

Le droit de la famille en Afrique : entre tradition et modernité

Joséphine BITOTA

Muamba,

Docteur en Droit/

Université des

Sciences Sociales

de Toulouse I.

Détentrice d'un

Certificat d'Aptitude

à la Profession

d'Avocat (CAPA) à

l'Ecole de Formation

de Barreaux/ EFB de

Paris.

Doyenne honoraire

de la faculté de Droit

de l'université Notre-

Dame du Kasayi/

UKA.

Actuellement

Secrétaire Général

Administratif dans la

même université.

josephine_bitota@

yahoo.fr

Introduction

Les codifications du droit de la famille, centre d'intérêt de cette réflexion, ne sauraient adéquatement être analysées que si l'on prend en compte la nature particulière du cadre juridique des Etats africains. En effet, ceux-ci ont hérité de deux modèles juridiques dont la coexistence rend problématique la production et l'unification du Droit. Le premier modèle, fondé sur la *légalité rationnelle* est le legs colonial tandis que le second, communément appelé droit coutumier ou droit traditionnel, trouve son support dans les us et coutumes autochtones. Face à cette dualité, deux tendances se sont dessinées parmi les législateurs africains. Certains ont pris une option moderniste en accordant peu d'importance aux traditions. C'est le cas du Législateur ivoirien. La seconde tendance, majoritaire et soucieuse de l'adéquation entre la loi et les réalités sociales, a pris en compte certaines normes traditionnelles pour les introduire dans le droit positif. Pris dans une telle bipolarité, que peut bien impliquer le mariage, fondement de la famille dans le contexte africain ?

Le mariage est défini à l'article 330 du Code congolais de la famille comme « l'acte par lequel un homme et une femme qui ne sont engagés ni l'un ni l'autre dans les liens d'un précédent mariage enregistré, établissent entre eux une union légale et durable dont les conditions de formation, les effets et la dissolution sont déterminés par la présente loi » ⁽¹⁾. C'est une définition inspirée du droit des anciennes métropoles : « Un acte juridique 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 » ⁽²⁾. Cette conception du mariage, telle que disposée dans le Code congolais de la famille, n'a pas reçu l'aval de certains auteurs congolais qui, dans le cadre

1 Code congolais de la famille, *Journal officiel de la République Démocratique du Zaïre*, 1^{er} août, 1987.

2 F. TERRE et A. WEILL, *Les personnes, la famille et les incapacités*, Paris, Dalloz, 1993, p. 166.

des contributions attendues en vue de l'élaboration du code de la famille, ont trouvé que la spécificité du mariage africain ne requiert pas une transposition des cadres juridiques qui lui sont étrangers. L'un des opposants à cet « impérialisme juridique », le Professeur Mboyo Epenge, dans une conférence-débat tenue à l'Université de Kinshasa en 1986, soit un an avant l'adoption de la loi n°87/010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille, voit dans le mariage

une institution qui, à la demande propre de jeunes gens de sexes différents, futurs époux, ou à la demande d'un membre du clan, en accord avec un autre membre d'un autre clan non apparenté, réunit solennellement et publiquement les membres du clan des futurs époux, en présence ou non de ces derniers, en vue de proclamer, après acceptation de la dot, l'union conjugale de jeunes gens et de leur clan en leur souhaitant bonheur et procréation (3).

En comparant cette dernière définition avec celle adoptée par le code congolais de la famille, il existe une concordance au niveau de l'objet de ces définitions : il s'agit du mariage. Cependant, les deux conceptions sont discordantes sur plusieurs points en l'occurrence : les personnes devant donner leur consentement au mariage, l'absence d'une précédente union conjugale et la dot.

S'agissant des personnes devant consentir au mariage : alors que E. Mboyo, s'appuyant davantage sur les coutumes, élargit ce pouvoir aux chefs de clans, l'article 315 du Code congolais de la famille, tout comme la plupart des codes des pays africains, ont coupé court avec de telles pratiques et font du consentement personnel de chaque futur époux une des conditions de fond du mariage sans laquelle le mariage est nul. Le Législateur congolais est revenu d'ailleurs sur ce point avec la loi n° 06/018 du 20 juillet 2006 portant sur les violences sexuelles en érigeant le mariage forcé en infraction pénale.

Dès lors, la difficulté de rupture avec les traditions se situe plutôt au niveau de l'institution coutumière de la dot que nous essayerons de définir et d'interpréter (I) avant de voir comment les Législateurs africains ont essayé d'en tenir compte dans le droit positif régissant le mariage civil (II).

1. Définition et interprétations de la dot

Contrairement à la dot pratiquée jadis en Occident et qui se composait des biens mobiliers et/ou immobiliers constitués par les parents de la mariée comme contribution aux charges du nouveau ménage, sans pour autant que la mariée en perde la propriété, la dot africaine est une remise d'une somme d'argent et de biens, ou simplement une remise des biens ou encore une prestation de service de la part du fiancé et/ou de sa famille à la fiancée et/ou sa famille. De

3 E. L. MBOYO Epenge, *Le concept du mariage et les effets de celui-ci en droit zaïrois. - Application de la théorie de l'intérisme face à l'extérisme... -*, Conférence-débat sur le Code de la famille, Kinshasa, 1986, p. 19.

cette définition se dégagent d'une part, les personnes appelées à percevoir la dot : la fiancée elle-même ou sa famille et, d'autre part, des modalités dotales en rapport avec les spécificités culturelles : il peut s'agir de la dot en argent et en nature, de la dot en nature et de la dot par service communément appelé la "dot à la Jacob", en souvenir des sept ans de service que ce dernier rendit à son beau-père Laban avant d'épouser sa fille Léa, puis, sept ans de plus pour pouvoir obtenir la main de Rachel (Gen 29, 15 ss). Au delà de ces diversités, cette institution traditionnelle, l'un des facteurs déterminants dans la compréhension des modalités des tractations matrimoniales en Afrique, est sujette à des interprétations socio-économiques dont certaines froissent le bon sens.

