il est possible de lui faire jouer suivant le besoin, même s'il est évident que le droit légiféré ne peut pas tout régler. Pour sa part, Eugène Schaeffer fait l'intéressante analyse suivante : « Le droit moderne ne peut à lui seul opérer la transformation, comme le droit traditionnel ne peut à lui seul empêcher les évolutions. Trop souvent, au Nord comme au Sud, les gouvernants se sont abusés sur la portée du Pouvoir du droit et sur leur pouvoir à légiférer,

¹⁹³¹ C. AGOSSOU, *Liberté et égalité en droit de la famille dans les États de l'Afrique francophone*, op. cit., p. 586-587.

¹⁹³² Il s'agit du droit objectif, dont dérive le droit subjectif. Le doyen CARBONNIER les désigne par les termes de « grand droit » et de « petit droit » (cf. J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 105 sq.).

non pas seulement formellement, mais réellement »¹⁹³³. Dans un contexte plus global, Mireille Delmas-Marty remarque que :

« si le droit n'est pas créateur de valeurs, il n'est pas neutre pour autant, car il contribue à la fois à "nommer" les valeurs et à "normer" les comportements humains par rapport aux valeurs. [...]

En nommant les valeurs, le droit leur sert de révélateur.

...il est aussi un instrument normatif et comme tel un processus transformateur.

"Normer" les conduites humaines, c'est en effet à la fois les guider et les juger.

...en l'absence de gouvernement mondial, apparaît le risque d'une disjonction des deux fonctions : beaucoup de normes internationales sont de simples outils de tracé, insusceptibles en tant que tels de fournir au juge un instrument de mesure (recommandations, avis, déclarations, résolutions, proclamations, etc.) »¹⁹³⁴

Il se dégage de cette assertion l'idée que le droit doit servir, en amont, à réguler les comportements et, en aval, à mesurer le respect des normes qu'il secrète. Mais, c'est un fait obvie que les normes ne s'équivalent pas partout au monde, notamment en raison des données sociologiques de chaque milieu, et ce en dépit des instruments internationaux qui œuvrent à l'émergence de valeurs communes¹⁹³⁵.

710. - Droit, instrument de changement. Faut-il se résigner à l'ineffectivité des droits consacrés en faveur de l'égalité des sexes dans les droits africains de la famille ? Une réponse positive à cette question ne paraît pas envisageable. En effet, que serait la pertinence du droit

¹⁹³³ E. SCHAEFFER, De l'importation de codes à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle et de leur réception, in « La Codification et l'évolution du droit », Revue Juridique et politique, indépendance et coopération, 1986, p. 261-283, spéc. p. 280, n° 65 et 66.

¹⁹³⁴ Cf. M. DELMAS-MARTY, Le rôle du droit dans l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs, Communication à l'Académie des Sciences morales et politiques, 7 juil. 2008, consulté le 15 septembre 2017 sur <https://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/delmas.htm> ; v. aussi C. THIBIERGE, Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit, Archives de philosophie du droit, 2008, L'égalité, tome 51, p. 251 sq.

¹⁹³⁵ Sur le caractère non obligatoire des conventions internationales avant la procédure de ratification, lire F. DEHOUSSE, La ratification des traités. Essai sur les rapports des traités et du droit interne, Recueil Sirey, Paris, 1935, p. 134 à 150. *A contrario*, la ratification d'une convention par un État l'oblige à mettre son droit interne en conformité avec les termes de la convention (cf. art. 147 de la Constitution du Bénin (adoptée par référendum du 2 déc. 1990 et promulguée par la loi n° 90-32 du 11 déc. 1990), art. 151 de celle du Burkina Faso (adoptée par référendum le 2 juin 1991, promulguée par le *kiti* An VIII 330 du 11 juin 1991, et modifiée par la loi n° 033-2012/AN du 11 juin 2012), et art. 116 de la Constitution du Mali (adoptée par référendum le 12 janv. 1992 et promulguée par décret n° 92-0731/P-CTSP le 25 fév. 1992).

s'il renonçait à sa finalité « pédagogique, éducative »¹⁹³⁶? Bien plus, il apparaît prioritaire de réagir car, non seulement la protection des droits de la femme, partie intégrante des droits de l'homme, est en jeu, mais aussi parce que « la définition même du droit et de ses principes fondamentaux » a une incidence directe sur « le système de bicatégorisation hiérarchisée entre les sexes »¹⁹³⁷. Et pour ce faire, il convient de légiférer sur toutes les questions posées et, en parallèle, de veiller à l'application des normes codifiées. Une volonté politique soutenue est seule à même de gagner les individus à la nouvelle définition juridique des rapports sociaux de sexe. L'impossible compromis avec les traditions contraires aux droits de l'homme et les pratiques religieuses déviantes oblige à rechercher une nouvelle voie pour impulser le changement dans les comportements. Cela passe par le bannissement des préjugés qui sont à la base de l'infériorisation de la femme dans les sociétés de l'Afrique subsaharienne, et qui privent les textes de loi de portée véritable. Au passage, une attention particulière devrait être accordée à la montée des extrémismes dans cette partie du monde, parce qu'elles menacent les acquis pour les droits humains¹⁹³⁸.

711. - Écueil du pluralisme juridique. Dans le contexte de l'Afrique noire, le droit légiféré, surtout en matière familiale, atteint peu son but du fait du conflit permanent entre les règles écrites et les normes sociales¹⁹³⁹. De fait, la survie de la coutume dans les États subsahariens, dont le Bénin, le Burkina Faso et le Mali, ne manque pas de surprendre, car celle-ci n'est plus formellement censée y avoir une existence autonome, à savoir en dehors de sa contribution à la formation du droit positif¹⁹⁴⁰. Tout autant, la reviviscence des normes religieuses dans certains États se comprend peu, dans la mesure où le principe de laïcité reste consigné dans leurs

¹⁹³⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 155 sq.

¹⁹³⁷ J. HAUTBERT (dir.), « Le droit à l'épreuve du genre », Actes du colloque du 7 mai 2015, Centre Jean BODIN, Cahiers internationaux d'anthropologie juridique n° 47, Presses universitaires de Limoges, 2016, 157 p., résumé de la page de couverture.

¹⁹³⁸ Il est noté que les périodes d'instabilité politique sont propices à la déconstruction des dispositifs intergouvernementaux de protection des droits humains, à l'image de la réalité que connaît actuellement le Mali, avec la présence de l'organisation terroriste *Al-Qaïda* au Maghreb islamique (lire L. DJALLIL, *Al-Qaïda* au Maghreb islamique et la crise malienne, Sécurité globale, 2012/2, n° 20, p. 43-58, disponible sur <http://www.cairn.info/revue-securite-globale-2012-2-page-43.htm> (consulté le 19 juil. 2017).

¹⁹³⁹ Selon le doyen CARBONNIER, « la répétition fortuite d'un même acte ne fait pas une coutume, la coutume naît seulement avec le sentiment de l'obligatoire [...] En fait, l'obligation pourra ne pas être respectée par certains individus, mais ils auront alors conscience d'un manquement. La théorie romano-canonique de la coutume distinguait en elle deux éléments : un élément matériel, la pratique répétée, et un élément psychologique, la conviction du caractère obligatoire de cette pratique, *opinio necessitatis* » (J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 116).

¹⁹⁴⁰ V. *supra*, n° 38.

Constitutions¹⁹⁴¹. La pluralité occulte des systèmes juridiques aboutit, en matière de droit du mariage, à neutraliser les règles des droits de la famille, surtout celles qui sont de nature progressiste pour les droits de la femme. Au final, l'opposition à l'évolution des droits de la femme se maintient singulièrement dans les rapports de droit privé, malgré le brassage des cultures et l'apport des instruments juridiques internationaux¹⁹⁴². Sous l'ère coloniale déjà, la résistance des autochtones au droit d'inspiration étrangère avait conduit le pouvoir à reconnaître la validité de la coutume¹⁹⁴³. Après les indépendances, les nouveaux États africains ont tenté d'unifier le droit des personnes et de la famille par la codification, mais ils ne sont pas davantage parvenus à ce que la coutume cesse sûrement de régir les statuts personnels. Aujourd'hui encore, les règles coutumières supplantent les normes codifiées ou bien y trouvent un terreau favorable.

712. - Âge matrimonial féminin non consolidateur de la liberté matrimoniale. La liberté de se marier ou ne pas se marier n'est véritable que si l'âge légal du mariage en permet l'accès à la personne majeure seule. Ce n'est pas encore le cas, ni au Burkina Faso, ni au Mali¹⁹⁴⁴. Pourtant, il est manifeste qu'une personne mineure ne peut décider à bon escient à propos du mariage, étant compris qu'elle n'a pas encore l'expérience recommandée. Plus encore, avant d'atteindre l'âge adulte, la personne est très vulnérable aux pressions de son entourage, ce qui accroît les risques de mariage forcé. Outre l'âge minimum du mariage, la liberté matrimoniale devrait être protégée à travers la garantie de l'intégrité du consentement au mariage. Il a pu être montré que la protection organisée par les différents droits des États africains, à ce niveau, atteint peu son but, soit par carence des textes juridiques, soit par contournement des règles légales par les citoyens¹⁹⁴⁵.

713. - Liberté matrimoniale de la femme en question dans les « fiançailles » africaines. Il a été vu que les fiançailles n'existent pas en tant que tel dans les sociétés africaines, lesquelles connaissent plutôt une cérémonie coutumière ayant valeur de mariage. Cela étant, les lois sur la

¹⁹⁴¹ Cf. par exemple art. 156, al. 2, de la Constitution béninoise du 11 déc. 1990 ; art. 31, al. 1^{er}, de la Constitution burkinabè du 2 juin 1991 (modifiée par la loi n° 033-2012/AN du 11 juin 2012) ; Préambule de la Constitution malienne du 25 fév. 1992.

¹⁹⁴² Lire K. M'BAYE, L'évolution des formes de mariage au Sénégal, *op. cit.*, p. 177 ; aussi A. N. GBAGUIDI, De l'option de monogamie à l'option de polygamie, *op. cit.*, p. 25-26.

¹⁹⁴³ La Constitution française de 1946 précisait que « les Citoyens qui n'ont pas le statut civil français conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé » (cf. art. 82), en vertu de quoi le statut personnel des autochtones et des citoyens français "assimilés" était soumis à la coutume.

¹⁹⁴⁴ Cf. art. 238 et 281, respectivement des codes des personnes et de la famille burkinabè et malien.

¹⁹⁴⁵ V. *supra*, n° 49 sq.

famille n'ont pas fait disparaître la célébration coutumière qui, assez souvent, constitue la seule formalité marquant l'entrée en mariage, ou, à tout le moins, précède le mariage civil et/ou le mariage religieux¹⁹⁴⁶. En même temps, la caractéristique propre de la cérémonie traditionnelle, qu'est la dot africaine¹⁹⁴⁷, défend de tenter une assimilation entre cette institution et celle que l'Europe a pu connaître. La dot remet en question, à l'endroit de la femme, la liberté du mariage à plus d'un titre. Dès lors, le souci de vérité juridique engage les rédacteurs des lois africaines, ceux des États ici considérés y compris, à régir également les fiançailles selon l'entendement endogène¹⁹⁴⁸.

714. - Remodélisation de la dot. S'agissant des fiançailles proprement dites, il serait indiqué d'instituer un régime juridique laissant aux personnes le choix de la forme individuelle (à l'occidentale) ou communautaire (dans la tradition africaine), dans le cas où elles décident de se fiancer avant le mariage¹⁹⁴⁹. Idéalement, ce régime devrait prendre en considération la volonté de respecter ou non la tradition de la dot, une possibilité que la loi malienne exclut puisqu'elle rend la dot obligatoire. Enfin, il devrait être posé en droit que la dot peut être payée pour l'un ou l'autre des futurs conjoints, à charge pour les personnes de la configurer selon leur volonté¹⁹⁵⁰. Pour autant, il ne s'agit nullement là de plaider pour la reconnaissance du mariage coutumier à l'égal du mariage civil¹⁹⁵¹. L'idée serait plutôt de l'autoriser, en le subordonnant au premier. En effet, son interdiction par le Burkina Faso, par exemple, n'empêche pas les populations de continuer à le célébrer¹⁹⁵². Aussi, paraît-il plus prudent d'affronter le problème de la spécificité de l'institution africaine au lieu de l'éluder, surtout pour ne pas laisser le champ libre à sa

¹⁹⁴⁶ Ces différentes formes de mariage connaissent des fortunes diverses suivant les États. Ainsi, les droits béninois et burkinabè ne confèrent de légitimité qu'au mariage civil ; au contraire, en droit malien, le mariage religieux vaut aussi bien que le mariage civil. Le mariage coutumier est seul à être resté en marge du droit dans les trois systèmes juridiques. Néanmoins, sa vivacité est indiscutable (il est rappelé que les africains célèbrent souvent leur mariage à la fois coutumièrement, civilement, religieusement (v. *supra*, n° 99), car, dans les faits, il devance ou vient presque toujours après les autres formes de mariage.

¹⁹⁴⁷ V. *supra*, n° 164 sq.

¹⁹⁴⁸ Au Burkina Faso, la loi est muette sur toutes les questions de fiançailles ; au Bénin, le Code des personnes et de la famille semble plutôt se prononcer sur l'institution étrangère, et au Mali, le Code, par l'affirmation du caractère obligatoire de la dot, paraît disposer sur l'institution africaine, mais se montre plus que sommaire à cet égard (cf. art. 278 et 279 du Code malien des personnes et de la famille).

¹⁹⁴⁹ Le caractère facultatif des fiançailles demeurerait le principe.

¹⁹⁵⁰ Par exemple, sous la forme d'un présent offert à l'un ou l'autre des promis. Du reste, il n'est plus rare, en Afrique, de voir des unions où le conjoint masculin reçoit un bien de valeur de la part de la famille de la femme. Ce don peut être interprété comme une dot, notamment par rapprochement avec l'ancienne dot européenne.

¹⁹⁵¹ Tel que le fait le Code de la famille du Sénégal issu de la loi n° 72-61 du 12 juin 1972, art. 114. La reconnaissance légale du mariage est acquise s'il a été célébré suivant « une coutume matrimoniale en usage au Sénégal » (cf. arrêté n° 2591 du 23 février 1961 établissant la liste des coutumes applicables au Sénégal).

¹⁹⁵² Cf. art. 244 du CPF burkinabè.

récupération croissante à des fins vénales, tel qu'il est donné de le constater¹⁹⁵³. Cette voie permettrait, en même temps, de redimensionner ses effets afin de mieux protéger la femme. Dans cet esprit, une évolution de la dot traditionnelle communautaire vers la dot trousseau, sur le modèle de l'Europe du 19^e siècle¹⁹⁵⁴, est souhaitable. La personnalisation de la dot pourrait ainsi constituer un fonds de départ pour le nouveau couple. Du reste, l'atomisation des groupes parentéaires africains, quoique lente, amorce le tournant en ce sens et, à défaut pour la loi de s'orienter assez vite vers cette forme de la dot, plus utile aux personnes qui contractent l'union matrimoniale, le changement s'opérera inéluctablement.

715. - Hiérarchie sexuée des époux dans les rapports personnels. Au cours des processus d'adoption des différentes lois sur le mariage, le point qui a focalisé les discussions dans les commissions de rédaction, et qui a le plus suscité la défiance des populations, s'est révélé être la volonté de promouvoir l'« égalité » entre l'homme et la femme dans le mariage¹⁹⁵⁵. En effet, l'« égalité » entre les enfants a été plutôt bien acceptée. En réalité, les rapports matrimoniaux en Afrique, ou ailleurs, ont souvent été pensés en termes de suprématie de l'époux masculin sur l'époux féminin¹⁹⁵⁶, et les partisans de cette conception ont réussi à faire prévaloir leur point de vue sur celle des progressistes. Pour mémoire, les stéréotypes, qui conservent une vitalité exceptionnelle, donnent la femme pour être « une version appauvrie et défectueuse de l'homme »¹⁹⁵⁷ et, en tant que telle, prédestinée à lui être « soumise » ; dans le prolongement du raisonnement, l'homme doit, en retour, offrir sa « protection » à la femme. Dans le cas malien, les détracteurs de l'égalisation des sexes dans le mariage ont particulièrement influencé le Code malien des personnes et de la famille, dont l'article 316, alinéa 1^{er}, énonce que « Dans la limite des droits et devoirs respectifs des époux consacrés par [le code], la femme doit obéissance à son mari, et le mari, protection à sa femme ».

716. - Inégalité des époux dans le port du nom conjugal et dans la dévolution du nom. Globalement, la question du port du nom conjugal n'a pas évolué. Elle reste, jusqu'ici, envisagée dans la perspective féminine mais non masculine. Au demeurant, les Codes se prononcent

¹⁹⁵³ V. *supra*, n° 189 sq.

¹⁹⁵⁴ V. *supra*, n° 164.

¹⁹⁵⁵ Cf. A. N. GBAGUIDI, Égalité des époux, égalité des enfants dans le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin, *op. cit.*

¹⁹⁵⁶ Dans les unions hétérosexuelles du moins.

¹⁹⁵⁷ G. S. GILLISON, Femmes identiques, hommes identifiés : la construction sociale des sexes dans les Hautes-Terres de Papouasie-Nouvelle Guinée, in « La place des femmes : Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales », *op. cit.*, p. 130.

différemment à son sujet, le Bénin dans le sens d'une adjonction et le Burkina Faso et le Mali dans le sens d'une faculté. Dans tous les cas, l'égalité n'est pas réalisée en droit. En effet, la pratique n'est pas bilatéralisée dans les lois africaines, si bien que l'égalité se trouve rompue à ce niveau également. En outre, en pratique, au lieu de l'ajout ou du simple usage du nom marital, la coutume tend à remplacer le nom de la femme mariée par celui de son époux. S'agissant de la transmission du nom de famille, elle demeure une prérogative paternelle dans les trois États. De fait, la mère n'est admise à transmettre son nom à l'enfant que par défaut. Dans le sens de l'égalité des sexes, les codificateurs africains devraient opérer une refonte de la législation relative au nom, afin de conférer les mêmes droits à l'homme et à la femme, qu'il s'agisse du port du nom du conjoint ou de la transmissibilité du nom par la filiation.

717. - Inégalité des époux dans les droits parentaux. Présentement, l'intérêt même de l'enfant postule que les deux parents, mariés ou non, détiennent des droits parentaux identiques, notamment en ce qui concerne l'éducation de l'enfant et l'administration de ses biens. Le doyen Carbonnier ne notait-il pas à cet égard que l'autorité parentale se présente « Comme une autorité qui doit être exercée de concert, sur un pied d'égalité, par les deux parents »¹⁹⁵⁸ ? Les droits béninois et burkinabè ont intégré cette dimension, en conférant indifféremment aux parents la même autorité sur l'enfant. Cependant, en droit malien, en cas de prédécès du conjoint masculin, la mère survivante ne peut pas exercer seule l'autorité parentale, pas plus d'ailleurs que dans le cas où, par suite d'incapacité, le père n'est plus en mesure de l'assumer¹⁹⁵⁹.

718. - Inégalité des sexes dans les droits du conjoint survivant. La loi malienne sur la famille admet la dévolution religieuse de la succession à la même échelle que la dévolution civile. Cette disposition juridique influe sur les droits de la femme en tant que conjointe survivante, car le droit à l'héritage ne lui est pas pleinement reconnu par certains cultes, tel que la foi musulmane¹⁹⁶⁰. La part d'héritage de la femme est traditionnellement minorée sur le fondement de la religion et elle est aussi tenue à l'écart des successions foncières. Dans un autre sens, les droits successoraux consacrés par les Codes des personnes et de la famille au profit de la veuve s'opposent aux règles coutumières et/ou religieuses en la matière. La confrontation qui s'ensuit

¹⁹⁵⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple, op. cit.*, n° 415 – p. 846.

¹⁹⁵⁹ Cf. art. 613, al. 1^{er}, du Code malien des personnes et de la famille : « La tutelle s'ouvre lorsque le chef de famille décède » ; et lorsque celui-ci « se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale ».

¹⁹⁶⁰ V. *supra*, n° 336-337.

tend à vider les premiers de leur sens. En outre, la panoplie de rites de veuvage imposés à la conjointe survivante remettent en cause sa dignité d'être humain¹⁹⁶¹, et caractérise une différenciation factuelle des sexes à la dissolution du mariage pour cause de mort.

719. - Légalisation de traditions néfastes à la femme. L'emprise de la coutume demeure forte dans les normes et les institutions républicaines africaines¹⁹⁶². Le tour de force réalisé par les Codes des personnes et de la famille du Burkina Faso et du Mali en fournit l'illustration. En effet, ces États reconnaissent juridiquement la polygamie dans sa traduction polygynique, le premier en en faisant une forme exceptionnelle de mariage, le second en l'instaurant à l'égal du mariage monogamique¹⁹⁶³. Pourtant, la polygamie, tant dans sa version masculine que féminine, est impossible à concilier avec le principe d'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage¹⁹⁶⁴. À dire vrai, la polygamie a toujours été un point d'achoppement lors des réformes du droit de la famille dans les États africains. Elle est incompatible avec les textes internationaux ratifiés par la plupart de ces pays¹⁹⁶⁵, mais, en même temps, elle demeure une forteresse imprenable de la tradition, à laquelle peu de législateurs africains ont osé s'attaquer de front jusqu'ici¹⁹⁶⁶. Nonobstant, il est temps de mettre fin aux atermoiements et de supprimer clairement la polygamie, étant donné que, outre le contexte juridique, elle ne correspond plus à l'approche sociale actuelle de la famille dans le monde, et même en Afrique. En effet, si, dans la société traditionnelle, le prestige d'un homme pouvait se mesurer au nombre de ses femmes et à sa progéniture¹⁹⁶⁷, de nos jours, l'acculturation subie par les sociétés noires a fait implorer le

¹⁹⁶¹ En contradiction des instruments internationaux qui déclarent que tous sont égaux en dignité (par exemple, art. 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948, 1^{er} considérant de la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes du 20 déc. 1993).

¹⁹⁶² G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, *op. cit.*, 311 p.

¹⁹⁶³ Cf. art. 232 du Code burkinabè des personnes et de la famille et art. 307 du même Code malien.

¹⁹⁶⁴ V. *supra*, n° 417-418.

¹⁹⁶⁵ Principalement, il s'agit de : la Charte des Nations Unies de 1945, la Déclaration Universelle des Droits de l'homme du 10 déc. 1948, la Charte Africaine des Droits de l'homme et des peuples adoptée en 1981, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 déc. 1979 et la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes le 20 déc. 1993.

¹⁹⁶⁶ Cf. A. N. GBAGUIDI, De l'option de monogamie à l'option de polygamie, *op. cit.*, p. 31.

¹⁹⁶⁷ Avoir beaucoup de femmes était un signe ostensible de richesse, car, seul un homme nanti pouvait s'offrir le privilège de payer le montant de la dot pour plusieurs femmes. Cependant, le mari ne perdait pas au change, puisque les femmes et les enfants qu'elles mettaient au monde aidaient ensuite à cultiver les champs du mari. De cette façon, celui-ci pouvait reconstituer sa fortune à chaque fois.

modèle africain de la famille polygamique¹⁹⁶⁸. Par ailleurs, les rivalités entre les coépouses se font plus acharnées et les enfants ne sont pas épargnés par les mésententes des parents. Cet ensemble d'éléments déstabilise les ménages et compromet l'harmonie de la vie conjugale, de même que le développement équilibré des enfants¹⁹⁶⁹.

Enfin, le droit malien ne condamne pas nommément, et même autorise de manière détournée, les mutilations sexuelles féminines¹⁹⁷⁰. Le recul juridique relevé à ce niveau¹⁹⁷¹ révèle une oblitération de la fonction de la loi dans toute société humaine.

720. - Encadrement insuffisant des violences conjugales. En théorie, chaque conjoint peut être victime de violences conjugales, mais, statistiquement, la femme est plus souvent concernée. D'ailleurs, la tradition africaine autorise le mari à "punir" sa femme. Pour cela, la répression complète des violences conjugales apparaît comme le moyen de protéger plus efficacement la femme mariée contre les agressions physiques et morales qu'elle peut subir de la part du conjoint. Les textes spécifiques adoptés par le Bénin et le Burkina Faso témoignent de la volonté politique de lutter contre les maltraitances domestiques. Cependant, ils délaissent certains aspects importants, ce qui fragilise le dispositif de protection. Par exemple, il n'est pas institué de procédure judiciaire d'urgence. Pourtant, celle-ci se révèle utile, compte tenu du cadre privé dans lequel les violences se produisent habituellement, en vue de permettre leur traitement rapide par le juge, indispensable pour la sauvegarde de la victime. Enfin, l'éviction du conjoint maltraitant du logement familial est bien envisagée, mais il n'est pas prévu d'alternative en cas d'inapplicabilité de cette solution, alors que le cas pourrait se présenter dans les situations où le couple partage une habitation au sein d'une grande concession familiale, un usage encore prégnant.

721. - Inégalités coutumières exclues par les lois sur le mariage. Les Codes des personnes et de la famille du Bénin, du Burkina Faso et du Mali ne se sont pas particulièrement intéressés aux contraintes sociales qui amenuisent ou anéantissent les droits civils et professionnels de la femme. Il est vrai que le droit ne peut pas régir les relations individuelles dans les moindres détails, notamment celles qui se passent sous le couvert du mariage. Cependant, le constat de

¹⁹⁶⁸ Dans la conception traditionnelle, chaque femme avait sa case personnelle, où elle s'organisait individuellement. À l'heure actuelle, seuls quelques privilégiés polygames sont en mesure d'offrir des habitations différentes à leurs épouses. Pourtant, la promiscuité crée inévitablement des tensions.

¹⁹⁶⁹ M. IJERE, Sembène Ousmane et l'institution polygamique, *op. cit.*

¹⁹⁷⁰ Cf. art. 5, al. 3, du Code malien des personnes et de la famille.

¹⁹⁷¹ L'ancien Code de la tutelle et du mariage ne comportait pas une telle disposition.

l'ineffectivité des droits les plus importants reconnus à la femme par les droits africains appelle à faire une lecture différente. La protection juridique de la femme devrait être pensée de façon globale pour atteindre sa cible. Les lois sur la famille sont censées servir cet objectif. À ce titre, elles devraient légiférer de manière exhaustive sur les aspects compris dans leur objet. Ensuite, elles devraient évoquer les questions relevant de la compétence d'autres disciplines, intimement liées à la protection de la femme, afin de susciter d'autres réformes juridiques. C'est l'esprit du Code burkinabè des personnes et de la famille lorsqu'il énonce sa volonté de « favoriser le plein épanouissement des époux, de lutter contre les entraves socio-économiques et les conceptions féodales »¹⁹⁷². Au demeurant, il est vain de consacrer la liberté professionnelle si, concrètement, la femme ne peut en jouir en raison des contraintes sociales¹⁹⁷³ qui la privent d'éducation scolaire, l'obligent à se marier, à procréer¹⁹⁷⁴ et à assumer la responsabilité exclusive des charges liées à la procréation¹⁹⁷⁵, ce qui, en définitive, réduit sa disponibilité au travail et constitue donc un obstacle à son autonomie financière.

Le constat vaut aussi pour l'affectation coutumière de la femme aux charges domestiques. Que le droit moderne ne dispose pas à ce propos ne poserait pas de problème, n'eut été la dualité de l'ordre normatif qui empêche l'égalité théorique d'être consolidée par la réalité. Cela étant, la femme se retrouve à la croisée des normes modernes, qui lui reconnaissent désormais une autonomie professionnelle¹⁹⁷⁶, et des normes coutumières, qui lui confient exclusivement la gestion du ménage et des soins aux enfants. La lourdeur de ces charges ne permet pas effectivement à la femme de jouir de la liberté professionnelle. En conséquence, l'égalité entre

¹⁹⁷² V. art. 232, al. 1^{er}, du Code.

¹⁹⁷³ Catherine FOURGEAU utilise la formule « Mariage et enfants pour exister socialement », pour décrire cet enfermement (C. FOURGEAU, Un exemple d'économie polygamique : petites productrices au Sud Bénin, *op. cit.*, p. 364).

¹⁹⁷⁴ La négation des droits sexuels et reproductifs de la femme explique la persistance des mutilations génitales féminines, ainsi que le rejet des techniques de régulation des naissances (v. *supra*, n° 616 sq.).

