

M.E.S., Numéro 121, Janvier-Mars 2022

<https://www.mesrids.org>

Mise en ligne le 20 janvier 2022

ISSN : 2790-3109 | ISSN Lié : 2790-3095

## LE BRAS DE FER ENTRE LA MONOGAMIE ET LA POLYGYNIE EN DROIT POSITIF CONGOLAIS DU MARIAGE

par

**Jean-Claude TSHIBANGU MWAMBA**

Professeur Associé

**Iris MASSA GAFUTSHI**

**Patrick KADIMA NTEKESHA**

Assistants,

(Tous) Faculté de Droit, Université de Kinshasa

### Résumé

*La loi n°87-010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant code de la famille telle que modifiée et complétée à ce jour, qui abroge le code civil congolais livre 1<sup>er</sup>, a consacré la monogamie comme l'unique forme de mariage. Or, dans la vie courante du congolais, il ressort que de nombreux citoyens se livrent à la nouvelle forme de polygynie autrement appelée bureaugamie.*

*Cette situation jette beaucoup de gens dans l'hypocrisie, car en instituant la monogamie, les autorités coloniales pensaient qu'il s'agissait là de la lutte contre l'avilissement de la femme congolaise. Tel ne fut cependant pas le cas à la décolonisation. Au lendemain de l'indépendance en 1960, on assistera au retour de la polygynie sous le terme « bureaugamie ». Ce phénomène perdure jusqu'à ce jour, malgré la loi précitée.*

*La reconnaissance des enfants nés hors mariage par le législateur congolais ne fait que renforcer cette pratique. Aussi nous posons-nous la question : pourquoi le législateur n'a-t-il pas laissé le choix libre à la personne ?*

*Le pouvoir colonial a permis de constater que le législateur n'a pas eu les mains libres dans le choix de la forme du mariage adaptée à la mentalité du congolais ; le législateur n'a pas tenu compte de la dynamique sociale pour repenser la forme du mariage, car au moment où d'un côté il impose la monogamie, de l'autre il tolère la polygynie en imposant l'affiliation des enfants nés hors mariage.*

*Ainsi, cette étude propose la mise sur pied d'une politique législative proche de celle appliquée dans les pays Ouest africains tels que le Sénégal, le Nigéria, le Mali et la Guinée.*

### INTRODUCTION

Notre société est composée des classes sociales dont les syndicats, les groupes de pressions et la famille. Cette dernière est la base-même de cette société.

Elle se définit comme une communauté naturelle fondée sur le mariage. En d'autres termes, la famille constitue la base naturelle de la communauté humaine en ce sens qu'elle touche à la vie même de l'individu. Par ailleurs, cette communauté est confrontée à de nombreux problèmes.

En effet, selon l'article 330 du code de la famille congolais, le mariage est défini comme « l'acte civil public et solennel par lequel un homme et une femme qui ne sont engagés ni l'un, ni l'autre dans les liens d'un précédent mariage enregistré, établissent entre eux une union légale et durable dont les conditions de formation, les effets et la dissolution sont déterminés par la présente loi ».

De ce qui précède, le mariage est à la fois un acte juridique et une situation juridique<sup>1</sup>.

Il est une situation juridique parce qu'il apparaît comme une rencontre des sexes opposés. Il est un acte juridique parce qu'il unit l'homme et la femme.

Généralement, pour qu'une cohabitation entre homme et femme puisse être considérée comme une union légale, il faut qu'elle réunisse les conditions de fond et de forme.

A cet effet, les conditions de fond sont : le consentement des futurs époux, la différence de sexe, la capacité de contracter le mariage ainsi que le versement de la dot aux parents de la future épouse.

En revanche, les conditions de forme concernent la procédure de célébration du mariage afin d'en assurer la solennité et la publication<sup>2</sup>. Il est indispensable de préciser que le droit de la famille est vaste et le sujet qui nous intéresse a trait à une forme de mariage ; la polygynie.

La polygynie reste une institution difficile à ignorer en Afrique. Dans la plupart des sociétés africaines, elle est sinon respectable du moins traditionnelle.