Certains auteurs y ont vu le prix d'achat de la mariée, une vision sortie principalement de la plume des premiers anthropologues et juristes occidentaux stupéfaits devant cette façon particulière de conclure le mariage. C'est le cas du Pasteur Keller qui écrit : « La dot devenant argent, la femme est devenue marchandise, une marchandise monnayable et qu'on cherche à monnayer au plus haut prix »⁽⁴⁾. Il en va de même du juriste H. Solus qui, dans les années 50, écrit :

Le versement d'une somme d'argent que le futur époux fait au père de famille en vue d'obtenir sa fille prend de plus en plus le caractère juridique d'un prix d'achat, et altère ainsi la nature même du mariage qu'il transforme en une véritable vente...⁽⁵⁾.

En vue de réfuter une interprétation que nous considérons d'emblée comme erronée, commençons par définir ce qu'est un contrat de vente. Il est une opération juridique par laquelle un vendeur transmet la chose dont il a la propriété à un acheteur qui lui en donne le prix. Dès lors, le fait d'assimiler la dot à un prix d'achat de la femme soulève plusieurs questions. D'abord, l'on doit se demander : qui, – des parents ou du mari –, peut prétendre avoir le droit de transmettre ou d'acquérir la propriété d'une personne dès lors que l'on sait que l'esclavage a déjà été aboli ? Ensuite, le contrat de vente, supposant le transfert d'une chose, la nature de la personne humaine incompatible avec celle d'un bien exclut cette définition. Enfin, par rapport au prix : celui-ci étant la valeur ou la contrepartie de l'objet à aliéner, il doit correspondre à la valeur de la chose à transférer, à moins que les parties s'accordent pour un prix symbolique. Au cas contraire, on parlerait d'une vente avec lésion. Quel que soit le montant versé pour la dot, sa qualification en prix d'achat s'avère inopérante.

Cette qualification est encore plus inadéquate eu égard au fait que beaucoup de contrats juridiques, tels que l'échange, le dépôt, la location..., font également intervenir une dimension pécuniaire. On se demande alors pourquoi ces auteurs ont préféré la qualification du contrat de vente aux autres. A ce

4 A.-F. DEDE, *Le contrat réel des arrhes de mariage (dot) et le statut de la femme en Afrique noire*, Thèse de Doctorat, Université de Lovanium/Kinshasa, 1962, p. 56.

5 A.-F. DEDE, *Le contrat réel des arrhes de mariage (dot) et le statut de la femme en Afrique noire*, p. 89.

propos, A-F. Dede fait une analyse judicieuse en partant de la neutralité des biens économiques. Il part de l'hypothèse selon laquelle un bien change de qualification en fonction des contextes juridiques. Ainsi une vache dans un enclos est un bien économique tout court ; la même vache introduite dans le commerce juridique devient tantôt un objet de droit de jouissance, tantôt une redevance d'un bail foncier ou une dot dans le cadre d'une tractation matrimoniale. Il en va de même d'une somme d'argent gardée dans un portefeuille qui est un bien économique. Mais, si cette même somme d'argent intervient dans un contrat de vente, il portera le nom de prix. Dans le bail, il s'appellera loyer. Dans la donation, un don... Alors pourquoi dans une tractation matrimoniale cette somme d'argent ne serait-elle pas appelée dot ? Pourquoi l'interprète-t-on comme un prix d'achat de la femme et non un gage, un dépôt ou une location alors que dans tous ces cas de figure interviennent une circulation de biens économiques sans pour autant que ça soit des ventes ⁽⁶⁾.

S'inscrivant également en faux contre cette qualification de la dot comme prix d'achat, l'anthropologue anglais A. R. Radcliffe-Brown a tenu à démontrer que les dépenses qui entourent les mariages ne sont pas spécifiques aux seules sociétés africaines. Il écrit à cet effet :

Il y a naturellement une grande diversité dans les prestations faites à l'occasion des fiançailles dans les différentes sociétés... Il est nécessaire de considérer que, quelle que puisse être l'importance économique de quelques-unes, c'est à leur aspect symbolique qu'il convient surtout de s'attacher tout d'abord. Ceci est clairement démontré par la coutume anglaise de la bague de fiançailles, l'anneau du mariage et des cadeaux du mariage. Bien qu'une bague de fiançailles puisse avoir une valeur considérable (plus que ce que beaucoup d'Africains "paient" pour leurs femmes), ce don n'est pas considéré comme une transaction économique ou du moins une affaire, il est symbolique... ⁽⁷⁾.

Les différentes apologies contre la qualification de la dot comme prix d'achat n'ont cependant pas convaincu Maurice Kouendji Yotnda qui, dans sa contribution au nouveau Droit de la famille au Cameroun, a réitéré l'interprétation de la dot en termes de prix d'achat en se fondant sur l'une des caractéristiques du mariage africain, à savoir le déplacement de la fille du domicile parental vers celui de l'époux. Il écrit à cet effet :

Ce départ s'explique par la nature même de l'union : il s'agit d'un achat, il est nécessaire de procéder (comme en toute matière de vente) à l'enlèvement d'autant plus que le vendeur désire le plus souvent dégager sa responsabilité de la garde au plus tôt ⁽⁸⁾.

6 Cf. A.-F. DEDE, *Le contrat réel des arrhes de mariage (dot) et le statut de la femme en Afrique noire*.

7 A. R. RADCLIFFE-BROWN, *Structures et fonctions dans la société primitive*, Paris, Editions de Minuits, 1972, p. 95.

8 M. NKOUENDJI, *Le Cameroun à la recherche de son droit de famille*, Paris, LGDJ, 1975, p. 149.

Mais, lorsque M. Nkouendji Yotnda parle de l'enlèvement visant à dégager le plus tôt le vendeur de sa responsabilité de garde, pense-t-il qu'une fois la dot versée, le père ne tolère plus la présence de sa fille à la maison comme s'il s'agissait d'une marchandise dont la non-livraison l'exposerait à assumer tous les risques qui peuvent survenir en cas de vol, de perte ou de détérioration ? Dans ce cas d'espèce, l'auteur fait application de la *théorie des risques* en faisant peser sur le père, qui marie sa fille moyennant la dot, la règle *res perit debitori* consacrée à l'article 1138 du Code civil français et repris dans tous les codes civils africains : « la chose reste aux risques du débiteur, c'est-à-dire du vendeur, en cas de vente, toutes les fois que la perte est survenue alors que le vendeur était encore propriétaire de la chose vendue ». Or, cette exigence qui pousse les parents à un tel empressement est dictée non pas par le souci de se dégager d'une quelconque responsabilité de garde, mais par la prudence et se justifie par la crainte que tant que la fille demeure sous leur toit, une infidélité ou une éventuelle grossesse dont l'auteur serait autre que le prétendant, engagerait, non pas leur responsabilité civile, mais entamerait l'honneur de la famille.