¹⁹⁷⁵ Les stéréotypes de genre, qui se basent sur un lien biologique et psychologique particulier entre la mère et le nouveau-né, qui justifierait la répartition traditionnelle des rôles entre les sexes, sont aussi relevés en Europe, et desservent quelquefois le père. Par exemple, dans une affaire portée devant la Cour EDH, le refus d'un congé parental à un père élevant seul ses enfants a été jugé contraire à la Convention européenne des droits de l'homme en ses articles 14 et 8, relatifs au droit au respect de la vie privée et familiale (v. N. HERVIEU, Condamnation solennelle des stéréotypes de genre dans la répartition des rôles parentaux, *in* Lettre « Actualités Droits-Libertés » du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, 27 mars 2012, à propos de Cour EDH, 22 mars 2012, Konstantin MARKIN c/ Russie, § 132-145, Requête n° 30078/06).

¹⁹⁷⁶ Cf. art. 157, al. 1, du CPF du Bénin et art. 295, al. 1^{er}, de celui du Burkina Faso, toutefois, à l'exception de celui du Mali (v. *supra*, n° 661).

époux se trouve rompue. Les dispositions des Codes de la famille sur l'entraide conjugale auraient pu être exploitées pour prendre en compte ce point¹⁹⁷⁷.

722. - Perspectives. En fin de compte, il apparaît que les droits de la famille des États de l'Afrique noire francophone ont privilégié une égalité formelle des sexes dans le mariage, et encore non achevée. À tout considérer, le renouveau normatif n'a pas été mis à profit par les dirigeants africains afin de légiférer audacieusement en faveur de la femme, malgré la « rivalité »¹⁹⁷⁸ des règles coutumières et religieuses qui gardent une vivacité inattendue. Cela est attesté par les droits de la famille du Bénin, du Burkina Faso et du Mali, dans lesquels l'influence de la coutume, souvent anachronique, reste considérable. De surcroît, les nouvelles lois sur la famille restent frappées d'ineffectivité dans leurs dispositions essentielles en faveur de l'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage. Pour dépasser ces aléas, les législateurs africains devraient renouveler leur approche, en vue d'obtenir l'égalité réelle entre les sexes en général, et dans le mariage en particulier. Dans cette vue, les retouches sectorielles des diverses branches du droit ne paraissent pas être la solution idoine, car elles n'offrent pas la possibilité de mener une analyse intégrée et transversale des inégalités de sexe¹⁹⁷⁹, permettant de définir un ensemble de mesures juridiques et sociales articulées entre elles. De fait, les droits africains pourraient davantage être orientés vers un « mariage de type individualiste, libéré des contraintes familiales et sociales »¹⁹⁸⁰.

Dans la recherche de l'égalité, Catherine Labrusse-Riou formule des interrogations qui pourraient aider dans la définition de la limite à respecter. L'auteur se demande ainsi : « Comment garantir l'égalité des hommes et des femmes dans le respect de leurs différences ? Quelles sont les différences qui ne constituent pas des discriminations et dont on ne peut pas faire abstraction ? »¹⁹⁸¹. Ces questionnements attirent l'attention sur le fait que la reconnaissance de l'égalité des sexes n'implique pas fatalement l'indifférenciation entre l'homme et la femme, car il est à craindre que celle-ci, également, ne crée d'autres

¹⁹⁷⁷ Art. 155 du CPF béninois, art. 292, al. 1^{er} du CPF burkinabè et art. 316, al. 2, du CPF malien.

¹⁹⁷⁸ Cf. G. CORNU, *Droit civil : Introduction – Les personnes – Les biens*, op. cit., n° 436, p. 183.

¹⁹⁷⁹ Les rédacteurs de la loi française n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes sont parvenus à la conclusion « qu'une approche intégrée de l'égalité est le seul moyen de combattre concrètement les inégalités de genre » (cf. E. FONDIMARE, *La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes : Principe d'égalité* (loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes), op. cit., n° 16.

¹⁹⁸⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, op. cit., p. 259.

¹⁹⁸¹ C. LABRUSSE-RIOU, *Genre et égalité*, in « Le droit à l'épreuve du genre », op. cit., p. 122.

discriminations¹⁹⁸². Et encore, la réflexion devrait être menée pour dépasser les obstacles historiques à l'éclosion de nouveaux modèles de pensée et de comportement, après les échecs successifs des codifications, respectivement enregistrés par le pouvoir colonial et par les États africains indépendants.

¹⁹⁸² V. E. MICOU, *L'égalité des sexes en droit privé : De quelques aspects essentiels*, op. cit., p. 431 sq. ; 472-473.

Index alphabétique

A

Action en justice : 74, 113 *sq.*, 123 *sq.*, 144, 291, 327, 367, 415, 423, 446, 451, 474, 540-543, 596 *sq.*

Action non juridictionnelle : *cf. Règlement non juridictionnel des litiges*

Actions positives : *cf. Discrimination*

Afrique noire francophone : 1, 9

Alliance des familles : 5, 12-13, 45, 121, 138 *sq.*, 164

Analphabétisme : 633-634, 683

Anthropologie : *cf. Socio-anthropologie*

Autonomie : 205, 208

- professionnelle : 13, 31, 91, 226 *sq.*, 376, 614, 661 *sq.*, 674, 682 *sq.*, 701-702, 704, 721
- sexuelle : 13, 614 *sq.*

Autorisation :

- maritale : 36, 223, 226-227, 246, 637, 661, 686
- parentale : *cf. Autorité parentale*

Autorité parentale : 64, 88, 123, 267 *sq.*, 471, 637

C

Cameroun : *cf. Droit comparé*

Charges du ménage : 31, 91, 228 *sq.*, 675, 679, 684, 687

Chef de famille : 14, 36, 90, 211 *sq.*, 676, 701, 717

Circoncision : *cf. Mutilations génitales*

Civilisation : 18, 21 *sq.*, 37, 42, 134, 164, 188, 368, 442, 518

Clitoridectomie : *cf. Mutilations génitales*

Code des personnes et de la famille : 8

Codification : 14, 21 *sq.*, 338, 371 *sq.*, 375, 534

Bénin : 28, 32, 35

Burkina Faso : 27, 31, 34

Mali : 29, 33, 36

Cohabitation : *cf. Devoir(s)*

Colonisation : *cf. Droit colonial*

Commerce :

Autorisation d'exercice du - : 227

Nom commercial : 245

- informel : 70, 696

Communauté de vie : 105, 208, 222, 275, 420, 438 *sq.*

Conflits de lois : 37-38, 131, 321, 340, 369, 399, 416, 458, 464, 499, 533, 705, 711

Confusion de part : *cf. Filiation*

Congo : *cf. Droit comparé*

Consentement :

- au mariage : *cf. Mariage*

- à l'option de polygamie : *cf. Polygamie*

Contraception : *cf. Droits sexuels et reproductifs*

Côte d'Ivoire : *cf. Droit comparé*

Coutume : 5, 13-16, 23-24, 27 *sq.*, 38-39, 44 *sq.*, 72, 94, 110, 121, 127, 130, 134 *sq.*, 153 *sq.*, 187 *sq.*, 233, 313 *sq.*, 331 *sq.*, 349 *sq.*, 368-369, 374, 398, 434, 455 *sq.*, 491

sq., 534-535, 556 *sq.*, 616 *sq.*, 662 *sq.*, 682 *sq.*, 701 *sq.*, 711, 716, 719

D

Décès :

Succession : 7, 316-317, 322, 330 *sq.*, 346 *sq.*

Tutelle : *cf. Mineur*

Délai de viduité : *cf. Remariage, Veuvage*

Devoir(s) : 418 *sq.*

- conjugal : 78, 426, 439, 444 *sq.*, 505, 555, 558 *sq.*, 569 *sq.*, 626

- d'obéissance : 224 *sq.*

- de cohabitation : 438 *sq.*, 567

- de fidélité : 155, 208, 293, 380, 383, 420 *sq.*, 501, 532

- de secours et d'assistance : 5, 77 *sq.*, 208, 220, 293, 296, 298-299, 448 *sq.*, 676

Discrimination : 28, 45

- positive : 294, 610, 615, 690, 693, 704, 710, 721

Dispense d'âge : 32, 34, 58 *sq.*

Conditions : 59 *sq.*

Effets : 63 *sq.*

Divorce : 7, 66, 113, 124, 160, 163, 175, 239, 242, 246, 278, 283, 285, 288 *sq.*, 332,

364, 423, 430, 446, 451, 540 *sq.*, 583, 599,
604, 616, 627, 679

Cas de - : 290

Conséquences du - : 291

Garde des enfants : *cf. Enfant*

Pension alimentaire : 220, 291 *sq.*, 298
sq., 314, 607

Prestation compensatoire : 292 *sq.*

Domicile :

Choix du - : 28, 215 *sq.*

Résidence séparée : 157, 217, 311, 443

Dot : 164 *sq.*

Compensation matrimoniale : 180 *sq.*

Définition : 164

Effets de la - : 166 *sq.*

Escroquerie à la - : 187

Filiation : 173 *sq.*

Interdiction de la - : 188 *sq.*

- obligatoire : 197 *sq.*

Plafonnement de la - : 198

Preuve du mariage : 167 *sq.*

- pour femme impubère : 189

Restitution de la - : 23, 151, 162-163,
167, 172, 179, 182, 199, 204, 325

- symbolique : 35, 149, 193 *sq.*

Droit canonique : 170, 393, 428, 444, 555

Droit colonial : 22 *sq.*

Droit comparé :

Cameroun : 8, 406, 430, 455, 546, 595

Congo : 134, 149, 226, 404

Côte d'Ivoire : 8, 37, 55, 68, 104, 123,
187, 294, 647

France : 46, 59, 62, 76, 107, 119 *sq.*,
205, 211, 219, 236-237, 258 *sq.*, 285,
290 *sq.*, 300 *sq.*, 308, 348, 572 *sq.*, 597,
602 *sq.*, 626, 642, 659,

Guinée : 37

Inde : 402, 404

Madagascar : 37

Ouganda : 628

Sénégal : 8, 39, 187, 315, 319, 331, 338,
354, 370, 559

Tchad : 315

Togo : 37, 187, 298

Droits humains : 16, 26, *sq.*, 37, 41 *sq.*, 56,
195, 207, 312, 317, 368, 375, 487, 524,
610, 710

Droit musulman : 100 *sq.*, 170, 305, 331,
338-339, 349, 379, 393-394, 428, 430, 436,
477, 555

Droits successoraux : *cf. Égalité
successorale*

Droits professionnels : 70, 227, 614, 663, 683, 707

Droits sexuels et reproductifs : 496 sq., 564, 614 sq., 721

Contraception : 629 sq.

E

Égalité : 1, 339

Définition de l'-' : 3-4, 11 sq.,

- des conjoints : 1, 14-15, 32 sq., 41 sq., 90, 202, 208 sq., 230, 232-233, 287 sq., 309, 313 sq., 327, 330 sq., 342, 364, 367, 370, 374 sq., 427 sq., 452, 454, 528, 656, 662, 709, 715 sq.,

- des enfants : 176, 285, 315, 363, 715

- familiale : 7, 351 sq.

- parentale : 14, 247 sq., 265 sq., 287, 414, 471, 602, 665 sq., 683, 692, 703, 717

- réelle : 3, 11, 13, 40, 135 sq., 535, 614, 683, 705

- sociale : 3, 10, 12-13, 16-17, 19, 28, 54, 164 sq., 493 sq., 514, 532, 611-612, 615-616, 703, 706, 708, 710, 721

- théorique : 3, 11, 535, 614, 716

- successorale : 7, 163, 322, 330 sq., 367, 369, 718

Écart salariaux : 700

Émancipation : cf. *Mineur*

Enfant : 173 sq., 247 sq.

Autorité sur l'-' : cf. *Autorité parentale*

Garde des -s : 120, 275, 278, 283 sq., 543, 602, 693

Intérêt de l'-' : 256-257, 273-274, 284 sq., 666

Nom de l'-' : cf. *Nom*

Enquête de terrain : 40

Entraide conjugale : 438 sq., 447 sq., 665 sq., 675 sq., 721

Excision : cf. *Mutilations génitales*

F

Famille :

Charges familiales : cf. *Charges du ménage*

Chef de - : cf. *Chef de famille*

Direction collégiale de la - : 91, 214 sq., 276, 676

Intervention des -s : 5, 12-13, 45, 74, 138 sq., 164, 168 sq.

Fiançailles : 80, 83, 108, 134 sq., 142, 153, 155, 171 sq., 186, 189, 201, 430, 713-714

Fidélité : cf. *Devoir(s)*

Filiation :

Confusion de part : 177, 308, 404, 408
sq., 416, 500

Établissement coutumier de la - : 173
sq.

- légitime : 107-108, 124, 176, 179, 250,
258, 409, 412, 434, 501, 624

France : cf. *Droit comparé*

Formalités prénuptiales : 84 sq., 93 sq.

G

Grossesse :

Interruption de - : cf. *Interruption
volontaire de grossesse*

Guinée : cf. *Droit comparé*

H

Harcèlement : cf. *Violences conjugales*

Homosexualité : 5, 46, 113, 625, 628

I

Inde : cf. *Droit comparé*

Inégalité :

- de droit : cf. *Égalité théorique*
- de fait : cf. *Égalité réelle*
- sexuelle : 662
- professionnelle : 70, 694, 699, 701

Infibulation : cf. *Mutilations génitales*

Instruments internationaux : 1, 17 sq.,
213, 375, 516, 709, 711

Interruption volontaire de grossesse :

635, 641 sq.

Définition de l' - : 641

Cas d' - : 643 sq.

Incrimination de l' - : 651 sq.

Introcision : cf. *Mutilations génitales*

J

Juge : 61, 73, 81, 113 sq., 203, 217, 223,
239, 246, 267, 283 sq., 291, 297, 302, 325,
345, 444, 542 sq., 567, 580, 597 sq., 709,

L

Lévirat : 163, 321 sq.,

Liberté matrimoniale : 13, 23, 31, 35, 41,
43 sq., 102, 134 sq., 172, 291, 307 sq., 321,
323, 326-327, 376, 498, 500, 532, 616,
628, 660, 712-713

M

Madagascar : cf. *Droit comparé*

Majorité civile : 34, 49 sq., 64, 73-74, 133

Mariage :

Age du - : 23, 32, 34, 45 sq., 133, 625,
712

Autonomie individuelle : 209, 620, 623-
624

- civil : 6, 40, 45 *sq.*, 137, 154, 179, 203, 420, 531, 713-714

Communauté de vie : *cf. Communauté de vie*

Consentement au - : 45, 48, 58, 80 *sq.*, 113 *sq.*, 203-204, 384, 712

Consommation du - : 199, 489, 505, 558-559

- coutumier : 5, 99, 136 *sq.*, 163, 188, 204, 428, 713-714

Définition du - : 5-6

- d'enfant : 45, 48, 66, 75, 77 *sq.*, 132, 189

Dissolution du - : 7, 163, 167, 204, 207, 240, 288 *sq.*, 367, 388, 390, 718

Divorce : *cf. Divorce*

Égalité dans le - : *cf. Égalité*

Entraide des époux : *cf. Entraide conjugale*

Fidélité : *cf. Devoir(s)*

- forcé : 65, 85, 129, 132, 327, 417, 558 *sq.*

Formation du - : 44 *sq.*, 203, 369

- musulman : 100 *sq.*

Intention matrimoniale : 54, 65, 80, 85, 105, 117, 420, 423, 431, 443, 625

- par procuration : 105 *sq.*, 133

- précoce : 20, 32, 48 *sq.*, 66 *sq.*, 68 *sq.*, 133, 695-696

Présents de - : 138, 149 *sq.*, 161 *sq.*

- religieux : 36, 85, 99 *sq.*, 203, 713

Re - : 163, 238, 299, 305 *sq.*, 322-323, 361

Unicité du - : 158 *sq.*

Mineur :

Autorisation au mariage : *cf. Autorité parentale*

Émancipation : 73 *sq.*

Tutelle : 36, 276 *sq.*

Ministre du culte : 102 *sq.*, 203

Minorités :

- ethniques : 257

- religieuses : 399

Mutilations génitales : 13, 36, 435, 456 *sq.*, 531, 558, 620, 623, 705-706, 719

Circoncision : 456, 464-465, 479

Clitoridectomie : 479 *sq.*

Excision : 483 *sq.*

Infibulation : 488 *sq.*

Internationalisation : 530

Introcision : 78

Pénalisation des - : 508 *sq.*

Risques sanitaires des - : 477, 502 *sq.*

N

Nom : 232 *sq.*, 716

- conjugal : 232 *sq.*

Conservation du - de famille : 236, 242

- de l'enfant : 249 *sq.*

- matronymique : 257

Transmission du - : 248 *sq.*

* en ligne maternelle : 253 *sq.*

* en ligne paternelle : 249 *sq.*

- de famille volontaire : 261 *sq.*

Usage du – conjugal : 236-237

Nullité du mariage : 87, 97, 113 *sq.*, 197, 327

Cas de - : 114 *sq.*

Effets de la - : 124

O

Obéissance : *cf. Devoir(s)*

Officier de l'état civil : 84 *sq.*,

Contrôle par l'- : 86 *sq.*, 92, 98, 105 *sq.*

Entretien avec l'- : 85, 90-91

Responsabilité de l'- : 95 *sq.*

Option de polygamie : *cf. Polygamie*

Ouganda : *cf. Droit comparé*

P

Patriarcat : 174, 211, 288 *sq.*, 376, 494 *sq.*, 537, 549, 579, 589, 616 *sq.*, 675 *sq.*

Pension alimentaire : *cf. Divorce*

Pluralisme juridique : 40, 121, 136, 139, 312 *sq.*, 331 *sq.*, 368-369, 711

Polygamie : 322, 367 *sq.*, 526-527

- de droit : 328, 378 *sq.*

- de fait : 328, 389

Option de - : 40, 92 *sq.*, 382 *sq.*, 394

Polyandrie : 401 *sq.*

Polygynie : 378 *sq.*

Partage des nuits : 426 *sq.*

Prestation compensatoire : *cf. Divorce*

Privilège de masculinité : 34, 247 *sq.*, 350, 365

Procréation : 13, 54, 75-76, 79, 175, 507, 614 *sq.*, 642 *sq.*, 656 *sq.*, 668, 691 *sq.*, 702, 721

Régulation de de la - : *cf. Droits sexuels et reproductifs*

- médicalement assistée : 626-627

Stérilité : 298, 302, 505, 616, 627, 632

R

Rapports patrimoniaux : 91, 396

Règlement non juridictionnel des litiges :

128 sq., 144

Remariage : cf. *Mariage*

Répartition des travaux domestiques : cf.

Entraide conjugale

Répudiation : 104, 161, 163, 221, 305,

549,

S

Scolarisation (dés-) : 13, 20, 68 sq., 231,

512, 667, 669, 680, 695-696

Secours et assistance : cf. *Devoir(s)*

Sénégal : cf. *Droit comparé*

Socio-anthropologie : 1, 13 sq., 35-36, 39,

166, 169, 186, 206-207, 232, 295, 317,

346, 365, 368, 371-372, 375-376, 389,

393-394, 402, 432, 435, 456, 461, 470,

507, 509, 511, 533, 562, 579, 595, 614-

615, 627, 662, 667, 671 sq., 682-683, 707

sq., 721

Spécificité culturelle : 14, 36, 131, 169,

487, 493, 505, 507

Succession : cf. *Décès d'un époux*

T

Tchad : cf. *Droit comparé*

Togo : cf. *Droit comparé*

Tradition : cf. *Coutume*

Tutelle : cf. *Mineur, Décès d'un époux*

U

Unicité du mariage : 158 sq., 172

V

Veuvage : 23, 160, 163, 238, 242, 245,

252, 312 sq., 338 sq., 352, 360- sq., 683,

718

Délai de viduité : 113, 305 sq.

Vices du consentement : 119 sq.

Violences conjugales : 185, 536 sq., 609,

704-705, 707, 720

Définition : 536, 545, 556

Harcèlement conjugal : 586 sq.

Ordonnance de protection : 599 sq.

Pénalisation : 576 sq., 595 sq.

Preuves des - : 546 sq., 601

Relogement : 603 sq.

- morales : 547 sq.

- physiques : 539 sq.

Viol entre époux : 554 sq.

Virginité : 101 sq., 495-496, 501, 561-562,

620

Bibliographie

A. Dictionnaires et encyclopédies

- AMIR-MOEZZI M. A. (dir.), *Dictionnaire du Coran*, éd. Robert Laffont, Paris, 2007, 981 p. ;
- CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, Coll. Quadrige, Paris, 11^e éd., 2016, 1101 p. ;
- GLASSÉ C. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'islam*, Bordas, Paris, 1991, 444 p. ;
- GUINCHARD S. et DEBART Th., *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, éd. Dalloz, 25^e éd., juin 2017, 1200 p. ;
- SALMON J. (dir.), *Dictionnaire de Droit international public*, Université francophone, Bruylant/AUF, Paris, 2001, 1198 p. ;
- SOURDEL J. et SOURDEL D., *Dictionnaire historique de l'islam*, PUF, Paris, sept. 2007, 1010 p.

B. Ouvrages généraux

- AL-GHAZÂLÎ, *Livre des bons usages en matière de mariage*, Traduction française annotée de L. BERCHER et de G.-H. BOUSQUET, Jean MAISONNEUVE, Paris, 1953, 130 p. ;
- ALLIOT M., *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, éd. Karthala, Paris, 2003, 400 p. ;
- AMIR-MOEZZI M. A. (dir.), *Dictionnaire du Coran*, éd. Robert Laffont, Paris, 2007, 981 p. ;
- Aristote, *Éthique à Nicomaque*, 1990, Traduction de Tricot Jules 1893-1963, éd. J. VRIN, Paris, 539 p. ;
- ANTOINE Ph., *Le mariage, Droit canonique et coutumes africaines*, éd. Beauchesne, Paris, 1992, 626 p. ;

- ARNAUD A.J., *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, 1973, 182 p. ;
- BANON P., *Ces femmes martyres de l'intégrisme*, éd. Armand Colin, Paris, 2010, 256 p. ;
- BATTEUR A. (dir.), *Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, LGDJ-Lextenso éd., Issy-les-Moulineaux, 713 p. ;
- BENOIST J.-R. (De), *L'Afrique occidentale française de la Conférence de Brazzaville (1944) à l'Indépendance (1960)*, Nouvelles Éditions Africaines (NEA), Dakar, 1982, 617 p. ;
- BENOÎT T. et G. VERDURE, *Le p'tit abécédaire de l'égalité des femmes et des hommes*, La Boucle, Paris, 2009, 122 p. ;
- BALLANDIER G., *Civilisés, dit-on*, 1^{re} édition, PUF, Paris, 2003, 397 p. ;
- BLANC F.-P., *Le droit musulman*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2007, 138 p. ;
- BOKOLOMBE B., *L'influence du modèle juridique français en Afrique : Cas de la réception du Code civil en République démocratique du Congo*, éd. L'Harmattan, Paris, 2016, 888 p. ;
- BONI T., *Que vivent les femmes d'Afrique ?* Éditions Du Panama, Paris, Coll. Cyclo, 2008, 260 p. ;
- BONINCHI M., *Vichy et l'ordre moral*, Chapitre II : La répression de l'adultère, Presses Universitaires de France, Paris, 2005, 344 p. ;
- BOSSUYT M. J., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, G. ABI-SAAB (préf.), éd. Bruylant, Bruxelles, 1976, 262 p. ;
- BOURDIEU P., *De la domination masculine*, éd. Points, édition augmentée d'une préface, Paris, 2014, 177 p. ;
- BUFFELAN-LANORE Y., V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : Introduction, Biens, Personnes, Famille*, 19^e éd., 2015, Dalloz, Sirey, Paris, 1127 p. ;
- CABRILLAC R., *Les codifications*, Paris : PUF, 2002, 310 p. ;
- CARBONNE N., *Les mutilations sexuelles féminines*, Berg International éditeurs, Coll. Dissonances, Paris, 2011, 183 p. ;
- CARBONNIER J. :
 - *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, Le couple*, vol. 1, 1^{re} éd. : 1955, 1956, Quadrige/PUF, Paris, 2004, (1496 p.) ;

- *Droit civil : Les biens, Les obligations*, vol. 2, 1^{re} éd. : 1955, 1956, Quadrige/PUF, Paris, 2004, (-2574 p.) ;
- *Essais sur les lois*, 2^e éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 336 p. ;
- *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2001, 493 p. ;
- CASENAVE C., MARTIN J.-C et RENONDEAU Y., *Puberté et adolescence : Pédiatrie au quotidien*, Masson, Paris, 2000, 195 p. ;
- CAVIN A.-C., *Droit de la famille burkinabé : Le Code et les pratiques à Ouagadougou*, Paris, éd. L'Harmattan, 1999, 392 p. ;
- CHAUCHARD P., *Hypnose et suggestion*, 6^e éd., 1974, PUF, Paris, 126 p. ;
- CHODOROW N., *The reproduction of the mothering: psychoanalysis and the sociology of gender*, C. A. University of California Press, Berkeley/Los Angeles/Londres, 1978, 269 p. ;
- CISSE D., *Structures des malinkés de Kita : Contribution à une anthropologie sociale et politique du Mali*, éd. Populaires, Bamako, 1970, 351 p. ;
- COQUERY-VIDROVITCH C., *Les Africaines : Histoire des femmes d'Afrique sub-saharienne du XIX^e au XX^e siècle*, éd. La Découverte, 2^e éd., Paris, 2013, 407 p. ;
- CORNU G. :
 - *Droit civil : La famille*, Montchrestien, 9^e éd., LGDJ, Paris, 2006, n° 156, 654 p. ;
 - *Droit civil : Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 12^e éd., LGDJ, Paris, 730 p. ;
- COURBE P. et GOUTTENOIRE A., *Droit de la famille*, 7^e éd., 2017, Sirey, 586 p. ;
- DABIRE J. N., *Droit de la famille*, Coll. Précis de droit burkinabè, PADEG, Ouagadougou, 2008, p. ;
- DACHER M., LALLEMAND S., *Prix des épouses, valeur des sœurs*, éd. L'Harmattan, Paris, 1992, 203 p. ;
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *L'égalité des sexes*, éd. Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », Paris, 1998, 101 p. ;
- DIAKHO M., *Le mariage forcé en Islam : Liberté, dignité, excision*, éd. Albouraq, Liban, 1427-2006, 192 p. ;
- DIAL F. B., *Mariage et divorce à Dakar : Itinéraires féminins*, éd. Karthala, Paris/Crepos, Dakar, 2008, 200 p. ;

- DIALLO B., *De la naissance au mariage chez les peulhs de Mauritanie*, éd. Karthala, Paris, 2004, 128 p. ;
- DIARRA P., *Cent ans de catholicisme au Mali : Approche anthropologique et théologique d'une rencontre*, éd. Khartala, Paris, Coll. Mémoire d'Églises, 2009, 516 p. ;
- DIOP A.-B., *La famille wolof : Tradition et changement*, éd. Karthala, Paris, 1985, 262 p. ;
- DIOP C. A., *L'unité culturelle de l'Afrique noire : Domaines du patriarcat et du matriarcat dans l'antiquité classique*, Présence Africaine, 2^e éd., 1982, 219 p. ;
- DIOUF M., *Lire le(s) féminisme(s) : Origines-discours-critiques*, éd. L'Harmattan, 2012, Paris, 241 p. ;
- DJOMBE C. T., *Cultures viriles et identité féminines*, éd. L'Harmattan, Paris, 2012, 309 p. ;
- DJOSSINO H. A., *Droit béninois de la famille - Cours de Droit civil (manuel et applications)*, éd. La Croix du Bénin, Cotonou, 2011, 247 p. ;
- ERNST-HENRION M. et DALCQ J., *La femme : pierre d'angle de la famille de demain. Ses droits actuels et futurs*, La Renaissance du livre, Bruxelles, 1975, 305 p. ;
- EWALD F., *Naissance du Code civil, Travaux préparatoires du Code civil rassemblés par P. A. FENET*, éd. Flammarion, Paris, 2004, 409 p. ;
- FAINZANG S. et JOURNET O., *La femme de mon mari : Anthropologie du mariage polygamique en Afrique et en France*, éd. L'Harmattan, Paris, 1988, 174 p. ;
- FERRAND M., *Féminin Masculin*, éd. La Découverte, 2004, Paris, 128 p. ;
- GBAGUIDI A. N., *Family and Succession Law*, International Encyclopedia of Laws series, Suppl. 57, Kluwer Law International BV, The Netherlands, août 2010, 272 p. ;
- GOODY J., *L'évolution de la famille et du mariage en Europe*, éd. Armand Colin, Paris, 2012, 390 p. ;
- GARÇON E.-A., *Code pénal annoté*, Sirey, 1956, T. 2, art. 295 à 401, 814 p. ;
- GWÉNAËLE C., *La discrimination positive*, 3^e éd., P.U.F. « Que sais-je ? », Paris, 2010, 128 p. ;
- HALPÉRIN J.-L., *L'impossible Code civil*, PUF, Paris, 1992, 309 p.,
- HALPÉRIN J.-L., *Le Code civil*, Dalloz, 2^e éd., 2003, 147 p. ;
- HAUSER J., D. HUET-WEILLER, *La famille, Traité de droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille : mariage, concubinage, filiation, autorité parentale*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 1993, 943 p. ;