Il semble qu'elle était essentiellement motivée par des raisons d'ordre social et économique. Si le catholicisme l'interdit, par contre l'islam la consacre dans les régions où il s'est implanté avec des limitations bien édictées.

Les législateurs africains modernes ont tous eu à faire ce choix entre la polygynie et la monogamie. L'Ethiopie, la Côte d'Ivoire et le Madagascar ont opté pour l'abolition totale de la polygynie. La Tanzanie, le Nigeria, le Ghana, la Guinée, le Mali et le Sénégal l'ont accueilli des diverses façons.

Certains s'en remettent au caractère chrétien ou non du mariage, d'autres ouvrent une option définitive au futur mari mais dans l'ensemble, la polygynie est limitée et semble combattue<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> TSHIBANGU TSHIASU KALALA, « Les droits et obligations des conjoints », in revue *Juridique du Zaïre*, Kinshasa, 1987

<sup>2</sup> KENGO WA DONDO, considération sur le projet du nouveau code de la famille, in *mercuriale de la CSJ*, Kinshasa, 1979, p 274.

<sup>3</sup> Idem, p281

En République Démocratique du Congo, la lutte contre la polygynie a commencé depuis l'époque coloniale. Déjà en son article 4 de la charte coloniale, le Gouverneur Général a été chargé de favoriser l'abandon progressif de la polygynie. Mais malgré la rigueur de ce texte, l'institution n'en demeura pas moins aussi rigoureuse.

Qu'à cela ne tienne, dans ce cadre d'idées, notre apport à travers la présente étude, sera de faire observer d'une part, la résistance de la polygynie au mariage monogamique et d'autre part, la remise en question du principe de l'interdiction de la polygynie.

Nous tenterons dans les lignes qui suivent, d'apporter des réponses aux questions suivantes :

- qu'est-ce qui fait que la loi n°87-010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant code de la famille telle que modifiée et complétée par la loi N°16/008 du 15 juillet 2016 connaisse des difficultés dans son application dans le domaine de mariage ?
- la reconnaissance des enfants nés hors mariage par le législateur ne constitue-t-elle pas un obstacle à la monogamie ?
- pourquoi le législateur n'a pas laissé le choix libre à la personne d'opter suivant sa coutume, ses aspirations, sa culture et ses convictions religieuses entre la monogamie et la polygynie ?

Autant de questions incitatives, car la polygynie enrôle diverses catégories sociales d'hommes, à savoir : autorités politiques, magistrats, avocats, médecins, hommes d'affaires, sentinelles, paysans.

A cet effet, nous examinons d'une part les facteurs de la consécration et la caractéristique de la polygynie, et d'autre part, l'interdiction de la polygynie et la résistance contemporaine à la monogamie.

Cette étude s'articule en deux points. Le premier expose les facteurs de consécration et la caractéristique de la polygynie. Le second décrypte la prohibition de la polygynie et la résistance contemporaine à la monogamie. Une brève conclusion met un terme à cette étude.

## **I. LES FACTEURS DE LA CONSECRATION ET LA CARACTERISTIQUE DE LA POLYGAMIE**

### **1.1. Facteurs traditionnels de la consécration de la polygamie**

L'étude des causes en droits traditionnels congolais précèdera celles du droit sénégalais.

#### **1.1.1. En droit traditionnel congolais**

Les auteurs qui ont étudié l'Afrique sur place et de façon analytique font observer que la plupart des pays ont été structurés sur le même modèle, tant sur le plan traditionnel que moderne<sup>4</sup>.

Ainsi, les auteurs qui ont écrit sur la polygynie sont pratiquement unanimes sur un point : aucun facteur ne peut être considéré comme justifiant valablement la polygynie. Il s'agit là pour la plupart du temps, d'une attitude dictée par un préjugé contestable sur le plan scientifique émanant de la conviction en la pureté et en la supériorité sociologique et ethnique du mariage monogamique<sup>5</sup>.

En droit coutumier, la polygynie est l'une des caractéristiques du mariage africain tel qu'au Congo, au Sénégal et un peu partout en Afrique.

On ne peut en déduire que l'individu est l'esclave de la coutume, il est inexorablement étouffé par les liens de la famille, du clan ou de la tribu ou qu'il se contente de suivre la ligne de moindre résistance, adorateur aveugle de la tradition, mouton du troupeau tribal<sup>6</sup>.