Cette conception erronée, loin de n'être que livresque, se rencontre dans les agissements de certains maris qui considèrent que les prestations dotales leur confèrent des droits sur leurs épouses. D'où l'abus de langage qui fait souvent référence à la dot versée pour justifier des maltraitances ou des manques d'égard. Une chanson de l'Orchestre OK Jazz, dit en effet : « mwasi nabala na mosolo, nani atindi ye atuna epayi nawuti... » ⁽⁹⁾ : (la femme que j'ai épousée avec mon argent, de quel droit va-t-elle me demander d'où je viens ou de justifier mes retours tardifs à la maison ?).

La réfutation de cette mauvaise interprétation de la dot comme prix d'achat ne doit cependant pas nous empêcher de condamner des pratiques sociales qui y voient une opération mercantile. En effet, la dégradation des conditions économiques et la misère croissante font que certains parents trouvent dans le mariage de leur fille une occasion espérée pour hausser leur niveau de vie. On assiste ainsi à des surenchères de tout genre qui prennent parfois les allures d'escroquerie chez certains chefs de famille qui vont jusqu'à percevoir plusieurs dots sur une même fille.

La raison de ces surenchères, inavouée ou tout simplement évoquée, serait le remboursement des frais engagés pour l'éducation de la fille, surtout lorsqu'elle a un niveau d'études universitaires sous prétexte que c'est le mari qui va plus profiter des dividendes de son activité professionnelle. Cette façon de faire qui ressemble à un recouvrement de créance dénote une irresponsabilité face au devoir qui incombe aux parents de subvenir aux besoins essentiels de leur progéniture jusqu'à leur majorité. C'est également un non sens car l'entretien ne se résume pas aux seuls frais de scolarité.

9 G. MIANDA, *Les femmes africaines et pouvoir –Les maraîchères de Kinshasa–*, Paris, L'Harmattan, 1996, p. 120.

L'interprétation financière de la dot comme prix d'achat s'étant avérée inadéquate et erronée, les sociologues et les anthropologues ont mis au point la terminologie de *compensation matrimoniale* en vue d'expliquer la spécificité des tractations matrimoniales en Afrique et de lever ainsi toute équivoque sur la dot telle que pratiquée jadis en Occident. A. Sohier, dans le traité élémentaire du droit coutumier au Congo belge, considère la dot sous cet aspect de compensation et ce, par opposition à la question de l'achat de la mariée en ces termes :

Enfin, il apparaît qu'ailleurs, on a la conception plus utilitaire d'exiger une indemnité ; non pas pour la cession de la femme en soi, mais pour la perte que le groupe éprouve en étant privé de son activité et pour les droits plus ou moins étendus que la famille du mari aura sur les enfants à naître d'elle... ⁽¹⁰⁾.

D'après cet auteur, la dot comme compensation matrimoniale s'explique, d'une part, par sa dimension de perte économique que subit la famille de la femme et d'autre part, parce qu'elle investit la famille du prétendant des droits sur les enfants. Examinons ces deux assertions pour voir si elles rendent vraiment compte de la spécificité de la dot africaine.

Partant d'abord de la compensation économique, une telle explication ne peut être soutenue au regard de la signification juridique du terme "compensation" qui est « l'extinction simultanée de deux obligations de même nature existant entre deux personnes réciproquement créancières et débitrices l'une de l'autre. » Et les auteurs précisent qu'« en raison de l'exigence de l'identité de nature, il va de soi que les conditions de la compensation sont très rarement réunies pour des dettes autres que des sommes d'argent. » ⁽¹¹⁾. Dans son sens strictement juridique, la compensation est soumise à une condition sine qua non : *l'identité de nature des objets appelés à se compenser*. Or, dans le cas de la dot, on a d'un côté de l'argent, des biens ou une prestation de service et de l'autre, une personne humaine. Faute d'identité de nature, la remise de la dot contre le départ d'une fille ne saurait être adéquatement désignée sous le titre de compensation matrimoniale. En outre, par delà cette désignation inappropriée, se pose un autre problème relatif à la portée de la dite compensation qui suppose que les deux créances appelées à se compenser soient déterminées ou tout au moins déterminables. Comment évaluer ou déterminer d'avance une créance consistant en une activité à venir dont la famille de la mariée sera privée au profit de celle du mari ? Sur quelles bases reposeraient de tels calculs ? Serait-ce en fonction du volume virtuel de production ou de sa durée dans le temps ? Bien plus : peut-on vraiment affirmer que le mariage entraîne, pour la femme, la rupture des liens juridiques avec sa parentèle alors qu'on sait que les femmes mariées continuent à aider, dans la mesure du possible, leurs familles avec les fruits de leur travail ?

10 Cité par A.-F. DEDE, *Le contrat réel des arrhes de mariage (dot) et le statut de la femme en Afrique noire*, p. 102.

11 F. TERRE, Y. LEQUETTE et Ph. SEMLER, *Droit civil, les obligations*, 10^e Ed., Paris, Dalloz, 2009, pp. 972-973..

Cette vision économique de la compensation matrimoniale a été réfutée par M. Doumbe qui admet qu'il existe une compensation d'un genre particulier avec la dot. La dot, est-elle

une compensation économique au sens actuel du mot ? Non. Compensation originale à l'effigie africaine ? Oui... Elle doit rapporter une autre personne appelée à remplir, par l'effet de substitution, textuellement le rôle de son homologue. C'est en quelque sorte un échange qui ne recèle pas forcément de visées économiques..., le produit de la dot en principal n'a jamais servi qu'au « rachat » d'une autre femme dans la famille... ⁽¹²⁾.