- HAZEL R. et MOHAMED-ABDI M., *L'infibulation en milieu Somali et en Nubie*, éd. La maison des sciences de l'Homme, Lassay-les-Châteaux, 2007, 629 p. ;
- HÉRITIER F. :
 - *Masculin/Féminin I : La pensée de la différence*, éd. Odile Jacob, sept. 2012, Paris, 332 p. ;
 - *Masculin/Féminin II : Dissoudre la hiérarchie*, éd. Odile Jacob, sept. 2012, Paris, 441 p. ;
- HESSELING G., DJIRE M., OOMEN B. M., *Le droit en Afrique -Expériences locales et droit étatique au Mali*, éd. Karthala, Paris, 1^{er} juin 2005, 296 p. ;
- HOURQUEBIE F. (dir.), *La doctrine dans l'espace africain francophone*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2015, 412 p. ;
- ILBOUDO E. M.-A., *Les problèmes de codification du droit du mariage au Burkina Faso*, Mémoire de maîtrise, FDSP, Ouagadougou, 1988, 89 p. ;
- ILOKI A., *Le droit du mariage au Congo : Le pré-mariage, le mariage à l'état civil*, éd. L'Harmattan, Paris, 2008, 271 p. ;
- KANJI S. S. M. et CAMARA F. K., *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, éd. L'Harmattan, Paris, 2000, 309 p. ;
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, 2^e éd., 1960, trad. Eisenmann, 1962, Dalloz, rééd. Bruylant, LGDJ, 1999, 367 p. ;
- KERGOAT D., *Les Ouvrières*, éd. Le Sycomore, Paris, 1982, 141 p. ;
- KLISSOU P., *La polygamie au Bénin : une approche régionale des tendances et déterminants*, éd. L'Harmattan, Paris/Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1995, 257 p. ;
- KLISSOU P., MARCOUX R., TABUTIN D., *Villes du Sud : dynamiques, diversités et enjeux démographiques et sociaux*, éd. Archives contemporaines, 2009, 369 p. ;
- KOLLONTAÏ A., *Conférences sur la libération des femmes*, éd. La Brèche, Paris, 1978, 264 p. ;
- KOUASSI M., BINDEDOU J., KARAMOKO T. (dir.), *Bioéthique et excision en Afrique*, éd. Connaissances et Savoirs, Paris, 19 févr. 2016, 331 p. ;
- KOUASSIGAN G. A., *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, A. Pédone, Paris, 1974, 311 p. ;
- LABBEE X., VANDENDRIESSCHE X., *Le droit commun du couple*, 2^e éd., Presses universitaires du septentrion, Villeneuve d'Ascq, 2012, 245 p. ;

- LAMARCHE M., *Les degrés du mariage*, PUAM, 1999, Aix-en-Provence, 554 p. ;
- LAMBERT T. et al., « *Égalité et équité : Antagonisme ou complémentarité ?* », éd. Economica, Paris, 1999, 146 p. ;
- LAMRABET A., *Femmes et hommes dans le Coran : Quelle égalité ?* éd. Albouraq, 1433-2012, 200 p. ;
- LAPIDUS G. W., *Women in Soviet Society, Equality, Development and Social Change*, Berkeley, University of California Press, 1 janv. 1978, 381 p. ;
- LEMOULAND J.-J., *Droit de la famille, Couple et parenté*, éd. Ellipses, Cours magistral, 2014, 590 p. ;
- LEQUETTE Y. TERRE F., CAPITANT H., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 13^e éd., 2015, 759 p. ;
- LIGHTFOOT-KLEIN H., *Prisoners of Ritual: an odyssey into female genital circumcision in Africa*, Harrington Park Press, New York, 1989, 306 p. ;
- LOYSEL A., *Institutes coutumières*, 2^e éd. revue par Eusèbe de LAURIÈRE ;
- PICARD R. (Le), *La communauté de vie conjugale, étude canonique*, Thèse, Paris, 1929, éd. Par Recueil Sirey, Paris, 1930, 467 p. ;
- MALAURIE Ph., AYNES L., *La famille*, 5^e éd., éd. Cujas, Paris, 1995-1996, 571 p. ;
- MALAURIE Ph., FULCHIRON H., *La famille*, 5^e éd, LGDJ-Lextenso, Paris, 2016, 845 p. ;
- MALU F. N., *La mission chrétienne à l'épreuve de la tradition ancestrale (Congo belge, 1891-1933) : La croix et la chèvre*, Coll. Mémoires d'église, éd. Karthala, Paris, 2007, 433 p. ;
- MAZEAUD H. et al., *Leçons de droit civil*, Introduction à l'étude du droit, t. 1, 12^e éd., éd. Montchrestien, Paris, 2000, 650 p. ;
- MAZEAUD H. et al., *Leçons de droit civil, Régimes matrimoniaux*, t. 4, 5^e éd., éd. Montchrestien, Paris, 1999, 1001 p. ;
- MBITI J. S., *Religions et philosophies africaines*, éd. CLE, Yaoundé, 1972, 299 p. ;
- MELONE S., *La parenté et la terre dans la stratégie du développement*, éd. Klincksieck, Paris, 1972, 201 p. ;
- MERGNAC M.-O., FLORENCE G.-F. et TRICAUD A., *Le mariage et ses rites, d'hier à aujourd'hui*, éd. Archives et Culture, coll. Images d'autrefois, Paris, 2010, 144 p. ;

- MERLIN P. A., RORET J. P., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, vol. 17, 1828, 694 p. ;
- MICOU E., *L'égalité des sexes en droit privé : De quelques aspects essentiels*, Presses universitaires de Perpignan, Coll. Études, 1997, 536 p. ;
- MITENDO N. H., *Vers une sacramentalité du système matrimonial négro-africain : une analyse des concepts de contrat-alliance appliqués au mariage*, éd. Saint-Paul, Fribourg, 2003, 411 p. ;
- MONTESQUIEU Ch.-L. de Secondat, *De l'esprit des lois*, par Laurent Versini, éd. Gallimard, Paris, 1995, 1627 p. ;
- NFUADI T., *Coutumes et traditions Baluba*, Coll. Études africaines, éd. L'Harmattan, Paris, 2004, 320 p. ;
- NKOUENDJIN YOTNDA M., *Le Cameroun à la recherche de son droit de la famille*, LGDJ, Paris, 1975, 283 p. ;
- NKOUKOU D., *Droit congolais de la famille*, éd. ICES, Paris, 2009, 277 p. ;
- NTAMPAKA C., *Introduction aux systèmes juridiques africains*, vol. 26, Travaux de la Faculté de Droit de Namur, 2004, Presses universitaires de Namur, 190 p. ;
- OLAWALE ELIAS T., *La nature du droit coutumier africain*, Présence africaine, Paris/Dakar, 1961, 325 p. ;
- OPPETIT B., *Essai sur la codification*, Presses universitaires françaises, Paris, 1998, 91 p. ;
- OUOBA V., *Le Code burkinabè des personnes et de la famille, une promotion des droits de la femme*, Cahiers du Centre d'Études et de Recherches Juridiques sur les Espaces Méditerranéen et Africain Francophones, n°8, Presses universitaires de Perpignan, 2001, 422 p. ;
- PAGEARD R., *Le droit privé des mossi : tradition et évolution*, Laboratoire d'anthropologie sociale, n° 10-11, Collège de France, 1969, 488 p. ;
- PARQUET M., *Droit de la famille*, Coll. Lexifac Droit, éd. Bréal, 2^e éd., 2007, 202 p. ;
- PHILIPPE C., *Le devoir de secours et d'assistance entre époux*, Essai sur l'entraide conjugale, 1981, LGDJ, 348 p. ;
- PICOT J.-B.-C., *Du mariage romain, chrétien et français : considéré sous le rapport de l'histoire, de la philosophie, de la religion, et des institutions anciennes et modernes*, chez l'auteur, 1849, Paris, 334 p. ;

- POGOUE P. G., *Les effets du mariage dans l'ordre des rapports personnels*, Études de droit africain comparé, Polycopie, inédit, 64 p. ;
- PORTALIS J.-É.-M., *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éd. Confluences, coll. Voix de la cité, Paris, 1999, 77 p. ;
- QUENOM M., *Au pays des fons, us et coutumes du Dahomey*, éd. Maisonneuve et Larose, Paris, 1999, 170 p. ;
- RADCLIFFE-BROWN A. R. et FORDE D., *Systèmes familiaux et matrimoniaux en Afrique*, Traduction révisée par M. Griaule, PUF, Paris, 1953, 107 p. ;
- ROULAND N. :
 - *Anthropologie juridique*, PUF, Paris, 1988, 496 p. ;
 - *L'anthropologie juridique*, Coll. Que sais-je ? PUF, Paris, 1990, 127 p. ;
- ROVENTA-FRUMUSANI D., *Concepts fondamentaux pour les études de genre*, Éditions des archives contemporaines, Paris, 2009, p. ;
- ROY O., *Réflexions sur le pluralisme familial*, Presses universitaires de Paris Ouest, 20 déc. 2012, 242 p. ;
- SERBIN S., *Reines d'Afrique et héroïnes de la diaspora noire*, éd. Sépia, Saint-Maur-des-Fossés, 2004, 301 p. ;
- SÉVÉDÉ-BARDEM I. et GOBATTO I., *Maux d'amour, vies de femmes : Sexualité et prévention du sida en milieu urbain africain*, éd. L'Harmattan, Paris, 1995, 174 p. ;
- SFEZ L., *L'égalité*, Presses universitaires de France, Coll. Que sais-je ? Paris, 1989, 126 p. ;
- SHELL-DUNCAN B. et HERNLUND Y., *Female « Circumcision » in Africa: culture, controversy and change*, éd. Lynne Rienner, Londres, 2000, 349 p. ;
- SIMON P. J., *Histoire de la sociologie*, Presses Universitaires de France, Paris, 1 janv. 1997, 676 p. ;
- SINGLY F. (De), *Fortune et infortune de la femme mariée*, Essai, Presses universitaires françaises, Coll. Quadrige, Paris, 2002, 246 p. ;
- SOHIER A., *Le mariage en droit coutumier Congolais*, Institut royal colonial belge, Section des sciences morales et politiques, Mémoires, T. XI, Fasc 3, G. Van Campenhout, Bruxelles, 1943, 248 p. ;

- SOUROU J.-B., *Afrique : Rites anciens, Célébrations nouvelles*, éd. Menaibuc, Paris, 2010, 246 p. ;
- STANLEY A. B., *Les amazones de la Sparte noire : les femmes guerrières de l'ancien royaume du Dahomey*, Traduit en français par Christiane OWUSU-SARPONG, éd. L'Harmattan, Paris, 2014, 334 p. ;
- TABET P., *La construction sociale de l'inégalité des sexes : Des outils et des corps*, éd. L'Harmattan, Paris, 1998, 206 p. ;
- TADJO V., *Reine Pokou : concerto pour un sacrifice*, éd. Actes Sud, Arles, mars 2005, 90 p. ;
- TANNER J. M., *Growth at Adolescence*, 1962, 2^{de} éd., Blackwell Scientific Publications, Oxford, 325 p. ;
- TAHON M.-B., *Sociologie des rapports de sexe*, Presses universitaires de Rennes/Les Presses universitaires d'Ottawa, Coll. « Le sens social », 2004, 169 p. ;
- TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 10^e éd., éd. Dalloz, Paris, août 2015, 636 p. ;
- TERRE F. et FENOUILLET D., *Droit civil, La famille*, Précis Dalloz, 8^e éd., Paris, 2011, 1106 p. ;
- TERRÉ F. et SIMLER P., *Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd., 2015, Précis Dalloz, Paris, 798 p. ;
- THERY I., *La distinction de sexe : une nouvelle approche de l'égalité*, Odile Jacob, Paris, 2007, 676 p. ;
- TOUNKARA D., *L'émancipation de la femme malienne : Les familles, Les normes, L'état*, éd. L'Harmattan, Paris, 2012, 480 p. ;
- VAN GENNEP A., *Manuel de folklore français contemporain, Introduction générale et première partie : du berceau à la tombe -Naissance, Baptême, mariage*, t. 1, 2 vol., Réimpression de l'édition originale de 1943, A. & J. PICARD, Paris, 1982, 830 p. ;
- VANDERLINDEN J., *Anthropologie juridique*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1996, 123 p. ;
- VINCENT M.-P., *Femmes du Burkina Faso*, éd. L'Harmattan, Paris, 2012, note 1, 92 p. ;
- WIELE P. (Van Den), *Les systèmes familiaux et matrimoniaux au sein des sociétés négro-africaines*, Cours, LGDJ, Paris, 1963, 79 p. ;
- WADE K., *Sexualité et fécondité dans la grande ville africaine*, éd. L'Harmattan, Paris, 2008, 266 p.

C. Ouvrages spécialisés

- Agence universitaire de la francophonie (AUF), « Genre, inégalités et religion », Actes du premier colloque inter-réseaux du programme thématique "Aspects de l'État de droit et démocratie" de, Dakar, 25-27 avr. 2006, Amsatou SOW SIDIBÉ (dir.), éd. Archives contemporaines, Paris, 2007, 456 p. ;
- Archives de politique criminelle, « Les violences sexuelles », éd. A. Pédone, 2012/1 (n° 34), 356 p. ;
- CAILLET A. et GENIN C. (dir.), « Genre, sexe et égalité : Étude critique de nos rôles sociaux », Actes du colloque "À côté du genre", éd. L'Harmattan, Paris, 2014, 133 p. ;
- Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », Lubumbashi, 14-18 novembre 1966, Actes, Bulletin du Centre d'étude des Problèmes Sociaux Indigènes (CEPSI), vol. 27, Lubumbashi, 1968, 521 p. ;
- Centre Jean BODIN, « Le droit à l'épreuve du genre », J. HAUTEBERT (dir.), Actes du colloque du 7 mai 2015, Cahiers internationaux d'anthropologie juridique n° 47, Presses universitaires de Limoges, 2016, Cahiers internationaux d'anthropologie juridique n° 47, Presses universitaires de Limoges, 2016, 157 p. ;
- Institut de recherche pour le développement, « Maîtrise de la fécondité et planification familiale au Sud », Actes des V^e Journées démographiques, Paris, 28-30 sept. 1994, Éditeurs scientifiques Marc PILON et Agnès GUILLAUME, Paris, 2000, 321 p. ;
- Institut national d'études démographiques, « Genre et sociétés en Afrique. Implications pour le développement », Thérèse LOCOH (dir.), en collaboration avec Koffi NGUESSAN et Paulina MAKINWA-ADEBUSOYE, Institut national d'études démographiques, Paris, 2007, 432 p. ;
- Société africaine de culture, « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », Actes du Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972, Présence Africaine, Paris, 1975, 606 p. ;
- Karthala :
 - « Anthropologie et droit : Intersections et confrontations », Revue semestrielle d'anthropologie et d'histoire, Coll. Cahiers d'Anthropologie du droit, hors-série 2004/4, 384 p. ;
 - « Les pluralismes juridiques », Coll. Cahiers d'anthropologie juridique, éd. Karthala, Paris, 2003, 231 p. ;

- M'BAYE K. (dir.), « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », éd. G.-P. Maisonneuve et Larose, Paris, 1968, 295 p. ;
- Présence africaine, Dossier « L'excision », n° 160, Paris, 2^e semestre, 1999, 139 p. ;
- UNESCO, « Tradition et développement dans l'Afrique d'aujourd'hui », Série Introduction à la culture africaine, n° 8, PUF, Paris, 1990, 144 p.
- Université Paul CÉZANNE, « La liberté fondamentale du mariage », Actes du colloque du 6 juin 2008, PUAM, 2009, 174 p. ;

D. Thèses et mémoires

- ADAMOU M., *Les erreurs judiciaires en matière criminelle : contribution à une réforme de la justice criminelle au Bénin et en France*, Thèse de doctorat en droit, Université de Bourgogne, 2009, 575 p. ;
- AGOSSOU C., *Liberté et égalité en droit de la famille dans les États de l'Afrique francophone*, Thèse de doctorat, Université d'Abomey-Calavi/Université Catholique de Louvain, 2012, 656 p. ;
- AISSI P. K., *Le droit de la femme à l'héritage au Bénin*, Mémoire de D.E.A., Chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie, Faculté de droit et de sciences politiques, Université d'Abomey-Calavi, 2006, 90 p. ;
- ANANI I. A., *Droit du divorce et liberté individuelle en Afrique de l'ouest francophone : cas du Bénin, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire et du Togo*, Thèse de doctorat, Université d'Abomey-Calavi, 2016, 384 p. ;
- BITOTA MUAMBA J., *Recherches sur le statut juridique des femmes en Afrique*, Thèse de doctorat, Université des sciences sociales de Toulouse, oct. 2003, 574 p. ;
- BOUNANG MFOUNGUE C., *Le mariage africain, entre tradition et modernité : étude socio-anthropologique du couple et du mariage dans la culture gabonaise*, Thèse de doctorat, Université Paul-Valéry-Montpellier III, mai 2012, 371 p. ;
- DUBAELE Th., *Le nom de la femme mariée*, t. 1, Thèse de doctorat, Université de Lille II, 1991, 575 p. ;
- GBAGUIDI A. N., *Pluralisme juridique et conflits internes de lois en Afrique noire*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Montesquieu de Bordeaux IV, 1998, 400 p. ;

- DABIRE PODA S. N., *Système matrimonial et reconstruction identitaire : la mutation de la dot en pays Dagara*, Mémoire de maîtrise, Université de Ouagadougou, 2004, 114 p. ;
- ILBOUDO E. M.-A., *Les problèmes de codification du droit du mariage au Burkina Faso*, Mémoire de maîtrise, Faculté de Droit et de Sciences Politiques, Université de Ouagadougou, 1989 ;
- KONTE A., *La pratique de l'excision au Mali*, Mémoire de fin d'études, Haute école de santé, Genève, nov. 2007, 94 p. ;
- HONVOU S. K., *Le principe d'égalité en droit béninois de la famille*, Thèse de doctorat, Université Paris-Est/Université d'Abomey-Calavi, avr. 2016, 454 p. ;
- LATOURÈS A., *Saisir l'État en action en Afrique subsaharienne : action publique et appropriation de la cause des mutilations génitales féminines au Mali et au Kenya*, Thèse de doctorat, Institut d'études politiques de Bordeaux, 2008, 1084 p. ;
- LEMOULAND J.-J., *L'intégrité du consentement au mariage : La théorie des vices du consentement*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux I, 1984, vol. 1 et 2, 284-713 p. ;
- MADJA R. A. C., *L'effectivité des droits civils dans les ordres juridiques africains (exemple en droits béninois et sénégalais de la famille)*, Thèse de doctorat, Université Cheick Anta DIOP, Dakar, 2015, 355 p. ;
- PETITPAS E., *Les « droits sexuels » : Un nouveau paradigme dans le système de protection des droits humains ?* Mémoire de Master II, Université Robert SCHUMAN, Strasbourg, 2008, 76 p. ;
- SERRA G., *Enrichissement injuste et rééquilibrages patrimoniaux au sein des couples désunis*, Thèse, Lille 2, 2003, 362 p. ;
- SILUÉ N., *L'égalité entre l'homme et la femme en Afrique noire francophone*, Thèse de doctorat, Paris 10, 2008, 634 p. ;
- SOW-SIDIBÉ A., *Le pluralisme juridique en Afrique : l'exemple du droit successoral sénégalais*, LGDJ, Paris, 1991, 383 p. ;
- YAOVI E. V., *Le principe d'égalité dans le Code des personnes et de la famille du Bénin*, Mémoire de D.E.A., Chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie, Faculté de droit et de sciences politiques, Université d'Abomey-Calavi, 2006, 113 p.

E. Répertoires, articles de périodiques

- ABENG M. *et al.*, La femme africaine moderne et l'éducation des enfants, *in* « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », Société africaine de culture, Actes du Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972, Présence Africaine, Paris, 1975, p. 177-181 ;
- AKINBOADE O. A., Les femmes, la pauvreté et le commerce informel en Afrique orientale et australe, *in* Revue internationale des sciences sociales, 2005/2, n° 184, p. 277-300 ;
- ALDEEB ABU-SAHLIEH S. A., L'éthique sexuelle en droit musulman et arabe : Cas de l'Égypte, passé, présent et avenir, *in* Revue de science criminelle, 1999, p. 49. ;
- ALLAG F. *et al.*, Mutilations génitales rituelles féminines. La parole aux femmes, Revue Gynécologie Obstétrique & Fertilité, volume 29, Issue 11, novembre 2001, p. 824–828 ;
- ALLENDE M. (D'), Rémunération - À travail égal, salaire égal : confirmations et inflexions, La Semaine Juridique Social, n° 19, 5 mai 2009, p. 1198 ;
- ALLIOT M., Les résistances du droit traditionnel au droit moderne dans les États d'Afrique Francophone et Madagascar, *in* Études de droit africain et de droit malgache, éd. Cujas, Paris, 1965, p. ;
- ALIX J., Le dispositif français de protection des victimes de violences conjugales, AJ Pén., Dalloz, 2014, p. 208 ;
- ANANI I. A., La dot dans le Code des personnes et de la famille au Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire et Togo, *in* « Les droits de la femme et de l'enfant, Réflexions africaines (*Women and children rights, African views*) », Khartala, Paris, 2011, p. 223-250 ;
- ANTOINE Ph., LAPLANTE B., DJIRE M., Les déterminants socio-économiques de la sortie du célibat à Dakar, Revue Population, 50^e année, n°1, 1995, p. 95-117 ;
- ARBONCANA A., l'institution de la polygamie : quelques effets personnels en droit malien de la famille, *in* Réflexions sur le pluralisme familial, Odile Roy (dir.), Nanterre : Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 147-166 ;
- Association sénégalaise de gynécologie et d'obstétrique, Conclusions du III^e Congrès de « Santé de la reproduction et économie de la santé : Mutilations génitales féminines », *in* Dossier « L'excision », Présence africaine, n° 160, Paris, 2^e semestre, 1999, p. 127-133 ;
- ASSOGBA L. N. M., Statut de la femme, structures familiales et fécondité : Transitions dans le Golfe du Bénin, Les dossiers du CEPED, n° 14, Paris, nov. 1990, 28 p. ;
- ATANGANA-MALONGUE T. :

- Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille, *in* Revue internationale de droit comparé, vol. 58 n° 3, 2006, p. 833-858 ;
- Mutilations sexuelles et droit à l'intégrité physique de l'enfant en Afrique : l'exemple du Cameroun, CRDF, n° 4, 2005, p. 183-198 ;
- AUTEM D., Les unions libres, Lamy Droit des personnes et de la famille, oct. 2014, Partie 3, Étude 377 ;
- AVENA-ROBARDET V., Preuve des violences conjugales, modèle de requête aux fins d'ordonnance de protection..., Dalloz actualité, 17 déc. 2010, AJ famille 12/2010 ;
- AZAVANT M., Regard civiliste sur la loi du 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, *in* Revue Droit de la famille, n° 10, oct. 2006, étude 40 ;
- BADET G., Avant-propos, *in* « La personne, la famille et le droit en République du Bénin : Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille », éd. Juris Ouanilo, fév. 2007, p. 3-5 ;
- BADINI KINDA F., Femmes, foyer, activités professionnelles : les termes du débat au Burkina Faso, *in* « Genre et changement social en Afrique », sous la direction de M. ROLLINDE, éd. Archives contemporaines, Paris, 1^{er} janv. 2010, p. 25-37 ;
- BAKAYOKO B., l'excision chez les *malinkés* : fondements historiques et pistes de déconstruction, *in* « Bioéthique et excision en Afrique », M. KOUASSI, J. BINDEDOU, T. KARAMOKO (dir.), éd. Connaissances et Savoirs, Saint-Denis, 19 févr. 2016, p. 13-29 ;
- BARRERE M., *Fécondité. Chapitre 4*, Institut national de la statistique et du développement (INSD) du Burkina Faso, 2003, p. 47 ;
- BARRY A., Femmes, pouvoir et prise de décision en Afrique au sud du Sahara, éd. Présence Africaine, Paris, 2007/1, p. 713 à 726 ;
- BAZIN É., Violences familiales, Répertoire de procédure civile, juin 2015 (actualisation juin 2016) ;
- BENSSUSAN P., Viol entre époux en droit français : désir, besoin et consentement, *in* Revue Sexologie, vol. 18, n° 3, juil.-sept. 2009, p. 221 ;
- KOLLY B., Des sœurs chez les frères : Configuration et reconfiguration à partir d'un objet philosophique sexué, l'exemple des sœurs politiques, *in* A. CAILLET et C. GENIN (dir.), « Genre,

- sexe et égalité : Étude critique de nos rôles sociaux », Actes du colloque "À côté du genre", éd. L'Harmattan, Paris, 2014, p. 33-47 ;
- BERNHARD J., À propos de l'indissolubilité du mariage chrétien, *in* Revue des Sciences Religieuses, tome 44, fascicule 1-2, 1970, p. 49-62 ;
 - BETHERY de la BROSSE A., Droit – Amour – Mariage. L'abandon de la transcendance naturelle, *in* Revue Droits, 2014/1, n° 59, p. 159-182 ;
 - BEUGRE, D. SERY A., La femme dans l'économie des sociétés traditionnelles de Côte-d'Ivoire, *in* « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », Société africaine de culture, Actes du Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972, Présence Africaine, Paris, 1975, p. 296-309 ;
 - BIANGA G.-G., La politique démographique au Congo belge, Revue Population, 33^e année, n° 1, 1978, p. 189-194 ;
 - BIÉGELMANN-MASSARI M., La jurisprudence des dispenses civiles au mariage depuis 1960 : un apport sur le sens de l'institution matrimoniale, Revue Droit et Sociétés, 1997, n° 35, p. 167-187 ;
 - BINET J., Aspects actuels du mariage dans le Sud Cameroun, *in* Recueil Penant, 1952, p. 75-88 ;
 - BINET J.-R., Clause de non-divorce et libéralités conjugales : un heureux mariage, Recueil Dalloz 2006, p. 1923 ;
 - BONNET V., l'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme, *in* Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 58, 2004, p. 405-421 ;
 - BOÉTON M., Discrimination positive en France, *in* Revue Études, 2003/2, Tome 398, p. 175-184 ;
 - BOLLE S. :
 - L'émancipation de la femme béninoise par la Constitution ? *in* Revue La Voix de l'Intégration Juridique et Judiciaire Africaine, 2005, n^{os} 5 & 6, p. ;
 - Le code des personnes et de la famille devant la Cour Constitutionnelle du Bénin. La décision DCC 02-144 du 26 décembre 2002, Afrilex, n°04, décembre 2004 ;
 - BOKO NADJO G., Union de vie et séparation de biens : quel sens donner au nouveau régime matrimonial légal au Bénin, *in* « La personne, la famille et le droit en République du Bénin : Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille », éd. Juris Ouanilo, fév. 2007, p. 83-85 ;

