

# Revue C.A.M.E.S./S.J.P



**SEMESTRIELLE** DE PUBLICATION EN SCIENCES  
JURIDIQUES ET POLITIQUES DU CONSEIL AFRICAIN ET  
MALGACHE POUR L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR

---

## *SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES*

N° 001/2018 (1<sup>er</sup> semestre)

CONSEIL AFRICAIN ET MALGACHE POUR L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR

01 BP. 134 Ouagadougou / Burkina Faso



**REVUE CAMES/SJP**

**SCIENCES  
JURIDIQUES ET POLITIQUES**

**N°001/2018 (1<sup>er</sup> semestre)**



## **COMITE SCIENTIFIQUE DE LA REVUE DU CAMES EN SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES**

Droit public : Koffi AHADZI, Alexis ESSONO OVONO, Eloi DIARRA, Joël AIVO, Abraham GADJI, Abdoulaye SOMA,

Droit privé : Michel SAWADOGO, Ndaw DIOUF, Christine CHAPPUIS, Pierre KENFACK, Aboudramane OUATTARA,

Science politique : Augustin LOADA, Slobodan MILACIC, Nadine MACHIKOU, Alou Mahamane TIDIANI,

## **COMITE DE REDACTION DE LA REVUE DU CAMES EN SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES**

Directeur de Publication : Abdoulaye SOMA

PAO : Alassane W. ILBOUDO

## SOMMAIRE

<b>1- LA <i>JURISDICTION</i> DE LA COUR DE JUSTICE DE LA CEDEAO DANS LE REGLEMENT DES CRISES POLITIQUES.</b> Pr. Abdoulaye SOMA ( <i>Université de Ouaga II</i> ).....	1
<b>2- LE RENFORCEMENT DES POUVOIRS PARLEMENTAIRES DANS LA PROCEDURE BUDGETAIRE EN ZONE CEMAC</b> Séverin Andzoka Atsimou ( <i>Université Marien N’Gouabi de Brazzaville</i> ).....	13
<b>3- DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CEMAC ET CONSTITUTION CAMEROUNAISE : MALAISE DANS L’ORDONNANCEMENT DES NORMES</b> Marien Ludovic NDIFFO KEMETIO <i>Université de Dschang (Cameroun)</i> .....	37
<b>4- MONDIALISATION : ENJEUX – CONTRAINTES ET BOULEVERSEMENTS DE L’EURO.</b> Dr GBECHOEVI A. Alexandre ( <i>Université d’Abomey – Calavi</i> ).....	59
<b>5- LA SOCIO-HISTOIRE DE LA FÉMINISATION DES ARMÉES AU CAMEROUN REGARDS CROISÉS SUR LES DYNAMIQUES CONTINUES</b> Martin Raymond Willy MBOG IBOCK ( <i>Université de Douala</i> ) .....	85
<b>6- LES CONTRAINTES DU PRODUCTEUR DES NORMES FONCIERES POUR LE CAMEROUN D’AUJOURD’HUI</b> Pierre Etienne KENFACK ( <i>Université Yaoundé 2</i> ).....	103
<b>7- LA NOTION DE SOCIETE COMMERCIALE EN DROIT OHADA</b> Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA ( <i>Université de Douala-Cameroun</i> ).....	121
<b>8- LA QUALITE ET L’INTERET POUR AGIR DANS LE PROCES CONSTITUTIONNEL AU BENIN</b> Patrick Henri ASSIENE NGON ( <i>Université de Yaoundé II-Cameroun</i> ).....	159
<b>9- LE RENFORCEMENT DES POUVOIRS PARLEMENTAIRES DANS LA PROCEDURE BUDGETAIRE EN ZONE CEMAC</b> Séverin Andzoka Atsimou ( <i>Université Marien N’Gouabi de Brazzaville</i> ).....	185
<b>10- LA TOLERANCE EN MATIERE PENALE AU SENEGAL</b> Dieunedort NZOUABETH ( <i>Université Cheikh Anta Diop de Dakar</i> ).....	207

<b>11- LE MARIAGE PAR PROCURATION EN DROIT POSITIF BENINOIS (MARRIAGE BY PROXY IN BENINESE POSITIVE LAW) Dédji KOUNDE (Université d'Abomey-Calavi).....</b>	<b>235</b>
<b>12- L'EGALITE ENTRE L'HOMME ET LA FEMME DANS LE MARIAGE EN DROIT DE LA FAMILLE DES ÉTATS DE L'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE. UNE PROBLEMATIQUE TOUJOURS D'ACTUALITE AU CONGO ET AU MALI ? ONDZE Stani (Université Marien NGouabi).....</b>	<b>259</b>
<b>13- LE SYSTEME DE PROTECTION INTERNATIONALE DES DROITS ECONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS : LES TENDANCES EVOLUTIVES D'UNE QUESTION TOUJOURS D'ACTUALITE. Placide Wenne-Goundi ROUAMBA (Université Ouaga 2).....</b>	<b>285</b>
<b>14- LES ATTEINTES AUX DROITS DE L'HOMME GARANTIS PAR LA CONSTITUTION MALIENNE DU 25 FEVRIER 1992 EN MILIEU UNIVERSITAIRE Dr SANGARE Moussa Moise (Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako).....</b>	<b>307</b>
<b>15- LA RESPONSABILITE DES ETATS EXECUTANT DES RESOLUTIONS DU CONSEIL DE SECURITE DES NATIONS UNIES SIMICLAH Ena Etienne (Université d'Abomey calavi (uac)).....</b>	<b>337</b>
<b>16- REFLEXION SUR LES DROITS FRANÇAIS ET MALIEN DES CONTRATS A LA LUMIERE DE LA REFORME DU 10 FEVRIER 2016 Djibril SOW (Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako).....</b>	<b>365</b>
<b>17- LA TRANSPOSITION DU MODELE JURIDIQUE FRANÇAIS EN AFRIQUE FRANCOPHONE: ENTRE ASSIMILATION, MIMETISME ET PRESERVATION D'UNE IDENTITE JURIDIQUE AFRICAINE. TCHIENO TIMENE Arsène (Université de Dschang/Cameroun).....</b>	<b>393</b>
<b>18- L'ORDRE PUBLIC PROCEDURAL OUEST-AFRICAIN CONTRIBUTION A LA THEORIE DU PROCES EQUITABLE EN AFRIQUE DE L'OUEST Dr Dianguina Tounkara (Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako).....</b>	<b>441</b>
<b>19- LA FORCE JURIDIQUE DU DROIT D'INTERVENTION DE L'UNION AFRICAINNE DANS LES ETATS MEMBRES Valérie Edwige SOMA/KABORE (Université Ouaga 2).....</b>	<b>445</b>

<b>20- LA GARANTIE COMMUNAUTAIRE DU DROIT A LA NATIONALITE DANS LE CADRE DE LA CEDEAO</b>	
Robert YOUNGBARE	
<i>(Université Norbert Zongo)</i> .....	471
<b>21- LE NOUVEAU REGIME DE L'ETAT D'URGENCE</b>	
Eric NGANGO YOUNGBI.....	497



# LE MARIAGE PAR PROCURATION EN DROIT POSITIF BENINOIS (MARRIAGE BY PROXY IN BENINESE POSITIVE LAW)

Par

**Dédji KOUNDE**

\*

*Docteur en droit privé  
Assistant à l'Université d'Abomey-Calavi*

## **Résumé**

*Quelle incidence le mariage par procuration peut-il avoir sur l'institution du mariage et de la famille ? Pour répondre à cette question, c'est l'impact même de la procuration sur la nature contractuelle du mariage ainsi que sur sa nature institutionnelle qui sera étudié. Il en ressort que le mariage par procuration est une approche purement contractuelle du mariage qui aboutit à la fragilisation du mariage comme institution avec pour risques l'affaiblissement de l'institution familiale à travers les détournements du mariage, les mariages forcés et les divorces.*

## **Abstract**

*What impact can proxy marriage have on the institution of marriage? To answer this question, it is the impact of the power of attorney on the contractual nature of marriage as well as its institutional nature that will be studied. It emerges that proxy marriage is purely contractual approach to an institution with the risks of weakening of the family institution through the embezzlement of marriage, forced marriages and divorces*

## **INTRODUCTION.**

La famille béninoise se créait et se perpétuait avant la colonisation par le mariage traditionnel. Ce mariage, réalité plutôt communautaire, était l'alliance de

deux familles ou de deux clans<sup>1</sup>. Il se concluait par la remise de présents par la famille de l'homme à celle de la femme<sup>2</sup> ; il avait essentiellement pour but la continuation de la lignée. Issu des cultures orales, le mariage traditionnel a été pris en compte pendant la période coloniale lors de la rédaction du droit traditionnel dans

---

\* Mode de citation : Dédji KOUNDE, «Le mariage par procuration en droit positif beninois (mariage by proxy in beninese positive law)», *Revue CAMES/SJP*, n°001/2018, p. 237-260

---

<sup>1</sup> M. ISTAS, « La première caractéristique du mariage traditionnel », *Revue Africaine de Théologie*, n° 27-28, 1990, p. 125-163.

<sup>2</sup> M. CHACHA, « La dot et le divorce », *Droit béninois* n° 2-2013, B. G. GBAGO et O. DEVAUX (Dir.), Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, p. 71.

les dispositions de la circulaire n°3284 du 2 novembre 1923 et celles de la circulaire 128 AP du 19 mars 1931 du gouverneur général<sup>3</sup>. Le « Coutumier du Dahomey »<sup>4</sup>, document qui transcrit les règles orales issues des coutumes est venu fixer par la suite le cadre juridique de ce mariage.

A la proclamation de la République du Dahomey le 4 décembre 1958, le mariage civil a été introduit au Bénin<sup>5</sup> avec le Code civil Napoléon version 1958. Il a longtemps subsisté aux côtés du mariage coutumier prévu dans le « Coutumier du Dahomey ». L'adoption du code béninois des personnes et de la famille par la loi du 24 août 2004 a mis fin au dualisme juridique concernant le statut des personnes et les règles sur la famille<sup>6</sup>. Si la dot<sup>7</sup> qui était une caractéristique du mariage coutumier a été maintenue<sup>8</sup>, ce mariage a cependant disparu du droit positif béninois. Seul le mariage civil est reconnu aujourd'hui par le droit béninois.

Comme le Code civil français, le Code béninois des personnes et de la famille n'a pas défini le mariage<sup>9</sup>. Il n'en précise que les conditions<sup>10</sup>. Différents doctrinaires ont donc proposé des définitions dont la plupart d'elles sont empreintes d'aspects sociaux, moraux, historiques, sociologiques et économiques. Ainsi, selon

les juristes romains, « *nuptiae sunt conjunction maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio* »<sup>11</sup>. Portalis, dans son Discours préliminaire au projet de Code civil, présentait le mariage comme 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<sup>12</sup>. Le Doyen Carbonnier, ne dit pas le contraire. Présentant le mariage comme la « la plus vieille coutume de l'humanité »<sup>13</sup>, il le définit comme l'acte par lequel un homme et une femme, qui se sont mutuellement choisis, s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort<sup>14</sup>.

Toutefois, quelques unes des définitions sont juridiques et font référence à la loi, à l'acte juridique, au contrat, à l'institution ou au divorce. C'est le cas dans la définition donnée par Marty et Raynaud pour qui le mariage est l'acte juridique solennel par lequel l'homme et la femme établissent une union organisée par la loi civile et dont ils ne pourront obtenir la rupture que dans certains cas déterminés<sup>15</sup>. Terré et Fenouillet, quant à eux, définissent le mariage comme l'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<sup>16</sup>. Pour Courbe, le mariage est l'acte juridique solennel par lequel un homme et une femme, d'un

<sup>3</sup> A. TIDJANI SERPOS, *Notes sur le mariage au Dahomey*, Yaoundé, Editions Nouvelles du Sud, 1998, p. 7

<sup>4</sup> Voir F. MEDENOUVO, *Coutumier du Dahomey*, Tillières-sur-Avre, Présence béninoise, 2004.

<sup>5</sup> Anciennement Dahomey

<sup>6</sup> N. GBAGUIDI, « De l'option de monogamie à l'option de polygamie : la nouvelle voie béninoise », *RBSJA* n° spécial, octobre 1995, p. 33.

<sup>7</sup> La dot a été traitée dans les articles 107 à 126 du Coutumier du Dahomey.

<sup>8</sup> Article 142 du Code des personnes et de la famille du Bénin.

<sup>9</sup> Le Code civil aurait eu raison de ne pas définir le mariage à en croire le doyen CARBONNIER qui pense que tout le monde sait de quoi il s'agit. Voir J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2, La famille, L'enfant, Le couple*, Paris, PUF, 2004, p. 391.

<sup>10</sup> Articles 119 à 125 du Code des personnes et de la famille pour les conditions de fond du mariage et articles 126 à 142 du Code des personnes et de la famille pour les conditions de forme.