Si l'auteur écarte toute considération économique de la compensation matrimoniale, il retient une des finalités de la dot : la transformation de celle-ci en une autre dot en vue d'un nouveau mariage. Dès lors, le départ d'une fille se trouve être compensé par l'arrivée d'une autre dans sa famille et cette compensation dite spécifiquement africaine est qualifiée par l'auteur d'*échange*.

M. Doumbe s'y méprend juridiquement, car on définit l'échange comme « un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre ». (Art. 365 code civil congolais, livre III) Selon cette définition, seules les choses peuvent faire l'objet d'un d'échange dans une réciprocité immédiate. D'où, l'inadéquation d'usage du terme échange, car la femme n'est pas une chose. D'autre part, la réciprocité immédiate fait défaut car dans la perspective de M. Doumbe, la dot sert d'intermédiaire dans la transaction entre la fille promise en mariage et, éventuellement, une autre fille à épouser dans la famille de celle qui a été épousée.

A.-F. Dede a rejeté cette interprétation qui fait appel à la compensation :

L'hypothèse de la perte économique a un semblant de vérité tout en étant erronée. Tout d'abord il n'y a aucune équivalence entre la valeur objective de la femme et la valeur réelle de la dot. De plus on ne saurait compenser économiquement une réalité que par son substitut (le sucre de betterave et le sucre de canne) et non par son symbole, comme c'est le cas de la dot... ⁽¹³⁾.

Il appert que le terme de compensation ne peut être utilisé dans son sens économique à cause de la différence de nature entre la femme et la dot appelée à se substituer à elle. Quel qu'en soit son montant, la dot demeure un symbole. Elle ne peut être mise sur la balance à titre de compensation possible de la femme.

Toutefois, si le terme de compensation matrimoniale doit être maintenu au sens anthropologique, il pourrait, à la rigueur, concerner la dimension affective : la dot serait un symbole exprimant l'impossibilité d'amortir le choc

12 M. DOUMBE-MULONGO, *Les coutumes et le droit au Cameroun*, Yaoundé, Editions CLE, 1972, p. 75.

13 A.-F. DEDE, *Le contrat réel des arrhes de mariage (dot) et le statut de la femme en Afrique noire*, p. 20

de la séparation occasionnée par le départ de la fille du toit paternel et non quelque regret face à la perte d'un agent de production économique.

Si telle peut être conçue l'interprétation de la dot comme une compensation matrimoniale, que peuvent bien être les droits que la dot confère à la famille du mari sur les enfants ? Cette question est judicieuse car elle renvoie d'une part, à la filiation légitime des enfants, conditionnée dans beaucoup de coutumes par le versement de la dot. D'autre part, elle permet de fustiger des coutumes encore en vogue dans certains pays comme le Bénin, le Cameroun, la RD Congo, où l'on estime que le lien qui lie la femme à l'homme ne s'éteint pas en cas de séparation ou de décès tant que la dot n'a pas été remboursée.

Quelques cas intéressants enregistrés au Cameroun peuvent nous aider à mieux illustrer notre propos.

Un arrêté du 16 mars 1935 réorganisant l'état civil au Cameroun disait que :

La reconnaissance, par le père, d'un enfant né hors mariage, ne peut résulter que d'un jugement. Il s'ensuit d'une part qu'une demande personnelle de celui qui se prétend le père de l'enfant est nécessaire et, d'autre part, à l'exclusion de toute considération basée sur la dot, la paternité naturelle a pour unique fondement l'existence des liens de sang entre l'enfant et le prétendu père qui en possède la preuve intime.

A la lecture de cet arrêté, on peut déduire la non-prise en compte de la dot pour établir la filiation, et par conséquent, la réaffirmation des liens de sang dans la détermination de la paternité.

Le texte cité rompt avec le droit coutumier alors en vigueur à l'époque coloniale, celui-ci étant fondé sur un principe qui a motivé cette décision d'un tribunal au Cameroun :

Une veuve remariée coutumièrement dans une autre famille avait eu un enfant de cette nouvelle union. Un jugement du tribunal du premier degré l'avait déclarée libre sous la réserve expresse qu'elle rembourse à l'héritier du mari décédé une somme donnée, à titre de dot, ce, dans un délai imparti par le jugement. Ce délai avait expiré alors qu'elle ne s'était pas entièrement libérée de sa créance. Comme l'enfant était né dans l'intervalle, l'héritier du défunt mari actionna le tribunal pour en réclamer la paternité. Il y eut bien entendu opposition de la femme et de son nouveau mari. En exécution de textes en vigueur, il n'y avait qu'une solution et une seule du différend : l'attribution de l'enfant au demandeur. ⁽¹⁴⁾.

14 M. DOUMBE-MULONGO, *Les coutumes et le droit au Cameroun.*, pp. 39-40.

Mais, que disposaient les textes en vigueur à l'époque ? L'arrêté du 26 mai 1934 portant sur le mariage indigène énonçait :

Les enfants nés avant la célébration du mariage appartiennent à la famille de la femme. Les enfants nés pendant la durée du mariage et après sa dissolution dans un délai correspondant à la durée maxima de la grossesse appartiennent à la famille du mari. Les enfants d'une veuve ou d'une divorcée appartiennent à la famille du mari si la dot n'a pas été remboursée dans les conditions fixées par le jugement qui a déclaré la veuve libre ou qui a prononcé le divorce et à la famille de la femme si la dot a été remboursée.