- BOUILLOUX A., Salaire (Fixation, montant), Répertoire de droit du travail, mars 2011 (actualisation janv. 2017), n° 25 ;
- BOUKARI D., La dot chez les Kotokoli de Sokodè, *in* Recueil Penant, 1962, p. 548 ;
- BOUKONGOU J.-D., La vie familiale comme lieu d'exercice des droits fondamentaux : lecture des pratiques africaines, *in* Les défis des Droits fondamentaux, Actes des Deuxièmes journées scientifiques du réseau Droits fondamentaux de l'AUF, Québec, 29 sept. - 2 oct. 1999, AUPELF-UREF, éd. Bruylant/AUF, 2000, p. 135 ;
- BOURRAT-GUÉGUEN A., Viol et agressions sexuelles entre époux, Dalloz Action Droit de la famille (Œuvre collective sous la direction de Pierre Murat), 2016, chapitre 611 ;
- BOURDIN M.-J., Face à l'excision, Paroles de prévention et demandes de réparation, *in* l'autre : Cliniques, cultures et sociétés, vol. 10, n° 1, p. 98-104 ;
- BOURSICOT M.-C. (Le), Quand le délaissement parental devient un abandon d'enfant, RLDC 2010/69, p. 35 et s., n° 3747 ;
- BOUTON J., Le nom des conjoints : un domaine à régler ? AJ Fam., Dalloz, 2009, p. 192 ;
- BOZON M. :
 - Comment le travail empiète et la famille déborde : différences sociales dans l'arrangement des sexes, *in* Ariane PAILHÉ *et al.*, Entre famille et travail, La Découverte « Recherches », 2009, p. 29-54 ;
 - Les rapports entre femmes et hommes à la lumière des grandes enquêtes quantitatives, *in* EPHESIA, La place des femmes, La Découverte « Recherches », 1995, p. 655-668 ;
- BRUCE-RABILLON E., Le genre et le droit français, *in* « Le droit à l'épreuve du genre », Joël HAUTEBERT (dir.), Cahiers internationaux d'anthropologie juridique n° 47, Presses universitaires de Limoges, 2016, p. 79-99 ;
- BRUGGEMAN M., Clarification des règles relatives au nom des femmes mariées (Rép. Min. N° 00989 : JO Sénat Q, 24 avr. 2008, p. 836), Droit de la famille n° 6, juin 2008, alerte 50 ;
- BRUGUIÈRE J.-M., Le devoir conjugal : Philosophie du code et morale du juge, Recueil Dalloz 2000, p. 10 ;
- BRUN Ph., Synthèse - Dommage à la personne, 6 Juillet 2017, JCl. Responsabilité civile et Assurance, LexisNexis ;

- BUFFELAN-LANORE Y., Domicile, demeure et logement familial, Répertoire de droit civil, Dalloz, juin 2015 ;
- BURNEY-NICOL O., *Looking towards the future the role of woman in Africa's evolution*, in « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », Société africaine de culture, Actes du Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972, Présence Africaine, Paris, 1975, p. 433-450 ;
- CALDWELL J. C., CALDWELL P., The role of marital sexual abstinence *in* determining fertility: a study of the Yoruba *in* Nigeria, 1977, Population Studies, vol. 31, n° 2G. ;
- CANUT C. et SMITH É., Pactes, alliances et plaisanteries, Cahiers d'études africaines, 184 | 2006, mis en ligne le 08 déc. 2006, disponible sur <http://etudesaficaines.revues.org/6198> ;
- CARBONNIER J., Préface au colloque « Dot, femme et mariage », *in* Jean Carbonnier : l'homme et l'œuvre (sous la direction de Raymond VERDIER), Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 702 ;
- CARTON V. et PHILIPPE H.-J., Conséquences médicales, psychologiques et sexuelles des mutilations sexuelles féminines, *in* Revue Archives de Pédiatrie, volume 15, n° 5, éd. Elsevier, Paris, juin 2008, p. 821 ;
- CASALIS M.-F. et *alii*, « Une femme sur dix, victime de violences conjugales en France », AJ Fam., 2002, p. 249 ;
- CAVALIER A., l'égalité entre hommes et femmes au Cameroun : l'exemple des bamiléké, *in* Revue Genre, inégalités et religion, Actes du premier colloque inter-réseaux du programme thématique "Aspects de l'État de droit et démocratie", Agence universitaire de la francophonie (AUF), Dakar, 25-27 avr. 2006, Amsatou SOW SIDIBÉ (dir.), éd. Archives contemporaines, Paris, 2007, p. 147-161 ;
- CHABAS J., Le statut personnel des autochtones de l'Afrique noire, *in* Revue Civilisation, vol. 3, n° 2, Institut de Sociologie de l'Université de Bruxelles, 1953, p. 199-213 ;
- CHALIFOUX J.-J., Polyandrie et dialectique communautaire chez les *Abisi* du Nigéria, *in* Revue Anthropologie et Sociétés, vol. 3, n° 1, « Parenté, pouvoir et richesse », Département d'anthropologie de l'Université Laval, Québec, 1979, p. 75-127 ;
- CHAMPAGNE C., PAILHÉ A. et SOLAZ A., Le temps domestique et parental des hommes et des femmes : quels facteurs d'évolutions en 25 ans ? *In* Revue Économie et statistique, n° 478-480, 2015, p. 209-242 ;

- CHAUVEL E., Violence, Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2013 (actualisation avr. 2016),
- CICILE-DELFOSSÉ M.-L., La dévolution du nom de famille, jurisclasseur Civil Code > Art. 311-21 à 311-23, 1^{er} sept. 2013, Fascicule unique, n°80 ;
- CLERCK L. (De), La dot en droit coutumier actuel du Burundi, *in* « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, Actes, Lubumbashi, 14-18 novembre 1966, Bulletin du Centre d'étude des Problèmes Sociaux Indigènes (CEPSI), vol. 27, Lubumbashi, 1968, p. 191-198 ;
- COLOMER A., Dot, Répertoire de droit civil, Dalloz, mise à jour par E. BERRY, juin 2010, n° 3
- CONAC G., Propos introductifs, *in* « Dynamiques et finalités des droits africains », Economica, Paris, 1980, p. ;
- CORPART I. :
 - Le nom d'usage des époux dans tous ses états, Droit de la famille n° 9, sept. 2013, étude 13 ;
 - Minorité – Majorité, Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2015 ;
- COSNARD H.-D., Nullité de mariage : Erreur sur la personne - art. 180 C. Civ. (Loi du 11 juin 1975), *in* Revue Judiciaire de l'Ouest, 1977-1. p. 26-30 ;
- COSTA-LACOUX J., Le droit à distance, *in* Jean Carbonnier : l'homme et l'œuvre (sous la direction de Raymond VERDIER), Presses universitaires de Paris Ouest, 2011, p. 68 ;
- COUIC-MARINIER F., PILLON F., Une stérilité anovulatoire, Revue Actualités Pharmaceutiques, vol. 54, n° 551, déc. 2015, p. 13-15 ;
- CUVILLIER R., l'activité ménagère de l'épouse au foyer : base d'obligations et droits propres ?, Droit social, Dalloz, 1990, n° 751 ;
- CUYU C., Les réformes des droits africains de la famille : un projet juridique visant une hégémonie culturelle, *in* « A la recherche du droit africain du XXI^e siècle », Camille CUYU (dir.), éd. Connaissance et savoirs, Paris, 2005, p. 81-109 ;
- SILVA ANOMA S. (Da), DIETH A G., OUATTARA O., Excision : données socioculturelles, Revue Archives de Pédiatrie, vol. 15, n° 5, juin 2008, p. 817-819 ;
- DALEAU J., Suppression des mademoiselles et autres noms de jeunes filles, Dalloz actualité, 27 fév. 2012 ;
- DAUXERRE L., Conditions de travail : rémunération, 7 avr. 2017, jurisclasseur Travail Traité, Synthèse 130 ;

- DEGNI-SEGUI R., De l'amour de la loi extranéenne ou la loi en Afrique, *in* « l'amour des lois : La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques », Josiane BOULAD-AYOUB *et al.*, éd. L'Harmattan, Paris, et Presses de l'Université Laval, Sainte-Foy, 1996, p. 454 ;
- DEHOUSSE F., La ratification des traités. Essai sur les rapports des traités et du droit interne, Recueil Sirey, Paris, 1935, p. 134 à 150 ;
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. :
 - Loi, libertés et mœurs, Actes du colloque « Vive la Loi », http://www.senat.fr/colloques/vive_la_loi/vive_la_loi13.html ;
 - Nullité pour erreur sur les qualités essentielles du conjoint : la leçon de droit de la cour de Douai, RLDC 2009/57. 3304 ;
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. *et al.*, Inventons la famille ! éd. Bayard, Coll. Société, 2001, 247 p. ;
- DELAGE P.-J., Circoncision et excision : vers un non-droit de la bioéthique ? Journal International de Bioéthique, n° spécial, vol. 26, 2015, p. 63-75 ;
- DELAUNAY V., BECKER C., Vers une demande réelle de contrôle de la fécondité en milieu rural sénégalais *in* « Maîtrise de la fécondité et planification familiale au Sud », Actes des V^e Journées démographiques de l'Institut de recherche pour le développement, Paris, 28-30 sept. 1994, Éditeurs scientifiques Marc PILON et Agnès GUILLAUME, Paris, 2000, p. 127-146 ;
- DELPHY C., L'ennemi principal, *in* Revue Partisans, libération des femmes, Paris, Maspero (petite Coll. n° 106), juil.-août 1970, p. 57-172 ;
- DIAGNE A.-M., Qui donc arrêtera la course de Salimata ? *in* Dossier « L'excision », Présence africaine, n° 160, Paris, 2^e semestre, 1999, p. 89-99 ;
- DIOP F., Genre et stérilité au Sénégal : La maternité et la paternité en question, *in* « La recherche féministe francophone : Langue, identités et enjeux », Fatou SOW (dir.), éd. Karthala, Paris, 2009, p. 391-420 ;
- DIKÉBLÉ J. et HIBA M., La femme dans la vie politique traditionnelle des sociétés à états du centre, de l'est et du sud-est de Côte d'Ivoire, *in* « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », Société africaine de culture, Actes du Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972, Présence Africaine, Paris, 1975, p. 377-388 ;
- DISSAUX N. :

- Divorce (Cas de divorce), Répertoire de droit civil, Dalloz, rubrique précédemment rédigée par É. FORTIS, avr. 2017 (actualisation avr. 2017) ;
- Divorce (Conséquences), Répertoire de droit civil, Dalloz, rubrique précédemment rédigée par É. FORTIS, avr. 2017 (actualisation juil. 2017) ;
- DJALLIL L., *Al-Qaïda* au Maghreb islamique et la crise malienne, in *Revue Sécurité globale*, 2012/2, n° 20, p. 43-58 ;
- DJIRÉ M., Un peuple, un but, une foi... Mais plusieurs droits ? Dynamiques locales et sécurisation foncière dans un contexte de décentralisation à Sanankoroba, in « Le droit en Afrique : expériences locales et droit étatique au Mali », G. HESSELING, M. DJIRE et B. M. OOMEN, éd. Afrika-Studiecentrum, Leyde, et Karthala, Paris, 2005, p. 29-74 ;
- DJOGBENOU J., Les personnes et la famille en République du Bénin : de la réalité sociale à l'actualité juridique, in « La personne, la famille et le droit en République du Bénin : Contribution à l'étude du code des personnes et de la famille », éd. Juris Ouanilo, fév. 2007, p. 13-23 ;
- DJUIDJE B., La polygamie en droit international privé Camerounais, in *Revue générale de droit*, vol. 31, n° 1, 2001, p. 173-209 ;
- DOUKI DADIAU S., Les dysfonctions sexuelles féminines : mythes, réalités et perspectives, *Revue L'Encéphale*, vol. 36, n° 5, éd. Elsevier, Paris, oct. 2010, p. 357-358 ;
- DOUET F., Désignation du contribuable dans les actes par le nom de famille porté en l'acte de naissance, *Recueil Dalloz*, 2004, p. 2252 ;
- DUMONT F., La liberté matrimoniale, *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, Étude 304, mai 2016 ;
- DUPUIS M. :
 - *Le domicile*, *Lamy droit des personnes et de la famille*, avr. 2013, Étude 288 ;
 - *L'établissement de la parenté*, *Lamy Droit des personnes et de la famille*, mai 2012, Étude 150 ;
- DUPUIS M., DOUJET-THOMAS F. (Le), *l'usage et l'acquisition du nom*, *Lamy droit des personnes et de la famille*, oct. 2013, Étude 269 ;
- ESCHYLLE J.-F., *Mariage : Conditions*, *jurisclasseur Procédures Formulaire > V° Mariage*, Fasc. 10, 27 déc. 2016 ;

- FAYOL-NOIRETERRE J.-M., *l'intime conviction, fondement de l'acte de juger*, Informations sociales 2005/7, n° 127, p. 46-47 ;
- FELDMAN J.-Ph., *Faut-il protéger l'homme contre lui-même ? La dignité, l'individu et la personne humaine*, Revue Droits 2008/2, n° 48, p. 87-108 ;
- FENOUILLET D., *Le droit civil de la famille hors le Code Civil*, LPA 2005, n°188, p. 3 ;
- FERGUSON A. et FOLBRE N., *The Unhappy Marriage of Patriarchy and Capitalism, in Women and Revolution*, p. 314 ;
- FERRAND M., *Du droit des pères aux pouvoirs des mères*, in « Masculin-Féminin : questions pour les sciences de l'homme », Jacqueline LAUFER *et al.*, PUF, 2^e éd., 2001, p. 187-209 ;
- FONDIMARE E., *La volonté d'une égalité des droits effective et concrète entre les femmes et les hommes : Principe d'égalité (Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes)*, in Revue des droits de l'homme « Actualités Droits-Libertés », juil. 2014, n° 8, <https://revdh.revues.org/855> ;
- FOUQUET A., *Le travail domestique : du travail invisible au « gisement » d'emplois*, in « Masculin-Féminin : questions pour les sciences de l'homme », Jacqueline LAUFER *et al.*, PUF, 2^e éd., 2001, p. 99-127 ;
- FOURGEAU C., *Un exemple d'économie polygamique : petites productrices au Sud Bénin*, in « Citadins et ruraux en Afrique subsaharienne », Cahier de l'Université catholique d'Afrique centrale, éd. Karthala/Presses de Université catholique d'Afrique centrale, Paris/Yaoundé, 2000, p. 363-379 ;
- FOURNIER S., FARGE M., *Nom et prénom de l'enfant*, Dalloz Action Droit de la famille (Œuvre collective sous la direction de Pierre Murat), 2016, Chapitre 231 ;
- FOYER J., *Réflexion sur l'article 202 du Code civil*, in « l'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré », PUF, Paris, 1999, p. 469 à 477 ;
- GAC-PECH S. (Le), *Halte aux bouleversements du droit de la famille*, Lamy, Revue Juridique Personnes et Famille, n° 11, 1er nov. 2012 ;
- GARÉ Th. *et al.*, *Étude – Droit de la famille*, in La Semaine juridique, éd. Générale, n° 25, LexisNexis, 17 Juin 1992, doct. 3593 ;
- GASPARD F., *Les droits de la femme : Construction d'un enjeu en relations internationales*, Revue internationale et stratégique, n° 47, 2002/3, p. 46-52 ;

– GBAGUIDI A. N. :

- De l'option de monogamie à l'option de polygamie, *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° spécial, octobre 1995, p. 25-36 ;

- Droit applicable et application du droit au Bénin, *in* Bulletin d'information de la Cour suprême, n° 1, 1997, p. 12-22 ;

- Droit applicable et application du droit au Bénin : Quelques aspects de l'application du droit en République du Bénin, *in* Bulletin d'information de la Cour suprême, n° 2, 1997, p. 12-23 ;

- Égalité des époux, égalité des enfants et le projet de Code de la famille et des personnes du Bénin, *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° spécial, octobre 1995, p. 3-24 ;

- L'égalité dans les rapports personnels entre époux dans le nouveau code de la famille du Bénin, *in* *Revue Recht in Afrika*, vol. 2, 2003, p. 167-188 ;

- Prolégomènes sur le système foncier béninois, *in* *Revue Recht in Afrika*, 2004, p. 39-59 ;

- Un nouveau code de la famille, *in* *Revue La Voix de l'Intégration Juridique et Judiciaire Africaine*, n° 3-4, 2003, p. 197-202 ;

– GEURTS M., Violences conjugales : pour une véritable cohérence entre le Code pénal et le Code civil, *AJ Fam.*, 2003, p. ;

– GHESTIN J. et SERINET Y.-M., Erreur, Dalloz, Répertoire de droit civil, sept. 2006 (actualisation juil. 2017) ;

– GILLISON G. S., Femmes identiques, hommes identifiés : la construction sociale des sexes dans les Hautes-Terres de Papouasie-Nouvelle Guinée, *in* « La place des femmes : Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales », Mission de coordination de la 4^e Conférence mondiale sur les femmes – Ephésia, Pékin, septembre 1995, éd. La Découverte, Paris, 1995, p. 129-136 ;

– GIRAULT C., Difficile preuve de la violence conjugale – Cour de cassation, crim. 21 fév. 2006, *AJ Pén.*, 2006, p. 264 ;

– GOAZIOU V. (Le), Les viols aux assises : regard sur un mouvement de judiciarisation, éd. A. Pédone, *Revue Archives de politique criminelle*, 2012/1, n° 34, p. 93-101 ;

– GOUTTENOIRE A. :

- Droit des mineurs, *D.* 2011, panorama, p. 1995 ;

- La loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : enfin ! Lexbase Hebdo n° 528, 23 mai 2013 ;
- Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005, Dr. fam. n°1, janv. 2006, études 6, p. 20 ;
- GOUTTENOIRE A., FULCHIRON H., Autorité parentale, Répertoire de droit civil, Dalloz, oct. 2015 (actualisation mai 2017) ;
- GOUTTENOIRE A. et SUDRE F., La compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme de l'accouchement sous X, J.C.P., G 2003, II, 10049 ;
- GROSLIERE J., De l'infidélité de la femme mariée : Regard nouveau sur le contentieux de la légitimité, RTD Civ. 1990, p. 229 ;
- GRUÉNAIS M. E., POURTIER R., La santé en Afrique : anciens et nouveaux défis, in « État de santé et santé de l'état en Afrique subsaharienne », W. VAN LERBERGHE, V. De BROUWERE (dir.), La Documentation Française, Paris, 2000, p. 175-190 ;
- GEURTS M., Violences conjugales : pour une véritable cohérence entre le Code pénal et le Code civil, AJ Fam., 2003, p. 412 ;
- GUINCHARD S., Le mariage coutumier en droit sénégalais, in Revue internationale de droit comparé, vol. 30, n°3, juil-sept., 1978, p. 811-832 ;
- GUIGNARD L., La construction d'une norme juridique régionale : le cas des mutilations génitales féminines en Afrique, in Revue Critique internationale 2016/1, n° 70, p. 87-100 ;
- HAQUET A., l'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes, RTD Eur. 2001, p. ;
- HARERIMANA G., Le système dotal au Rwanda, in « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, Actes, Lubumbashi, 14-18 novembre 1966, Bulletin du Centre d'étude des Problèmes Sociaux Indigènes (CEPSI), vol. 27, Lubumbashi, 1968, p. 181-189 ;
- HAUSER J. :
 - De la liberté et de l'intégrité du consentement en mariage (France, Civ. 1re, 6 janv. 2010, n° 08-19.500, inédit), RTD Civ. 2010 ;

- Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle, *in* « Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller : Droit des personnes et de la famille – *Liber amicorum* », Presses universitaires de Strasbourg-LGDJ, 1994, p. 241 ;
- L'autorité parentale sur un enfant naturel et les circonstances de sa conception et de sa naissance, *RTD civ.* 1990, p. 281 ;
- Le nom de famille : ancêtres et époux, *RTD civ.* 1994, 563 ;
- Premières applications du référé-violence, *RTD Civ.* 2008, p. 278 ;
- Viol entre époux, *RTD Civ.* 1991, p. 301 ;
- HERBOTS J. H., l'ordre général, technique jurisprudentielle et l'institution du mariage dotal, *in* « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, Lubumbashi, 14-18 nov. 1966, *Bulletin du Centre d'étude des Problèmes Sociaux Indigènes (CEPSI)*, vol. 27, Lubumbashi, 1968, p. 35-52 ;
- HERVIEU N. :
 - Condamnation solennelle des stéréotypes de genre dans la répartition des rôles parentaux, *in* Lettre « Actualités Droits-Libertés » du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, 27 mars 2012 ;
 - L'accouchement anonyme à l'épreuve européenne du droit à la connaissance de ses origines, *in* Lettre « Actualités Droits-Libertés » du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux, 29 sept. 2012 ;
- HERZOG-EVANS M., Violence dite « domestique » : une responsabilité sociétale et peu de perspectives de traitement, *AJ pén.*, 2014, p. 217 ;
- HIRATA H., Travail et affects : Les ressorts de la servitude domestique, *in* *Revue Travailler*, n° 8, 2002/2, p. 11-26 ;
- HOUETO C., La femme, source de vie dans l'Afrique traditionnelle, *in* « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », Société africaine de culture, Actes du Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972, *Présence Africaine*, Paris, 1975, p. 51-66 ;
- HOUHOU Y., La lutte contre les violences conjugales en droit algérien, Étude, *in* *Revue Droit de la famille Jurisclasseur*, Lexisnexis, juin 2013 ;

- HUFFEL V. Van et ROUGER P. , Le polymorphisme de l'ADN appliqué aux recherches de filiation : Analyse de 877 cas, *in* Revue Transfusion Clinique et Biologique, vol. 6, n° 4, éd. Elsevier, Paris, août 1999, p. 236-244 ;
- ILBOUDO M. :
 - La liberté matrimoniale, *in* Revue burkinabè de droit, n° 32, 1997, p. 226-265 ;
 - L'excision, une violence sexiste sur fond culturel, *in* « La recherche féministe francophone : Langue, identités et enjeux », F. SOW (dir.), éd. Karthala, Paris, 2009, p. 421-438 ;
 - Le féminisme au Burkina Faso : mythes et réalités, *in* Revue Recherches féministes, vol. 20, n° 2, 2007, p. ... ;
- IZDEBSKI H., Le rôle du droit dans les sociétés contemporaines : Essai d'une approche sociologique du droit comparé, *in* Revue internationale de droit comparé. Vol. 40, n°3, juil.-sept. 1988, p. 563-582 ;
- JESTAZ Ph., L'égalité et l'avenir du droit de la famille, *in* « L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré », Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 417 ;
- JIAGGE J. A., LAW Ph. (De), *Looking towards the future the role of women in Africa's evolution*, *in* « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », Société africaine de culture, Actes du Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972, Présence Africaine, Paris, 1975, p. 423-432 ;
- JOURDAN-MARQUES J., Domicile, demeure et résidence, Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2017
- JUSTON M., De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation, *Gaz. Pal.*, 12 août 2006, n°224, p. 2 ;
- KAGAMBEGA E., Les droits de la femme et de l'enfant, *in* « Les droits de la femme et de l'enfant, Réflexions africaines (*Women and children rights, African views*), Khartala, Paris, 2011, p. 185-221 ;
- KALAMBAY G., La dot dans le mariage Luba du Sud-Kasaï, son importance et son évolution : essai d'interprétation juridique, *in* « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, Actes, Lubumbashi, 14-18 novembre 1966, Bulletin du Centre d'étude des Problèmes Sociaux Indigènes (CEPSI), vol. 27, Lubumbashi, 1968, p. 175-180 ;

- KANDJI S., L'excision : de la circoncision négro-pharaonique à la clitoridectomie sémito-orientale, *in* Dossier « L'excision », *Présence africaine*, n° 160, Paris, 2^e semestre, 1999, p. 41-54 ;
- KARM A., Mariage - Organisation de la communauté conjugale et familiale - Communauté de résidence, jurisclassueur Civil Code > Art. 212 à 215, Fasc. 30, dernière mise à jour : 15 oct. 2015
- KI-ZERBO J., Contribution du génie de la femme à la civilisation négro-africaine, *in* « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », Société africaine de culture, Actes du Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972, *Présence Africaine*, Paris, 1975, p. 19-29 ;
- KILOLO B., L'incidence de la dot sur l'attribution d'enfants chez les *luba-katanga* de la chefferie de Kayumba, *in* « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, Actes, Lubumbashi, 14-18 novembre 1966, *Bulletin du Centre d'étude des Problèmes Sociaux Indigènes (CEPSI)*, vol. 27, Lubumbashi, 1968, p. 321-329 ;
- GARCIA K., Cas de divorce – Divorce pour faute – Faits imputables à un époux : principales applications, LexisNexis, JCl civ., Fascicule 20, 7 août 2015 (mis à jour le 9 mai 2016) ;
- KOERING-JOULIN R., Viol entre époux et immunité conjugale en droit de Common Law, *in* *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Dalloz, 1996, p. 473 ;
- KONE M. et N'GUESSAN K., Socio-anthropologie de la famille en Afrique : Évolution des modèles en Côte d'Ivoire, Abidjan, Éditions du CERAP. 2005, p. 89 ;
- KOUASSIGAN G. A., Famille, droit et changement social en Afrique Noire francophone, *in* « Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines », Travaux des VIII^e Journées d'études juridiques Jean Dabin, organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976, LGDJ, Paris, 1978, p. 161-220 ;
- KORFF D., Le droit à la vie : Un guide sur la mise en œuvre de l'article 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 8, 2007, 100 p. ;
- KOUPKO R., Le Code des personnes et de la famille : la légitimation du droit des femmes au Bénin, *in* *Rapports sociaux de sexe-genre et droit : repenser le droit* (dir. Louise Langevin), éd. Archives contemporaines – AUF, Paris, 2008, p. 105-121 ;

- LABRUSSE-RIOU C., Genre et égalité, *in* « Le droit à l'épreuve du genre », Joël HAUTEBERT (dir.), Cahiers internationaux d'anthropologie juridique n° 47, Presses universitaires de Limoges, 2016, p. 121-138 ;
- LAFARGUE R. :
 - Le droit coutumier en Nouvelle Calédonie, Maison de la Nouvelle-Calédonie, Paris, 2012, p. 8-9 ;
 - La permanence du conflit entre normes socioculturelle et norme étatique : le droit de la famille au centre d'un conflit de légitimités, *in* « Réflexions sur le pluralisme familial », Odile Roy (dir.), Presses universitaires de Paris Ouest – Nanterre, 2011, 242 p., p. 213-227 ;
- LAMARCHE M. :
 - État matrimonial, Dalloz Action Droit de la famille (Œuvre collective sous la direction de Pierre Murat), 2016, Chapitre 116 ;
 - La réduction des conditions de formation du mariage : une évolution en dents de scie, *in* « La liberté fondamentale du mariage », PUAM, 2009, p. 117-125 ;
 - Le nom de jeune fille n'existe (juridiquement) pas, LexisNexis, Droit de la famille, n° 4, avr. 2012, alerte 19 ;
 - Les obligations personnelles entre époux, Lamy Droit des Personnes et de la Famille, avr. 2015, Étude 316 ;
 - Nom d'usage et nom légal de la femme mariée, la confusion permise au nom de l'intérêt légitime à changer de nom pour des motifs d'ordre affectif ou l'attribution du nom par affection, Droit de la famille n° 2, Fév. 2015, alerte 8 ;
 - Nullités, sanctions pénales et civiles pour violation des conditions de formation du mariage Dalloz Action Droit de la famille (Œuvre collective sous la direction de Pierre Murat), 2016, Chapitre 115 ;
 - Un certain visage de la famille, Dr. fam, n° 6, Focus, juin 2011 ;
- LAMARCHE M., J.-J. LEMOULAND :
 - Mariage (1° Généralités), Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2014 (actualisation fév. 2017) ;
 - Mariage (2° Conditions de formation), Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2014 (actualisation fév. 2017) ;