<sup>11</sup> MODESTIN, *Digeste*, 23, 2, 1 : « Le mariage est l'union de l'homme et de la femme, une société de toute vie, une communauté de droit divin et humain »

<sup>12</sup> J. PORTALIS, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, 1844.

<sup>13</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2, La famille, L'enfant, Le couple*, Paris, PUF, 2004, p. 391.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 392.

<sup>15</sup> G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les personnes*, Paris, SIREY, 1976, p. 65.

<sup>16</sup> F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 1996, p. 263.

commun accord, décident de s'unir et d'adhérer à un statut légal préétabli, celui des gens mariés<sup>17</sup>. Sériaux a, quant à lui, proposé d'inscrire dans le code civil que « le mariage est une union de droit entre un homme et une femme, en vue d'établir entre eux une communauté de toute la vie. La famille fondée sur le mariage jouit de la faveur de la loi »<sup>18</sup>.

Mais le mariage civil au Bénin, tel qu'issu de la législation française, n'a pas toujours été civil. Il a été d'abord naturel, puis religieux. Dans les temps antiques, le mariage était essentiellement consensuel<sup>19</sup>, dépourvu de dimension religieuse. Le mariage chrétien est apparu au Moyen Age mais n'a été intégré dans la liste officielle des sacrements qu'en 1215 au 4<sup>ème</sup> Concile de Latran<sup>20</sup> et, contrairement aux unions de l'Antiquité, le mariage chrétien était et reste indissoluble<sup>21</sup>. Le mariage religieux est devenu obligatoire et l'unique forme d'union en France avec le Concile de Trente en 1563<sup>22</sup>. Puis, le mariage civil a été introduit en France avec l'édit de Versailles en novembre 1787<sup>23</sup>. De sacrement, le mariage est devenu civil et la loi lui reconnaît une nature contractuelle. La Constitution de 1791 ne dispose-t-elle pas alors que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil » ? C'est par un décret de 1792 que la célébration du mariage civil par un officier

municipal a été imposée. Bien que proclamé comme étant un contrat, une sorte de sacralité<sup>24</sup> lui sera officiellement attachée par les rédacteurs du Code civil<sup>25</sup> qui considèrent que la famille fondée sur le mariage était une garantie essentielle du bon ordre social. Il se dégage clairement de l'histoire et du droit deux natures juridiques du mariage civil : une nature contractuelle et une nature institutionnelle. De cette ambivalence du droit naîtra un débat à partir du XX<sup>e</sup> siècle.

Le mariage civil serait-il un contrat qui naît de la volonté unique des conjoints ou une institution bâtie par la puissance publique pour préserver l'ordre social ? Plusieurs auteurs vont s'affronter, qui pour soutenir la nature institutionnelle, qui pour soutenir la nature contractuelle. Pierre Renard défend le caractère institutionnel du mariage<sup>26</sup>. Dans le même sens, Roger Vanhems pense que le mariage n'est pas un contrat.<sup>27</sup> A l'inverse, Maurice Covillard expose que le mariage est considéré comme un contrat civil dans l'histoire du droit français<sup>28</sup>. Mais les deux théories soulèvent évidemment chacune des objections.

Selon la conception classique, le mariage est un contrat puisqu'il en présente les caractères essentiels tels que l'accord de volontés produisant des effets juridiques même si certains des effets échappent au principe de la liberté contractuelle. Car, bien des contrats existent et dont les effets échappent aux parties. Cette conception soulève des objections en ce sens que le mariage ne crée pas que des obligations mais crée un état et fonde la famille qui est une

<sup>17</sup> COURBE et F. JAULT-SESEKE, *Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 2012, p. 59.

<sup>18</sup> A. SERIAUX, « Une définition civile du mariage », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 1966.

<sup>19</sup> M. COVILLARD, *Le mariage considéré comme contrat civil dans l'histoire du droit français*, Thèse, Université de Paris, 1899, p. 9.

<sup>20</sup> Lors de ce concile tenu à l'initiative du pape Innocent III, de nombreuses décisions qui renforcent l'emprise du Saint-Siège sur la chrétienté occidentale sont prises.

<sup>21</sup> Le divorce n'est pas autorisé par les chrétiens.

<sup>22</sup> Par ce concile, pour être valide, le mariage doit être célébré à l'Eglise devant l'assistant du mariage et deux témoins.

<sup>23</sup> L'édit de Versailles ou l'édit de tolérance a autorisé le mariage des non catholiques à travers le mariage civil.

<sup>24</sup> R. CABRILLAC, « La sacralité civile du mariage », in *Le discours et le code*, Paris, Litec, 2004, p. 173.

<sup>25</sup> Le Code Napoléon de 1804.

<sup>26</sup> P. RENARD, *Le mariage est-il un contrat ?* Paris, Thèse, 1901, p. 5.

<sup>27</sup> R. VANHEMS, *Le mariage civil, sa formation, ses effets, sa dissolution : Etude critique de l'idée de contrat*, Paris, Thèse, 1904.

<sup>28</sup> M. COVILLARD, *Le mariage considéré comme contrat civil*, Paris, Thèse, 1899.

institution. De même, le mariage ne peut être défait uniquement par la volonté commune des parties contrairement au contrat qui peut l'être. Pour les tenants de l'approche institutionnelle, le rôle prépondérant de l'autorité publique dans la formation et la dissolution de l'union ne permet pas de la cantonner au contrat.

En réalité, plusieurs auteurs s'accordaient déjà à reconnaître une nature mixte au mariage. Ainsi, Lefebvre pense que le mariage n'est pas uniquement un contrat<sup>29</sup>. Il en est de même d'Alfred Détrez qui défend aussi l'idée selon laquelle le mariage n'est pas qu'un contrat<sup>30</sup>. René Lemaire soutient, quant à lui, que le mariage a une nature mixte<sup>31</sup>.

En définitive, la doctrine dominante aujourd'hui est celle de la nature mixte du mariage<sup>32</sup>. Le doyen Carbonnier n'indique-t-il pas que le mariage est un acte de nature complexe à la fois contrat et institution<sup>33</sup>? Le mariage est un contrat en faisant référence à l'accord de volonté qui le crée et une institution en faisant référence au statut qui en résulte<sup>34</sup>.

Le Code des personnes et de la famille du Bénin a créé un mariage unique, le mariage civil avec la possibilité de le

réaliser par procuration. Ce qui est bien une façon de renoncer à une culture matrimoniale bien enracinée, c'est-à-dire le mariage traditionnel précédemment reconnu par la législation. On conviendra que ce choix peut être interprété comme une volonté du législateur d'induire une adhésion massive des Béninois à ce mariage « importé » pour lequel le risque de désaffection est réel<sup>35</sup> ; il n'est rien de mieux que de faciliter sa réalisation. La procuration ou pouvoir, qui désigne généralement *l'instrumentum* constatant le contrat de mandat et permettant au mandataire de justifier de son pouvoir, semble être un moyen utile pour y parvenir. Ici, le mot désignera le pouvoir de représentation ; celle-ci étant l'« action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel (le représentant), d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre - incapable ou empêchée (le représenté) - un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté »<sup>36</sup>. Pour Rouast, la représentation se définit comme « l'opération consistant à remplacer une personne par une autre dans un acte intéressant la première, de telle manière que les effets de l'acte s'appliquent à celle-ci, comme si elle avait été effectivement partie »<sup>37</sup>.

Alors qu'en France, le mariage par procuration est formellement interdit<sup>38</sup>, le législateur béninois a, quant à lui, adopté ce mode de mariage par représentation à travers l'article 136 du Code des personnes

<sup>29</sup> C. LEFEBVRE, *Le mariage civil n'est-il qu'un contrat ?*, Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois et arrêts, 1902, p. 300.

<sup>30</sup> A. DETREZ, *Mariage et contrat, étude historique sur la nature sociale du droit*, Paris, Thèse, 1907.

<sup>31</sup> R. LEMAIRE, *Etude historique et critique, la mariage civil*, Thèse, Paris, 1901. Le caractère mixte résulte de ce que le mariage est autant civil et religieux.

<sup>32</sup> C. MARIE et A. CATHELINEAU-ROULAUD, *Droit de la famille*, Levallois-Perret, Bréal, 2016, p. 72 ; P. MURAT (Dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2013, p. 32 ; M.T. MEULDERS-KLEIN, « L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat et au-delà », in *La personne, la famille, le droit*, Paris, Bruylant-LGDJ, 1999, p. 182.

<sup>33</sup> J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges RIPERT. Tome I. Etudes générales, droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1950, p. 327.

<sup>34</sup> *Idem*.

<sup>35</sup> H. AHOUDJINO DJOSSILOU, « Le mariage monogamique dans le droit positif béninois : intérêts et perspectives », *Droit béninois* n° 2-2013, B. G. GBAGO et O. DEVAUX (Dir.), Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, p. 25.

<sup>36</sup> G. CORNU (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2016.

<sup>37</sup> V. A. ROUAST, *La représentation dans les actes juridiques*, Paris, Dalloz, 1949, p. 110 et s. 1947-1948, p. 45.

<sup>38</sup> Voir par exemple, Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juillet 1999, n° 99-10269.

et de la famille. Ce choix contribue-t-il véritablement à la promotion du mariage unique ou, à l'inverse, n'affaiblit-il pas l'institution du mariage ? La réflexion sur la question sera menée à travers l'étude de l'idée qui résulte du mariage par procuration, autrement dit, l'incidence de la procuration sur la nature contractuelle et sur la nature institutionnelle du mariage.

Pour le mariage, l'idée de contrat entraîne la mise en place de techniques juridiques entrant habituellement dans le champ contractuel. Ce qui a pour effet de fournir des justificatifs pour une conception contractuelle du mariage. A l'opposé, l'idée d'institution a, pour conséquence, d'éloigner tout élément contractuel et de consolider l'intervention et le contrôle des pouvoirs publics dans le champ matrimonial.

La formation du mariage a un caractère singulier conféré par la cérémonie et la présence effective des époux. La possibilité de procuration permet au mariage d'atténuer la différenciation quant à sa formation avec d'autres actes juridiques comme le contrat. La procuration opère un rapprochement entre le mariage et le contrat et dénote une approche contractuelle du mariage **(I)**. La mise en lumière de l'aspect contractuel du mariage à travers la procuration peut être assimilée à une teinte de contractualisation. P. Karambrun pense que la contractualisation du droit de la famille est dangereuse : « Une idée éminemment dangereuse, l'idée de contrat, s'est introduite et développée peu à peu. Persévérer dans cette idée nouvelle, c'est aboutir à la désorganisation complète de la famille... »<sup>39</sup> La nature contractuelle et la nature institutionnelle du mariage peuvent être comparées aux deux plateaux d'une même balance en équilibre qui ne pourra plus le rester dès lors qu'un poids est complété dans l'un ou l'autre plateau. La conséquence logique du rapprochement

entre le contrat et le mariage est la fragilisation du mariage comme institution **(II)**.

## **I- UNE APPROCHE CONTRACTUELLE DU MARIAGE**

La procuration est un mode exceptionnel de formation d'un contrat. Elle fait reporter les effets d'un contrat sur une personne qui n'y est pas directement intervenue. Autorisée pour le mariage, elle tend à créer une certaine ressemblance entre le mariage et le contrat de sorte que le mariage devienne comme un contrat par représentation **(A)**. Mais la ressemblance ne se limite pas à la formation puisque des manipulations uniquement réservées au contrat vont y naître. Elles feront fléchir l'ordre public familial et entraîneront une certaine appropriation de l'institution. Le mariage peut être alors perçu comme un acte juridique privatisé **(B)**.

### **A- Le mariage comme un contrat par représentation**

Le mariage par procuration n'est pas limité en droit béninois par des circonstances exceptionnelles expressément fixées. L'article 136 du Code des personnes et de la famille prévoit la procuration au cas de l'impossibilité de la comparution. Or, celle-ci peut être d'un degré reprochable<sup>40</sup>. La procuration semble quasiment se situer au même degré que la présence des époux à la célébration du mariage. Peu importe, en définitive, que le futur époux se présente ou non devant l'officier de l'état civil est-on tenté de dire. La procuration appliquée au mariage résulte d'une idée de contrat **(1)** qui en est faite. De même, aucun critère n'est fixé au choix du représentant. S'appliquent, par

<sup>39</sup> P. KERAMBRUN, *L'idée du mariage depuis le code civil jusqu'à nos jours*, Thèse, Paris, 1909, p. 10.

<sup>40</sup> En exemple, impossibilité d'obtenir une permission d'absence pour une date donnée, présence à une autre cérémonie, voyage d'étude ; la loi ne précise pas que l'impossibilité doit être un cas de force majeure.

conséquent, les critères du choix du représentant dans une opération contractuelle. C'est un choix qui est tout aussi ouvert qu'en matière contractuelle de sorte que le mariage par procuration est une molle exception (2) au principe de la présence des époux.