Le cas de la veuve et l'arrêté du 26 mai 1934 ci-haut cités ont un même fondement qui fait de la dot le principe de la détermination de la filiation paternelle. Si dans ce contexte camerounais, le mariage n'était conclu que par la dot, la dissolution n'était effective qu'après son remboursement. Tant que subsistait la dette de la dot, la femme restait liée à son mari et/ou à la famille de celui-ci *ad vitam* et, par conséquent, toute progéniture à naître leur restait aussi liée. Ce pouvoir quasi tutélaire du mari sur la femme est celui qui fait incomber à la femme le devoir de fidélité, moins en référence à la personne de son mari, qu'au prorata de la dot. L'expression « kusambuka biuma » (*enjamber ou passer par dessus la dot*) utilisée jusqu'aujourd'hui pour exprimer l'infidélité féminine dans la culture kasaïenne (RD Congo) n'est-elle pas révélatrice de cet état d'esprit ?

La dot a apparemment une vie plus longue que le couple lui-même ou que l'homme qui l'a versée. C'est ce qui explique que, d'une part, le mari, même séparé, se donne un droit de regard sur son ex-épouse si celle-ci lui est encore « redevable ». Et d'autre part, c'est la transmissibilité de ce droit aux héritiers de l'époux défunt qui est à l'origine du lévirat. Si, le consentement de chaque époux fait de celui-ci un contrat *intuitu personae*, la coutume en référence à la dot en fait au contraire un contrat qui lie, par delà la mort, la femme au clan de son mari. Cette coutume va plus loin avec les autres réclamations *post-mortem* en maintenant sous le joug de la paternité fictive les enfants nés après dissolution du mariage si leur mère n'a pas été "libérée" par le remboursement de la dot. Ces enfants se trouvent déchirés entre l'exigence biologique qui, en fait, devrait déterminer leur filiation et l'ordre social qui les attribue à un père en vertu de la dot. Un arrêt de la Cour Suprême du Cameroun faisait état de cette situation en ces termes : « des pauvres petits êtres, réclamés pourtant par leurs auteurs, sont ainsi passés par la force des textes et au nom de la coutume, entre les mains des soi-disant pères légitimes dont les familles ont souvent, hélas usé de mépris, sinon de cruauté ; plutôt que de l'affection à leur endroit... » ⁽¹⁵⁾.

15 M. DOUMBE-MULONGO, *Les coutumes et le droit au Cameroun*, p. 71.

Les enfants "récupérés" sont doublement sanctionnés. D'un côté, ils héritent d'une dette qui pèse sur leur mère et sont considérés comme « une sorte de gage de la dette de la dot contractée » par la famille maternelle. De l'autre, bien que récupérés par les prétendus parents, leur titre ne correspond pas à la possession d'état. Autrement dit, bien que réclamés comme enfants du lignage créancier de la dot, ces enfants ne sont pas traités comme tels ; car tout le monde est conscient que, par-delà cette recherche de paternité, l'objectif est le recouvrement de la dot et non l'intérêt de l'enfant.

La confiscation des enfants pour non versement et pour non remboursement de dot est une pratique courante dans les coutumes du Kasai (RD Congo). Elle explique en grande partie le lévirat qu'on décourage de plus en plus. Mais, le problème est que ces campagnes contre le lévirat sont, à notre avis, faites maladroitement. Elles ne s'attaquent pas à la racine du mal mettant en avant la dignité inaliénable de la veuve, cette femme souffrante dont la mort a arraché à son affection l'homme irremplaçable qu'elle avait décidé d'épouser et qui, en aucun cas, ne peut être considérée comme un objet pouvant passer du défunt mari à son frère ou à son cousin. Le comble est qu'on s'évertue à effrayer les gens en agitant la contamination du VIH/ SIDA, un argument qui pourra être vidé de son contenu avec l'éradication de cette infection. Il n'y a qu'à voir une des mentions écrites sur les pancartes de sensibilisation actuellement affichées par le Programme National Multisectoriel de Lutte contre le Sida (PNMLS) : « epukayi kupiana bakaji ba mu lufuila » (*éviter d'hériter des veuves*), sous-entendu parce que vous ne savez pas de quoi leurs maris sont morts.

C'est donc face à toutes ces difficultés non exhaustives soulevées par les interprétations de la dot que la plupart des Etats africains ont essayé de régler cette institution coutumière dans leurs codes respectifs.

2. La réglementation de la dot dans quelques codes africains de la famille

La dot africaine ne pose pas seulement un problème d'interprétation, elle a constitué un véritable nœud gordien pour les législateurs africains quant à son intégration ou non dans le domaine légal du fait de son enracinement dans les us et coutumes. A la lecture de certains textes de loi en la matière, on peut relever trois grandes tendances. La première est celle qui, au nom d'une politique de défense des traditions africaines, fait de la dot un élément fondamental dans le processus du mariage. La seconde l'exclut, en revanche, de la législation au nom de la nécessaire modernisation de la vie sociale. La dernière tendance regroupe des prises de position diverses mais avec un point commun : l'importance mitigée accordée à la dot par le Législateur. Dans tous ces cas, on doit considérer que le rôle de la dot repose sur des a priori idéologiques.

La première tendance faisant de la dot une des conditions de fond du mariage est celle du législateur zaïrois, de l'époque qui a consacré la dot dans les articles 361 à 367 du Code zaïrois devenu code congolais de la famille. L'Article 361 alinéa 2 dispose en effet : « Le mariage ne peut être célébré que si la dot a été effectivement versée au moins en partie. » Cette disposition fait donc de la dot une des conditions de fond du mariage, à côté du consentement et de la capacité et ce, en référence aux pratiques coutumières congolaises. L'importance accordée à cette institution s'explique davantage par la nature même de l'alliance qui est scellée entre les deux familles, comme il ressort de l'exposé des motifs du code : « La dot doit être versée et reçue coutumièrement car le mariage dans la conception congolaise est une affaire des familles et non des individus. » ⁽¹⁶⁾. Cette place reconnue à la dot ne peut aisément se comprendre qu'en référence à l'idéologie de la « politique de recours à l'authenticité » préconisée par le Président Mobutu qui la définissait comme « une prise de conscience du Peuple zaïrois de recourir à ses sources propres, de rechercher les valeurs de ses ancêtres, afin d'en apprécier celles qui contribuent à son développement harmonieux et naturel. C'est le refus du peuple zaïrois d'épouser aveuglément les idéologies importées » ⁽¹⁷⁾.