- Mariage (3° Sanction de l'inobservation des conditions de formation), Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2014 (actualisation fév. 2017) ;
- Mariage (4° Effets), Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2014 (actualisation fév. 2017) ;
- LAMBERT-FAIVRE Y., Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels, Dalloz, 1992, p. 165 ;
- LAMY E., La dot congolaise et ses prolongements directs et lointains, *in* « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, Actes, Lubumbashi, 14-18 novembre 1966, Bulletin du Centre d'étude des Problèmes Sociaux Indigènes (CEPSI), vol. 27, Lubumbashi, 1968, p. 377-460 ;
- LAPÉROU-SCHENEIDER B., Relations professionnelles et extraprofessionnelles, Le Lamy droit pénal des affaires, 2016, n° 4631 ;
- J.-M. LARRALDE, La Cour européenne des droits de l'homme et la promotion des droits des femmes, *in* Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 71, 2007, p. 855-874 ;
- LARRIBAU-TERNEYRE V. :
 - L'effectivité de la liberté fondamentale du mariage : la protection du consentement, *in* « La liberté fondamentale du mariage », Actes du colloque du 6 juin 2008, PUAM, 2009, p. 105-116 ;
 - La force de la coutume contre la loi : nom d'épouse contre nom de naissance ! Droit de la famille n° 11, nov. 2008, repère 10 ;
- LAROCHE-GISSEROT F. :
 - Nom-Prénom, Répertoire de droit civil, Dalloz, avr. 2014 (actualisation août 2017) ;
 - L'échec du mariage occidental en Afrique francophone : l'exemple de la Côte d'Ivoire, *in* Revue de droit international et de droit comparé, 76^e année, n° 1, éd. Bruylant, 1999, p. 53 à 84 ;
 - Nom de la femme mariée : le désordre s'installe, Recueil Dalloz 2003, p. 633 ;
 - Pratiques de la dot en France au XIX^e siècle, *in* Annales. Économies, Sociétés, Civilisations, 43^e année, n° 6, nov.-déc. 1988, p. 1433 ;
- LASSERRE V., Loi et règlement, Répertoire de droit civil, juil. 2015 (actualisation janv. 2016) ;
- LEMOULAND J.-J. :

- Conditions de forme du mariage Dalloz Action Droit de la famille (Œuvre collective sous la direction de Pierre Murat), 2016, Chapitre 113 ;
- Empêchements à mariage, Dalloz Action Droit de la famille (Œuvre collective sous la direction de Pierre Murat), 2016, Chapitre 112 ;
- La loi n° 220-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille, JCP., 15 mars 2002, act. 53.
- Le couple en droit civil, Dr. famille, 2003, chron. 22 ;
- Mariage - Concubinage - Pacte civil de solidarité, Recueil Dalloz 2006, p. 1414 ;
- Nature juridique et liberté du mariage, Dalloz action Droit de la famille, Œuvre collective sous la direction de Pierre Murat, 2016, Chapitre 110 ;
- LEMOULAND J.-J. et VIGNEAU D., Régimes matrimoniaux, Répertoire de procédure civile, Dalloz, mai 2014 (actualisation avr. 2015) ;
- LENORMAND H., Le mariage à Lifou, coutumes et acculturation, Journal de la Société des océanistes, 1970, n° 26, Tome 26, p. 39-54 ;
- POURHIET A.-M. (Le), Genre et Liberté, *in* « Le droit à l'épreuve du genre », Joël HAUTEBERT (dir.), Cahiers internationaux d'anthropologie juridique n° 47, Presses universitaires de Limoges, 2016, p. 139-151 ;
- LERIDON H., Six milliards... Et après, *in* Revue Population et Sociétés, n° 352, INED, déc. 1999, 4 p. ;
- LETTERON R., Les droits des femmes entre l'égalité et l'apartheid, *in* « Mélanges en l'honneur d'Hubert Thierry. Évolution du droit international », éd. Pédone, Paris, 1998, p. 281-302 ;
- LEVASSEUR G., Viol perpétré par le mari sur sa femme, *in* Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1991, p. 348 ;
- LEVINET M., La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* Revue Droits, 2009/1, n° 49, p. 3-18 ;
- LOCOH T., Genre et marché du travail en Afrique subsaharienne, *in* « Travail et genre dans le monde, État des savoirs », Margaret MARUANI (dir.), éd. La Découverte, Paris, 2013, p. 171-181 ;
- LOPEZ G., La violence dans le couple : aspects psychologiques, AJ Famille 2003, p. 416 ;
- MADLENER K., Droit pénal, *in* Gérard CONAC (dir.), Les cours suprêmes en Afrique, Tome IV : Droit de la terre et de la famille, Droit commercial, Droit pénal, Droit musulman, p. 169 ;

- MAGNANT J.-P., Le droit et la coutume dans l'Afrique contemporaine, *Revue Droit & Culture*, n° 48, 2004-2 : Jus et le Code civil, p. 167-192 ;
- MALAURIE Ph., Couple, procréation et parenté, *D.* 1998, 127 ;
- MARIE C., Le nom de l'enfant, *AJ fam.* 2009, p. 199 ;
- MARGUÉNAUD J.-P., Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps, *in* *Revue Droits*, 2009/1, n° 49, p. 19-28 ;
- MARRET V. H. *et alii*, 120 Questions en Gynécologie–Obstétrique, 3^e édition, 2014, p. 223–292 ;
- MARRY C., Filles et garçons à l'école : du discours muet aux controverses des années 1990, *in* « Masculin-Féminin : questions pour les sciences de l'homme », Jacqueline LAUFER *et al.*, PUF, 2^e éd., 2001, p. 25-41 ;
- MARTIN C. et COUSYN B., Les mutilations sexuelles féminines, Compte rendu de colloque, *in* *Revue Sexologies*, Volume 16, n° 2, éd. Elsevier, Paris, avr.-juin 2007, Pages 158-161 ;
- MASSIP J., La preuve de la filiation naturelle par la possession d'état, *Defrénois* 1982, art. 32935, p. 1265-1282 ;
- MATHIEU S., Religion et assistance médicale à la procréation, *in* *Revue Sociologie*, 2012/3, vol. 3, PUF, Paris, p. 267-281 ;
- MAURIN L., La baisse de la fécondité est-elle un espoir pour le développement ? *in* *Revue Alternatives Économiques*, 1^{er} avr. 2000, Hors-série n° 110, janv. 2016, ;
- MATALA-TALA L., l'ineffectivité du droit positif en Afrique subsaharienne, 8^e congrès français de droit constitutionnel, Nancy, 16-18 juin 2011, Atelier n°4, *in* *Revue Civitas Europa*, éd. Irénée/Université de Lorraine, 2013/2, n° 31, p. 239-260 ;
- MAYAUD Y., Le viol : deux lois interprétatives pour une définition ! *AJ Pén.* 2017 ;
- MAZANCOURT P. (De) et PFITZINGER H., *Revue Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, ADN et recherche en paternité, vol. 33, n° 7–8, juil.-août 2005, p. 461-463 ;
- M'BAYE K. :
 - Introduction, *in* « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », Kéba M'BAYE (dir.), éd. G.-P. Maisonneuve et Larose, Paris, 1968, p. 13-37 ;

- L'évolution des formes de mariage au Sénégal, *in* « Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel », éd. A. PEDONE, Paris, 1975, p. 173-191 ;
- MBOW P., Contexte de la réforme du Code de la famille au Sénégal, *in* *Revue Droit et cultures*, 59, 2010-1, n° 16, <http://droitcultures.revues.org/1963>
- MBOW P., Pénaliser un fait culturel : quelle solution à l'excision ? *in* Dossier « L'excision », *Présence africaine*, n° 160, Paris, 2^e semestre, 1999, p. 67-77 ;
- MELONE S. :
 - Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain (à propos du phénomène polygamique...), *in* *Revue Penant*, 80^e année, janv.-fév.-mars 1971, n° 731, p. 423 ;
 - Les juridictions mixtes de droit écrit et de droit coutumier dans les pays en voie de développement, Du bon usage au pluralisme judiciaire en Afrique : l'exemple du Cameroun, *Revue internationale de droit comparé*, 1986, p. 327 ;
- MÉSA R. :
 - Le mariage en droit international privé, *Lamy Droit des personnes et de la famille*, étude 392, mai 2016 ;
 - La capacité d'exercice des personnes protégées, *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, oct. 2015, Étude 241 ;
- MESSAADI N. et CHAKER A., Mutilation génitale féminine - l'excision, *Journal de gynécologie obstétrique et biologie de la reproduction*, volume 39, n° 1, fév. 2010, p. 81-82 ;
- MESSI ME NANG C., l'histoire africaine en Afrique noire francophone, un double inversé de l'histoire coloniale ? L'exemple de l'historiographie nationale du Gabon (1982-2004), *in* *Revue Hypothèses*, 2007/1 (10), p. 283-293 ;
- MEULDERS-KLEIN M.-Th., Égalité et non-discrimination en droit de la famille : Le rôle des juges, *in* *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2003, p. 1186 ;
- MEYER P. :
 - La structure dualiste du droit au Burkina Faso : problèmes et perspectives, *in* *Revue Penant*, n° 790, 1986, p. 77-89 ;
 - L'évolution du dualisme des juridictions, *in* *Revue burkinabè de droit*, spécial n° 13, janv. 1988, p. 39-68 ;

- MÉZARD A., Le traitement judiciaire des violences conjugales, *AJ Famille* 2003, p. 410 ;
- MSEDDE M., BOUASSIDA S., TURKI H., La mutilation génitale féminine. De la tradition aux complications, *Revue Sexologies*, vol. 15, n° 4, oct.-déc. 2006, p. 262-265 ;
- MUKASA J. C., Le conflit de coutumes sur la dot dans la ville de Jadotville, *in* « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, Actes, Lubumbashi, 14-18 novembre 1966, *Bulletin du Centre d'étude des Problèmes Sociaux Indigènes (CEPSI)*, vol. 27, Lubumbashi, 1968, p. 151-171 ;
- MURAT P., L'égalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement : jusqu'où aller ? *Dr. fam.* 1998, *chron.* p. 4 ;
- MUSAO-MA-KASHALA N., Le rôle religieux et civilisateur de la femme luba, *in* « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », Société africaine de culture, Actes du Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972, *Présence Africaine*, Paris, 1975, p. 75-91 ;
- MVONDO NKOU P. :
 - La crise de la justice de l'État en Afrique noire francophone : Études des causes du « divorce » entre la justice et les justiciables, *in* *Revue Penant*, vol. 107, n° 824, 1997, p. 208-228 ;
 - Liberté et égalité en droit camerounais de la famille, *in* *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 80, n° 3, 2003, p. 285-325 ;
- NAJJAR I., *Libéralités (3° Conditions et charges)*, Répertoire de droit civil, Dalloz, juin 2011 (actualité : juin 2015) ;
- NAMBO J. J., Quelques héritages de la Justice coloniale en Afrique noire, *LGDJ*, *in* *Revue Droit et Société*, n° 51/52, 2002, p. 325-343 ;
- NDIAYE P. *et al.*, Mutilation génitale féminine et complications de l'accouchement dans la province de Gourma (Burkina Faso), *in* *Revue Santé Publique*, vol. 22, 2010/5, p. 563-570 ;
- NDOMBET M.-A., La femme et la pratique du droit coutumier au Gabon (baptême, mariage, décès), *in* « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », Société africaine de culture, Actes du Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972, *Présence Africaine*, Paris, 1975, p. 328-336 ;
- NDOYE D., *Code de la famille du Sénégal annoté*, Éditions juridiques africaines, Dakar, 2009, 373 p. ;

- NERSON R., Le nom de l'enfant, *in* « Aspects nouveaux de la pensée juridique : Recueil d'études en hommage à Marc Ancel », Tome I, Études de droit privé, de droit public et de droit comparé, éd. A. Pédone, Paris, p. 345-365 ;
- NIANOGO-SERPANTIE I., Pluralisme juridique autour des modes d'appropriation de la terre : systèmes fonciers locaux de l'Ouest burkinabè, *in* « Les pluralismes juridiques », Cahiers d'anthropologie du droit, éd. Karthala, Paris, 2003, p. 141-155 ;
- NGOVON G., La sorcellerie au sein du prétoire en Centrafrique. Illustration d'une session criminelle, *in* « Sorcellerie et violence en Afrique », (dir.) Jacky BOUJU et Bruno MARTINELLI, éd. Karthala, 2012, p. ;
- NKOUEJIN YOTNDA M., Du droit de « boxer » sa femme, *in* Revue Penant, 1977, n° 755, p. 5-9. ;
- NYEMBA A., La dot congolaise dans la problématique du mariage chrétien, *in* « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, Actes, Lubumbashi, 14-18 novembre 1966, Bulletin du Centre d'étude des Problèmes Sociaux Indigènes (CEPSI), vol. 27, Lubumbashi, 1968, p. 207-218 ;
- PAUWELS J. M., Mécanismes et fonctions de la dot chez les Tyo (Teke) du Kongo Central, *in* « Colloque sur la dot, situation actuelle et son avenir », Centre de Recherches de Droit Coutumier de l'Université Officielle du Congo, Actes, Lubumbashi, 14-18 novembre 1966, Bulletin du Centre d'étude des Problèmes Sociaux Indigènes (CEPSI), vol. 27, Lubumbashi, 1968, p. 123-149 ;
- PAGEARD R.
 - Contribution à l'étude de l'exogamie dans la société mossie traditionnelle, *in* Journal de la Société des Africanistes, tome 36, fascicule 1, 1966, p. 109-140 ;
 - La réforme des juridictions coutumières et musulmanes dans les nouveaux États de l'Ouest Africain, *in* Revue Penant, 1963, p. 467 ;
- PARQUET M., *Droit de la famille*, Coll. Lexifac Droit, éd. Bréal, 2 éd., 2007, p. ;
- PENA-SOLER A., Le renouveau du statut constitutionnel de la liberté du mariage au regard de la liberté personnelle, *in* « La liberté fondamentale du mariage », Actes du colloque du 6 juin 2008, PUAM, 2009, p. 49 ;
- PERROT M., Le travail rémunéré dans l'histoire des femmes, *in* « Travail et genre dans le monde, État des savoirs », Margaret MARUANI (dir.), éd. La Découverte, Paris, 2013, p. 15-22.

- PFEFFERKORN R., La classe ouvrière a deux sexes, *in* « Travail et rapports sociaux de sexe : Rencontre autour de Danielle KERGOAT », Xavier DUNEZAT *et al.* (dir.), éd. L'Harmattan, Paris, 2010, p. 73-83 ;
- PHILIPPE H.-J. *et al.*, Prise en charge pluridisciplinaire des mutilations sexuelles féminines, *Archives de Pédiatrie*, vol. 15, n° 5, juin 2008, p. 824 ;
- PICARD R. (Le), *La communauté de vie conjugale, étude canonique*, Thèse, Paris, 1929, éd. Recueil Sirey, Paris, 1930, p. ;
- PITSHANDENGE S. N. A., La polyandrie chez les Bashilele du Kasai occidental (Zaire) : Fonctionnement et rôles, Centre français sur la population et le développement, n° 42, Paris, 1996, 22 p. ;
- POCANAM M., Quelques aspects du Code Togolais de la Famille : l'ordonnance n° 80-16 du 31 janv. 1980, *in* *Revue Penant*, 1986, n°791, p. 249 ;
- PODA N. E., Mariage et « prix de la fiancée » chez les *Dagara* (Burkina Faso), *Journal des africanistes*, 1994, tome 64, fascicule 1. Pp. 65-75 ;
- POIRIER J., GUIELLA G., Fondements socio-économiques de la fécondité chez les *Mossi* du plateau central (Burkina Faso) *in* « Maîtrise de la fécondité et planification familiale au Sud », Actes des V^e Journées démographiques de l'Institut de recherche pour le développement, Paris, 28-30 sept. 1994, Éditeurs scientifiques Marc PILON et Agnès GUILLAUME, Paris, 2000, p. 93-110 ;
- POMARD-NOMDEDEO C. :
 - Les conditions relatives à la célébration du mariage, *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, oct. 2016, Étude 310 ;
 - Les conditions de formation du mariage, *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, Étude 307, oct. 2016 ;
- POUGOUE P. G., ANOUKAHA F., V^e Cameroun, *in* *Juriscl. Droit comparé*, fasc. 2, 1996, p. 2-64 ;
- PRIEUR S., La répression judiciaire du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse : réflexions à propos de quatre années d'application jurisprudentielle de l'article L. 162-15 du Code de la santé publique, *LPA*, 5 nov. 1997, n° 133, p. 12-19 ;
- PUJOLLE T., La femme pauvre en Afrique sub-saharienne, *in* « La place des femmes : Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales », Mission de coordination

- de la 4^e Conférence mondiale sur les femmes – Ephésia, Pékin, septembre 1995, éd. La Découverte, Paris, 1995, p. 322-327 ;
- QUILLERÉ-MAJZOUB F., Le protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique : un projet trop ambitieux ? *In* Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 73, 2008, p. 127-162 ;
 - RADÉ C., Salaire : Principe « à travail égal, salaire égal » – Différence catégorielle – Justification, *Dalloz Droit social*, 2012, p. 96 ;
 - RAULIN H., Le droit des personnes et de la famille en Côte d'Ivoire, *in* « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », Kéba M'BAYE (dir.), éd. G.-P. Maisonneuve et Larose, Paris, 1968, p. 221-241 ;
 - REGINE, Droit et genre, janv. 2013 - janv. 2014, *Recueil Dalloz* 2014, p. 954 ;
 - REY-SALMON C., VAZQUEZ P. , DO QUANG L. D. , Les mutilations sexuelles féminines, *in* Revue Archives de Pédiatrie, volume 12, n° 3, éd. Elsevier, Paris, mars 2005, p. 347-350 ;
 - ROCHE-DAHAN J., Les devoirs nés du mariage, obligations réciproques ou obligations mutuelles ? *R.T.D. civ.* 2000, p. 735 ;
 - ROULAND N., En quête d'identités, *in* « Inventons la famille ! », F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ et *alii* (dir.), éd. Bayard, Coll. Société, 2001, p. 115-209 ;
 - ROY O., Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire ODIÈVRE contre France, *Petites affiches*, 3 oct. 2002, no 198, p. 6 ;
 - RUDE-ANTOINE E., Les mutilations sexuelles en France et le droit à l'intégrité physique de l'enfant l'exemple de l'excision, *in* « Violences sur le corps de la femme. Aspects juridiques, culturels et éthiques », C. HERVÉ, M. STANTON-JEAN et C. RIBAU-BAJON (dir.), *Dalloz*, 2012, p. 93-112 ;
 - RWENGE M., Urbanisation et comportement procréateur au Bénin, *in* « Maîtrise de la fécondité et planification familiale au Sud », Actes des V^e Journées démographiques de l'Institut de recherche pour le développement, Paris, 28-30 sept. 1994, Éditeurs scientifiques Marc PILON et Agnès GUILLAUME, Paris, 2000, p. 147-160 ;
 - SA'AD A.-M., Mariage, sexualité et reproduction chez les nomades *foulbés* (Sud Borno, Nigeria), *in* « Genre et sociétés en Afrique. Implications pour le développement », Thérèse

- LOCOH (dir.), en collaboration avec Koffi NGUESSAN et Paulina MAKINWA-ADEBUSOYE, Institut national d'études démographiques, Paris, 2007, p. 309-324 ;
- A. SALIFOU, L'éducation africaine traditionnelle, *Présence africaine*, n° 89, Paris, 1974/1, p. 3-14 ;
 - SARR F., De la survivance d'un mode de pensée archaïque au contrôle de la sexualité féminine: la question de l'excision, *in* Dossier « L'excision », *Présence africaine*, n° 160, Paris, 2^e semestre, 1999, p. 78-88 ;
 - SAUJOT C., Le fondement des récompenses, *RTD civ.*, 1970, p. 684 ;
 - SAUVAGE F., Le pacte civil de solidarité, *Lamy Droit des personnes et de la famille*, avr. 2014, Partie 3, Étude 383 ;
 - SAWADOGO F. M., Le nouveau Code burkinabè de la famille : principes essentiels et perspectives d'application, octobre-décembre 1990, *in* *Revue juridique et politique Indépendance et Coopération*, n° 3, p. 374 ;
 - SCHAEFFER E., De l'importation de codes à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle et de leur réception, *in* « La Codification et l'évolution du droit », *Revue Juridique et politique, indépendance et coopération*, 1986, p. 261-283 ;
 - SCHMIDT-SZALEWSKI J., Les fictions en droit privé, *in* *Revue Archives de philosophie du droit*, Tome 20, Sirey, 1975, p. 273-291 ;
 - SCHNOCK B., Harcèlement sexuel des femmes au travail : préjugés et réalités, *in* *Déviance et société*, 1993, vol. 17, n°3, p. 261-275 ;
 - SCHOKKENBROEK J., Renforcement de la protection européenne contre la discrimination : le nouveau Protocole n°12 à la Convention européenne des droits de l'Homme, *Actualité et Droit international*, oct. 2001 ;
 - SENGHOR R., SOW A., Le rôle d'éducatrice de la femme africaine dans la civilisation traditionnelle, *in* « La civilisation de la femme dans la tradition africaine », *Société africaine de culture*, Actes du Colloque d'Abidjan, 3-8 juillet 1972, *Présence Africaine*, Paris, 1975, p. 232-241 ;
 - SERRA G. :
 - L'autonomie des époux, *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, oct. 2011, Étude 322 ;

- Les effets pécuniaires du mariage, *Lamy Droit des Personnes et de la Famille*, oct. 2011, Étude 320 ;
- SÈVE M. (De), Du socialisme patriarcal au féminisme socialiste, *in* « Un siècle de marxisme », Lucille Beaudry, Christian DEBLOCK et Jean-Jacques Gislain (dir.), Les Presses de l'Université du Québec, Québec, 1990, p. 175-193 ;
- SHELL-DUNCAN B. et HERNLUND Y., The medicalization of female "circumcision": harm reduction or promotion of a dangerous practice? *Social Science & Medicine*, n° 52, 2001, p. 1013–1028 ;
- SILVA ANOMA S. (Da), DIETH A. G., OUATTARA O., Excision : données socioculturelles, *in* *Revue Archives de Pédiatrie*, vol. 15, n° 5, juin 2008, p. 818 ;
- SINGLY F. (De), L'enfant comme obstacle à l'égalité professionnelle, *in* Margaret Maruani, *Travail et genre dans le monde*, La Découverte « Hors Coll. Sciences Humaines », 2013, p. 80-88 ;
- SOHN A.-M., L'émancipation féminine entre les sphères privée et publique, *in* « La place des femmes : Les enjeux de l'identité et de l'égalité au regard des sciences sociales », Mission de coordination de la 4^e Conférence mondiale sur les femmes – Ephésia, Pékin, septembre 1995, éd. La Découverte, Paris, 1995, p. 177-181 ;
- SOW SIDIBE A., Les mutilations génitales au Sénégal, *in* Dossier « L'excision », *Présence africaine*, n° 160, Paris, 2^e semestre, 1999, p. 55-66 ;
- SOW F. :
 - L'appropriation des études sur le genre en Afrique subsaharienne, *in* « Genre et sociétés en Afrique. Implications pour le développement », Thérèse LOCOH (dir.), en collaboration avec Koffi NGUESSAN et Paulina MAKINWA-ADEBUSOYE, Institut national d'études démographiques, Paris, 2007, p. 45-68 ;
 - Mutilations génitales féminines et droits humains en Afrique, *Revue Clio : Histoire, femmes et société*, n° 6/1997, n° 3, <http://clio.revues.org/384> ;
- TAVERNE B. :
 - Stratégie de communication et stigmatisation des femmes : lévirat et sida au Burkina Faso, *in* *Revue Sciences sociales et santé*, vol. 14, n° 2, 1996, p. 87-106 ;

- Valeurs morales et messages de prévention : La « fidélité » contre le sida au Burkina Faso, *in* « Vivre et penser le Sida en Afrique », C. BECKER *et al.* (dir.), éd. Codesria, Dakar, et Karthala/IRD, Paris, 1999, p. 509-525 ;
- TCHIDIMBO R.-M. (Mgr), Le sacrement du mariage, *in* Mariage civil et mariage canonique, Actes du 5^e colloque national des juristes catholiques, Paris, du 20-21 avr. 1985, éd. Pierre Téqui, Paris, 1985, p. 15-35 ;
- THIBIERGE C., Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit, *Archives de philosophie du droit*, 2008, l'égalité, tome 51, p. 251 ;
- THIOYE M., Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone, *in* *Revue internationale de droit comparé*, 2005, volume 57, n° 2, p. 345-397 ;
- THOMAS L. V., La parenté au Sénégal, *in* « Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar », Kéba M'BAYE (dir.), éd. G.-P. Maisonneuve et Larose, Paris, 1968, p. 39-81 ;
- TIEMOKO R., Mesure de la demande de planification familiale à partir de la taille de la famille souhaitée par les filles et de la parité à leurs mères, *in* « Maîtrise de la fécondité et planification familiale au Sud », Actes des V^e Journées démographiques de l'Institut de recherche pour le développement, Paris, 28-30 sept. 1994, Éditeurs scientifiques Marc PILON et Agnès GUILLAUME, Paris, 2000, p. 251-264 ;
- TABARD R., Religions et cultures traditionnelles africaines, *in* *Revue des sciences religieuses* 84, n° 2, 2010, p. 191-205.
- TABU O. K., Se marier à Lubumbashi, *in* *Tout passe, Instantanés populaires et traces du passé à Lubumbashi* Danielle DE LAME et Dibwe Dia MWEMBU (dir.), *Cahiers africains*, n° 71, éd. L'Harmattan, Paris, 2005, p. 153-189 ;
- TRAORE S., Droit coutumier et coutume, réflexions sur le langage du juriste des institutions traditionnelles africaines (quelques exemples de concepts tirés du droit soninké du *Gajaaga-Sénégal*), *in* *Revue de droit, d'économie et de gestion, Annales Africaines*, Dakar 1989-1991, p. 47-59 ;
- TJOUEN A.-F., La condition de la femme en droit camerounais de la famille, *in* *Revue internationale de droit comparé*, vol. 64, n°1, 2012, p. 137-167 ;

- TOUNKARA D., Le nouveau Code de la famille et des personnes au Mali : la 'victoire à la Pyrrhus' du Haut Conseil Islamique et de son président, l' 'Ayatollah' Mahamoud DICKO, *in* Revue Penant, 2013, vol. 123 n° 882, p. 58-78 ;
- TOURE THIAM M. et LAMESSE F., l'excision, une forme de perpétuation de l'idéologie patriarcale ? *in* « Bioéthique et excision en Afrique », M. KOUASSI, J. BINDEDOU, T. KARAMOKO (dir.), éd. Connaissances et Savoirs, Saint-Denis, 19 févr. 2016, p. 31-47 ;
- VALLE-LÉZIER I. (Del), Solidarité dans les couples : Les aspects civils, *in* Revue française des affaires sociales, éd. La Documentation française, 2005/4, p. 81-100 ;
- VANDERLINDEN J. :
 - Enseigner sans reproduire - Innover sans tout détruire : Propos hétérodoxes au départ de quelques constats élémentaires, *in* Les défis des Droits fondamentaux, Actes des Deuxièmes journées scientifiques du réseau Droits fondamentaux de l'AUF, Québec, 29 sept. - 2 oct. 1999, AUPELF-UREF, éd. Bruylant/AUF, 2000, p. 442 ;
 - Les droits africains entre positivisme et pluralisme, Bulletin des séances de l'Académie royale des sciences d'outre-mer, n° 46, 2000, p. 279-292 ;
- VAREILLE B., Communauté légale (5° liquidation et partage), Répertoire de droit civil, Dalloz, janv. 2011 (actualisation févr. 2017) ;
- VAREILLES-SOMMIÈRES P. (De), La polygamie dans les pays d'Afrique subsaharienne anciennement sous administration française (aspects juridiques comparatifs et internationaux), *in* Revue européenne des migrations internationales, vol. 9, n°1, 1993, p. 147
- VASSAUX J., Le devoir de loyauté prévaut sur le devoir de procréation, *in* La Semaine juridique, éd. Générale, n° 37, LexisNexis, 12 sept. 2007, II, n° 10149 ;
- VERDOT (René), La cohabitation, Recueil Dalloz, 1964, Chron., p. 121 ;
- VERDOT R., La cohabitation, Recueil Dalloz, 1964, Chron., p. 121 ;
- VIDAL-NAQUET C., s'épouser à distance : Le mariage à l'épreuve de la guerre, Belin – Revue d'histoire moderne et contemporaine, 2006/3, n° 53-3, p. 142-158 ;
- VIGNEAU D., Observations sur le nouveau droit pénal de l'avortement, *in* Mélanges dédiés à Louis Boyer, Presses universitaires de sciences sociales, Toulouse, 1996, p. 755 ;
- VLAMYNCK H., Ordonnance de protection : quelques remarques après un mois de mise en œuvre, AJ Famille, 2010, p. 523 ;

- VOUIN R., Droit pénal spécial, Dalloz, 1953, n° 296 ;
- WAHL A., Le mariage par procuration des mobilisés, RTD Civ., t. 14, S. 1915, p. 5-51 ;
- WEISS D., Les noms d'une Femme, *in* Journal français de psychiatrie 2010/2, n° 37, p. 12-14 ;
- WEMBONYAMA O. S. et BUKWE BUBI M., Considérations médicales des mutilations génitales féminines : l'excision, *in* Dossier « L'excision », Présence africaine, n° 160, Paris, 2^e semestre, 1999, p. 31-41 ;
- E. YEDEDJI GNANVO :
 - Le mariage nouveau est-il arrivé ? *In* « La personne, la famille et le droit en République du Bénin : Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille », éd. Juris Ouanilo, fév. 2007, p. 71-82
 - Un exemple de droit écartelé entre tradition et modernité : le nom de la femme mariée au Bénin, *in* Revue béninoise des Sciences juridiques et administratives, n°15, 2005, p. 33-60 ;
- ZACARIAS A., La présence des femmes dans l'image de la construction sociale de la connaissance au Mexique..., *in* A. CAILLET et C. GENIN (dir.), « Genre, sexe et égalité : Étude critique de nos rôles sociaux », Actes du colloque "À côté du genre", éd. L'Harmattan, Paris, 2014, p. 25-31.