### **1- Le mariage par procuration, une idée de contrat**

Pour soutenir que le mariage n'est pas un contrat, on avance entre autres l'interdiction du mariage par procuration nécessitée par le caractère public et personnel des engagements des époux<sup>41</sup>. Autrement dit, le caractère institutionnel du mariage empêcherait l'introduction d'outils juridiques réservés au contrat. Et si l'Eglise a admis le mariage par procuration, c'est du fait de sa conception contractuelle du mariage<sup>42</sup>. La théorie du mariage-contrat a été en effet bâtie par l'Eglise à partir des Livres Saints<sup>43</sup>.

Aussi, le droit français jusqu'à la Révolution a-t-il intégré comme une évidence la possibilité du mariage par procuration. Pothier n'affirmait-t-il pas : « Ce mariage par procureur est valablement contracté lorsque les trois conditions de *Decretale* de boniface VII concourent »<sup>44</sup>. Il utilise donc le verbe contracter en parlant du mariage. C'est dire que la conception contractuelle du mariage a massivement influencé l'admission du mariage par procuration. Pothier disait d'ailleurs plus clairement du mariage qu'il était « le plus ancien et le plus excellent de tous les contrats »<sup>45</sup>.

A la révolution, le mariage par procuration n'était plus autorisé. La doctrine d'alors était unanime sur le fait que le Code civil Napoléon exige la présence des parties au mariage<sup>46</sup>. A la suite du jugement du Tribunal d'Ajaccio, la Cour de Bastia<sup>47</sup>, réaffirme l'impossibilité du mariage par procuration en invoquant l'argument selon lequel il importe de ranger le mariage en dehors des autres contrats. Ce qui signifierait que le mariage est classé dans les autres contrats ou dans l'ensemble des contrats du fait de la procuration. Il serait un contrat « inclassable » en l'absence de procuration ou, plus simplement, il ne serait pas dans la catégorie des contrats.

Il faudra attendre la loi du 4 avril 1915 pour que le mariage par procuration soit possible mais uniquement dans des cas exceptionnels. Le texte énonce qu'« en temps de guerre, pour causes graves, et sur autorisation du ministre de la justice et de la Guerre ou de la Marine, il peut être procédé à la célébration du mariage des militaires ou des marins, sans que le futur époux, s'il est présent sous les drapeaux, soit obligé de comparaître en personne et à condition qu'il soit représenté par un fondé de procuration spéciale »<sup>48</sup>.

Aujourd'hui, en France, le mariage par procuration est strictement interdit aux termes de l'article 146-1 du Code civil<sup>49</sup>. Or, la législation béninoise conçoit la représentation dans les actes juridiques et notamment dans la formation du mariage. Si la représentation en elle-même a paru à une époque bien contraire à la logique

<sup>41</sup> P. RENARD, *Le mariage civil est-il un contrat ?* Paris, Thèse, 1901.

<sup>42</sup> X. DUSSAC, *Le mariage par procuration*, Thèse, Paris, 1921, p. 11.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p.15

<sup>44</sup> R. J. POTHIER, *Traité du Contrat de mariage*, Paris, Imprimerie du roi, de l'évêché et de l'université, 1771, Tome 1, pp. 461 et 469. L'exemple du mariage par procuration d'Henri IV avec Marie de Médicis y est donné par POTHIER.

<sup>45</sup> R. J. POTHIER, *Œuvres*, Tome VI, Editions BUGNET, 1864, n° 1.

<sup>46</sup> Voir X. DUSSAC, *Le mariage par procuration*, Thèse, Paris 1921, p. 25 qui cite Les travaux préparatoires du Code civil prouvent que le législateur d'alors a clairement choisi d'exclure le mariage par procuration, Locré, T. IV, p. 446.

<sup>47</sup> Voir X. DUSSAC, *Le mariage par procuration*, Thèse, Paris 1921.

<sup>48</sup> X. DUSSAC, *préc.* p. 26.

<sup>49</sup> Il s'agit d'une condition de fond du mariage (Cass. civ 1<sup>ère</sup>, 15 juill. 1999 : Bull. civ. I, n° 244 ; R., p. 305 ; D. 2000. Somm. 414, obs. LEMOULAND).

juridique<sup>50</sup> au point de n'être admise que comme une fiction<sup>51</sup>, il n'en est plus de même aujourd'hui<sup>52</sup>. La théorie de la représentation a été assez bien construite en France par la doctrine<sup>53</sup>.

C'est ainsi que Michel Storck par exemple démontre que l'acte juridique n'existe que par la réunion de trois composantes, à savoir la manifestation de la volonté, l'exercice de prérogatives et l'établissement de liens de droit qui pourraient avoir chacune, un intervenant différent<sup>54</sup>. Il y aurait donc des raisons valables à admettre la représentation dans les actes juridiques et notamment dans les contrats. Celle-ci répond par ailleurs à des besoins pratiques, ceux des personnes ne pouvant agir par elles-mêmes.

Mais si techniquement la représentation dans les contrats ne pose pas des difficultés, elle semble parfaitement faite pour ceux-ci, peut-elle en revanche être admise pour tous les actes juridiques sans distinction et plus spécifiquement pour les actes concernant le statut des personnes ? Une personne peut – elle agir pour le compte d'une autre de sorte à modifier le statut de cette dernière ? Le mécanisme de la représentation ne devrait-il pas être exclu dans les actes tel que le mariage qui n'est pas qu'un contrat ? Dans le cas contraire, on peut à juste titre penser que le législateur a assimilé le mariage au contrat.

Faut-il le rappeler, le mariage en droit béninois tout comme en droit français est

un acte juridique solennel<sup>55</sup>. Or, la solennité n'est pas exclusive de la représentation<sup>56</sup>. Celle-ci est d'ailleurs admise pour la plupart des actes solennels<sup>57</sup>. Cependant, certains actes juridiques solennels sont interdits du mécanisme de la représentation dans le but de mieux contrôler l'existence du consentement et de mieux assurer sa liberté. En effet, selon la théorie de la capacité naturelle, certains actes ne peuvent donner lieu à représentation, étant trop intimement liés à la personne de leur auteur<sup>58</sup>. Il existerait une opposition entre la technique de la représentation et la notion de personne d'une part<sup>59</sup>. D'autre part, la représentation n'est possible qu'en cas d'acte juridique patrimonial. Elle serait exclue en cas d'actes juridiques extrapatrimoniaux.

L'acte juridique peut être extrapatrimonial dans deux cas : « lorsque son objet porte sur un intérêt extrapatrimonial ou lorsque, par ses effets, il a ou est susceptible d'avoir des répercussions directes sur un intérêt extrapatrimonial »<sup>60</sup>. Cet intérêt est celui qui tend à la protection de l'identité de la personne et qui vise à protéger tantôt la personnalité individuelle du sujet, tantôt sa personnalité familiale, tantôt encore sa personnalité sociale<sup>61</sup>. Deux catégories d'actes juridiques extrapatrimoniaux existent : les statuts légaux au nombre desquels figure le mariage<sup>62</sup>, puis les contrats.

<sup>50</sup> V. A. ROUAST, *La représentation dans les actes juridiques*, op. cit., p. 91.

<sup>51</sup> P. BOUQUIER, *Etude générale de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse, Montpellier, 1899, p. 22 et s.

<sup>52</sup> G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1997, n° 50 et s., E. PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, Thèse, Caen, 1897, n° 26 et s.

<sup>53</sup> E. GAILLARD, « La représentation et ses idéologies en droit français », *Droits*, 1987, n° 6, p. 91.

<sup>54</sup> M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, LGDJ, 1982, pp. 37 et 38.

<sup>55</sup> M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, LGDJ, 1975, p. 284.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 404.

<sup>57</sup> Reconnaissance d'enfant naturel, donation, hypothèque par exemple.

<sup>58</sup> F. BETAILLE-GONTHIER, *La capacité naturelle*, Thèse, Bordeaux IV, 1999; p. 95.

<sup>59</sup> R. SAVATIER, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté de la personne », *Recueil-Dalloz*, 1959, p. 50.

<sup>60</sup> C. LAZARUS, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux, une nouvelle catégorie juridique*, Aix Marseille, Thèse, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 8.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 292.

L'acte juridique statutaire ne se forme pas par la volonté exclusive des parties et la liberté est écartée dans sa formation<sup>63</sup>. Ce qui représente la haute valeur attribuée par l'Etat à l'acte concerné. L'Etat cherche à garantir par un formalisme tenace l'institution. Mais lorsque la possibilité de vérifier le consentement à l'acte n'est plus donnée, il ne garantit donc plus sa sincérité, c'est l'institution qui n'est plus protégée au profit de la personne. La procuration peut être alors perçue comme un élément de contractualisation du mariage. Le statut légal disparaît et cède la place au contrat.

En outre, contrairement au Code civil allemand où la représentation est traitée dans une section centrale consacrée aux actes juridiques en général<sup>64</sup>, le droit civil français l'a toujours traitée dans la partie relative à la formation du contrat<sup>65</sup>. C'est un paragraphe de la section sur la validité du contrat qui est consacré à la représentation dans le nouveau Code civil français plus précisément les articles 1153, 1159 et 1160. La représentation est, par conséquent, perçue comme modalité de la formation du contrat et de ses effets<sup>66</sup>.

L'absence de protection de l'institution du mariage est d'autant plus perceptible qu'aucune condition n'est fixée dans le choix du représentant et qu'aucune forme particulière n'est prévue pour l'établissement de la procuration. Celle-ci ne se présente pas comme une réelle exception indépendante d'une procuration en vue d'un contrat ordinaire. Ce qui fait penser plutôt à une molle exception.

## 2- Le mariage par procuration, une molle exception

Avant son interdiction en France par le Code civil, le mariage par procuration autorisé par la loi du 4 avril 1915 limitait les cas dans lesquels il peut être célébré à la durée « de la guerre des militaires et marins, à raison de leur présence sous les drapeaux » et avec l'autorisation au préalable « du ministre de la guerre ou de la marine et du ministre de la justice ». Le Code des personnes et de la famille du Bénin n'a pas prévu des limites quant aux circonstances pouvant autoriser le mariage par procuration. Aucune loi, ni aucun décret, encore moins la jurisprudence n'a fixé quelque limite particulière permettant de caractériser l'impossibilité (maladie, accident, absence du territoire national pour cause de travail, etc.). Il en ressort que le futur conjoint, sans raison, ou pour des raisons non avouées, peut décider de ne pas se présenter devant l'officier de l'état civil. Les contrats de la vie courante ne nécessitent pas une justification de l'absence pour les établir par représentation. Une simple déclaration sur l'honneur peut parfois être demandée. Ainsi, en exemples, le contrat de vente, le contrat de bail, le chèque peuvent être signés par un représentant sans que le représenté ait à expliquer les raisons de son absence. Alors même qu'en droit positif béninois, des actes juridiques tels que, le testament<sup>67</sup>, la prestation de serment n'autorisent pas la procuration et que la donation d'immeubles<sup>68</sup> n'autorise que la procuration par acte authentique, le législateur béninois a permis la représentation sans conditions prévues et encadrées pour le mariage, accentuant ainsi sa conception contractuelle de celui-ci. La circonstance pouvant entraîner la procuration se situe au même niveau que celle des autres contrats.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 401.

<sup>64</sup> G. WICKER, R. SCHLZE et D. MAZEAUD (Dir.), *La représentation en droit privé*, Paris, Société de législation comparée, 2016, p. 12.

<sup>65</sup> Article 1153 nouveau du Code civil français.

<sup>66</sup> G. WICKER, R. SCHLZE et D. MAZEAUD (Dir.), *préc.*, p. 50.

<sup>67</sup> Voir articles 871 et suivants du Code des personnes et de la famille.

<sup>68</sup> Voir l'article 843 du Code des personnes et de la famille et Req. 1<sup>er</sup> décembre 1846 : DP 1847.1.15.



Pire, il ne donne aucune précision sur la forme de la procuration, laissant ainsi croire qu'une procuration établie sous n'importe quelle forme, verbale, sous seing privé ou authentique serait valable. En effet, aux termes de l'article 1985<sup>69</sup> du Code civil, le principe est la liberté de forme. En l'absence de précision par le législateur, cette liberté prévaut; le consensualisme étant la règle. C'est d'ailleurs ce qu'avaient soutenu une partie de la doctrine et la jurisprudence concernant l'hypothèque<sup>70</sup>. Ce procédé présente néanmoins l'inconvénient de dévoyer le consentement du conjoint qui devrait être recueilli sous une forme solennelle puisque c'est dans la procuration que le mandant donne son consentement<sup>71</sup>. Certains auteurs ont alors soutenu que « la procuration et l'acte à accomplir forment un tout indivisible et doivent tous deux respecter la même forme »<sup>72</sup>. Planiol et Ripert ont admis que,

lorsque la loi impose la solennité à tel ou tel autre contrat, le mandat donné en vue de sa conclusion n'est valable qu'autant que ce formalisme est respecté<sup>73</sup>.