Mais, en tant qu'institution traditionnelle, il faudrait nous enquérir sur les rapports que la dot entretient avec le mariage civil qui, par essence, est un emprunt à la modernité.

Dans le contexte congolais, il est en effet prévu deux modalités conduisant au mariage civil. La première, et de loin la plus répandue, consiste à passer du mariage coutumier à l'étape suivante appelée *mariage constatation*. Autrement dit, il est fait obligation à tous les conjoints de passer devant l'officier de l'état civil dans un délai de trois mois afin de faire constater leur union déjà célébrée coutumièrement. L'intérêt de cette démarche résidant dans son opposabilité à tous car bien que le législateur reconnaisse le mariage coutumier, celui-ci n'a d'effet qu'à l'égard de ceux qui y ont assisté. La seconde modalité est plus considérée comme l'affaire d'« une catégorie de citoyens qui, par la force des circonstances, vivent en marge des coutumes, spécialement dans les milieux urbains. Pour eux, est prévu le mariage célébré devant l'officier de l'état civil. C'est le mariage-célébration ». Dans l'un et l'autre cas, la toile de fond demeure la dot car aux termes de l'article 426 du code congolais de la famille : « est nul le mariage contracté sans une convention relative à la dot. La nullité peut être demandée par les époux, les créanciers de la dot ou par le Ministère public du vivant des époux. ».

16 Code congolais de la famille, *Journal officiel de la République Démocratique du Zaïre*, 1^{er} août, 1987, p. 16.

17 MOBUTU (S.S.), cité par J. M. PAUWELS, « Le statut de la femme en droit privé Zaïrois », in *Bulletin de l'Institut International de Droit d'Expression Française* (I.D.E.F.) n° 23, Paris, 1974, pp. 819-833.

Si la reconnaissance de la dot vise à enraciner le mariage dans son contexte social, ne serait-ce pas une occasion offerte à certains parents sans scrupule de faire monter les enchères dotales ? Le législateur de l'époque était conscient de ce risque de dérives mais il fut confronté à une difficulté relative à la diversité des biens dotaux en rapport avec les diversités ethniques et il lui a été difficile de pouvoir fixer une limite maximum de la dot à verser à partir du moment où ici, il s'agit d'animaux (vaches, chèvres, poules...), là de l'argent, et ailleurs un supplément de prestations de services comme la construction d'une case pour les beaux-parents ou le défrichage d'un champ. Aussi, pour résoudre en apparence cette difficulté, il a été prévu que le montant maximal sera fixé pour chaque Région par Ordonnance du Président de la République sur proposition des autorités régionales. Malheureusement, cette ordonnance n'a jamais vu le jour bien que l'article 427 du code de la famille prévoit des sanctions à l'encontre de ceux qui y contreviendraient. Du fait de ce vide juridique, on assiste comme on l'a mentionné plus haut à des surenchères qui ôtent à la dot sa signification profonde.

Cette optique faisant de la dot une condition de fond du mariage n'a pas été retenue par certains pays africains qui ont opté pour une suppression pure et simple de la dot. C'est le cas des pays comme la République Centrafricaine, le Gabon et la Côte-d'Ivoire. Ces pays ont privé le mariage de son fondement dotal pour deux raisons principales : la première plus implicite vise à mettre sur le pied d'égalité toutes les coutumes en matière dotal. Ainsi, pour ne frustrer aucune tradition au profit d'une autre, « un droit d'inspiration étrangère, se situant au-dessus des particularismes locaux du fait même de son origine, a l'avantage d'être plus rapidement élaboré et jouer dans le long terme le rôle de dénominateur commun »⁽¹⁸⁾. C'est dans ce sens que très tôt, les législateurs des Etats susmentionnés ont œuvré en faveur de la modernisation du mariage. La seconde raison plus explicite que la première part du postulat selon lequel le développement économique, objectif que se sont assignés tous les Etats africains après les indépendances politiques, ne peut être atteint sans un cadre juridique moderne susceptible de décourager toutes les pratiques sociales induisant des gaspillages. C'est donc dans cette logique que « les législateurs africains se sont attaqués plus particulièrement aux manifestations ostentatoires qui accompagnent les cérémonies de circoncision, de mariage, de décès... La réglementation de la dot et les dépenses excessives à l'occasion des cérémonies familiales visent à éliminer les aberrations monétaires et économiques des coutumes »⁽¹⁹⁾. La dot ayant acquis une valeur marchande, les spéculations qui l'entourent parfois étaient donc considérées comme un

18 G. CONAC (sous la direction de), *Dynamiques et finalités des Droits africains*, Paris, Economica, 1980, p. 16.

19 J. COSTA-LASCOUX, « Droit pénal et Développement en Afrique », in *Dynamiques et finalités des Droits africains*, Paris, Economica, 1980, pp. 187-188.

frein à l'investissement à moyen ou à long termes surtout lorsqu'on sait que les festivités s'étalent à certains endroits sur de nombreuses journées sans qu'on en tire aucun rendement.