F. Rapports et publications diverses

- ABDOULAYE A., *La femme rurale et le problème foncier agricole au Niger*, *in* « Accès à la terre en milieu rural en Afrique : stratégies de lutte contre les inégalités de genre », FAO (*Food and Agriculture Organization*), Atelier du 22-26 sept. 2008, Bruxelles, Belgique, p. 52-55, <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/ak159f/ak159f.pdf> ;
- ADEL F., La nuit de noces ou la virilité piégée, *Insaniyat*, *in* Revue algérienne d'anthropologie et de sciences sociales, n° 4, 30 avr. 1998 ;
- ADJAMAGBO-JOHNSON B. K., Inégalités de droit – Coexistence des droits : coutume et droit moderne, pour ou contre l'égalité ? Communication au Colloque international « Genre, population et développement en Afrique », Abidjan, 16-21, juil. 2001 ;
- AFP :
 - Au Mali, le nouveau Code de la famille suscite un tollé parmi les religieux, 26 août 2009, <http://www.jeuneafrique.com/depeches/106696/politique/au-mali-le-nouveau-code-de-la-famille-suscite-un-tolle-parmi-les-religieux/> ;

- Code de la famille : « La femme reste femme et l'homme reste homme », 24 août 2009, <http://www.jeuneafrique.com/158575/societe/code-de-la-famille-la-femme-reste-femme-et-l-homme-reste-homme/> ;
- Des milliers d'Ougandais saluent la loi antihomosexualité, 31 mars 2014, <http://www.jeuneafrique.com/depeches/19818/politique/des-milliers-dougandais-saluent-la-loi-antihomosexualite/> ;
- Sud-Soudan : 98,83% pour la sécession, 7 fév. 2011, http://www.lepoint.fr/monde/sud-soudan-98-83-pour-la-secession-07-02-2011-136563_24.php ;
- ALMEIDA M. (D'), Le nouveau Code des Personnes et de la Famille du Mali : Pourquoi a-t-il été retardé ? 20 avr. 2011, <https://www.awid.org/fr/nouvelles-et-analyse/le-nouveau-code-des-personnes-et-de-la-famille-du-mali-et-pourquoi-t-il-ete> ;
- ARISTOTE, Le mâle est supérieur par nature et la femelle inférieure [...] l'un gouverne et l'autre est gouvernée, (Politique 1254b, 10-14) <http://www.museedelhistoire.ca/cmce/exhibitions/civil/greece/gr1100f.shtml> ;
- ALLAYE L., *Le Code des personnes et de la famille passe*, L'Essor, 5 déc. 2011, http://malijet.com/a_la_une_du_mali/36708-assemblee_nationale_le_code_des_personnes.html ;
- ASSAH E., Niger : après 5 mois de mariage forcé, une fille de 14 ans assassine son époux, *afrimag.com*, 31 juil. 2017, <http://www.afrikmag.com/niger-apres-5-mois-de-mariage-force-fille-de-14-ans-assassine-epoux/> ;
- Assemblée nationale (France) :
 - Egalité entre les hommes et les femmes – n°1663, Amendement n° 242, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/1663/AN/242.pdf> ;
 - Le temps de l'invention (1789-1799), <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp> ;
- Association européenne contre les Violences faites aux Femmes au Travail, Harcèlements... Vers la disparition des violences sexuelles, 1 oct. 2006, http://www.avft.org/article.php?Id_article=289 ;
- ASSOGBA L. N. M., Statut de la femme, structures familiales et fécondité : Transitions dans le Golfe du Bénin, Les dossiers du CEPED, n° 14, Paris, nov. 1990, 28 p. ;

- BACHE D., l'inquiétude des chrétiens du Mali, 26 nov. 2012, <http://www.rfi.fr/afrique/20121126-inquietude-chretiens-mali-mujao-islam-mnla-ansar-dine/> ;
- BADARA FALL A., Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique, *in* Les défis des Droits fondamentaux, Actes des Deuxièmes journées scientifiques du réseau Droits fondamentaux de l'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF), Québec, 29 sept. - 2 oct. 1999, AUF-UREF (Association des universités partiellement ou entièrement de langue française-Université des réseaux d'expression française), éd. Bruylant/AUF, 2000, p. 312 ;
- M. BARRERE, Fécondité, Institut national de la statistique et du développement–Burkina Faso, Chapitre 4, 2003, p. 47, http://www.insd.bf/fr/IMG/pdf/04Chapitre4_Fecondite.pdf ;
- BOUMEDINE M. R. S., VEIRIER L., Le Sahara : Des cultures et des peuples, Étude thématique, Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture – UNESCO, juil. 2003 ;
- Bureau international du Travail, 1993), *in* Rapport Afrique de l'Ouest 2007-2008, Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), déc. 2008, p. 169, <https://www.oecd.org/fr/csao/publications/42358563.pdf> ;
- BUTT M. E., KÜBERT J. et SCHULTZ C. A., Droits sociaux fondamentaux en Europe, Document de travail, Parlement Européen, fév. 2000, p. 6, http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_fr.pdf ;
- CADASSE D., Un panier de crabe nommé polygamie, interview de Bios DIALLO, 22 mars 2005, <http://www.afrik.com/article8223.html> ;
- CAMARA D., Mali, Révision du Code de la famille : quel sera le nouveau statut de la femme ? 17 janv. 2008, *Nouvel Horizon*, <http://www.genreenaction.net/spip.php?Article6406> ;
- *Central Intelligence Agency (CIA), The World factbook*, 2014, <https://www.cia.gov/library/publications/resources/the-world-factbook/fields/2127.html#uv>
- Centre international de recherche sur le cancer, Communiqué de presse n° 223 : Dernières statistiques mondiales sur le cancer, 12 déc. 2013, http://www.iarc.fr/fr/media-centre/pr/2013/pdfs/pr223_F.pdf ;
- Commission nationale consultative des droits de l'homme (France) :
 - Avis du 11 déc. 2013 sur les mutilations sexuelles féminines ;

- Avis du 26 mai 2016 sur les violences contre les femmes et les féminicides ;
- COOMARASWAMY R., Intégration des droits fondamentaux des femmes et de l'approche sexospécifique : violence contre les femmes, Rapport présenté en application de la résolution 2002/52 de la Commission des droits de l'homme : évolution de la situation, 1994-2002, E/CN.4/2003/75, 59^e session, New York, 6 jan. 2003, 28 p. ;
- DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., Rénover le droit de la famille : propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps : rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice, éd. La Documentation française, Coll. des rapports officiels, déc. 1999, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/994001755.pdf> ;
- DELMAS-MARTY M., Le rôle du droit dans l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs, Communication à l'Académie des Sciences morales et politiques, 7 juil. 2008, <https://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/delmas.htm> ;
- DIALLO A., Mali mutilations génitales féminines (MGF) au Mali : revue de la littérature et des actions menées, *Population Council – Projet de recherche opérationnelle et d'assistance technique en Afrique II*, Bamako, nov. 1997, 37 p. ;
- DICKO A., Mali : L'excision, un business lucratif... pour les féticheurs aussi, *Jeune Afrique*, 5 octobre 2017, http://www.jeuneafrique.com/480695/societe/mali-lexcision-un-business-lucratif-pour-les-feticheurs-aussi/?utm_source=Facebook&utm_medium=JeuneAfrique&utm_campaign=PostFB_06102017 ;
- DIENG A., Approche culturelle des *Alternative Dispute Resolution* en OHADA, *Journal africain du droit des affaires*, 2001, n°1, p. 27 ;
- DIOP N. J. et al., Analyse de l'évolution de la pratique de l'excision au Burkina Faso, étude, mars 2006, *United States Agency for international development (USAID)/Population Council/Secrétariat permanent du Comité national de lutte contre la pratique de l'excision (Burkina Faso)*, 34 p., http://www.popcouncil.org/uploads/pdfs/RH_burkinafaso_fgmanalyse_FR.pdf ;
- DJAVADI A., Le congé paternité obligatoire, 9 fév. 2017, *Le Parisien Magazine*, <http://www.leparisien.fr/magazine/grand-angle/le-parisien-magazine-le-conge-paternite-obligatoire-09-02-2017-6666381.php> ;

- DOUMBOUYA M. L., Accessibilité des services de santé en Afrique de l'Ouest : le cas de la Guinée, *Working paper*, n° 2008-2, janv. 2008, 18 p., <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00229696/document> ;
- DUMAZET M., En Floride, une fillette de 11 ans forcée d'épouser son violeur qui l'a mise enceinte, un cas loin d'être isolé, 31 mai 2017, <http://www.slate.fr/story/146328/monopole-mariages-mineurs> ;
- DURAND A.-A., Les inégalités femmes-hommes en 12 chiffres et 6 graphiques, 7 mars 2017 (mis à jour le 27 juil. 2017), http://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2017/03/07/les-inegalites-hommes-femmes-en-12-chiffres-et-6-graphiques_5090765_4355770.html ;
- *Euronews*, Les Sud-Soudanais ont voté en faveur de leur indépendance, 8 févr. 2011, <http://fr.euronews.com/2011/02/08/les-sud-soudanais-ont-vote-en-faveur-de-leur-independance> ;
- *FAO (Food and Agriculture Organization)*, « Accès à la terre en milieu rural en Afrique : stratégies de lutte contre les inégalités de genre », Atelier du 22-26 sept. 2008, Bruxelles, Belgique, 161 p., <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/ak159f/ak159f.pdf> ;
- Fédération internationale pour la planification familiale (IPPF), La santé et les droits sexuels et reproductifs : enjeu crucial pour le cadre de l'après-2015, Londres, févr. 2014, 34 p., www.ippf.org/sites/default/files/srhr_post_2015_report_fr_web_0_0.pdf ;
- FIDH :
 - Droits des femmes en Afrique : 18 pays n'ont toujours pas ratifié le protocole de Maputo ! 10 juil. 2013, <https://www.fidh.org/fr/regions/afrique/droits-des-femmes-en-afrique-18-pays-n-ont-toujours-pas-ratifie-le-13642> ;
 - Le nouveau Code de la famille malien : droits fondamentaux bafoués, discriminations consacrées, 8 décembre 2011, <https://www.fidh.org/La-Federation-internationale-des-ligues-des-droits-de-l-homme/afrique/mali/Le-nouveau-Code-de-la-famille> ;
- Fonds des Nations-Unies pour la femme, Pratique transfrontalière de l'excision : état des lieux et évaluation des actions dans les zones frontalières du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, du Ghana, du Mali et du Niger, Rapport final, oct. 2008, 53 p. ;

- Fonds des Nations-Unies pour la population sur l'état de la population, Rapport, 2016, http://www.unfpa.org/sites/default/files/sowp/downloads/The_State_of_World_Population_2016_-_French.pdf
- *France24*, Au Kenya, deux rivaux concluent un "co-mariage" avec la même femme, 26 août 2013, <http://www.france24.com/fr/20130826-kenya-mariage-deux-hommes-femme-polyandrie-sylvester-mwendwa-elijah-kiman-mombasa> ;
- FRÉMONT A.-L., Ces pays où les violeurs peuvent épouser leurs victimes pour ne pas être poursuivis, *l'express.fr*, 22 nov. 2016, <http://www.lefigaro.fr/international/2016/11/21/01003-20161121ARTFIG00304-ces-pays-o-les-violeurs-peuvent-epouser-leurs-victimes-pour-ne-pas-etre-poursuivis.php> ;
- HASSOUX D., Le procès de l'excision, *La Croix*, Journal en ligne, 16 fév. 1999, http://www.la-croix.com/Archives/1999-02-16/LE-PROCES-DE-L-EXCISION-_NP_-1999-02-16-469202
- HEFEZ S., Au pays des femmes polyandres, 29 août 2008 (mise à jour : 29 janv. 2015), <http://familles.blogs.liberation.fr/2008/08/29/au-pays-des-fem/>.
- HERZBERGER FOFANA P., Mutilations Génitales Féminines : Histoire et géographie de l'excision, juil. 2000, <http://www.arts.uwa.edu.au/AFLIT/MGF2.html>
- HONVOU S. K., Regard du juge constitutionnel béninois sur le principe d'égalité en droit de la famille, 21 p., www.aeta-network.org/wp-content/uploads/2012/08/Communication-HONVOU.doc.
- *Human Rights Watch*, Afghanistan : Une nouvelle loi qui restreint les droits des femmes entre en vigueur, 14 août 2009, <https://www.hrw.org/fr/news/2009/08/14/afghanistan-une-nouvelle-loi-qui-restreint-les-droits-des-femmes-entre-en-vigueur>.
- IGUE J. O., Les femmes et le secteur informel en Afrique de l'Ouest, UNESCO, Atelier sous régional de recherches et d'actions pour les femmes du secteur informel en Afrique de l'Ouest francophone, Porto-Novo (Bénin), 19-22 juil. 1993, <http://unesdoc.unesco.org/images/0009/000955/095507fb.pdf> ;
- IJERE M., Sembène Ousmane et l'institution polygamique, *in* *Revue Éthiopiennes*, vol. 5, n°1-2, n°48-49, 1^{er} et 2^e trimestre 1988, <http://ethiopiennes.refer.sn/spip.php?Article1330>.
- Institut des droits de l'homme et de la paix et Université Cheikh Anta Diop de Dakar, en collaboration avec l'Institut danois des droits de l'homme, Rapport de synthèse du séminaire de travail sur le projet de recherche régional sur le divorce en Afrique de l'Ouest francophone,

- 30 nov. - 2 déc. 2009, Dakar,
http://idhp.ucad.sn/index.php?Option=com_content&view=article&catid=24:la-recherche&id=105:actualites-du-projet&Itemid=145
- *Ivoirematin News*, Elle refuse un mariage forcé et se fait attacher comme un animal, 3 oct. 2016, http://www.ivoirematin.com/news/Faits%20Divers/elle-refuse-un-mariage-force-et-se-fait-_n_5929.html
 - KABORE A. F., Droit des femmes en Afrique : Pourquoi Le protocole de Maputo tarde-t-il à se traduire en réalité sur le terrain ? *Sidwaya*, 30 juin 2015, <http://www.sidwaya.bf/m-6787-droit-des-femmes-en-afrique-pourquoi-le-protocole-de-maputo-tarde-t-il-a-se-traduire-en-realite-sur-le-terrain-.html>
 - KAMDEM G., Une femme poignarde sa coépouse à mort, 6 août 2017, <http://www.afrikmag.com/societe-femme-poignarde-coepouse-a-mort/> ;
 - KAMMERER B., L'allongement du congé paternité serait bon pour les pères, les mères et la France, 27 fév. 2017, <http://www.slate.fr/story/138572/inegalites-pere-mere-allongement-conge-paternite> ;
 - KANE C. et MBOG R., Au Cameroun, La loi criminalisant l'homosexualité est illégale, Entretien télévisé, *Le Monde.fr*, 27 fév. 2015, http://www.lemonde.fr/afrique/video/2015/02/27/au-cameroun-la-loi-criminalisant-l-homosexualite-est-illegale_4584901_3212.html ;
 - Koaci.com :
 - Kenya : Condamnés à vie pour le viol d'une femme vêtue légèrement, 19 juil. 2017, <http://koaci.com/kenya-condamnes-pour-viol-dune-femme-vetue-legerement-111315.html> ;
 - Nigeria : L'émir de Kano veut interdire la polygamie aux hommes pauvres, Journal en ligne, lundi 20 fév. 2017, <http://koaci.com/nigeria-emir-kano-veut-interdire-polygamie-hommes-pauvres-106665.html> ;
 - Nigeria : Surpris dans un hôtel, une quarantaine de gays arrêtés à Lagos, 1^{er} août 2017, <http://koaci.com/nigeria-surpris-dans-hotel-quarantaine-gays-arretes-police-lagos-111701.html> ;
 - KONATE D., À 70 ans, elles écotent de deux mois de prison ferme, 27 juin 2017, AIB/Nouna, <http://www.sidwaya.bf/m-17204-a-70-ans-elles-ecotent-de-deux-mois-de-prison-ferme.html>;

- KORFF D., Le droit à la vie : Un guide sur la mise en œuvre de l'article 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 8, 2007, p. ;
- *La Nouvelle Tribune*, La fécondation *in vitro*, une réalité au Bénin, 3 sept. 2010, <https://lanouvelletribune.info/archives/benin/6468-la-fecondation-in-vitro-une-realite-au-benin>
- LABEL NGONGO A. C., Lutte contre la violence faite aux femmes sur le continent africain, 28 nov. 2007, <http://www.agoravox.fr/actualites/citoyennete/article/lutte-contre-la-violence-faite-aux-32287> ;
- *Le Figaro.fr* et *AFP*, Un congé paternité obligatoire et plus long ? 13 janvier 2017, <http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2017/01/13/97002-20170113FILWWW00091-un-conge-paternite-obligatoire-et-plus-long.php> ;
- *Le Monde.fr* avec *AFP*, En Ouganda, la loi antihomosexualité annulée par la justice, 1^{er} août 2014, http://www.lemonde.fr/afrique/article/2014/08/01/ouganda-la-cour-constitutionnelle-annule-la-loi-antihomosexualite-controversee_4465806_3212.html ;
- *Lefaso.net* :
 - Lutte contre les mutilations génitales féminines : Des acquis notables à l'actif de l'État et de ses partenaires, Site d'information, 9 juil. 2013, <http://lefaso.net/spip.php?Article55004> ;
 - Message du Ministère de la Santé à l'occasion de la semaine Nationale de la planification familiale, 11 mai 2017, <http://lefaso.net/spip.php?Article77122> ;
 - Procréation médicalement assistée (PMA) : Des 'bébés-éprouvette' *made in* Burkina, 6 sept. 2006, <http://lefaso.net/spip.php?Article16155> ;
- *Le Pays*, Réforme du Code de la famille au Mali : comment faire passer la pilule ? 25 août 2009, http://www.grioo.com/ar,reforme_du_code_de_la_famille_au_mali_comment_faire_passer_la_pilule_17643.html ;
- *Le Planning familial.org*, La contraception hormonale, <https://www.planning-familial.org/articles/la-contraception-hormonale-00357?Prehome=off> ;
- *Le portail de la société civile malienne*, Les 51 amendements apportés au Code des Personnes et de la Famille, sur <http://www.societecivilemali.org/?Les-51-amendements-apportes-au> ;

- *L'Obs*, Afrique du Sud : Le premier mariage homo zoulou, <http://tempsreel.nouvelobs.com/politique/mariage-gay-lesbienne/20130503.OBS8130/afrique-du-sud-le-premier-mariage-homo-zoulou.html> ;
- LECLERC J., Mali : L'aménagement linguistique dans le monde, <http://www.axl.cefan.ulaval.ca/afrique/mali.htm> ;
- LUONGO G., *Réforme du Code de la famille au Mali : le parlement cède aux pressions religieuses*, 27 janv. 2012, <http://www.contrepoints.org/2012/01/27/66452-reforme-du-code-de-la-famille-au-mali-le-parlement-cede-aux-pressions-religieuses> ;
- *Maliweb*, Site d'informations en ligne, Code des personnes et de la famille : Enfin voté ! <http://www.maliweb.net/category.php?NID=84153> ;
- MAKAMBO A. B., RDC : Souffrance des femmes veuves, 14 août 2014, *KongoTimes*, <http://afrique.kongotimes.info/femmes/7980-rdc-souffrance-femmes-veuves-etats-generaux-femme-congolaise-pour-parler-droits-veuve-bebe-amunazo-odette-mbutulu-racontent.html> ;
- MANDRAUD I., La Russie dépénalise les violences domestiques pour éviter la « destruction de la famille, *Le Monde.fr*, 26 janv. 2017, http://www.lemonde.fr/europe/article/2017/01/26/contre-les-valeurs-occidentales-la-russie-depenalise-les-violences-domestiques_5069197_3214.html ;
- MANSUET-LUPO A., ROUGER P., VAN HUFFEL V., Les empreintes génétiques : des affaires d'interprétation difficile, *in* *Revue Transfusion Clinique et Biologique*, vol. 14, n° 3, éd. Elsevier, Paris, août 2007, p. 343-347 ;
- MAGUERESSE C. (Le), Communication au Colloque « Viols et agressions sexuelles : mieux reconnaître la contrainte », 22 nov. 2007, Sorbonne, disponible sur http://www.avft.org/article.php?id_article=425 ;
- MARTIN A.-J., NOAGHIU A. et SZMUC A. :
 - Polyandrie (1/3), Au Népal : épouser une fratrie, Documentaire, 4 mars 2014, 52 mn, <https://www.franceculture.fr/emissions/sur-les-docks-14-15/polyandrie-13-au-nepal-epouser-une-fratrie> ;
 - Polyandrie 3/3, En Inde : les femmes partagées, Documentaire, 6 mars 2014, 53 mn, <https://www.franceculture.fr/emissions/sur-les-docks-14-15/polyandrie-33-en-inde-les-femmes-partagees> ;

- MAY J., La population de l'Afrique subsaharienne devrait doubler d'ici à 2036, interview, Banque mondiale, <http://go.worldbank.org/G2OXVRN7U0> ;
- MBEMBA T. (Mgr), Pauvreté : la condition des femmes veuves dans les sociétés africaines, la condition de la veuve, 27 fév. 1971, <http://afrique-pauvrete-avenir.over-blog.com/article-pauvrete-la-condition-des-femmes-veuves-dans-les-societes-africaines-71633357.html>;
- MBOUNGOU V., Le secteur de l'informel en Afrique : l'économie au féminin, 06 nov. 2012, <http://www.afriqueexpansion.com/le-secteur-informel-en-afrique-/5778-le-secteur-de-linformel-en-afrique--leconomie-au-feminin.html> ;
- *Metronews.fr*, À 9 ans, il renouvelle son mariage avec sa femme de 62 ans, 21 juil. 2014, <http://www.metronews.fr/info/a-9-ans-il-renouvelle-son-mariage-avec-sa-femme-de-62-ans/mngu!Qqix78ge95bi/> ;
- Ministère des droits des femmes, France, Vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, Thème 6 : Violences faites aux femmes Chiffres clés, 2014, 8 p., http://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/wp-content/uploads/2014/03/Egalite_Femmes_Hommes_T6_bd.pdf ;
- MOUSSAOUI H. (El), *Les femmes sont-elles victimes de la mondialisation ?* 9 avr. 2012, <http://www.librefrique.org/content/les-femmes-sont-elles-victimes-de-la-mondialisation>
- MOYAT A., 243/Journal du 4 avril 1915 : Les soldats peuvent se marier par procuration, 4 avril 2015, <https://reims1418.wordpress.com/2015/04/04/243journal-du-4-avril-1915-les-soldats-peuvent-se-marier-par-procuration/> ;
- NANA A. W. l'excision : une vieille de 89 ans condamnée à 12 mois de prison, *Sidwaya*, Quotidien d'information, 05 avr. 2017, <http://www.sidwaya.bf/m-16044-l-excision-une-vieille-de-89-ans-condamnee-a-12-mois-de-prison.html> ;
- Nations Unies, Protéger les droits de l'homme, <http://www.un.org/fr/sections/what-we-do/protect-human-rights/index.html> ;
- *Netafrique*, Saaba : Le maire sous le coup d'une procédure judiciaire pour rachat de 120 hectares par la société Abdoul Service international, 30 juin 2017, <http://netafrique.net/saaba-le-maire-sous-le-sous-le-coup-dune-procedure-judiciaire-pour-rachat-de-120-hectares-par-la-societe-abdoul-service-international> ;
- NORTH O., *A Drought, drop out and early marriage : Feeling the effects of climate change in East Africa, Equals*, 2009, in « Mariage d'enfant et éducation : Faire reculer le mariage précoce par l'éducation des filles », Plan international, Rapport 2013 sur l'éducation des filles, 35 p. ;

- Observatoire de la laïcité (France), Olympe de Gouges et la Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne septembre 1791, http://observatoirelaicite95.org/resources/droit_femme.pdf ;
- Observatoire des inégalités, Les inégalités de salaires entre les femmes et les hommes : état des lieux, 27 mai 2016, <http://www.inegalites.fr/spip.php?Article972> ;
- Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales (France), A. SOURD (dir.), Lettre n° 12, mars 2016, 4 p., https://www.inhesj.fr/sites/default/files/fichiers_site/ondrp/note/note_12.pdf
- Observatoire national des violences faites aux femmes, Mutilations sexuelles féminines : données et bonnes pratiques, Lettre n° 9, fév. 2016 ;
- Office français de protections de réfugiés et apatrides, Les mutilations génitales féminines au Mali, Rapport de mission, vol. 1, 12-18 nov. 2008, 100 p., https://www.ofpra.gouv.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_de_mission_sur_les_mutilations_genitales_feminines_au_mali_2008.pdf ;
- OMS :
 - Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence, Résumé d'orientation, 2013, 51 p., http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625_eng.pdf?Ua=1
 - La grossesse chez les adolescentes, Aide-mémoire N°364, Mai 2012, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs364/fr/> ;
 - La violence à l'encontre des femmes : Violence d'un partenaire intime et violence sexuelle à l'encontre des femmes, Aide-mémoire, nov. 2016, [http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/fr/Mutilations sexuelles féminines](http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs239/fr/Mutilations_sexuelles_feminines), Aide-mémoire, n° 241, fév. 2016, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/fr/>.
 - Prévalence des mutilations sexuelles féminines, <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/fgm/prevalence/fr/> ;
- ONU Femmes :
 - Conférences mondiales sur les femmes, <http://www.unwomen.org/fr/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women> ;

- Fixation d'un âge minimum du mariage, <http://www.endvawnow.org/fr/articles/616-fixation-dun-age-minimum-du-mariage.html> ;
- ONU, Haut-commissariat des droits de l'homme, Que sont les droits de l'homme ? Consulté le 2 oct. 2017 sur <http://www.ohchr.org/FR/Issues/Pages/whatarehumanrights.aspx> ;
- ONUSIDA, Rapport de situation national à l'intention de l'UNGASS Bénin, 2010, http://data.unaids.org/pub/report/2010/benin_2010_country_progress_report_fr.pdf ;
- OUEDRAOGO C. :
 - Le statut des femmes - État des connaissances sur les approches méthodologiques, Unité d'enseignement et de recherche en démographie, Ouagadougou, déc. 1997, 16 p. ;
 - Mutilation Génitale Féminine : La lutte du Burkina Faso, précurseur en Afrique et dans le monde, <http://www.nextafrique.com/mutilation-genitale-feminine-la-lutte-du-burkina-faso-precurseur-en-afrique-et-dans-le-monde> ;
- PAGEARD R., Contribution à l'étude de l'exogamie dans la société mossie traditionnelle, *in* Journal de la Société des Africanistes, tome 36, fascicule 1, 1966, p. 111 ;
- PATER L., *Le veuvage*, 7 mars 2013, <http://www.pa-lunion.com/Le-veuvage.html> ;
- *ParisMatch*, AFP, La Jordanie abolit un article de loi autorisant un violeur à épouser sa victime, 1^{er} août 2017, <http://www.parismatch.com/Actu/International/La-Jordanie-abolit-un-article-de-loi-autorisant-un-violeur-a-epouser-sa-victime-1320497> ;
- PICOT J.-B.-C., Du mariage romain, chrétien et français : considéré sous le rapport de l'histoire, de la philosophie, de la religion, et des institutions anciennes et modernes, chez l'auteur, 1849, Paris, p. 2, <http://gallica.bnf.fr/> ;
- Plan International, Parce que je suis une fille, Rapport Afrique 2012, p. 20 http://plan-international.org/girls/pdfs/Progres_et_obstacles_education_des_filles_en_afrique_plan_international_2012_fr_c.pdf ;
- *Planetoscope*, Nombre de naissances en Afrique, <http://www.planetoscope.com/natalite/20-nombre-de-naissances-en-afrique.html> ;
- PLEASANCE C., *Child bride forced into marriage makes poisoned a which kills groom and three of his friends in Nigeria*, 11 avr. 2014, *DailyMail*, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2601718/Child-bride-forced-marriage-makes-poisoned-meal-kills-groom-three-friends-Nigeria.html>;