A cet effet, le principe général de correspondance des formes suppose que la procuration au mariage soit établie devant l'officier de l'état civil, que le représenté et le représentant signent la procuration au mariage devant celui-ci afin que ce dernier puisse s'assurer du consentement du représenté. Ce principe a été reconnu par la suite par la Cour de cassation dans un arrêt où elle s'est prononcée sur la validité d'une hypothèque constituée par un mandataire porteur d'une hypothèque sous seing privé. La Cour avait alors reconnu la nullité de la procuration<sup>74</sup> autant qu'elle l'a fait pour un mandat de consentir un contrat de mariage<sup>75</sup>. C'est le lieu d'indiquer que la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à admettre aujourd'hui « que la procuration pour consentir un acte juridique solennel doit être donnée dans la même forme que l'acte qu'elle a pour objet »<sup>76</sup>.

Mais, un tel formalisme enlèverait au mariage par procuration l'idée de simplification recherchée. Car, il reviendrait à faire deux cérémonies au lieu d'une. Par la suite, l'hypothèse de la procuration par acte notarié ne confère pas plus d'avantages à moins que cette procuration soit considérée comme un acte unilatéral qui puisse être établi par un

<sup>69</sup> Cet article dispose : « Le mandat peut être donné par acte authentique ou par acte sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement. ».

<sup>70</sup> La Cour de cassation ( req. 5 juillet 1827) avait pu soutenir que « d'après l'article 1985 du Code civil, le mandat peut être donné par acte sous seing privé, que cette règle est générale et que la loi n'y a fait exception pour le cas où le mandat contient le pouvoir d'hypothèque..., que l'article 1988 du Code civil, concernant le mandat à l'effet d'hypothèque, n'exige d'autre condition si ce n'est que le mandat soit exprès »,

<sup>71</sup> M-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, Paris, LGDJ, 1975, p. 408.

<sup>72</sup> *Idem.* L'auteur a cité « Merlin, Rép. V° Hypothèque, sect. II § 3, art. 6, Grenier, Traité des hypothèques, T. I, n° 68, p. 68, p. 141 ; Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, T. 7, p. 260 ; Mourlon, Traité théorique et pratique de la transcription, n° 1006 ; Domenguet : Du mandat, T. I, n° 99 ; Pont, Privilège et hypothèques, n° 401 et 402 ; Rivière et Huguet, Questions théoriques et pratiques sur la transcription hypothécaire, n° 269 ; Merville : Rev. Prat. 1856, T. II, p. 97 ; Rivière : Variations de la Cour de cassation, n° 535, 536 ; Thézard : Nantissement, privilèges et hypothèques, n° 58 ; Ducruet : Etude sur les difficultés de la loi du 23 mars 1855, p. 40 ; Comet de Santerre : Cours analytique, T. IX, p. 183 ; Aubry et Rau, Cours de

droit civil français, 4<sup>e</sup> éd., T. III, § 266, p. 272 et 274 ; Labbé, note au Sirey 1881. I. 441, S. 1886. I. 145. »

<sup>73</sup> PLANIOL et RIPERT, t. 6, n° 149 ; MAZEAU et CHABAS, t. 2, n° 70.

<sup>74</sup> Civ. 7 février 1854, D.P. 1854. I. 49.

<sup>75</sup> Civ. 9 janvier 1955, G. 1855. I. 28, S. 1855. I. 125 ; Civ. 6 novembre 1895, D. 1897. I. 25, note Sarrut, S. 1896. I. 5, note Lyon-Caen ; Civ. 5 février 1957, D. 1957, 196, JCP. 1957, II, n° 10051, note A. Colomer, Act. Jur. 1957, 98 ; Trib. Yvetot 23 mai 1952, D. 1952, 503 cités par Marie-Antoinette GUERRIERO, *préc.*, p. 409.

<sup>76</sup> Cité par M-A. GUERRIERO : « Marty et Raynaud, T. II, n° 90 ; Planiol et Ripert, T. XI par savatier, n° 1450 et 1451. H. L. J. Mazeau et de Juglart, T. II, n° 70 ; Rodière, Encycl. Dalloz, Rép. Dr. civ., V° Mandat, n° 96 et suiv. »

notaire du lieu où se trouve le futur conjoint.

Or, l'acceptation du mandat par le mandataire, autant que la connaissance du mandataire par le mandant a toute son importance pour éviter les refus liés à la personne du représentant. Certaines personnes devraient en effet être interdites de représenter au mariage; notamment celles qui sont interdites au mariage (beau-père, belle-mère, beau-frère, belle-sœur)<sup>77</sup> ainsi que l'autre conjoint pour éviter les conflits d'intérêts. Mais les textes, sur ces aspects, ne se prononcent pas. Les critères pour représenter ne sont pas définis. Le champ est laissé encore ici au droit commun de la représentation notamment en matière contractuelle. Il est alors à craindre qu'un homme représente une femme ou vice-versa. Ceci pose un vrai problème d'image ou de symbole qui n'existe pas en matière patrimoniale. Des esprits immatures pourraient croire que les mariages incestueux ou des mariages homosexuels sont autorisés. De même, il devrait également être interdit le mariage célébré en présence de représentants uniquement.

Il apparaît que l'idée de mariage-contrat issu de la procuration est accentuée à travers l'inconditionnalité. Ce qui amène à dire que l'exception à la présence du futur conjoint n'est qu'une exception de façade, une molle exception et que le législateur n'accorde que peu d'importance à la présence des futurs époux. Au mieux, il en serait indifférent. Par ailleurs, la « représentation est un phénomène dangereux »<sup>78</sup>. On pense ainsi à l'étendue de la représentation qui n'est pas traitée ainsi qu'à ses revers dans le mariage. Les mentions dans la procuration ne sont pas dénuées d'intérêt mais le législateur n'en

fait pas cas. Afin de donner un vrai consentement, le mandant doit entièrement connaître l'étendue et les contours de sa mission. Il est préconisé que dans la procuration apparaissent tous les éléments de fond de l'acte juridique<sup>79</sup>. La précision doit être également de mise en ce qui concerne les limites du mandat. La question de représentation parfaite ou imparfaite doit être réglée dans la procuration. Celle de la limitation du mandat à la célébration du mariage doit également être claire. L'hypothèse que le mandataire veuille étendre sa mission à quelque effet du mariage qui s'apparente à un cas d'école peut pourtant se retrouver dans la réalité. Le législateur béninois, en ne donnant aucune précision sur l'étendue du mandat, donne encore la possibilité de se situer purement sur le plan contractuel où le pouvoir peut être donné en termes généraux ou exprès. Au surplus, l'absence de limite à la représentation donne toute liberté pour privatiser le mariage.

## **B- Le mariage comme un acte juridique privatisé**

La recherche du profit, encore la recherche du profit. Elle peut s'inviter également dans le mariage à travers une nouvelle activité de représentation devant l'officier de l'état civil qui serait une commercialisation du mandat de mariage, une marchandisation du mariage (1). On peut également assister à des détournements du mariage (2).

### **1- La marchandisation du mariage**

Aux termes de l'article 1992 du Code civil, le mandat peut être gratuit ou à titre onéreux. Le futur époux empêché ou ayant « organisé » son absence à la cérémonie du mariage peut logiquement rémunérer une personne pour le représenter. Il se pose toutefois la question de la licéité d'un tel procédé. Ce qui rejoint la question plus

<sup>77</sup> Ce n'est pas la position de Xavier DUSSAC qui pense qu'une telle interdiction dans le cas des mobilisés, au lieu de faciliter leur mariage « arrive au résultat paradoxal de multiplier les obstacles et les gênes autour de cet acte si important ».

<sup>78</sup> P. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, Paris, LGDJ, 2000, p. 154.

<sup>79</sup> M-A GUERRIERO, *préc.*, p. 411.

large de la commercialité de l'état des personnes<sup>80</sup> dont fait partie l'état d'époux.

A cet égard, l'état d'époux est classé dans la catégorie des droits de la personnalité<sup>81</sup>. La plupart des auteurs estiment que ceux-ci sont exclus de la commercialité au regard de l'article 1128 du Code civil au contraire des droits patrimoniaux<sup>82</sup>. Pour Isabelle Moine<sup>83</sup>, l'extracommercialité constitue le principe pour la personne. Elle cite Rayer qui a déclaré que les droits de la personnalité « ne figurent pas dans le patrimoine de leur titulaire. Ils ne sont pas, en effet, susceptibles d'une évaluation pécuniaire, parce qu'ils ont pour fin principale d'assurer la protection d'intérêts moraux »<sup>84</sup>.

L'auteur de l'article « *Les choses dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil* » dénonce un amalgame entre commercialité et patrimonialité d'une part et extracommercialité et extrapatrimonialité d'autre part et refute l'idée que l'extracommercialité puisse être associée à l'extrapatrimonialité. Selon lui, les droits de la personnalité ne peuvent être assimilés à des choses et ne peuvent donc être qualifiés de choses hors du commerce. Il note que c'est l'absence de texte sur l'objet illicite qui conduit à se mettre sur le terrain de l'article 1128 du Code civil pour les droits de la personnalité (...) <sup>85</sup>. En tout

état de cause, on peut retenir comme il en convient, pour des raisons pratiques, que les droits de la personnalité ne sont pas « commercialisables » et, par conséquent, que l'état d'époux ne devrait faire l'objet de transaction à titre onéreux, de mandat rémunéré.

Raisonnement ainsi pouvait se justifier par une jurisprudence ancienne sur le courtage matrimonial. Aussi ancien que le mariage lui-même, le courtage matrimonial souffrait d'une hostilité des chrétiens qui y voyaient une pratique immorale. Le Parlement de Paris, à travers des arrêts de 1591, 1665 et 1690, avait contrecarré le système de courtage matrimonial. L'illicéité de ce courtage avait été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation de 1855 : « *aux relations destinées à préparer l'indissoluble société dans laquelle chacun des époux apporte avec ses biens, sa personne même et sa vie entière, un pacte de cette nature mêlerait l'intervention et l'intérêt d'un agent dominé par des idées de spéculation et de trafic* »<sup>86</sup>.

Mais en 1944, par un arrêt de la Chambre des requêtes du 27 décembre, le principe du courtage matrimonial a été admis sous la seule réserve qu'il conduise à rapprocher les personnes sans peser sur la liberté de leur consentement<sup>87</sup>. Le courtage matrimonial a été admis et le contentieux s'est déplacé sur le terrain des honoraires des courtiers tout comme ceux des mandataires dans leur ensemble.

C'est ainsi que par la loi n° 89-421 du 23 juin 1989, a été réglementé en France le contrat de courtage matrimonial pour protéger le client du courtier. Le marché du mariage<sup>88</sup> s'est considérablement développé autant en France qu'en Afrique. C'est un marché ouvert, international auquel le Benin ne peut se vanter d'en être

<sup>80</sup> Définit l'état des personnes comme « l'ensemble des qualités inhérentes à la personne que la loi civile prend en considération pour y attacher des effets (la nationalité, le nom, le domicile, la capacité, le sexe, l'état d'époux, d'enfant, de parent... ) ainsi que les actions s'y attachant. ». Selon A.COLIN et H. CAPITANT (*Cours élémentaire de droit civil français*, Tome 1, Paris, Dalloz, 1939, n° 108, p. 111), l'état des personnes est l'ensemble des qualités constitutives qui distinguent l'individu dans la cité et dans la famille.

<sup>81</sup> C.LAZARUS, *préc.*, p. 292.

<sup>82</sup> J. SAVATIER, *Cours de droit civil*, Tome 1, Paris, LGDJ 1947, p. 49.

<sup>83</sup> I. MOINE, *Les choses hors du commerce. Notion et régime*, Paris, LGDJ, 1996, p. 149.

<sup>84</sup> RTD Civ. 1969, p. 492, n° 36.

<sup>85</sup> P. FRANCOIS, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, Paris, LGDJ, 2002, p. 78.

<sup>86</sup> Cass. Civ. 1<sup>er</sup> mai 1855 : DP 1855, 1, p.147 ; S. 1855, 1, p. 337, rapp. Laborie.

<sup>87</sup> Cass. Req., 27 déc. 1944 : S. 1945, 1, p.32 ; *Gaz. Pal.* 1945, 1, p.77 ; DC 1945, p.121.

<sup>88</sup> B. LEMENNICIER, *Le marché du mariage et de la famille*, Paris, PUF, 1988.

exclu. S'il est plutôt difficile, voire quasi impossible de trouver des agences matrimoniales au coin de la rue au Bénin, il existe tout de même de nombreux sites de rencontre<sup>89</sup> qui participent du marché de la famille au Bénin. De même, le phénomène des mariages arrangés<sup>90</sup> existe toujours et peut trouver un intérêt à une forme de rémunération.

Malheureusement, la législation béninoise est muette sur ces sujets et il faut se référer au droit commun largement inspiré de la France. Aucune jurisprudence à ce jour n'a prononcé l'illicéité des sites de rencontres et des mariages arrangés. La question du mariage par procuration à titre onéreux ne se pose pas en France pour qu'on y trouve un support de justification puisque le mariage par procuration y est interdit.