C'est ainsi que la Côte d'Ivoire a procédé à une interdiction rigoureuse de la dot assortie des sanctions pénales telles qu'il ressort de l'article 21 de la loi de 1964 qui dispose que : « Quiconque aura sollicité ou agréé des offres ou des promesses de la dot ou cédé à des sollicitations tendant au versement de la dot, s'expose à un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende double de la valeur des promesses agréées ou des choses reçues ou demandées... », et l'article 4 de la même loi sanctionne des mêmes peines les intermédiaires. Il en va de même du Gabon par la loi du 21 mai 1963 intervenue bien avant l'entrée en vigueur du Code civil (1974) dont l'article 3 dispose : « L'institution de la dot, qui consiste dans le versement au profit de la personne ayant autorité sur la future épouse, par le futur époux ou la personne ayant autorité sur lui, d'avantages matériels conditionnant la réalisation du mariage traditionnel est immédiatement abolie. Toute mention de la dot dans un acte est interdite et toute action en paiement ou en remboursement est irrecevable sans préjudices des poursuites pénales ». Mais, la différence de la Côte d'Ivoire avec le Gabon intervient dans l'exposé des motifs quant à l'application de la loi : le législateur ivoirien y a pris soin d'indiquer clairement que les nouvelles dispositions prises n'entreraient en vigueur que de façon progressive. Il déclarait à ce propos : « les lois proposent aux nationaux des modèles. Elles fournissent une image de ce que pourra être la société de demain. Les populations sont invitées à s'approprier progressivement les droits modernes élaborés en leur nom et pour leur compte. Dans ce contexte, le droit a une valeur plus incitative que normative »⁽²⁰⁾. Ces vertus incitatives et éducatives étant fondées sur la prise en compte des réalités sociologiques qui évoluent plus lentement que les textes. C'est donc ce réalisme qui a poussé le législateur ivoirien à admettre une période transitoire au cours de laquelle, en cas de séparation, il était admis d'éventuelles restitutions de la dot pour les mariages célébrés antérieurement à cette loi de 1964. Ce qui n'était pas le cas pour le législateur gabonais qui, conscient de l'enracinement de la dot dans les mœurs, a appliqué une brutalité législative. Celle-ci a certes la vertu de coercition, mais le revers de la médaille s'observe dans son inefficacité sociologique faisant un grand écart entre les textes et les pratiques où la dot reste une réalité de la vie quotidienne⁽²¹⁾.

Le cas centre-africain est par contre spécifique car c'est au lendemain de son indépendance qu'a été prise l'Ordonnance n° 66 du 25-31/3/1960 supprimant la dot. Mais, face à l'inanité de la loi, les autorités ont décidé, dans le projet de loi pour le nouveau code de la famille, de la réhabiliter⁽²²⁾.

20 M. POCANAM, « Quelques aspects du Code togolais de la famille », in *Pénant*, juillet-octobre 1986, pp. 231.

21 Cf. M. POCANAM, « Quelques aspects du Code togolais de la famille ».

22 Fl. 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*, Bruxelles, Institut Belge de Droit comparé,

Ces politiques de suppression de la dot, au nom de la modernisation de la vie juridique, ne vont pas sans susciter la question relative aux effets réels du droit moderne sur les pratiques sociales. Même si cette éradication a un certain succès officiel, les réformes sont apparentes car on assiste souvent dans les faits à une concurrence entre le droit moderne et le droit traditionnel. Et en dépit des mesures coercitives, le contrôle de l'Etat n'est pas si efficace surtout dans l'arrière-pays où la vie est plus rythmée par les pratiques coutumières. L'on assiste plutôt au phénomène de la double appartenance juridique, c'est-à-dire qu'on se soumet partiellement au droit de l'Etat tout en continuant de respecter les règles traditionnelles. Et les familles ne manquent pas de moyens pour contourner dès que possible la loi en versant la dot. Ainsi, en Côte d'Ivoire, « cette interdiction n'a en rien changé les choses ; l'immense majorité des mariages s'accompagne du versement d'une dot en argent, en travail, en cadeaux : plus importante dans l'ouest patrilinéaire que dans l'est matrilineaire. L'urbanisation ne paraît pas avoir eu raison de cette coutume. Les couples en ville vivent un certain temps en concubinage et ont même des enfants mais s'ils souhaitent se marier (coutumièrement ou légalement) la "dot" sera demandée. En cas de refus, on sait bien que les menaces de malédiction sont prises au sérieux dans ce pays » ⁽²³⁾.

Face à un tel attachement de la population à la dot, le Cardinal Malula avait eu raison lors de la rencontre euro-africaine à Yaoundé de demander si l'on peut : « légitimement imposer la manière de se marier et de consommer le mariage d'un peuple aux autres peuples qui ont leur manière multiséculaire tout aussi valable de se marier » ⁽²⁴⁾.

Si la Côte d'Ivoire et le Gabon ont opté pour la suppression de la dot au nom de la modernisation et du développement économique, bon nombre de législateurs africains, tels que le législateur camerounais, togolais, malien, sénégalais etc., ont choisi le maintien de la dot mais en accordant à celle-ci une place mitigée dans les tractations matrimoniales. La dot est certes maintenue dans le cadre strict des cérémonies traditionnelles mais elle est privée d'effets juridiques sur le mariage essentiellement civil : c'est-à-dire que la dot n'est pas une condition de validité du mariage, elle est ravalée à une simple condition de forme parfois facultative. De plus, ces législateurs s'emploient à combattre toutes les dérives de la dot en fixant un montant maximum.

S'agissant d'abord du problème de la reconversion de la dot en une condition de forme : on s'est posé la question de savoir s'il est possible que ce déracinement de la dot en tant que fondement du mariage coutumier pour en faire une greffe d'un droit moderne, hérité des anciennes métropoles et qui obéit

1^{er} Trimestre 1999, pp. 53-84.

23 Fl. LAROCHE-GISSEROT, « L'échec du mariage occidental en Afrique Francophone : l'exemple de la Côte d'Ivoire », pp. 74-75.

24 J.-A. MALULA, « Rencontre euro-africaine », in *Actualités religieuses dans le monde*, n° 212, Yaoundé, 15 mai 1984, p. 23.

à sa logique propre, peut marcher sans heurts. Si l'article 70 de l'Ordonnance camerounaise de 1981 préconise que « le versement ou le non versement total ou partiel, l'exécution et la non exécution totale ou partielle de la dot matrimoniale sont sans effet sur la validité du mariage » ⁽²⁵⁾, certains législateurs n'arrivent pas à priver la dot, même ravalée au niveau des formalités, de ses effets sur le mariage. Des tels paradoxes transparaissent dans les Codes malien et togolais car en dépit de cette place secondaire, le non versement de la dot peut être évoqué comme motif de la dissolution du mariage. A cet effet, le code malien reconnaît à la femme la possibilité de demander le divorce pour non versement de dot tandis que celui du Togo pousse plus loin cette contradiction en inventoriant la dot parmi les causes de la nullité relative du mariage à la charge de l'épouse (Art. 87 al. 3 code togolais).