- Radio France international :
 - À la Une : Burkina Faso, le défi des hommes intègres, par François-Xavier FRELAND, 28 oct. 2014, <http://www.rfi.fr/emission/20141028-burkina-faso-compaore-constitution-defi-hommes-integres> ;
 - Sénégal : marche blanche contre les violences faites aux femmes, 28 nov. 2012, <http://www.rfi.fr/afrique/20121128-senegal-marche-blanche-contre-violences-faites-femmes/> ;
- ROUGIER B., La circoncision limite le risque d'infection par le SIDA, Radio France, 7 mai 2014, http://www.francetvinfo.fr/sciences/la-circoncision-limite-le-risque-d-infection-par-le-sida_1666549.html ;
- Sénat (France), Repères chronologiques, Victor Schoelcher (1804-1893), Une vie, un siècle, l'esclavage d'hier à aujourd'hui, http://www.senat.fr/evenement/victor_schoelcher/abolitions.html ;
- SCHWEITZER M.G., PUIG-VERGES N., Biotechnologies et filiation. Questions pour l'attachement et la parentalité, Communication, Annales Médico-psychologiques, in Revue psychiatrique, volume 160, n° 4, éd. Elsevier, Paris, mai 2002, p. 332–336 ;
- SEMMAR A., Algérie : Elle est où la provocation quand une femme porte une robe ? 12 mars 2015, <http://www.courrierinternational.com/article/2015/03/08/elle-est-ou-la-provocation-quand-une-femme-porte-une-robe> ;
- STEWART C., Cameroun : nouveau Code pénal, l'homosexualité toujours réprimée, 24 juin 2016, <https://76crimesfr.com/2016/06/24/cameroun-nouveau-code-penal-lhomosexualite-toujours-reprimee/> ;
- TABARD R., Religions et cultures traditionnelles africaines, in Revue des sciences religieuses 84, n° 2, 2010, p. 191, <http://rsr.revues.org/346> ;
- TADJON C., Cameroun : Émancipation – Madame refuse d'épouser mon nom, 28 nov. 2005, <http://fr.allafrica.com/stories/200511291387.html> ;
- TERRE F. *et al.*, Rapport du groupe de travail Droit de la famille, Académie des sciences morales et politiques, 6 juin 2001 ;

- TRAORE N. S., Quand la vision manque, l'horizon s'obscurcit ! *In* Dossier spécial Code des Personnes et de la Famille : la reculade, Bulletin "La voix de la citoyenne", Groupe Pivot/Droits et Citoyenneté des Femmes, n° 2, déc. 2011, p. 2 ;
- *United States Agency for international development (USAID)/Population Council/Secrétariat permanent du Comité national de lutte contre l'excision – Burkina Faso*, Analyse de l'évolution de la pratique de l'excision au Burkina Faso, N. J. DIOP et *al.*, mars 2006, 38 p., http://www.popcouncil.org/uploads/pdfs/RH_burkinafaso_fgmanalyse_FR.pdf.
- UNICEF :
 - Changer une convention sociale néfaste : la pratique de l'excision/mutilation génitale féminine, Rapport, mai 2008, 49 p. ;
 - Les droits de l'enfant –Parlement des enfants, 2009, p. 4, <https://www.unicef.fr/sites/default/files/userfiles/livretparlementunicef100107v2.pdf> ;
 - Mutilations génitales féminines/excision : aperçu statistique et étude de la dynamique des changements, 16 juil. 2013, https://www.unicef.org/esaro/FGM_Report_Summary_French__16July2013.pdf ;
- WALLE E. (Van De), WALLE F. (Van de), Allaitement, stérilité et contraception : les opinions jusqu'au XIX^e siècle, *in* Revue Population, vol. 27, n° 4/5, juil. - oct. 1972, p. 685-701 ;
- VANDERLINDEN J., Production pluraliste du droit et construction de l'État africain, Afrique Contemporaine, 2001, <http://www.dhdi.free.fr/recherches/etatdroitjustice/articles/vanderli2.htm> ;
- VASSAS C., Présences du féminin dans le judaïsme, Clio. Femmes, Genre, Histoire [En ligne], 44 | 2016, <http://clio.revues.org/13285> ;
- VERRIÈRE L., Où en est, où va la population du Sénégal ? I. S. E. A., mars 1963, Dakar, ronéotypé, 30 p. ;
- VIDAL-NAQUET C. :
 - Le couple pendant la Grande Guerre : un sujet d'histoire ? Mission Centenaire 14-18, <http://centenaire.org/fr/societe/le-couple-pendant-la-grande-guerre-un-sujet-dhistoire> ;
 - S'épouser à distance : Le mariage à l'épreuve de la guerre, *in* Belin – Revue d'histoire moderne et contemporaine, 2006/3, n° 53-3, p. 143 ;

- WALLE D. (Van De), *Être veuve en Afrique : le lien entre situation matrimoniale et pauvreté*, 11 janv. 2016, <http://blogs.worldbank.org/africacan/fr/etre-veuve-en-afrique-le-lien-entre-situation-matrimoniale-et-pauvrete> ;
- WILDAF-Mali, Situation des femmes au Mali, janvier 2016, http://www.wildaf-ao.org/index.php?Option=com_content&view=article&id=83&Itemid=65&lang=en ;
- WILDAF-Mali, *Communication sur l'adoption des amendements apportés au Code des personnes et la famille*, déc. 2011, Bamako, <https://www.awid.org/fre/content/download/133704/1492106/file/communicationwildafcodepersonnes31d%C3%a9c.docx> ;
- WILDAF-Togo, Effectivité des droits des femmes en Afrique de l'Ouest : Quelles responsabilités pour les acteurs judiciaires et extrajudiciaires ? (Cas du : Bénin, Burkina Faso, Ghana, Mali, Nigeria, Sénégal et Togo), par B. OLATERU-OLAGBEGI et K. ADJAMAGBO-JOHNSON, 48e session de la Commission sur la condition des femmes, mars 2004, Togo, 16 p. ;
- YODA F. B., Les inégalités de genre dans l'accès à la terre au Burkina Faso : État des lieux, in « Accès à la terre en milieu rural en Afrique : stratégies de lutte contre les inégalités de genre », Atelier du 22-26 sept. 2008, Bruxelles, Belgique, <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/ak159f/ak159f.pdf>, p. 159-161 ;
- ZIMMERMANN M.-J., Avancées et lacunes de la France concernant les applications de la Convention CEDEF/CEDAW, Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes, note de synthèse, 14 mai 2008, 11 p.

G. Législation

1) Internationale

- Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant du 11 juillet 1990 ;
- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981 ;
- Charte des Nations-Unies du 26 juin 1945 ;
- Convention internationale sur les droits de l'enfant du 20 nov. 1989 ;
- Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités ;
- Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique signée le 12 avr. 2011 ;

- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 déc. 1979 ;
- Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages du 7 nov. 1962 ;
- Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes du 20 déc. 1993 ;
- Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948 ;
- Protocole additionnel à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes du 11 juil. 2003 ;
- Recommandation générale des Nations-Unies n° 19, onzième session, 1992, Document A/47/38 ;
- Résolution des Nations-Unies 67/146 sur l'intensification de l'action mondiale visant à éliminer les mutilations génitales féminines du 20 décembre 2012 ;
- Résolution des Nations-Unies n°54/133 sur les pratiques traditionnelles ou coutumières affectant la santé des femmes et des filles du 7 fév. 2000 ;
- Résolution 2010/C 184 E/11 du Parlement européen du 24 avr. 2009 sur les droits des femmes en Afghanistan.

2) Nationale

a. Bénin

- Constitution du 2 déc. 1990 ;
- Coutumier du Dahomey (Circulaire A.P. 128 du 19 mars 1931) ;
- Décret du 6 mai 1877 portant Code pénal applicable au Bénin ;
- Loi n° 2011-26 du 09 janv. 2012 portant prévention et répression des violences faites aux femmes ;
- Loi n° 2002-07 du 14 juin 2004 portant Code des personnes et de la famille ;
- Loi n° 2003-17 du 11 nov. 2003 portant orientation de l'éducation nationale ;
- Loi n° 2003-03 du 3 mars 2003 portant répression de la pratique des mutilations génitales féminines

b. Burkina Faso

- Constitution du Burkina Faso du 2 juin 1991, modifiée par la loi n°033-2012/AN du 11 juin 2012 ;
- Décret n° 2014-048/PRES/PM/MS du 07 février 2014 portant code de déontologie des médecins ;
- Décret n° 2008-236/PRES/PM/MEBA/MESSRS/MASSN/MATD du 8 mai 2008 portant organisation de l'enseignement primaire ;
- *Kiti* An VII-318/FP/SAN/AS/SEAS du 18 mai 1990 portant création du Comité national de lutte contre la pratique de l'excision ;
- Loi n° 061-2015/CNT du 06 sept. 2015 sur la prévention, répression et réparation des violences à l'égard des femmes et des filles et prise en charge des victimes ;
- Loi n° 005-2015/CNT du 7 avril 2015 portant Code électoral ;
- Loi n°033-2012/AN du 11 juin 2012 portant révision de la Constitution ;
- Loi n°028-2008/AN du 13 mai 2008 portant Code du travail ;
- Loi n°013-2007/AN du 30 juil. 2007 portant loi d'orientation de l'éducation ;
- Loi burkinabè n° 049-2005/AN du 21 déc. 2005 portant santé de la reproduction ;
- Loi n° 10-93/ADP du 17 mai 1993 portant organisation judiciaire, modifiée par la loi 28-2004/AN du 8 sept. 2004 portant création des juridictions pour mineurs et par la loi n° 22-2009/AN du 12 mai 2009 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce ;
- Loi n° 43/96/ADP du 13 nov. 1996 portant Code pénal modifiée par la loi n° 6-2004 AN du 6 avr. 2004 ;
- *Zatu* An VII/0013 du 16 nov. 1989 portant Code des personnes et de la famille.

c. Mali

- Constitution du 12 janv. 1992 ;
- Décret n°04-253/P-RM du 05 juil. 2004 fixant le salaire minimal interprofessionnel garanti ;
- Lettre circulaire n°0019/MSPAS-SG du 16 janv. 1999 ;
- Loi n° 11-080/AN-RM du 2 déc. 2011 portant Code des personnes et de la famille personnes et de la famille ;
- Loi n°02-054/AN/RM du 16 déc. 2002 portant statut de la Magistrature ;

- Loi n° 02-044 du 24 juin 2002 relative à la santé de la reproduction ;
- Loi n° 01-079 du 20 août 2001 portant Code pénal ;
- Loi n°92-002 du 27 août 1992 portant Code du commerce ;
- Loi n°87-31/AN/RM du 29 août 1987 portant Régime général des obligations ;
- Loi n°62-17/AN/RM du 3 fév. 1962 portant Code du mariage et de la tutelle ;
- Ordonnance n°02-053/P-RM du 04 juin 2002 créant le Programme national de lutte contre l'excision ;
- Ordonnance n° 00-0271/P-RM du 22 mars 2000 portant Code domanial et foncier, modifiée par la loi n° 02-008 du 12 fév. 2002.

d. Autres

- Cameroun :
 - Loi n° 68-LF.2 du 11 juin 1968 sur l'état civil ;
 - Loi n° 66-2-COR du 7 juil. 1966 portant diverses dispositions relatives au mariage ;
 - Ordonnance n°81/02 du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil ;
- Côte d'Ivoire :
 - Loi n° 81-640 du 31 juil. 1981 portant Code pénal ;
 - Loi n° 64-375 du 7 oct. 1964 relative au mariage, modifiée par les lois n° 83-800 du 2 août 1983 et n° 2013-33 du 25 janv. 2013 ;
- France :
 - Code civil ;
 - Code pénal ;
 - Loi n° 2017-347 du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse ;
 - Loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté ;
 - Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle ;
 - Loi n° 2015-993 du 17 août 2015 portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne ;
 - Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ;

- Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France ;
- Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ;
- Loi n° 2010-769 du 9 juill. 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants ;
- Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ;
- Loi n° 2006-1376 du 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages ;
- Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs ;
- Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité ;
- Loi n° 2003-516 du 18 juin 2003 relative à la dévolution du nom de famille ;
- Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale ;
- Loi n° 2002-304 du 4 mars 2002 supprimant le « nom patronymique » au profit du « nom de famille » ;
- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé ;
- Loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janv. 2002 ;
- Loi n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins ;
- Loi n° 99-944 du 15 nov. 1999 relative au pacte civil de solidarité ;
- Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain ;
- Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales ;
- Loi n° 85-1373 du 23 déc. 1985 autorisant l'usage des noms paternel et maternel ;
- 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 n° 75-617 du 11 juil. 1975 portant réforme du divorce ;
- Loi n° 75-17 du 17 janv. 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse ;
- Loi n° 72-3 du 3 janv. 1972 sur la filiation ;
- Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale ;
- Loi n° 67-1176 du 28 déc. 1967 relative à la régulation des naissances ;
- Ordonnance n° 2005-759 du 4 juil. 2005 portant réforme de la filiation ;
- Sénégal, Loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille ;
- Togo, Ordonnance n° 80-16 du 31 janv. 1980 portant code des personnes et de la famille, modifiée par la loi n°2012-014 du 6 juillet 2012

H. Jurisprudence

1) Internationale

- Arrêt n° ECW/CCJ/JUD/06/08 du 27 oct. 2008 ;
- Cour EDH, 2^e Sect., 25 sept. 2012, GODELLI c/ Italie, Req. N° 33783/09 ;
- Cour EDH, 5 janv. 2010, Frasik c/ Pologne, req. N° 22933/02, D. 2011. 1041 ;
- Cour EDH, 17 février 2005, K. A. et A. D. C/ Belgique, § 83 2 : JCP G, 2005.I.159, n° 12, obs. F. SUDRE ; D., 2005. 2973, chron. M. FABRE-MAGNAN ; RDP, 2006, chron. M. LEVINET ;
- Cour EDH, sect. IV, 16 nov. 2004, U. C/ Turquie, n° 29865/96 : RTD civ. 2005. 343, obs. J.-P. MARGUENAUD ;
- Cour EDH, G.C. 13 févr. 2003, ODIÈVRE c/ France, Req. N° 42326/98 ;
- Cour EDH, C. R. C/ Royaume-Uni, § 34 et de S. W. C/ Royaume-Uni, § 36, du 22 novembre 1995 (AJDA, 1996, 445, note J.-P. COSTA ; RTDH, 1996, 459, obs. S. VAN DROOGHENBROEK ;
- Cour EDH, arrêt Burghartz : 22 févr. 1994, Burghartz c/ Suisse, n° 16213/90, série A, n° 280-B, D. 1995. 5, note J.-P. MARGUENAUD ;
- Cour EDH, H c/ Norvège, requête n° 17004/90, du 19 mai 1992 ;
- Cour EDH, X c/ Royaume-Uni, requête n° 8416/79, du 13 mai 1980

2) Nationale

a. Bénin

- Décision de la Cour constitutionnelle n° 09-081 du 30 juil. 2009 ;

- Décision de la Cour constitutionnelle n° 04-083 du 20 août 2004 ;
- Décision de la Cour constitutionnelle n° 02 144 du 23 décembre 2002

b. Burkina Faso

- Décision de la CA Ouagadougou, 15 fév. 2002, *in* Revue burkinabè de droit, n° 42, 2^e semestre, 2002, p. 159 ;
- Tribunal de grande instance de Kaya, 25 janv. 2001, *in* Revue burkinabè de droit, n° 42, 2002, p. 147

c. Autres

- Cameroun :
 - Cour suprême, arrêt n° 70/L du 24 avr. 1975 ;
 - Cour suprême, arrêt n° 42/L du 4 janv. 1972 ;
 - TGI Mfoundi, 3 juin 1987, jugement n° 268 ;
 - TGI Wouri, 6 déc. 1991, jugement n° 134 ;
- France :
 - T. civ. de Montpellier, 16 juil. 1946, Gaz. Pal., 2. 183 ;
 - T. civ., Seine, 4 févr. 1918 : DP 1920. 2. 78 ;
 - TGI, Avranches, 10 juill. 1973 : D. 1974. 174, note P. GUIHO ;
 - TGI, Béthune, 12 juin 1973 : JCP, 1975, II, 17946 ;
 - TGI, Dinan, 4 avr. 2006, RTD civ. 2007. 550, obs. J. HAUSER ;
 - TGI, Lille, 1^{er} avr. 2008, D. 2008. 1389, note X. LABBÉE ; D. 2008. 1788, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; RTD civ. 2008. 455, obs. J. HAUSER ;
 - TGI Paris, 7 mai 1996, Dr. Fam. 1997. 38, obs. H. LÉCUYER ;
 - TGI, Rennes, 9 nov. 1976, D. 1977. 539, note H.-D. COSNARD ;
 - T. Civ. Seine, 15 déc. 1897: DP 1898, II, p. 497 ;
 - TGI, Versailles, 25 avr. 1979, Gaz. Pal. 1979. 2. 532 ; RTD civ. 1981. 142, obs. R. NERSON ET J. RUBELLIN-DEVICHI ;
 - CA, Aix-en-Provence, 3 mars 2005, n° 03/07185 : Jurisdata n° 2005-271242 ;
 - CA, Aix-en-Provence, 23 avr. 1996, Dr. Fam. 1996. Comm. 17, obs. H. LÉCUYER

- CA, Aix-en-Provence, 24 mai 1989, Juris-Data, n° 044008 ;
- CA, Aix, 22 mars 1884 : S. 1884, 2, p. 93 ;
- CA, Amiens, 1^{er} sept. 2014, RG n° 13/01128, AJ Pén. 2015. 89, obs. M. BENILLOUCHE ;
- CA, Bastia, 27 juin 1949, D. 1949, D., 1949.2.417, JCP 1949 II 5083, note J. S. ;
- CA, Bordeaux, 21 févr. 2006, Dr. Fam. 2007, n°6, juin 2007, Comm. 121, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ;
- CA, Bordeaux, 13 oct. 2004, Dr. Fam. 2005, n° 1, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ;
- CA, Bordeaux, 1^{er} octobre 1991 : JCP 92, éd. G, IV, n° 1043; Juris Data, 1991, n° 045563 ;
- CA, Caen, 11 janv. 2007, Juris Data, 2007, n° 329848 ; Dr. Famille 2007, comm. 101, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ;
- CA, Chambéry, 17 nov. 2014, RG n° 13/02684, RJPF 2015-1/24 ;
- CA, Chambéry, 15 juin 1869, DP 1869. 2. 188 ;
- CA, Colmar, 8 juil. 1970, JCP 1971. II. 16604, note J. A. ;
- CA, Douai, 17 nov. 2008, JCP 2009, II, 10005, note P. MALAURIE ;
- CA, Lyon, 16 janv. 1980 : D. 1981. 577, note P. GUIHO ; Gaz. Pal. 1980. 2. 428, note J. VIATTE ;
- CA, Montpellier, 19 mars 1954, D. 1954. 377 ;
- CA, Nancy, 1er mars 1993, Juris-Data, n° 043046 ; CA Montpellier, 13 mars 1984, Juris-Data, n° 699433 ;
- CA, Nîmes, 31 oct. 2012, n° 11/01686: Jurisdata n° 2012-029050 ;
- CA, Nîmes, 2^e ch., sect. C, 21 mars 2007, Juris Data, 2007, n° 332022 ;
- CA, Paris, 2 juil. 2009, D. 2010, p. 728, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU
- CA, Paris, 4^e ch. A, 22 sept. 1993 ;
- CA, Paris, 26 mars 1982, Juris-Data, n° 600934 ;
- CA, Paris, 7 juin 1973 : JCP 1973. II. 17539, note G. GOUBEUX ; D. 1974. 174, note P. GUIHO ;
- CA, Paris, 30 avr. 1963 : D. 1963. 428, note A. ROUAST ;
- CA, Paris, 31 mars 1855 : S. 1855, 2, p. 494 ;
- CA, Pau, 6 mars 2006, Dr. Fam. 2006, oct. ; 2006, n° 10, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ;

- CA, Rennes, 10 déc. 1981, Jurisdata 1981-641982 ;
- CA, Rouen, 15 juin 2005, n° 03/01005 : Jurisdata n° 2005-278689 ; Dr. Famille 2005, comm. 235, V. Larribau-Terneyre ;
- CA, Paris, 12 juin 1957, JCP 1957. II. 10110, note R. LINDON ;
- Civ. 1re, 12 févr. 2014, n° 13-13.873 P : D. 2014. 482 ; AJ Famille 2014. 192, obs. P. HILT ;
- Civ 1^{re}, 20 nov. 2013, RTD civ. 2014. 91, obs. J. HAUSER ;
- Civ. 1re, 1^{er} juin 2011, Bull. Civ. 2011 I, n° 102 ;
- Civ. 1er, 4 mai 2011, Bull. Civ. I 2011, n° 82 ;
- Civ. 1er, 15 déc. 2010, Bull. Civ. I, n° 264 ; AJ Fam. 2011. 107, obs. I. ARDEEFF ; RTD civ. 2011. 114, obs. J. HAUSER
- Civ. 1^{re}, 6 févr. 2008, D. 2008. 546 ; AJ fam. 2008. 168, obs. F. CHÉNEDÉ ; Dr. Fam. 2008. 39, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ;
- Civ. 1^{re}, 25 mars 2009, n° 08-11.126 : RJPF juin 2009, p. 28, obs. Th. GARÉ ;
- Civ. 1^{re}, 12 déc. 2007, Bull. Civ. I, n° 390 ; D. 2008. AJ, p. 223 ;
- Civ. 1^{re}, 28 mars 2006, n° 03-10.072, Dr. Famille 2006, comm. 118, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, D. 2007, p. 1564, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ;
- Civ. 1^{re}, 31 janv. 2006, Bull. Civ. 2006 I, n° 47, p. 48;
- Civ. 1^{re}, 25 janv. 2005, JCP 2005. II. 10104, concl. J. SAINTE-ROSE, note S. GABORIAU ;
- Civ. 1^{re}, 12 déc. 2003 ; RTD Civ., 2004, p. 978 ;
- Civ. 2^e civ., 21 févr. 2002, n° 01-60.019, Bull. Civ. II, n° 21 ;
- Civ. 2^e civ., 25 janv. 2001, n° 00-60.486, Bull. Civ. II, n° 15 ;
- Civ. 1^{re}, 6 juill. 2000 (LPA 31 janv. 2001, obs. J. MASSIP ;
- Civ. 1^{re} civ., 15 juil. 1999, n° 99-10.269, Bull. Civ. I, n° 244, D. 2000, somm., p. 414, obs. J.-J. LEMOULAND, LPA 2000, n° 40, p. 20, note J. MASSIP ;
- Civ. 1^{re}, 8 juin 1999 : D. 2000. Somm. 413, obs. J.-J. LEMOULAND ; Defrénois 1999. 1256, obs. J. MASSIP ; Dr. Fam. 1999, n° 110, note H. LÉCUYER ;
- Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, RTD civ. 1998. 659, obs. J. HAUSER ;
- Civ. 1^{re}, 4 juil. 1995, Bull. Civ. 1995 I, n° 291, p. 203;
- Civ. 2^e, 28 avr. 1993, RTD civ. 1995. 604, note J. HAUSER ;

- Civ. 1^{re}, 2 déc. 1992 : D. 1993. 409, note F. BOULANGER, Bull. Civ. I 1992, n° 299, p. 195 ;
- Civ. 1^{re}, 28 mai 1980 : JCP 1981. II. 19552, note G. RAYMOND ;
- Civ. 1^{re}, 19 févr. 1975 : Bull. Civ. 1975 I, n° 70 ;
- Civ. 1^{re}, 29 janv. 1975, n° 72-13.326, Bull. Civ. I, n° 42 p. 39, D. 1975, p. 668, note J. HAUSER ;
- Civ. 1^{re}, 22 mars 1972 : Bull. Civ. I, n° 93 ; Reims, 13 fév. 1978 : JCP N 1979. II. 108.
- Civ. 1^{re}, 17 déc. 1968, RTD civ. 1970. 154, obs. R. NERSON ;
- Civ. 1^{re}, 22 janv. 1968, n° 66-12.308, JCP G 1968, II, n° 15442, obs. R. LINDON ;
- Civ. 1^{re}, 19 juil. 1966, Bull. Civ. I, n° 443 ;
- Civ., 14 avr. 1902, DP 1903. 1. 380 ;
- Civ., 26 juin 1879 : S. 1879, 1, p. 176 ;
- Civ., 16 mars 1841 : DP 1841, I, 210 ;
- Civ., 30 mai 1838, S. 38. 1. 492 ;
- Civ., civ., 20 janv. 1830 : S. 1830, 1, p. 99 ;
- CE, 4 déc. 2009 : D. 2010. Pan. 1442, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; AJ Famille 2010. 46, obs. GALLMEISTER ; RTD civ. 2010. 295, obs. HAUSER ;
- CE 4 nov. 1983, Catrin, req. N° 26143 : LEBON. T. 848 ; RDSS 1984. 163, obs. L. DUBOUIS ;
- CE, Ass., 31 oct. 1980, LAHACHE, req. N° 13028 : Lebon 403 ; D. 1981. 38, concl. GENEVOIS ; D. 1981. IR 167, obs. MODERNE et BON ; JCP 1982. II. 19732, note DEKEUWER-DÉFOSSEZ ;
- Crim., 15 juin 2000, 99-84.171, Bull. Crim., 2000 n° 227, p. 673 ;
- Crim., 11 juin 1992, D. 1993, Somm. P. 13, obs. G. AZIBERT ;
- Crim. 17 juil. 1984, Bull. Crim., n° 260 ;
- Soc., 1^{er} juil. 1998, n° 96-42.089, n° 3375 ;
- Sénégal :
 - TPI Dakar, 30 mai 1978, RJS. Crédila, 1982 vol. 11, p. 158, *in* D. NDOYE, Code de la famille du Sénégal annoté, Code de la famille du Sénégal annoté, Éditions juridiques africaines, Dakar, 2009, 109 ;
 - TPI Dakar, 21 févr. 1978, RJS. Crédila, 1982 - vol. III, p. 149.
 - TPI Dakar, 12 juil. 1977, RJS. Crédila, 1982, vol. 11, p. 14 ;
 - TPI Dakar 1^{er} juil. 1976, RJS. Crédila, 1982, vol. 11, p. 15 ;

I. Sites internet

- <http://www.20minutes.fr/sante/1125529-20130326-circoncision-protege-certaines-maladies>
- <http://www.achpr.org/fr/instruments/achpr/ratification/>
- <http://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/prestation-compensatoire-et-pension-alimentaire-le-rappel-du-principe-de-distinction/h/77a5a67abfb46>
- <http://dalloz.fr/>
- <http://www.excisionparlonsen.org/mali/>
- <http://gallica.bnf.fr/>
- http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?p_auth=ljbxajw1
- http://www.justice.gouv.ml/voir_actu.aspx?lactu=101
- <http://www.insae-bj.org/education.html>
- <http://www.insd.bf/>
- <http://www.larousse.fr/>
- <http://www.lefaso.net/spip.php?article47900>
- <http://lamyline.lamy.fr/>
- <http://lexis360.fr/>
- http://www.maliapd.org/img/file/pdf/documents_cles/6_projet_pour_le_developpement_economique_et_social/pdes_att.pdf
- <http://www.pasteur.fr/fr/institut-pasteur/presse/fiches-info/cancer-du-col-l-uterus-et-papillomavirus?rt76=43-5554&rt77=34053837020&gclid=ckskp4ev9macfsecwwodskyajq>
- www.sciencedirect.com
- <https://www.scienceshumaines.com/>
- <http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20050325.obs2219/l-age-legal-du-mariage-des-filles-releve.html>
- <http://www.zonehimalaya.net/Himalaya/polyandrie.htm>.