Cependant, en associant l'existence des sites de rencontre qui opèrent à grand jour, la jurisprudence française qui leur est favorable, l'admission de la procuration sans exclusion d'un mandat à titre onéreux, le lit est fait pour dire que la procuration au mariage peut être donné dans le cadre d'une agence matrimoniale. Celle-ci peut également être donnée, à titre onéreux dans le cadre d'un mariage arrangé ou dans le cadre de mariages forcés de mineurs en vue de leur trafic<sup>91</sup>. En l'état actuel des textes, le mariage par procuration paraît dangereux pour lutter efficacement contre les détournements du mariage.

## 2- Le détournement du mariage

Dans l'arrêt n° 09-15.606, la Cour de cassation française dénie toute vision

« privatisante » du mariage<sup>92</sup>. Comme prévu par l'article 119 du Code des personnes et de la famille béninoise, « chacun des futurs époux, même mineur, doit consentir personnellement au mariage » ; autrement dit, « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement »<sup>93</sup>. Le consentement doit porter sur le mariage et ses effets tels qu'il a pu être défini, sur la famille à fonder. Il doit exister un *affectio matrimonialis*.

En effet, il n'est pas rare de voir des personnes contracter mariage non pas dans le but de créer une famille mais dans le but d'obtenir uniquement des avantages particuliers du statut des gens mariés<sup>94</sup>. Certaines personnes se marient pour appréhender le patrimoine du conjoint<sup>95</sup>, d'autres pour échapper à des obligations militaires<sup>96</sup> ou acquérir le droit au capital de la dot<sup>97</sup>, donner à un enfant une filiation légitime<sup>98</sup>, acquérir une nationalité pour franchir une frontière<sup>99</sup>, disposer d'un passeport, obtenir un esclave<sup>100</sup>, obtenir un avantage fiscal<sup>101</sup> ou se trouver un

<sup>92</sup> Vers une appréciation plus objective du consentement matrimonial, *AJ Famille* 2013, p.137. Voir Dalloz.fr, la base de données juridiques des Editions Dalloz.

<sup>93</sup> Article 146 du code civil.

<sup>94</sup> J.-J. LEMOULAND, « Exigences de fond du mariage », in P. MURAT (Dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2010, paragraphe 111-31.

<sup>95</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 déc. 2012, n° 09-15.606, D. 2013. 1089, obs Lemouland et Vigneau ; D. 2013. 1117, note Naudin ; *AJ fam.* 2013. 137, obs. de Boysson ; *Dr. fam.* 2013. Comm. 24, note Larribau-Terneyre ; *RJPF* 2013-2/18, obs. Leborgne ; *RTD civ.* 2013.353, obs Hauser cité dans le répertoire de droit civil des Editions Dalloz.

<sup>96</sup> Lyon, 10 avr. 1856, DP 1857. 2. 54 ; S. 1856.2.706

<sup>97</sup> Aix, 4 mars 1813, S.1812-1814. 2. 267

<sup>98</sup> T. civ. Bayonne, 9 avr. 1936, S. 1936. 3. 124, note H.R. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 nov. 1963, D. 1964. 465, note Raymond ; *Gaz. Pal.* 1964. 1. 327 ; *JCP* 1964. II. 13498, note J. Mazeaud ; *RTD civ.* 1964. 286, obs. Desbois.

<sup>99</sup> TGI Le Mans, 24 avr. 1984, *Gaz. Pal.* 1984. 1. Somm. 289.

<sup>100</sup> Le trafic des êtres humains.

<sup>101</sup> TGI Lyon, 2<sup>e</sup> mai 1999, *RTD civ.* 1999.607, obs. Hauser ; *RTD civ.* 2000. 809, obs. Hauser ;

<sup>89</sup> On aurait cru que c'était un phénomène occidental. Les sites de rencontre purement africains ainsi que des applications mobiles de rencontre se développent de plus en plus chaque jour.

<sup>90</sup> Code de l'enfant béninois.

<sup>91</sup> Le Bénin connaît de nos jours un trafic des enfants sans précédent auquel les autorités gouvernementales tentent de lutter.

curateur<sup>102</sup>. On parle de mariages blancs, mariages gris, mariages fictifs, mariages de complaisance, mariages simulés, de fraude à la loi. Tous ces vocables pourraient être regroupés sous le vocable « détournement du mariage »<sup>103</sup>. Dans ces cas, le mariage est utilisé comme un contrat comprenant des obligations et des droits autres que ceux du mariage ou parfois y compris ceux du mariage. Il y a un aménagement conventionnel des dispositions impératives du mariage<sup>104</sup>. Le mariage est pour ainsi dire privatisé.

Afin d'endiguer une telle privatisation, différents instruments sont en général mis en place par les législations pour lutter contre un tel phénomène. Ils permettent de contrôler autant en amont qu'en aval l'intention matrimoniale. Parmi les outils<sup>105</sup> mis en place en France pour lutter contre ce détournement figure l'interdiction du mariage par procuration. Ce qui laisse penser que la procuration peut contribuer à nourrir le détournement

du mariage. Tout au moins, elle le faciliterait.

Au Bénin, à travers les articles 127 à 130 du Code des personnes et de la famille, il est organisé un contrôle en amont de l'intention matrimoniale. L'article 127 du code prévoit une rencontre entre l'officier de l'état civil et chacun des futurs époux avant le mariage. A cette occasion, un formulaire-type<sup>106</sup> doit être rempli. Si la lecture des questions posées fait apparaître une volonté de contrôle sanitaire ainsi qu'un contrôle de la bigamie, la dernière question laisse penser à un léger contrôle du consentement<sup>107</sup>.

Alors qu'à l'article 175-2 du Code civil français il est prévu que l'officier de l'état civil saisisse le procureur de la République lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé pour absence ou défaut de consentement, on peut regretter qu'un tel mécanisme n'ait pas été prévu par le législateur béninois. Au cas où la réponse sur la dernière question du formulaire-type serait positive, le législateur n'indique pas la conduite à tenir par l'officier de l'état civil. De même, en cas de procuration, l'on ignore si le futur époux doit personnellement remettre les documents prévus à l'article 127 du Code à l'officier de l'état civil et, dans le cas contraire comment les questions prévues sont-elles posées au futur époux ? Ce sont là quelques préoccupations qui restent sans réponse dans le code. Dans l'hypothèse où la rencontre préalable entre le futur conjoint et l'officier d'état civil ne puisse se faire par procuration, il est alors possible d'affirmer que le minimum de contrôle en amont existe bien que cela ne soit pas de nature à empêcher que la procuration soit exploitée dans le détournement du mariage. L'intérêt de la

Pau, 24 févr. 2009, Dr. fam. 2009. Comm. 136, note Larribau-Terneyre.

<sup>102</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 fév. 1991, D. 1991. IR 60 ; JCP 1991. IV. 127.

<sup>103</sup> C'est avec Jean HAUSER que la notion de détournement du mariage se fait plus claire (J. HAUSER, « Définition du détournement du mariage : la fin de la jurisprudence Appieto », *RTD civ.* 2004, p. 66 – Jean HAUSER, « Des détournements du mariage », *RTD civ.* 1991, p. 296- Jean HAUSER, « Nullité ou détournement de mariage : l'idéalisme du tribunal de Lyon », *RTD civ.* 1999, p. 605 – Jean HAUSER, « Détournement de mariage : pas de riche mariage d'amour », *RTD civ.* 2013, p. 353 – Jean HAUSER, « Le détournement et les intentions complexes : l'homme n'est ni tout bon, ni tout mauvais », *RTD civ.* 1996, p. 597.

<sup>104</sup> G. HILGER, « Fidélité ne rime pas avec rétroactivité (Réflexions sur les causes de nullités du mariage) », *Petites affiches*, 9 fév. 2012, n° 29.

<sup>105</sup> L. n° 93-1027, 24 août 1993, JO 29 août, mod. par L. n° 93-1417, 30 déc. 1993, JO 1<sup>er</sup> janv. – Voir également F. LAROCHE-GISSEROT, « Le crépuscule des mariages naturalisants », *Gaz. Pal.* 1994. 1. Doctr. 629 – L. n° 2003-1119, 26 nov. 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, JO 27 nov. p. 20136 ; D. 2003, lég. 3012 – L. n° 2006-1376, 14 nov. 2006 relative au contrôle de la validité des mariages, JO 15 nov., p. 17113.

<sup>106</sup> Décret n°2005-836 du 30 décembre 2005 fixant les modalités de formulaire-type des questions à poser aux futurs époux lors de la préparation de l'acte de mariage.

<sup>107</sup> La question est : « Quelles sont vos objections ? »

procuration dans ce dernier cas se trouvera limité puisque le futur époux se sera présenté devant l'officier de l'état civil ; autant donc qu'il le fasse pour le mariage même. La réduction de l'intérêt de la procuration s'accroît davantage en associant à ce cas, l'établissement de la procuration en la forme de la célébration du mariage comme il a été déjà évoqué<sup>108</sup>.

Dans l'hypothèse où le futur époux n'aura pas à présenter personnellement son dossier à l'officier de l'état civil, aucun contrôle en amont de l'intention matrimoniale n'existerait. Il faut souligner que les textes ne mentionnent pas la présentation par procuration du dossier à l'officier de l'état civil. La procuration perçue comme instrument de facilitation du détournement serait vérifiée. Le contrôle en aval de l'intention matrimoniale par la nullité pourrait être envisagé comme un rempart à une telle éventualité.

Si dans l'arrêt *Appietto*<sup>109</sup>, la Cour de cassation a affirmé qu'un mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale, il n'en a pas toujours été le cas. Plusieurs objections à la nullité des mariages détournés plus précisément fictifs ont été soulevées par la doctrine et suivie par la jurisprudence. La doctrine a soutenu qu'un mariage dépourvu d'intention matrimoniale était acquis et ne peut être annulé. Le premier argument est tiré de la fraude à la loi<sup>110</sup>. Un parallélisme a pu être fait entre le mariage d'un médecin et de sa patiente pendant le cours de la dernière maladie en vue d'obtenir des biens de cette dernière. Ce mariage n'avait pas été annulé ; ce sont les donations qui avaient été annulées<sup>111</sup>. Le deuxième argument est tiré de la nature du mariage, son caractère

institutionnel et solennel. Le « oui » prononcé doit obligatoirement produire ses effets<sup>112</sup>. Le troisième argument est tiré de l'ordre public<sup>113</sup>. Il conviendrait de refuser toute efficacité à ce qui peut apparaître comme une limitation conventionnelle des effets du mariage. La doctrine et la jurisprudence ont par la suite évolué et on peut noter aujourd'hui une abondance de décisions d'annulation de mariages fictifs par exemple<sup>114</sup>.

Il se trouve cependant un frein énorme à ce contrôle de l'intention matrimoniale. La difficulté en ce domaine est reconnue même en France où les moyens mis à la disposition du parquet<sup>115</sup> pour l'établissement de la preuve sont bien plus conséquents qu'au Bénin. Au Bénin, cette possibilité offerte au parquet de contrôler l'intention matrimoniale relève de la gageure, voire de l'utopie. En réalité, tant en aval qu'en amont, le contrôle de l'intention matrimoniale est poreux au Bénin et la procuration est un lit dressé au détournement du mariage en ce qu'aucun contrôle de *l'affectio matrimonialis* n'existe. « S'il existe un droit au mariage,

<sup>112</sup> T. Civ. Bayonne, 9 avr. 1936, S. 1936. 3. 124, note H. R. – Adde : DEMOGUE, *Traité des obligations en général. Tome 1 : Source des obligations*, Paris, Rousseau, 1923, n° 164. BEDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*. Tome 4, Paris, DURAND, 1887, p. 70.

<sup>113</sup> P. BOISSELOT, *De la notion de simulation*, Thèse, Paris, 1926, p. 108. – BEUDANT et LEREBOURS-PIEGEONNIERE, *Cours de droit civil français*. Tome 9, Paris, ROUSSEAU, 1934, n° 976. Adde : OFTINGER, *Chronique de droit suisse* ; *RTD civ.* 1949. 311. – FOULON-PIGANIOL, « Le mariage simulé » ; *RTD civ.* 1960. 217 ; Mariage simulé ou mariage à effets limités, *Recueil Dalloz*. 1965. Chron. 9.

<sup>114</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 déc. 2012, n° 09-15.606, D. 2013. 1089, obs. Lemouland et Vigneau, D. 2013. 1117, note Naudin – Paris, 27 janv. 1998, *Defrénois* 1998. 1385, obs. Massip. – Grenoble, 3 nov. 1998, D. 1999. Somm. 383, obs. Lemouland. – Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 2000, n° 98-10.462, *LPA* n° 22, 31 janv. 2001, obs. Massip.

<sup>115</sup> Il appartient au parquet de rapporter la preuve de l'absence d'intention matrimoniale du ou des futurs époux (voir en ce sens, Pau, 19 janv. 2004, Dr. fam ; 2004. Comm. 46- note Larribau-Terneyre).