Quant aux dispositions législatives tendant à la réduction de la dot dans le but de freiner les éventuelles spéculations, les législations qui ont établi le maximum de la dot à verser se sont fondées sur l'idée selon laquelle la dot n'est pas l'achat de la mariée, il faut par conséquent fixer un tarif bas pour donner à cette institution une valeur purement symbolique. C'est ainsi qu'au Togo, le taux est fixé à 10.000Fcfa, au Sénégal à 15.000Fcfa et au Mali, 20.000Fcfa pour une jeune fille et à 10.000Fcfa pour une femme qui se remarie.

La question, ici, est de savoir ce qu'on entend par *symbole*. Quand on avance l'idée selon laquelle la dot était symbolique dans les sociétés traditionnelles situées hors de la monétarisation, cela ne peut se justifier car même alors, les prestations dotales n'étaient pas de moindre valeur. Dans certaines contrées, on donnait comme dot des croisettes de cuivre, de cauris ; dans d'autres des vaches, des chèvres etc. Et c'étaient des objets de grande valeur à l'époque. Aussi, Laroche-Gisserot s'inscrit-elle en faux contre cette conception de symbole en écrivant :

Cette flambée des "dots" est probable dans différentes régions d'Afrique francophone, mais on paraît avoir exagéré le caractère modeste ou symbolique des anciennes "dots" ; certaines étaient, c'est bien connu, payables en bétail : les exemples abondent dans des sociétés (Wolof au Sénégal, Nuer au Soudan) où il fallait réunir de 15 à 30 têtes de bétail, alors que le nombre des vaches possédées était à peine supérieur à une unité par habitant. Chez les Bete de Côte d'Ivoire, la valeur des "dots" en objet décoratifs (manilles) ou utilitaires (fusils) obligeait le mari à s'endetter ou travailler indéfiniment pour ses beaux-parents ⁽²⁶⁾.

25 S. MELONE (sous la direction de), *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Tome sixième - Droits des personnes et de la famille -, Abidjan, Les Nouvelles Editions Africaines (NEA), 1982, p. 177.

26 Fl. LAROCHE-GISSEROT, « L'échec du mariage occidental en Afrique Francophone : l'exemple de la Côte d'Ivoire », pp. 73-74.

Si tel a été le cas, comment peut-on alors passer, au nom de la recherche de la symbolique perdue, des valeurs précieuses aux modiques tarifications d'aujourd'hui ? Il s'avère donc qu'il y a de la part des législateurs africains une confusion entre le *symbolique* qui ne veut aucunement dire la *modicité*.

L'on voit donc que malgré les bonnes intentions qui ont motivé la tarification, les législateurs s'écartent de l'esprit et de la symbolique à l'origine de l'institution dotale apparue dans un contexte principalement régi par une économie de subsistance et qui, de ce fait, même s'il y avait remise de biens, laissait peu de place aux spéculations. Costa-Lascoux résume bien cet état de fait quand elle écrit :

Dans une économie qui se veut monétaire, conférer valeur de symbole (à la dot), n'est pas déjà une condamnation ? Par ailleurs, limiter à un niveau purement économique, n'est-il pas avouer le peu de cas fait à des justifications philosophiques, religieuses ou morales de ces institutions nées dans une économie pré-capitaliste ? La dot est devenue "prix", sous prétexte de lui rendre sa "valeur", on ne la considère autrement en la soumettant à la tarification qu'à l'égal d'une marchandise... En intervenant pour imposer le critère économique, le législateur viole un univers dont il n'accepte plus la cohérence interne ; les motivations des comportements traditionnels sont négligées ou retenues dans leurs seules conséquences néfastes pour le développement économique. ⁽²⁷⁾.

Cette pensée met en lumière les difficultés majeures auxquelles sont confrontés les législateurs africains car dans des sociétés où tout est arrimé sur la monétarisation, la dot n'a fait que suivre la même voie au détriment de sa signification originelle ; c'est ce qui donne lieu aux surenchères décriées ici et là. Mais, la réponse que donnent les législateurs à cette difficulté n'est pas non plus adéquate. En voulant prévenir les éventuelles dérives par les tarifications, ils vident la dot de son sens en ne lui reconnaissant plus le rôle qui était le sien jadis. Tarifiées à l'égal des marchandises, on peut se poser la question de la dignité qu'on reconnaît aux femmes à marier qui se trouvent précipitées dans le sens inverse de la tarification modique alors qu'on veut les sauver des spéculations à la dot. Si on considère la distinction de tarification de la dot faite par le législateur malien entre une jeune fille (20.000Fcfa) et une femme (10.000Fcfa), cela ne porterait-il pas à croire qu'à l'instar d'une marchandise neuve plus chère que celle d'occasion, on fait des stratifications dans la dignité en laissant penser que la jeune fille aurait une dignité supérieure à celle d'une femme qui se marie de nouveau ?

27 J. COSTA-LASCOUX, « Droit pénal et Développement en Afrique », p. 188.

Conclusion

Les problèmes posés par la dot nous révèlent que : même si l'Afrique est entrée de plein pied dans la modernité, elle n'était pas une *tabula rasa* avant sa rencontre avec l'Occident et par conséquent, elle n'entend ni occulter, ni aliéner sa culture propre au profit d'une culture étrangère dont la logique se trouve quelquefois aux antipodes de la sienne. Il n'est donc pas étonnant que le droit de la famille, dont le mariage constitue le fondement, soit écartelé entre la modernité et la tradition.

La dot, cette institution coutumière, est certes mal comprise de par les interprétations qu'on en fait et la décision de l'intégrer ou non dans le droit positif relève de la souveraineté de chaque Etat. Toutefois, il est demandé à ceux qui en ont fait une condition de fond ou de forme du mariage de pouvoir encadrer les débordements de la spéculation pour éviter de tomber dans les travers de la tarification. ■