J. Divers

- La Bible : DARBY J. N., La Sainte Bible, Nouvelle édition, Bibles et publications chrétiennes, Valence, 2002 ;
- Le Coran : HARKAT A., Essai de Traduction du Coran, 2^e éd., Dar Al-Coran Al.-Karim, Beyrouth-Liban, 1429-2008.

Annexes

TABLEAU N° 1 : LISTE DES PERSONNES MARIÉES SOUS L'OPTION POLYGAMIQUE INTERROGÉES

N° D'ORDRE	CODE	SEXE	AGE	PROFESSION	RELIGION	NIVEAU D'ETUDE	NBRE DE CONJOINT	DATE	DUREE (mn)
01	OUA 1	M	44	Taximan	Musulmane	École coranique	1	27 avril 2017	30
02	OUA 1A	F	30	Commerçante	Musulmane	Primaire (CP2)	1	27 avril 2017	29
03	OUA 2	M	32	Commerçant	Musulmane	École coranique	1	27 avril 2017	53
04	OUA 2A	F	29	Coiffeuse	Musulmane	École Franco-arabe	1	28 avril 2017	30
05	OUA 4	M	57	Militaire retraité	Musulmane	Primaire	2	2 mai 2017	
06	OUA 4A	F	48	Commerçante	Musulmane	Non scolarisée	2	2 mai 2017	33
07	OUA 10	M	75	Plombier à la retraite	Musulmane	École Franco-arabe	3	7 mai 2017	61
08	OUA 10A	F	47	Ménagère	Musulmane	École Arabe (CM1)	3	7 mai 2017	34
09	OUA 11	M	51	Contrôleur - Garde de Sécurité Pénitentiaire	Musulmane	Secondaire	1	8 mai 2017	44
10	OUA 11A	F	38	Institutrice	Musulmane	Secondaire	1	18 mai 2017	43
11	OUA 13	M	32	Commerçant	Musulmane	Secondaire	2	7 mai 2017	42
12	OUA 13A	F	28	Infirmière brevetée	Musulmane	Secondaire	2	7 mai 2017	35
13	OUA 16	M	44	Inspecteur du trésor	Musulmane	Supérieur (DESS)	1	8 mai 2017	29

14	OUA 16A	F	38	Ménagère	Musulmane	Primaire	1	9 mai 2017	41
15	OUA 17	M	48	Comptable	Musulmane	Supérieur	2	9 mai 2017	78
16	OUA 17A	F	32	Ménagère	Catholique	Primaire	2	9 mai 2017	43
17	OUA 17B	F	46	Coiffeuse	Catholique	Primaire	1	9 mai 2017	38
18	OUA 18	M	42	Instituteur	Catholique	Supérieur	2	8 mai 2017	48
19	OUA 18A	F	34	Couturière	Catholique	Primaire	1	10 mai 2017	31
20	OUA 20	M	56	Agent de douane	Catholique	Secondaire	2	11 mai 2017	64
21	OUA 20A	F	53	Commerçante	Musulmane	Non scolarisée	1	14 mai 2017	51
22	OUA 21	M	62	Gendarme à la retraite	Musulmane	Secondaire	3	10 mai 2017	87
23	OUA 21A	F	50	Ménagère	Musulmane	Non scolarisée	1		
24	OUA 22	M	40	Commerçante	Musulmane	Supérieur (licence en arabe)	1	9 juin 2017	72
25	OUA 22A	F	34	Ménagère	Musulmane	Secondaire	1	9 juin 2017	46
26	OUA 22B	F	34	Secrétaire	Musulmane	Secondaire	2	9 juin 2017	57
27	BAG 1	M	58	Cultivateur	Musulmane	Non scolarisé	3	16 mai 2017	54
28	BAG 1A	F	30	Ménagère	Musulmane	Non scolarisée	1	16 mai 2017	26

576 – L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone

29	BAG 1B	F	60	Ménagère	Musulmane	Non scolarisée	1	16 mai 2017	26
30	BAG 1C	F	50	Ménagère	Musulmane	Non scolarisée	1	16 mai 2017	30
31	BAG 2	M	57	Commerçant	Musulmane	Primaire	2	16 mai 2017	45
32	BAG 2A	F	50	Commerçante	Musulmane	Non scolarisée	1	16 mai 2017	32
33	BAG 2B	F	44	Commerçante	Musulmane	Non scolarisée	1	16 mai 2017	3
34	BAG 3	M	75	Cultivateur	Catholique	Non scolarisée	2	17 mai 2017	33
35	BAG 3A	F	70	Ménagère	Catholique	Non scolarisée	1	17 mai 2017	33
36	BAG 3B	M	39	Ménagère	Catholique	Non scolarisée	1	17 mai 2017	23
37	YAK 1A	F	35	Ménagère	Musulmane	Primaire	1	19 mai 2017	8
38	YAK 1B	F	45	Ménagère	Musulmane	École Franco-arabe	1	19 mai 2017	11
39	VEU 1	F	38	Ménagère	Catholique	Non scolarisée		16 mai 2017	21
40	VEU 2	F	43	Commerçante	Catholique	Non scolarisée		16 mai 2017	16
41	VEU 3	F	44	Institutrice	Protestante	Secondaire		15 juin 2017	41

N.B. : Dans le tableau ci-dessus, les époux sont représentés par trois lettres suivies d'un seul chiffre (OUA 1, BAG 2...), et les épouses sont repérées par trois lettres séparées d'un chiffre, encore suivi par une lettre (OUA 1A, BAG 2A...). Pour un époux OUA 2, OUA 2A est l'épouse qui a été questionnée la première et ainsi de suite. De la sorte, si l'époux OUA 2 a trois épouses, elles sont représentées par les codes OUA 2A, OUA 2B et OUA 2C, dans l'ordre dans lequel elles ont été rencontrées. Les codes qui commencent par OUA indiquent que les couples se sont mariés dans la ville de Ouagadougou ; ceux commençant par BAG et YAK indiquent les couples s'étant mariés respectivement dans les villes de Bagaré et de Yako. Les codes VEU 1, VEU 2 et VEU 3 désignent les veuves interrogées, dans l'ordre de l'enquête.

Les codes des personnes mariées ont été attribués avant de réaliser les enquêtes. Cependant, certains couples identifiés par des codes n'ont pas pu finalement être interrogés. Ceci explique la discontinuité des numéros par endroits. Par ailleurs, l'entretien de certains époux ou épouses n'a pas pu se faire en raison de leur absence pendant la période de l'enquête. À titre d'exemple, concernant la ville de Yako, l'époux YAK 1 ne figure pas dans la liste parce qu'il était en voyage au moment de l'enquête.

TABLEAU N° 2 : LISTE DES PERSONNES-RESSOURCE INTÉRROGÉES

N° D'ORDRE	CODE	PROFESSION/FONCTION	DATE	DUREE (mn)
1	PER 1	Magistrate à la retraite, membre de l'Association des Femmes Juristes du Burkina Faso	11 avril 2017	59
2	PER 2	Magistrate, présidente de chambre à la Cour d'appel de Ouagadougou, présidente de l'Association des Femmes Juristes du Burkina Faso	18 avril 2017	29
3	PER 3	Magistrate à la retraite, membre de l'Association des Femmes Juristes du Burkina Faso, Anciennement Médiateur du Faso	21 avril 2017	54
4	PER 4	Magistrat, juge au siège de 2009 à 2015 au TGI de Ouagadougou	21 avril 2017	31
5	PER 5	Magistrat, Président de tribunal, précédemment juge au siège au TGI de Ouagadougou.	9 juin 2017	35
6	PER 6	Pasteur évangélique, Secrétaire général de la Fédération des Missions évangéliques du Burkina Faso (FEME) (Ouagadougou)	12 avril 2017	49
7	PER 7	Imam de mosquée, Wentenga (Ouagadougou)	13 mai 2017	49
8	PER 8	Chef coutumier de Bibiou (Bagaré)	16 mai 2017	23
9	PER 9	Prêtre (Ouagadougou)	26 mai 2017	47

10	PER 10	Chef coutumier <i>Naba</i> Tigré de Silmiougou (Ouagadougou)	16 juin 2017	48
11	PER 11	Responsable du service d'état civil de l'arrondissement n° 3 de Ouagadougou	4 mai 2017	15
12	PER 12	Responsable du service d'état civil de la commune de Bagaré	16 mai 2017	26
13	PER 13	Responsable du service d'état civil de la commune de Yako	19 mai 2017	27
14	PER 14	Directrice de l'état civil de la commune de Ouagadougou	22 mai 2017	31
15	PER 15	Professeur de Littérature orale africaine (Université de Ouaga I)	18 sept. 2017	40

Table des matières

Sigles et abréviations	11
Introduction	15
I. Le mariage au prisme de l'égalité des sexes	24
A. Inégalité des sexes au regard du mariage.....	24
B. Inégalité des sexes à partir du mariage.....	26
II. Le cadre juridique international de la prise en compte de l'égalité dans le mariage.....	28
A. Instruments internationaux de portée générale	29
B. Instruments internationaux de portée spécifique	31
III. Les vicissitudes des règlementations du mariage en Afrique	33
A. Réformes du mariage par le pouvoir colonial.....	33
B. Réformes du mariage par les États africains indépendants.....	36
1) Exceptionnelle longueur des processus de codification en Afrique	37
2) Bilans contrastés des codifications	41
a. Évolution relative des droits de la femme.....	41
b. Points d'achoppement	42
C. Échecs des réformes du droit de la famille dans les États africains.....	46
IV. Les contours de l'analyse	50
Première partie : Faiblesse des droits de la femme dans le mariage	53
Titre 1 ^{er} : Une égalité imparfaite entre l'homme et la femme dans la formation du mariage..	55
Chapitre 1 : Protection marginale de la liberté matrimoniale de la femme dans le mariage civil	57
Section 1 : Disparité de l'âge du mariage de l'homme et de la femme.....	58
§ 1 : Précocité de l'âge matrimonial féminin.....	60
A. Approches différenciées dans la fixation de l'âge du mariage	61
1) Âge nuptial de la femme inférieur à celui de l'homme	61

2) Âge nuptial de la femme inférieur à l'âge de la majorité civile	64
B. Incidence de la dispense d'âge en vue du mariage.....	66
1) Conditions de la dispense d'âge en vue du mariage.....	67
2) Effets de la dispense d'âge aux fins de mariage	69
§ 2 : Inadéquation de l'âge matrimonial féminin	72
A. Précarisation de la situation de la femme par le mariage précoce	72
1) Handicap dans l'instruction scolaire de la jeune fille.....	73
2) Handicap dans la vie professionnelle de la femme	75
B. Vulnérabilité accrue de la femme par le fait du mariage précoce.....	76
1) Émancipation de plein droit de la femme mineure par le mariage.....	76
2) Atteintes au droit à la santé de la femme mineure	80
Section 2 : Mécanismes inadaptés de protection du consentement au mariage	82
§ 1 : Protection insuffisante du consentement matrimonial par l'officier de l'état civil	83
A. Limites de la protection du consentement nuptial avant la célébration du mariage.....	84
1) La non-comparution personnelle d'un futur conjoint pendant l'audience préalable.....	85
2) Le non-respect de la procédure sur le choix de la forme du mariage	89
a. Choix de la forme polygamique du mariage à l'insu d'un futur conjoint..	90
b. Responsabilité de l'officier de l'état civil	92
B. Limites de la protection du consentement nuptial pendant la célébration du mariage.....	94
1) La célébration du mariage par le ministre du culte en droit malien	94
2) Le mariage par procuration dans les droits malien et béninois	99
a. Le mariage par procuration dans l'ancien droit du mariage en France ...	100
b. Le mariage par procuration dans les droits du mariage des États francophones africains.....	102
§ 2 : Protection inadaptée du consentement matrimonial par le juge	104
A. Cas de recours judiciaires dans le cadre de la protection du consentement nuptial.....	105
1) Inexistence du consentement.....	106
2) Vices du consentement au mariage.....	109
B. État de la jurisprudence en matière de protection du consentement au mariage.....	114
1) Rareté des recours en annulation du mariage.....	115
2) Règlement non juridictionnel des litiges	116

Conclusion de chapitre	121
Chapitre 2 : Protection de la liberté matrimoniale de la femme absente du mariage traditionnel.....	123
Section 1 : L'inégalité des sexes dans la cérémonie matrimoniale traditionnelle.....	125
§ 1 : Éviction de principe de la volonté de la femme dans le processus matrimonial traditionnel	127
A. Le rite matrimonial comme cadre d'adhésion de la famille au mariage projeté.....	128
1) L'implication nécessaire des familles.....	130
2) L'assentiment indispensable des familles.....	132
B. Le rite matrimonial comme cadre d'extension du bénéfice des cadeaux à la famille	134
1) Le caractère obligatoire des présents de mariage.....	134
2) La détermination des présents de mariage selon la coutume de la femme.....	135
§ 2 : Irréversibilité de l'engagement de la femme résultant de la cérémonie matrimoniale traditionnelle.....	138
A. Point de départ de l'union matrimoniale.....	138
1) Le principe de la résidence commune après le rituel matrimonial	139
2) L'exception de la résidence séparée après le rituel matrimonial.....	140
B. Unicité du rituel matrimonial pour la femme	140
1) Caractère exclusif de l'engagement de la femme.....	141
2) Empêchement tenant à l'antériorité d'un rituel matrimonial.....	141
Section 2 : La dot comme instrument de renforcement de l'inégalité des sexes	144
§ 1 : Interprétations de la dot infériorisantes de la personne humaine	145
A. La dot comme preuve de l'engagement matrimonial de la femme	146
1) Preuve de l'accord des familles.....	146
2) Preuve du lien conjugal.....	148
B. La dot comme preuve de la filiation paternelle des enfants de la femme	149
1) Règles usuelles	149
2) Cas de figures particuliers.....	151
C. La dot comme compensation matrimoniale	153
1) Moyen de substitution de la femme donnée en mariage	153
2) Compensation de la perte de la contribution de la femme.....	154
§ 2 : Solutions légales face à la dot.....	156
A. L'interdiction de la dot en droit burkinabè	157
1) L'interdiction de la dot.....	158

2) La persistance du recours à la dot	160
B. L'admission de la dot dans les droits béninois et malien.....	161
1) La valeur symbolique de la dot	162
2) Le caractère obligatoire de la dot	163
Conclusion de chapitre	166
Conclusion du titre 1 ^{er} – Première partie.....	167
Titre 2 nd : Une égalité imparfaite entre l'homme et la femme à partir du mariage	171
Chapitre 1 : Des rapports inégaux entre l'homme et la femme durant le mariage	175
Section 1 : Inégalité de l'homme et de la femme mariés dans les rapports personnels. 176	
§ 1 : Le maintien du statut de "chef de famille" en droit malien.....	177
A. Choix du domicile conjugal par le mari	179
1) Le principe du choix du domicile conjugal par le mari.....	179
2) La dérogation au principe	182
B. Devoir d'obéissance de la femme envers le mari	183
1) Portée du devoir d'obéissance de la femme	184
2) Responsabilisation du mari pour les charges financières du ménage.....	186
§ 2 : Le port du nom conjugal dans les droits des États subsahariens	189
A. L'adjonction du nom marital en droit béninois.....	191
1) Une rédaction législative imprécise.....	191
2) Une clarification législative nécessaire	194
B. L'usage du nom marital dans les droits burkinabè et malien	196
1) Usage du nom marital.....	196
2) Limites dans l'usage du nom marital	198
Section 2 : Inégalité de l'homme et de la femme mariés dans les rapports avec leurs enfants	200
§ 1 : Le privilège de masculinité dans la détermination du nom de l'enfant	200
A. Dévolution du nom « patronymique » à l'enfant	201
1) Le principe de dévolution du nom paternel	201
2) Les hypothèses exceptionnelles de dévolution du nom maternel	203
B. Principe d'égalité dans la dévolution du nom de l'enfant en droit comparé : cas du droit français.....	205
1) L'égalité des parents dans la dévolution du nom à l'enfant.....	205
2) La prise en compte de la volonté parentale dans la dévolution du nom de l'enfant	207
§ 2 : Le privilège de masculinité dans les rapports entre les parents et l'enfant ...	210
A. Priorité paternelle pour consentir au mariage de l'enfant mineur	211

1) Un droit égal des père et mère pour consentir au mariage de l'enfant mineur dans les Codes béninois et burkinabè	211
2) Un droit subsidiaire de la mère de consentir au mariage de son enfant mineur dans le Code malien.....	213
B. Ouverture de la tutelle en cas de prédécès du mari.....	216
1) Refus de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale par la mère	217
2) Nécessaire bilatéralisation de la fonction parentale	219
Conclusion de chapitre.	223
Chapitre 2 : Des rapports inégaux entre l'homme et la femme à la dissolution du mariage	225
Section 1 : L'inégalité des conjoints dans les effets de la dissolution du mariage	226
§ 1 : Inégalités des sexes dans la dissolution du mariage au plan légal	226
A. Discriminations sexuelles en matière de pension alimentaire	227
1) Exclusion de l'homme du bénéfice du droit à la pension alimentaire.....	228
2) Subordination du droit à la pension alimentaire aux torts du mari	232
B. Délai de viduité pour la femme.....	235
1) Atteinte au droit au remariage de la femme	235
2) Délai non susceptible de dispense.....	237
§ 2 : Inégalités des sexes dans la dissolution du mariage au plan coutumier	240
A. Les rites de veuvage	241
1) Retraite obligatoire de la femme veuve	241
2) Cérémonies coutumières imposées à la femme veuve	243
B. Le lévirat.....	246
1) Incidence sur le droit au remariage de la femme	246
2) Contradiction avec le principe d'égalité des sexes	250
Section 2 : L'inégalité des conjoints en matière successorale.....	251
§ 1 : Coexistence du droit successoral avec les règles coutumières et religieuses	252
A. La coexistence <i>de jure</i> en droit malien.....	254
1) La reconnaissance de systèmes concurrents au droit positif dans les successions	254
2) L'imprécision des systèmes concurrents du droit positif dans les successions.. ..	255
B. La coexistence <i>de facto</i> dans les droits burkinabè et béninois.....	258
1) La prévalence des règles religieuses ou coutumières dans le partage des successions	258
2) L'encadrement nécessaire des règles religieuses ou coutumières de partage des successions.....	259
§ 2 : Exclusion traditionnelle de la femme des successions foncières	262

A.	Le déni d'un accès direct aux successions immobilières	262
1)	L'exclusion de la femme des successions foncières dans les sociétés patrilinéaires.....	263
2)	L'exclusion de la femme des successions foncières dans les sociétés matrilineaires.....	265
3)	L'exclusion de la femme des successions foncières dans les sociétés bilinéaires	265
B.	La tolérance d'un accès indirect aux successions immobilières	267
1)	L'accès de la femme aux successions foncières par l'intermédiaire du mari.....	268
2)	L'accès de la femme aux successions foncières par l'intermédiaire de parents de sexe masculin	269
	Conclusion de chapitre	271
	Conclusion du titre 2 nd – 1 ^{re} partie	273
	Conclusion de la Première partie	275
	Seconde partie : Négation des droits de la femme dans le mariage	277
	Titre 1 ^{er} : La consécration légale de discriminations envers la femme.....	279
	Chapitre 1 : Une inégalité maintenue par la légalisation explicite de la polygamie masculine	281
	Section 1 : La faveur de la polygynie.....	283
	§ 1 : La reconnaissance de la polygynie.....	284
	A. La polygynie en droit burkinabè.....	286
	1) Une polygynie optionnelle	286
	2) Une polygynie sans limitation du nombre d'épouses.....	289
	B. La polygynie en droit malien	292
	1) Une polygynie alternative à la monogamie	292
	2) Une polygynie avec limitation du nombre d'épouses	294
	§ 2 : Le refus de la polyandrie.....	296
	A. Des considérations d'ordre moral réfutables	296
	B. Des considérations d'ordre juridique réfutables	298
	1) Une confusion de part réelle	300
	2) Une confusion de part non insurmontable.....	301
	a. La reconnaissance de l'enfant	302
	b. La recherche scientifique de la paternité de l'enfant	303
	Section 2 : La distorsion des devoirs des époux en situation de polygamie	305
	§ 1 : La remise en cause du devoir de fidélité	307
	A. Plasticité du devoir de fidélité du mari dans le mariage polygynique.....	308

1) Devoir de fidélité.....	308
2) Devoir de fidélité et relations extraconjugales	313
B. Rigueur du devoir de fidélité de la femme dans le mariage polygynique	315
1) Sur le plan coutumier	315
2) Sur le plan religieux.....	316
§ 2 : La remise en cause des devoirs de cohabitation et d'entraide conjugale.....	318
A. Une disponibilité limitée du mari.....	318
1) Communauté de toit discontinue	319
2) Communauté de lit aléatoire	322
B. Une entraide conjugale dispersée du mari	324
1) Morcellement de la capacité d'entraide du mari envers les épouses	324
2) Convergence des capacités d'entraide des femmes vers l'époux	326
Conclusion de chapitre	328
Chapitre 2 : Une inégalité accrue par la légalisation implicite des mutilations génitales féminines.....	331
Section 1 : L'admission de nouvelles atteintes licites à l'intégrité physique.....	333
§ 1 : Vulnérabilité devant les atteintes à l'intégrité physique.....	334
A. Imprécision de la notion d'« actes d'ordre religieux ou coutumier ».....	335
1) Corrélation entre actes religieux ou coutumiers portant atteinte à l'intégrité physique et dysfonctions sexuelles	336
2) Position isolée du législateur malien en faveur des actes religieux ou coutumiers portant atteinte à l'intégrité physique.....	338
B. Non-encadrement de l'appréciation du caractère « non néfaste à la santé ».....	340
1) Incertitude relative aux personnes compétentes pour apprécier	340
2) Incertitude relative aux modalités de l'appréciation.....	343
§ 2 : Gravité des atteintes à l'intégrité physique.....	345
A. La clitoridectomie.....	346
B. L'excision	349
C. L'infibulation	352
Section 2 : La portée des nouvelles atteintes à l'intégrité physique sur les droits fondamentaux.....	353
§ 1 : L'atteinte aux droits fondamentaux de la personne.....	354
A. Mutilations sexuelles féminines, expression de l'inégalité des genres	355
1) Le contrôle de la sexualité féminine en vue du mariage	356
2) Le contrôle de la sexualité féminine à partir du mariage	359
B. Répercussions des mutilations sexuelles sur la santé de la femme	360
1) Conséquences immédiates des mutilations sexuelles.....	360

2) Conséquences tardives des mutilations sexuelles.....	362
§ 2 : La nécessité d'une répression légale des mutilations génitales féminines	364
A. Résistance à l'adoption d'une loi répressive des mutilations génitales féminines au Mali	365
1) Risque de pérennisation des mutilations sexuelles féminines	365
2) Intervention nécessaire du législateur malien.....	367
B. Répression des mutilations sexuelles féminines au Bénin et au Burkina Faso	369
1) Pénalisation en droit béninois	370
2) Pénalisation en droit burkinabè.....	373
Conclusion de chapitre	376
Conclusion du titre 1 ^{er} – Seconde partie.....	379
Titre 2 nd : L'impasse législative face à la survie du statut coutumier de la femme mariée	383
Chapitre 1 : Insuffisance du dispositif légal face aux violences conjugales	385
Section 1 : Un dispositif légal parcellaire au Mali.....	386
§ 1 : La répression limitée des violences conjugales	387
A. Sanction sélective des violences physiques	387
1) La sanction civile	387
2) La sanction pénale.....	389
B. Occultation des violences morales.....	392
1) Banalisation des violences morales du mari.....	392
2) Nécessité de mettre fin à l'inertie juridique	393
§ 2 : Le défaut de répression légale du viol conjugal.....	394
A. Non-reconnaissance du viol entre conjoints par la coutume	396
1) Viol conjugal dans le cadre du mariage forcé	396
2) Viol conjugal en dehors du mariage forcé	398
B. Démarcation nécessaire entre droit moderne et coutume	400
1) La présomption simple de consentement des conjoints à partir du mariage.....	401
2) Le renouvellement nécessaire du consentement des conjoints pendant la vie conjugale	403
Section 2 : Des dispositifs légaux inachevés au Bénin et au Burkina Faso	404
§ 1 : Pénalisation des violences conjugales	405
A. Incrimination des violences et du viol entre époux.....	405
1) Violences conjugales	406
2) Viol au sein du couple	407
B. Incrimination du harcèlement conjugal	410

1) La condition de l'exploitation d'une situation de faiblesse pour obtenir des faveurs de nature sexuelle	410
2) La condition de la répétition des faits constitutifs de harcèlement.....	412
§ 2 : Renforcement nécessaire de la répression des violences conjugales	414
A. Inexistence de procédures d'urgence appropriées aux cas de violences conjugales	415
B. Solution partielle en matière de logement de la femme victime de violences conjugales	418
1) L'éviction incertaine de l'auteur des violences du domicile conjugal	418
2) Le non-relogement de la femme victime.....	419
Conclusion de chapitre	422
Chapitre 2 : Insuffisance du dispositif légal relatif aux droits de santé reproductive et professionnels de la femme mariée.....	423
Section 1 : Des droits sexuels et de santé reproductive de la femme limités	425
§ 1 : Méconnaissance en pratique de la liberté sexuelle féminine	426
A. La canalisation de la sexualité féminine vers le mariage et la fonction reproductive	427
1) La réprobation d'une sexualité féminine avant le mariage.....	427
2) L'apologie d'une sexualité féminine procréative dans le mariage	431
B. La lente percée de la notion de contrôle de la fécondité	435
1) La faible adhésion à la contraception dans les sociétés africaines.....	436
2) Les limites juridiques à l'appropriation des méthodes contraceptives	439
§ 2 : Restriction du recours à l'interruption volontaire de grossesse.....	442
A. Cas de recours strictement définis.....	443
1) L'interruption volontaire de grossesse pour raison de santé de la mère... ..	443
2) L'interruption volontaire de grossesse pour viol ou inceste	445
3) L'interruption volontaire de grossesse pour affection grave de l'enfant à naître	446
B. Incrimination maintenue.....	446
1) Pénalisation de l'interruption volontaire de grossesse	447
2) Controverse relative à la légalisation interruption volontaire de grossesse.....	449
Section 2 : Une liberté professionnelle de la femme mariée	453
§ 1 : Le droit moderne face à l'assignation traditionnelle aux travaux domestiques .	454
A. L'assujettissement de la femme mariée aux soins aux personnes	455
1) Dans la sphère familiale	457
2) Hors de la sphère familiale.....	458
B. L'assujettissement de la femme mariée aux tâches ménagères	461

1) Remise en cause de la collaboration ménagère des époux par la coutume.....	461
2) Gratuité des services ménagers de la femme mariée	464
§ 2 : L'autonomie professionnelle déniée.....	465
A. Accès limité de la femme mariée au monde professionnel.....	466
1) Une disponibilité au travail salarié restreinte.....	467
2) Une disponibilité au travail salarié instable.....	470
B. Évolution professionnelle incertaine de la femme mariée.....	473
1) Un niveau de qualification peu compétitif	474
2) Une discrimination à l'embauche liée au statut conjugal.....	475
3) Des rôles professionnels déterminés selon le sexe	476
Conclusion de chapitre	479
Conclusion du titre 2 nd – Seconde partie	481
Conclusion de la Seconde partie	483
Conclusion générale.....	487
Index alphabétique	499
Bibliographie	507
A. Dictionnaires et encyclopédies	507
B. Ouvrages généraux.....	507
C. Ouvrages spécialisés.....	516
D. Thèses et mémoires	517
E. Répertoires, articles de périodiques	518
F. Rapports et publications diverses	546
G. Législation	560
1) Internationale.....	560
2) Nationale.....	561
a. Bénin.....	561
b. Burkina Faso	561
c. Mali.....	562
d. Autres	563
H. Jurisprudence	565
1) Internationale.....	565
2) Nationale.....	565
a. Bénin.....	565
b. Burkina Faso	566
c. Autres	566

I. Sites internet	570
J. Divers.....	571
Annexes.....	573
Table des matières.....	581