<sup>108</sup> Cf *supra*, p. 9.

<sup>109</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 nov. 1963, aff. Appietto, D. 1964. 465, note Raymond ; Gaz. Pal. 1964. 1. 327 ; JCP 1964. II. 13498, note Mazea, *RTD civ.* 1964. 286, obs. Desbois.

<sup>110</sup> *Dalloz.fr* - Répertoire de droit civil – article 909 du code civil - Nullité du mariage fictif.

<sup>111</sup> Civ. 11 janvier 1820, S. 1819-1821. 1. 164.

il n'existe pas de droit à en faire n'importe quoi »<sup>116</sup>. Pourtant, on est fondé à dire prosaïquement que la procuration facilite ce « n'importe quoi » en soustrayant les *minimas* de contrôle existants. La procuration enlève une garantie par rapport au mariage destiné à fonder une famille. La garantie est également enlevée quant à la substance du mariage. La procuration fragilise le mariage comme institution.

## II- LA FRAGILISATION DU MARIAGE COMME INSTITUTION

L'institution s'entend du bloc d'obligations et d'effets non déterminés par les conjoints que recouvre le mariage. C'est l'ensemble du canevas tracé par la puissance publique qui constitue le contenu du mariage et auquel les époux souscrivent pour être considérés comme mariés. La cérémonie de mariage entourée de solennité est conçue pour leur rappeler ce contenu et leur faire prendre conscience de la gravité de leur engagement. L'absence d'un ou des futurs époux à cette cérémonie fait nécessairement planer une incertitude sur la « matrimonialité » de l'accord. La procuration fait peser une incertitude sur l'union matrimoniale (A). De nombreux risques découlent de la possibilité de mariage par procuration (B).

### A- L'incertitude de l'union matrimoniale

Le mariage est un acte juridique qui requiert une cérémonie, un formalisme, une solennité. Pour les actes graves, le formalisme a pour but de renforcer la volonté et d'imposer un mode d'expression qui garantisse sa vigueur et sa lucidité<sup>117</sup>. Mais, la procuration enlève la participation du futur époux à la cérémonie, à ce

formalisme; lui conférant ainsi une certaine inutilité (1). Un doute sévère peut peser sur l'adhésion aux droits et obligations du mariage (2).

### 1- Une cérémonie devenue inutile

En principe, c'est le consensualisme défini comme la liberté de forme qui gouverne la conclusion des actes juridiques.<sup>118</sup> Mais certains actes juridiques, pour être valides, doivent être conclus sous une forme prédéfinie par les textes. « Le formalisme est l'exigence qui consiste à subordonner la validité d'un acte au respect d'une forme particulière ou à l'accomplissement de formalités déterminées : en dehors de la forme imposée, les consentements sont impuissants à faire naître des obligations »<sup>119</sup>. La forme n'est pas forcément compliquée ; elle doit être impérative<sup>120</sup>. Pour des auteurs, les contrats formalistes comprennent les contrats réels et les contrats solennels.

La Convention de New York du 10 décembre 1962, ratifiée par le Bénin le 19 octobre 1965, prévoit que le consentement des époux doit être exprimé en présence de l'autorité compétente après une publicité suffisante<sup>121</sup>. Dans cette optique, l'article 126 du Code des personnes et de la famille dispose que « *Tout mariage doit être célébré par l'officier de l'état civil dans les conditions prévues par la loi* ». L'article 139 précise la façon dont le consentement est exprimé : « *L'officier de l'état civil donne lecture aux futurs époux des articles*

<sup>116</sup> J. HAUSER, « Des détournements du mariage », *RTD Civ.* 1991, p. 296.

<sup>117</sup> L. AYNES, P. DUPICHOT, « Juillet 2010-mai 2011 : l'efficacité des sûretés traditionnelles et le formalisme », *Droit et Patrimoine*, n° 205 1<sup>er</sup> juillet 2011.

<sup>118</sup> B. NUYTTEN et L. LESACE, « Formation des contrats : Regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Deffrénois* - 30/04/1998 - n° 8, p. 497.

<sup>119</sup> *Idem*.

<sup>120</sup> J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in, *Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à Georges RIPERT. Tome 1. Etudes générales, droit de la famille*, Paris, LGDJ, 1950.

<sup>121</sup> Article 1<sup>er</sup> de la Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages.

153, 154, 155 et 159 du présent code. Il demande à chacun d'eux, l'un après l'autre, s'ils veulent se prendre pour mari et femme. Après que chacun a répondu « oui », il déclare : « Au nom de la loi, vous êtes unis par les liens du mariage » et signe le registre avec les époux, les parents consentants, s'ils sont présents et les témoins »<sup>122</sup>.

Le mariage est donc une institution caractérisée par une cérémonie solennelle qui ne devrait pas être facultative pour le futur époux. Ayant compris toute l'importance sociale avant le législateur civil, le législateur canonique avait déjà fait du mariage un acte très solennel<sup>123</sup>. On peut s'interroger sur la signification donnée à la solennité de l'acte de mariage. Bien des auteurs nous invitent à ne pas confondre formes et solennités. Selon eux, et à la suite de M.A. Guerriero<sup>124</sup>, la solennité se distingue non seulement par son caractère impératif mais encore par l'encadrement de l'extériorisation de la volonté qu'elle réalise. Ils soutiennent que les formes exigées pour la validité de l'acte ne concernent pas les modes d'extériorisation du consentement et ne font pas de l'acte un acte solennel. En somme, ils distinguent le mode d'expression du consentement d'autres éléments de forme qui caractérisent le formalisme et admettent la possibilité d'existence d'actes formels mais néanmoins consensuels. Selon cette logique, le « oui » qui doit être prononcé par le futur époux ne peut être prescrit à peine de nullité et la procuration se justifierait ainsi amplement. On peut alors se demander s'il peut arriver que la solennité soit incluse dans le formalisme. Ensuite, on peut également s'interroger sur

la part de formalisme *ad validitatem* dans le mariage.

Il semble qu'il y ait parfois un amalgame entre le formalisme *ad validitatem*, pour la validité de l'acte, le formalisme *ad probationem*, pour en permettre la preuve<sup>125</sup> et la solennité. L'inefficacité de l'acte juridique selon que le formalisme est requis *ad validitatem* ou *ad probationem* se situe à des degrés divers<sup>126</sup>. Aux termes de l'article 144 du Code des personnes et de la famille, « la nullité de l'acte de mariage pour vice de forme ne peut être demandée lorsque les intéressés jouissent de la possession d'état d'époux légitimes ». Autrement dit, la preuve, si elle peut se faire autrement que par la célébration du mariage dans les formes prescrites, les vices de forme ne peuvent entraîner la nullité du mariage. Il s'ensuit que le formalisme du mariage civil béninois est un formalisme *ad probationem*. En dehors de la présence de l'officier de l'état civil<sup>127</sup>, l'ensemble des autres éléments constituant la cérémonie de mariage peuvent ne pas être respectés sans pour autant que le mariage soit nul. Ainsi, les articles 153, 154, 155 et 159 peuvent ne pas être lus ou n'être lus que partiellement, l'officier peut oublier de faire la déclaration qu'au nom de la loi... Puisque, toutes ces formes, pour le législateur béninois, ne visent qu'à établir la preuve du mariage, le mariage par procuration se justifie donc pleinement.

La forme permet, en principe, d'avoir véritablement conscience d'être engagé. Les personnes ont le sentiment d'être sérieusement obligées lorsqu'elles ont manifesté un signe fort<sup>128</sup>. Or, la procuration ôte ces signes forts que sont la présence du futur conjoint devant un officier de l'état civil et le « oui »

<sup>122</sup> Les articles 153, 154, 155 et 159 du Code des personnes et de la famille mentionnent les obligations du mariage.

<sup>123</sup> G. RAYMOND, « Bicentenaire » in, J. BEAUCHARD et P. COURAT (Dir.), *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard CORNU*, Paris, PUF, 1994, p. 359.

<sup>124</sup> M-A. GUERRIERO, *préc.*, p. 32.

<sup>125</sup> G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Deffrénois* 15 août 2000, n° 15-16, p. 880.

<sup>126</sup> J. FLOUR, *préc.*, pp. 97-98.

<sup>127</sup> Article 126 du Code des personnes et de la famille : « Seul le mariage célébré par un officier de l'état civil a des effets. »

<sup>128</sup> M. VION, *Deffrénois*, 1980, art. 32470, p. 1329.



prononcé. De même, la cérémonie en droit béninois n'a pas pour but de faire prendre conscience aux futurs époux de la teneur de leur engagement, de sa gravité et de son importance sociale. Ce qui peut expliquer l'admission de la procuration.

Si le législateur a prévu la manifestation du consentement à travers le « oui », ce consentement ne peut être vérifié en l'absence du ou des futurs époux. Ce d'autant qu'il y a forcément un décalage entre la date à laquelle la procuration est faite et la date du mariage et que le consentement peut avoir changé entre temps.

Par ailleurs, la cérémonie de mariage doit être célébrée à la mairie qui est un lieu public pour faciliter les oppositions. Or, la procuration évite la présence effective des personnes s'engageant. De sorte qu'il est plus aisé de croire que les représentants sont les véritables personnes concernées.

## 2- Une adhésion douteuse

Le mariage est une institution parce que les droits et les obligations des parties ou futurs conjoints ne sont pas fixés par eux. « L'objet du mariage est d'instaurer une communauté de vie dans le respect de certains devoirs »<sup>129</sup>. L'objet du mariage<sup>130</sup> n'est pas fixé par les futurs époux ; « les volontés individuelles sont en principe sans influence sur l'état créé par le mariage »<sup>131</sup>. Ils y adhèrent entièrement et sont donc mariés ou ils n'y adhèrent pas et ne sont pas mariés. « Le consentement matrimonial est « une adhésion à l'état du mariage, tel qu'il est réglementé par la loi : il est abstrait et inconditionnel et ne peut donc être affecté d'aucune modalité »<sup>132</sup>. Les devoirs auxquels les futurs époux

acceptent de se soumettre sont fixés aux articles 153, 154 et 155 du Code des personnes et de la famille. Ce sont les devoirs de fidélité, d'assistance, de secours et de respect.

L'adhésion aux obligations du mariage suppose la connaissance par les futurs époux de ces obligations. La question se pose alors de savoir quand et comment les époux sont-ils informés des droits et des devoirs auxquels ils vont se soumettre. Il serait paradoxal que les époux ne prennent connaissance de l'objet du mariage qu'une fois devant l'officier d'état civil ; ils ne prendraient pas alors leur décision en toute conscience.

Pourtant, aucun dispositif n'est prévu pour préparer les futurs époux au mariage. Aucun dépliant d'information n'est fourni par l'état civil lors du dépôt du dossier, aucune obligation n'est faite à l'officier de l'état civil de rappeler l'objet du mariage à cette occasion. Les centres de l'état civil ne portent pas des affiches d'explication.

Cet état de choses peut s'expliquer aisément par le fait que « nul n'est censé ignorer la loi »<sup>133</sup>. Le débat sur l'accès au droit peut être ouvert et il ne semble pas convenable, dans le contexte béninois, que la seule publication dans le journal officiel soit considérée comme suffisante pour informer des droits et des devoirs. Au demeurant, les Etats considérés comme les plus développés mettent à la disposition de leurs citoyens nombre de moyens pour accéder à l'information juridique<sup>134</sup>.

Au vrai, la seule occasion prévue par les textes pour que les futurs engagés prennent

<sup>129</sup> J-J. LEMOULAND, « Exigence de fond du mariage », in P. MURAT (Dir.), *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2010, Paragraphe 111.95.

<sup>130</sup> J. HAUSER, « Glossaire des mariages de l'an 2000 », in *Mélanges offerts à A. COLOMER*, Paris, Litec, 1993, p.189.

<sup>131</sup> P. MALAURI et H. FULCHIRON, *La famille*, Paris, Lextenso Editions, 2011, p. 69.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 106

<sup>133</sup> Voir André AKAM AKAM, *Libres propos sur l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi »*, *Revue de droit prospectif*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 31.

<sup>134</sup> En France, il y a de multiples consultations gratuites des avocats, des notaires et des huissiers. Il existe de nombreux dépliants qu'on retrouve dans les tribunaux, les mairies qui comportent des informations sur les droits et les devoirs essentiels de la vie courante. Les maisons de justice et du droit en France sont des lieux par excellence d'aide juridique.

connaissance du contenu de leur engagement est la lecture des articles du code des personnes et de la famille par l'officier de l'état civil lors de la célébration du mariage. Si le procédé en lui-même est critiquable compte tenu de l'importance du mariage, la procuration le rend encore plus critiquable. En effet, la procuration faite en une autre forme que celle de la célébration du mariage ne permet à aucun moment au futur conjoint représenté de prendre connaissance de ses droits et devoirs à moins de considérer que ceux-ci sont mentionnés dans le document de la procuration. Or, aucune obligation n'a été faite quant à la forme de la procuration, et la pratique révélant une variété de formes de procuration<sup>135</sup> sauf celle prescrite par les tenants du parallélisme. Dans ces conditions, les futurs conjoints mandants peuvent ignorer complètement leurs droits et leurs obligations. Leur engagement à l'objet du mariage s'avère donc problématique.