Dans ce même ordre d'idées, l'on souligne que l'africain est un animal social. A ce titre, il doit vivre parmi ses proches tout autant qu'avec les autres membres de la communauté. L'étendue de ses rapports et de ses obligations dépendra évidemment de l'organisation sociale du groupe où de la collectivité ou le hasard l'a placé.

La pratique de la polygynie dans les sociétés traditionnelles avait des motivations telles que :

- Le souci de développement et de conservation des biens de la famille

Un polygyne fortuné ne cède pas sa richesse gratuitement, s'il a plus des filles que des garçons, l'excédent dotal sera employé par lui pour augmenter le nombre de ses propres femmes.

Même si la fortune a été acquise par des efforts personnels, il s'en voudrait de laisser ses capitaux improductifs pour lui-même. Et dans les circonstances données, le placement le plus sûr est la possession d'un harem<sup>7</sup>.

- La célébrité

L'homme qui vivait dans la polygynie était célèbre, ses femmes constituaient pour lui une main d'œuvre importante, favorisant l'accroissement du clan par la procréation.

Cette célébrité se manifeste au travers d'un signe de prestige, de la puissance, de la démonstration matérielle d'avoir une certaine assurance dans la conservation et protection des valeurs et rites ancestraux ainsi que l'assouvissement des besoins sexuels.

Nous soulignons également que la femme qui vivait dans la polygynie en tant que deuxième ou troisième, n'avait aucun complexe à se faire vis-à-vis de la première femme ou de celle qui vivait dans la monogamie, toutes ces femmes

<sup>4</sup> OLAWALE(E), la nature du droit coutumier africain, Dakar, 1961, p17.

<sup>5</sup> BAYONA-BA-MEYA, « A propos de la polygamie » in Annales de la faculté de droit, vol.1, PUZ, Kinshasa, 1972, p73.

<sup>6</sup> Idem

<sup>7</sup> SOHIER(A), Le mariage en droit coutumier congolais, Bruxelles, Librairie Fak fils, 1943, p217.

gardaient leur dignité, elles avaient toutes un statut qui les protégeait contre les abus éventuels du mari, en tant que procréatrices.

Bref, jadis traditionnelle dans la plupart des pays africains, la polygynie ne causait aucun problème de fond.

### 1.1.2. En droit traditionnel sénégalais

Les causes traditionnelles de la polygynie au Sénégal sont structurées de la même façon qu'en République Démocratique du Congo. A la seule différence qu'au Sénégal, les mêmes motivations traditionnelles demeurent vivaces jusqu'à ce jour.

Du point de vue caractéristique, la polygynie traditionnelle au Sénégal n'est pas différente de la polygynie telle que perçue dans leur société actuelle.

De ce qui précède, il y a lieu de dégager les traits caractéristiques ci-après :

- la reconnaissance par la société de toutes les femmes ;
- l'égalité de traitement pour toutes les épouses. Cette égalité se remarque dans tous les aspects de la vie quotidienne : maison, habits... ; toutefois dans la plupart des cas, elles vivent essentiellement dans une même concession, leurs maisons groupées autour de celle du mari ;
- une éducation et une socialisation identiques, pour que tous les enfants puissent se connaître et s'aimer ;
- les femmes sont considérées par leur mari comme des unités de production économique pour leurs champs ; ces femmes procurent au mari, surtout s'il est chef coutumier, les aliments nécessaires pour accueillir ses invités et ses visiteurs.

A présent, examinons les facteurs modernes de la consécration de la polygynie.

## 1.2. Facteurs modernes de la consécration de la polygamie

Le point concernant les facteurs modernes en droit positif congolais précèdera celui au sujet des facteurs modernes en droit sénégalais.

### 1.2.1. Les facteurs modernes en droit positif congolais

Comme déjà souligné plus haut, la plupart des auteurs qui ont écrit sur la polygynie sont pratiquement unanimes en ce qu'aucun facteur ne peut être considéré comme justifiant exclusivement la polygynie.

Si la polygynie représente dans la société traditionnelle un prestige, un signe de puissance, une certaine prospérité matérielle, une certaine assurance dans la garde et la protection des valeurs et rites ancestraux, tel n'est plus le cas aujourd'hui.