On peut aussi imaginer que le mandataire rende compte de l'objet du mariage au futur époux mandant devenu époux dans le droit fil du compte rendu prévu dans le droit commun<sup>136</sup>. Là aussi, aucun contrôle de cette restitution n'est prévu et la puissance publique ne peut en avoir une garantie. Que ce soit ce compte rendu ou que le compte rendu soit légalement prévu par les textes sur le droit du mariage ou qu'il soit conventionnel, il serait un leurre. Aucun engagement ne peut intervenir *a priori* de la connaissance des éléments qui y sont attachés.

En l'état actuel des textes, il n'est pas possible d'affirmer avec certitude qu'à un moment donné dans le processus du mariage, le futur époux a pu être informé

de ses droits et devoirs pour s'engager valablement. Aucune mesure n'a été prise pour garantir l'information du futur époux marié par procuration sur ses obligations et sur ses droits. L'acceptation et l'engagement à des devoirs qui, somme toute, peuvent être ignorés, est pour le moins une acceptation qui peut être mise en doute.

Bien plus, la probabilité d'une adhésion douteuse est forte en cas de mariage par procuration. Pire, le consentement même peut être mis en doute. Le mariage intéresse l'ordre public. Les autorités publiques ont donc pour mission de le garantir<sup>137</sup>. Faute de cette garantie, on ne saurait s'étonner des risques sociaux du mariage par procuration.

## **B- Les risques du mariage par procuration**

« Chacun des futurs époux, même mineur, doit consentir personnellement au mariage »<sup>138</sup>. Au cœur du mariage se trouve le consentement. Or, un consentement vicié par la violence est facilité par la procuration. La conception coutumière du mariage au Bénin, affaire de famille et non d'individus se rajoutant, le risque d'accroissement des mariages forcés est plus élevé **(1)**. L'augmentation des divorces est l'autre phénomène à craindre **(2)**.

### **1- L'accroissement des mariages forcés**

Diverses définitions, non pas toujours homogènes, du mariage forcé sont fournies par différents organismes

<sup>135</sup> Après des discussions avec différents acteurs de la chaîne du mariage.

<sup>136</sup> Voir article 1993 du Code civil : « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandataire de tout ce qu'il aura reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant ».

<sup>137</sup> B. BASVEDANT-GAUDEMET, « Un contrat entre l'homme et la femme ? Quelques points à travers l'histoire en Occident », in, D. FENOUILLET et P. de VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Paris, Economica, 2001, p. 17.

<sup>138</sup> Article 119 du Code des personnes et de la famille.

internationaux<sup>139</sup>. On retiendra cependant que le phénomène des mariages forcés recouvre l'ensemble des situations dans lesquelles un individu, mineur ou majeur, est contraint de former une union civile ou religieuse sans son libre et plein consentement<sup>140</sup>. Le phénomène des mariages forcés est répandu en Afrique de l'Ouest du fait de la conception coutumière du mariage. Le mariage est en effet une affaire de familles, une affaire communautaire dans laquelle l'individu, plus souvent la femme n'a pas son mot à dire. L'époux est parfois déjà imposé à l'enfant dès sa naissance. Le consentement libre et plein au mariage n'est pas à l'ordre du jour. La famille ou la communauté ne s'y soucie guère. Son choix s'impose et doit être accepté.

Le consentement au mariage civil s'exprime lors de la cérémonie de mariage par le « oui » prononcé ou lors de l'établissement de la procuration au mariage. Or, la forme de la procuration, selon les textes existants, semble être totalement libre. La famille ou la communauté peut donc obtenir, par violence, le consentement souhaité dans une procuration. La violence physique, les coups, séquestrations, les mutilations et la violence psychologique à travers les pressions psychologiques, les chantages, les manipulations et pression économiques finiront de permettre d'extorquer ce consentement donné dans une procuration en l'absence d'un organe vérificateur. La femme ou l'homme victime de mariage forcé peut donc être facilement contraint(e)

de donner son accord au mariage en le donnant sur papier libre. Seul(e) face à ses bourreaux, puisque le mariage forcé est cité parmi les traitements inhumains<sup>141</sup>, l'homme ou la femme, sous différentes menaces ne pourra que donner mandat à la personne qui aura été choisie pour le (la) représenter sans avoir à justifier des motifs de son absence.

L'article 120 du Code des personnes et de la famille autorise le mariage des mineurs sous la condition du consentement des parents. Le mariage des enfants est une forme de mariage forcé. Le risque d'augmentation des mariages des enfants est encore plus grand avec la possibilité du mariage par procuration. Il suffirait qu'un parent veuille donner en mariage son enfant, pour qu'il consente à ce mariage comme le prescrit l'article 120 du Code des personnes et de la famille.

Il pourra ensuite estoquer assez aisément le consentement du mineur dans une procuration. Car en effet, la procuration n'est pas interdite en cas de mariage de mineur et l'enfant est un être vulnérable du fait de l'âge, de la capacité, de son développement physique, émotionnel, sexuel, psychologique.

Du reste, en l'absence, de toute contrainte, le consentement libre de l'enfant n'est pas certain. Son âge, ses capacités, son développement physique, émotionnel, sexuel, psychologique ne lui permettent pas généralement d'exprimer un tel consentement. C'est pourquoi, de nombreuses protections sont érigées par les pouvoirs publics et les organisations internationales<sup>142</sup> en ce qui concerne le

---

<sup>139</sup> En exemple la définition donnée par le commissaire aux droits de l'homme de l'ONU : « Tout mariage contracté sans le libre et plein consentement des deux parties dont l'une au moins n'est pas en mesure de mettre un terme au mariage, de quitter son conjoint, y compris du fait de la contrainte, de fortes pressions sociales ou familiales ».

<sup>140</sup> C'est la définition retenue sur la plaquette de présentation du cycle de conférences sur « les mariages forcés et le droit » organisé par l'Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé (IRDEIC) de l'Université de Toulouse Capitole 1 les 27 mars, 25 avril et 29 mai 2017.

---

<sup>141</sup> Voir la déclaration du Secrétaire Général de l'ONU du 15 mars 2017 : « Le mariage forcé est une forme de traite humaine ». Voir également la résolution 2331 (2016) des Nations Unies qui condamne tous les actes de traite des êtres humains. Voir aussi la Résolution de l'Assemblée Générale de l'ONU du 27 septembre 2013.

<sup>142</sup> On peut citer la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant en son article 21. On peut également citer plus généralement s'agissant du mariage forcé, la Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'élimination de la

mariage des enfants pour pallier à leur vulnérabilité. Dès lors, bien plus, dans l'hypothèse d'un mariage forcé, l'enfant est d'autant plus influençable si l'expression de ce consentement peut intervenir dans un cadre donnant tout pouvoir aux parents. La procuration en matière de mariage des mineurs est en conséquence grave et à contre courant des mesures internationales prises pour les protéger.

Ce d'autant que le mariage des enfants est aujourd'hui un fléau mondial. En témoignent les chiffres. Quinze millions de filles mineures sont mariées chaque année dans le monde<sup>143</sup> et une grande partie en Afrique subsaharienne et notamment au Bénin. Un équilibre doit certes être trouvé entre la protection et l'émancipation. Mais la recherche de cet équilibre ne justifie guère la possibilité de procuration pour des mariages de mineurs.

En droit interne, outre, le Code de l'enfant<sup>144</sup>, la loi portant prévention et répression des violences faites aux femmes<sup>145</sup> qui sanctionnent les mariages forcés, seuls les articles 146 et 148 du code des personnes et de la famille permettent de lutter contre les mariages forcés par l'obtention de la nullité. Il n'existe pas d'ordonnance de protection<sup>146</sup> pour protéger le conjoint victime de violences au sein du couple. Pourtant, la violence à l'origine du mariage se poursuit

naturellement au sein du couple. La victime du mariage forcé tente de résister à l'autre conjoint et cela peut dégénérer en violences au sein du couple.

Si le Code civil français mentionne expressément à l'article 146 qu'« il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement », son correspondant en droit béninois est l'article 148 du code des personnes et de la famille : « La nullité du mariage doit être prononcée lorsqu'il a été contracté sans le consentement de l'un des époux... ». Mais on peut s'interroger à raison, sur la place du consentement dans le mariage civil béninois.

En effet, si en droit français, la nullité peut être demandée par le ministère public en l'absence de consentement et également en cas de consentement vicié par la violence, il n'en est pas de même en droit béninois où la nullité pour violence prévue à l'article 146 du Code des personnes et de la famille est relative. Cette disposition ne peut permettre de lutter efficacement contre les mariages forcés qui sont des mariages dans lesquels l'un des époux au moins a consenti par violence. Les victimes de ces mariages sont si éprouvées qu'elles perdent toute force pour entreprendre quelque action en nullité du mariage. Elles n'agiront pas d'autant plus que l'action en nullité est enfermée dans le temps<sup>147</sup>. Il ne restera alors que le divorce dont la procédure est complexe.

Alors même que les mariages forcés sont facilités par la procuration, les dispositifs de protection des victimes au Bénin s'avèrent irréalistes. Il n'est donc

---

violence contre les femmes adoptée le 9 juin 1994, le Protocole de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme adopté le 11 juillet 2003, la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard de la femme. On peut par ailleurs citer la Charte américaine des droits de l'homme et des peuples, la Charte arabe des droits de l'homme et des peuples, la Charte européenne des droits de l'homme.

<sup>143</sup> UNICEF, Ending Child Marriage Progress and Prospects, 2014.

<sup>144</sup> Voir article 181 de la Loi n° 2015-08 portant code de l'enfant en République du Bénin.

<sup>145</sup> Voir l'article 31 de la Loi n° 2011-26 du 9 janvier 2011 portant prévention et répression des violences faites aux femmes.

<sup>146</sup> Article 515-9 du Code civil français.

---

<sup>147</sup> L'article 147 du code des personnes et de la famille prévoit que l'action en nullité cesse d'être recevable pour vice de consentement, lorsqu'il y a eu cohabitation pendant six (6) mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue ; pour défaut d'autorisation parentale, lorsque le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par celui dont le consentement était nécessaire ou lorsque celui-ci, avant la majorité de l'époux, a laissé s'écouler une année sans exercer l'action alors qu'il avait connaissance du mariage, ou enfin si l'époux a atteint dix-neuf (19) ans révolus sans avoir fait de réclamation...

pas surprenant que le phénomène perdure et prenne de l'ampleur. Pourtant, les conséquences des mariages forcés sont extrêmement graves pour la société. Ce sont l'isolement, l'éloignement géographique, la dépression, les troubles psychologiques, les troubles de comportement, la sous alimentation, la prise incontrôlée de pilules contraceptive etc. Le partenariat mondial « Girls Not Brides »<sup>148</sup> affirme que le mariage des enfants est un frein à l'épanouissement des filles mais également celui de leur famille, de leur communauté et au développement de leur pays. On ne peut donc pas laisser subsister cette facilité offerte par le droit béninois dans la réalisation des mariages forcés. Le mariage par procuration est une porte ouverte aux mariages forcés mais aussi aux divorces.

## 2- L'augmentation des divorces

Les causes de divorces diverses et variées se retrouvent en grande majorité dans la violation des devoirs et obligations du mariage. Le non respect des engagements du mariage peut être plus élevé en cas de mariage par procuration. Ce qui devrait conduire au constat de l'augmentation du nombre de divorces en cas de mariage par procuration.

En cas de divorce par consentement mutuel au Bénin, aucune faute ne peut être mise en avant<sup>149</sup>. En dehors de ce cas et contrairement à l'existence de cas de divorce sans fautes en France<sup>150</sup>, le seul autre divorce existant au Bénin est le

divorce pour faute<sup>151</sup>. Au cœur du divorce se trouve donc la faute. La faute consiste en France à la violation grave ou répétée des obligations conjugales rendant la vie en commun impossible<sup>152</sup>. Au Bénin, c'est une énumération des fautes pouvant entraîner le divorce qui est faite<sup>153</sup>. Au nombre de dix, elles correspondent pour la plupart à la violation d'un devoir conjugal.

On ne saurait occulter, en revanche, que la démarche du législateur semble ne pas permettre que toute autre faute, en dehors de celles fixées, ne puisse entraîner le divorce. Pourtant, le champ de fautes fixé est loin d'être exhaustif. Les violations de l'obligation de communauté charnelle telle que la non-consommation du mariage<sup>154</sup>, le refus ultérieur du devoir conjugal<sup>155</sup> ou l'excès de pratiques sexuelles<sup>156</sup> sont autant de fautes qui peuvent justifier une demande de divorce. Le refus de se soigner<sup>157</sup> peut être constitutif d'une faute alors qu'il ne transparaît ou qu'on ne pourrait le classer dans l'une des fautes énumérées par le législateur. Il en est de même du refus ou du désir d'enfant. La jurisprudence a pu considérer un tel refus<sup>158</sup> comme pouvant justifier la demande de divorce. Si un plaideur a pu soutenir que le désir exacerbé d'enfant constitue une faute, la jurisprudence ne l'a

<sup>151</sup> Le chapitre III du Code des personnes et de la famille traite du divorce pour faute.

<sup>152</sup> Aux termes de l'article 242 du Code civil « Le divorce peut être demandé par l'un des époux, lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune. »

<sup>153</sup> Article 234 du Code des personnes et de la famille.

<sup>154</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 16 déc. 1963, JCP 1964.II 13660, note J.A. ; D. 1964.227 – Civ. 2<sup>e</sup>, 8 oct. 1970, Gaz. Pal. 1971. 1. 26 – Amiens, 28 févr. 1996, JurisData n° 602016; JCP 1998. I. 101, n° 2, obs. Bosse-Platière cités par DALLOZ ACTION

<sup>155</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 4 oct. 1978, D. 1979.IR 211, obs. BRETON.

<sup>156</sup> Paris, 6 janv. 1988, RG n° 86/105001 cité par

<sup>157</sup> Limoges, 1<sup>er</sup> mars 1999, RG n° 98/00451 cité par

<sup>158</sup> Rennes, 25 mars 1972 et Rennes, 25 janv. 1974, *Revue Juridique Ouest* 1975-1, p. 43, obs. Cosnard.

<sup>148</sup> C'est un partenariat mondial d'organisations de la société civile déterminées à mettre fin au mariage des enfants et permettre aux filles de réaliser pleinement leur potentiel.

<sup>149</sup> Article 222 du Code des personnes et de la famille : « ...Lorsque les époux demandent ensemble le divorce, ils n'ont pas à faire connaître les motifs ; ils doivent seulement soumettre à l'approbation du juge un projet de convention qui en règle les conséquences. »

<sup>150</sup> Il y a le divorce accepté et le divorce pour altération de la vie conjugale.

pas suivi dans ce point de vue<sup>159</sup>. Le désintérêt pour la famille à travers notamment des excès professionnels<sup>160</sup> ou relationnels<sup>161</sup> ne trouve à notre sens aucun répondant dans la liste fournie. Les mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible ne comprennent pas le désintérêt pour la famille. De plus, l'adultère suppose la violation de l'exclusivité de l'union sexuelle avec le conjoint. Alors que des relations équivoques avec un tiers qui relèvent de l'infidélité devraient pouvoir conduire au divorce pour faute. Le législateur n'aurait-il pas mieux fait de parler d'infidélité ou alors considère-t-il que celle-ci fait partie des injures graves rendant l'existence en commun impossible ?

Comme il a été démontré plus haut, la procuration ne favorise pas la connaissance par l'époux engagé dans les liens du mariage, de ses devoirs et obligations conjugaux. D'ailleurs, si certains droits tel que le droit canonique<sup>162</sup> consacrent une préparation au mariage, c'est bien qu'il ne va pas de soi de connaître les termes de l'engagement matrimonial. Or, le respect d'un devoir découle d'abord et avant tout de sa connaissance. En conséquence, il n'est pas exagéré de dire que l'aptitude et la propension au respect des engagements matrimoniaux peuvent croître ou décroître selon que le mariage a été scellé par procuration ou non. De plus, le mariage par procuration est un terreau au détournement du mariage. Le détournement du mariage consiste en l'exploitation du mariage pour un but autre que la constitution d'une

famille<sup>163</sup>. Comment s'attendre alors à ce que le mariage perdure si le but poursuivi qui est bien entendu autre que la famille a été satisfait ?

Au demeurant, on peut se poser la question de savoir pourquoi le législateur a préféré une énumération à une définition de la faute pouvant entraîner le divorce. Peut-être a-t-il souhaité rendre plus aisée la connaissance de la faute cause de divorce en fournissant une liste plutôt que de fixer « une notion-cadre »<sup>164</sup> devant servir de boussole aux juges dont les décisions au Bénin restent pour la plupart « secrètes ». Mais cet argument est peu convaincant puisqu'il ne prévoit à aucune étape du mariage par procuration l'information sur les devoirs conjugaux. La deuxième explication possible serait une volonté de préserver le mariage en limitant au strict minimum les causes de divorce. Cet argument est d'autant plus soutenable que le législateur a complexifié la procédure de divorce. Pour autant, n'est-ce pas une façon d'accentuer le désamour du mariage en permettant sa célébration par procuration et en durcissant les conditions de divorce ?

Il aurait été intéressant de produire ici des statistiques sur les mariages en général au Bénin et plus spécifiquement sur les mariages par procurations et les divorces issus de ces mariages, en comparaison avec les divorces issus des mariages célébrés en présence des futurs époux pour montrer l'impact de la procuration sur les divorces. Les statistiques semblent ne pas être disponibles.

Cependant, on peut affirmer que la contractualisation du mariage<sup>165</sup> peut faire courir de grands risques à la famille. En effet de nombreux auteurs ont déjà retenu que la conception contractuelle de la famille est responsable de nombreux

<sup>159</sup> Montpellier, 4 oct. 1994, JurisData n° 034244; *JCP* 1995.IV.3855, n° 2, note Feré-André; D.1996. Somm. 63, note Bary-Clément. Cité par

<sup>160</sup> Orléans, 14 déc. 1993, RG n° 93/734, *JCP* 1994.I.3771 cité par

<sup>161</sup> Des excès religieux ou d'activité syndicales ou associatives ont été considérés comme des fautes (Civ. 2<sup>e</sup>, 11 mars 1981, cité par C. ATIAS, « Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce », *JCP* 1984. I. 3151, spéc n° 8

<sup>162</sup> Can. 1063 du code de droit canonique.

<sup>163</sup> Normalement le mariage a pour but de créer la famille légitime selon l'article 158 du CPF.

<sup>164</sup> Thème utilisé dans Dalloz action.

<sup>165</sup> Voir *supra*, p. 6.

dérèglements intervenus dans le couple<sup>166</sup>. La contractualisation de la famille a entraîné contrairement à ce qui était prévu une « explosion des divorces »<sup>167</sup>. Il convient de préciser que la contractualisation de la famille en France se manifeste notamment au niveau de la rupture du mariage c'est-à-dire dans la procédure de divorce. Le divorce par consentement mutuel<sup>168</sup> et son assouplissement par la loi du 13 octobre 2016 participe de ce mouvement de contractualisation du divorce. Ce divorce sans juge ne peut rester sans conséquence sur le nombre de divorces, et de nombreux auteurs se sont déjà insurgés contre la démarche.

Si la contractualisation de la famille en France se note lors de la rupture du mariage, c'est-à-dire lors du divorce, l'approche contractuelle béninoise de la famille se situe à l'entrée du mariage. En France, le désengagement de l'Etat se retrouve à la sortie du mariage alors qu'au Bénin, c'est à l'entrée que l'Etat s'est fait un peu moins présent. Mais en définitive, le désengagement de l'Etat à l'entrée est tout aussi grave qu'un désengagement à la sortie<sup>169</sup>. A la fin, les conséquences seront identiques : l'augmentation des divorces ou la destruction de la cellule familiale.

Dans l'hypothèse même de l'existence de chiffres sur les divorces, s'agissant des mariages par procuration, il n'est pas certain que ceux-ci révèlent davantage de divorces que dans le cas des mariages « normaux ». Car, en effet, le législateur béninois n'a guère facilité la procédure de

divorce. Le divorce par consentement mutuel ne peut être demandé avant deux ans à compter de la date du mariage. Le divorce pour faute, quant à lui, nécessite une procédure longue. Une première audience est prévue d'abord pour entendre le demandeur seul. Puis, s'il maintient sa requête, le juge fixe le jour et l'heure où les parties devront comparaître en personne devant lui pour une éventuelle conciliation. Dans le cas où la convocation à cette audience de conciliation n'a pu être remise, le juge autorise alors le demandeur à assigner l'autre partie dans un délai maximum de deux mois<sup>170</sup>.

Cette complexité de la procédure de divorce peut conduire à maintenir sur le plan administratif un mariage qui n'en est plus un ou qui n'en a jamais été un et faire croire au succès du mariage civil. L'instrument de mesure efficace ne peut donc être les chiffres. La question ne sera plus dans la quantité mais dans la qualité. Combien de mariages par procuration restent de véritables mariages comparativement au nombre de mariages avec présence des époux ?

En tout état de cause, il ne paraît pas concevable de faciliter le mariage tout en durcissant la procédure de divorce. Une telle démarche ne peut se déduire que d'une responsabilité indéniable des candidats au mariage. Ce qui suppose un niveau d'information, voire d'éducation sur les obligations et devoirs du mariage élevé. Les candidats au mariage devraient donc savoir à quoi ils s'engagent et mesurer leur entière responsabilité. Ce qui est loin d'être le cas dans le contexte béninois.

Dès lors, ce n'est pas respecter les libertés humaines que d'offrir un produit d'appel sans possibilité de se désengager aisément. Les personnes ne doivent pas se voir enfermées dans un mariage dans lequel elles sont entrées trop facilement. La conséquence pourrait être à l'inverse de ce que semble rechercher le législateur : une

<sup>166</sup> R. LIBCHABER, « La notion de mariage civil », in, *Libres propos sur les sources du droit, mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Paris, Dalloz, 2006, p. 329.

<sup>167</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, n° 143, p. 195.

<sup>168</sup> G. CREMONT, « Demain la famille : les ruptures », *Petites affiches*, 28 avril 1999, n° 84, p. 66.

<sup>169</sup> M. GRIMALDI, « L'exit du juge dans le nouveau divorce », *Défrénois*, 30 janvier 2017, n° 02, p. 105.

<sup>170</sup> Article 235 et suivants du Code des personnes et de la famille du Bénin.

désaffection totale du mariage civil. Un juste équilibre doit, par conséquent, être trouvé pour préserver la famille béninoise.

## CONCLUSION

Le mariage par procuration est une approche contractuelle du mariage qui fragilise le mariage comme institution et par conséquent, l'institution même du mariage. Elle est une porte ouverte au détournement du mariage, aux mariages forcés, plus spécifiquement aux mariages des enfants et à la dislocation de la famille. On en déduit que le mouvement de contractualisation de la famille signe l'affaiblissement de l'ordre public de direction spécifique de la matière familiale<sup>171</sup>. Cet affaiblissement par le mariage par procuration peut aboutir à une désaffection totale du mariage civil. En effet, le mariage est une réalité entre nature et culture.

Or, le mariage d'essence béninoise n'admet pas la procuration de la famille étant entendu que le mariage au Bénin est conçu comme l'alliance entre deux familles qui sont présentes lors de la cérémonie. Le mariage par procuration dans le Code civil heurte donc la conception béninoise du mariage parce qu'il s'agit là de mariage entre deux individus exclusivement et d'absence de l'un ou des deux à la cérémonie du mariage.

Mais il est possible d'argumenter que le mariage traditionnel est une forme de mariage par procuration puisque le futur époux est représenté par sa famille. Cet argument serait quelque peu valable si on considère que les futurs époux se sont eux-mêmes choisis et qu'ensuite, l'un au moins a donné mandat à sa famille pour la célébration du mariage. Encore faut-il analyser la validité de ce mandat au regard de la liberté du mandant à l'accorder ?

Dans l'hypothèse où les choix ont été imposés, peut-on toujours soutenir que la famille a reçu mandat pour conclure le mariage ? Ne serait-ce pas dans ces conditions, le mariage entre deux familles et non plus entre deux personnes. Dès lors, ne peut-on pas penser que le mariage par procuration heurte la conception béninoise du mariage qui est une affaire sérieuse entre deux familles ?

En toute hypothèse, compte tenu des risques liés au mariage par procuration, nous proposons en premier lieu qu'il soit simplement supprimé. En deuxième lieu, s'il est maintenu, que ses modalités soient clairement fixées, d'une part, afin de le soustraire aux convenances personnelles. En tout état de cause, nous proposons que le mariage par procuration ne soit pas maintenu en ce qui concerne le mariage des mineurs. D'autre part, qu'il soit institué une information aux obligations et devoirs du mariage avant la cérémonie.

Enfin, notons qu'on ne peut jouer avec l'institution du mariage et l'affaiblir, car c'est le mariage qui « crée une société de modèle réduit, qui anticipe la vie en société. Il fait des bons fils, les bons pères, les bons frères, les bons époux ; somme toute, lui seul permet de faire de bons citoyens, ce qui est le souhait de tout système politique »<sup>172</sup>.

<sup>171</sup> S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD Civ.*, 2018, p. 773.

<sup>172</sup> R. LIBCHABER, « La notion de mariage civil » in *Libres propos sur les sources du droit, mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Paris, Dalloz, p. 338.