A l'heure actuelle, l'on peut affirmer que la grande polygynie a disparu, subsiste encore la petite polygynie mais qui ne semble plus être réservée uniquement aux chefs et notables<sup>8</sup>.

A ces deux catégories de la polygynie, est venue s'ajouter une troisième que le législateur colonial a appelé la polygynie de « nouveaux riches » ; il s'agit d'une polygynie qui s'observait avant l'indépendance, particulièrement au niveau des congolais dont les revenus étaient importants notamment les clercs, les artisans qualifiés, les commerçants, les trafiquants des produits, etc.

Inutile de dire que cette troisième catégorie a pris de l'extension depuis l'indépendance avec l'accroissement des revenus de certaines catégories de citoyens depuis l'homme politique jusqu'au technicien national en passant par l'homme d'affaires<sup>9</sup>.

Il y a lieu d'ajouter que la polygynie de « nouveaux riche » revêt à l'heure actuelle une forme larvée : c'est le phénomène vulgairement appelé *bureaucratie*, consistant pour un homme marié à prendre en charge une femme célibataire avec laquelle il va vivre en couple après remis d'un certain nombre d'effets à l'ayant droit de la jeune femme (père, oncle, grand-frère, etc.), respecter la procédure régulière pour contracter mariage. L'on constate aussi que généralement, cette seconde femme ne vit pas dans la même maison où l'homme réside avec sa première femme, il lui trouve une maison à louer ou même lui achète ou encore lui construit une maison<sup>10</sup>.

Qu'à cela ne tienne, il existe cependant certains facteurs qui expliquent l'expansion de ce phénomène dans nos milieux sociaux<sup>11</sup>.

On peut les classer comme suit : les facteurs d'ordre physiologique ; les facteurs tirés de la sex-ratio ; les facteurs économiques et les facteurs d'ordre socio-philosophique.

#### 1.2.1.1. Facteur d'ordre physiologique

L'argument physiologique a souvent été évoqué par l'homme pour approuver la polygynie et lequel l'on a affirmé que l'homme africain est doué d'une force sexuelle prodigieuse. Pourtant, à l'observer de près, il ne peut approcher sa femme pendant la longue période d'allaitement et de grossesse. Il a fallu à celui-ci de trouver une autre partenaire qui soit disponible.

En effet, l'homme pense qu'en ayant deux ou trois femmes, il pourra mieux satisfaire ses besoins sexuels. Et compte tenu de son respect à l'égard de sa femme, il ne pense pas avoir des rapports sexuels à tout moment avec elle, aussi, lorsque la femme est enceinte ou allaite, il est difficile de se contenir ; alors mieux vaut en avoir une autre pour compenser.

<sup>8</sup> SOHIER (A), Op. cit.

<sup>9</sup> Idem

<sup>10</sup> SOHIER(A), Op. cit.

<sup>11</sup> I dem, p74

Il faut noter que le facteur physiologique ne résiste pas à l'examen logique parce que si un homme a deux ou trois femmes, rien n'empêche que toutes ses femmes allaitent en même temps ou attendent famille.

#### 1.2.1.2. Facteur tiré de la sex-ratio

Certains hommes justifient la polygynie par le fait que les femmes sont plus nombreuses que les hommes, que ces derniers se trouvent dans l'obligation de prendre plusieurs épouses en mariage.

Une certaine opinion réfute ce facteur en soutenant qu'il s'agit là d'un argument médiocre, car le déséquilibre a toujours été faible. Il affirme que jadis les chances de survie étaient plus faibles chez les hommes que chez les femmes à cause des guerres tribales, de la chasse, des travaux lourds confiés aux hommes, mais qu'aujourd'hui, la sécurité et l'amélioration des conditions sanitaires donnent aux deux sexes les mêmes chances de survie.

#### 1.2.1.3. Facteur économique

La plupart des auteurs affirment que la polygynie est due à un facteur économique du fait que la femme est considérée comme une force de travail. C'est elle qui est la base de la production vivrière ; par conséquent, l'homme qui a le plus grand nombre de femmes disposera d'un grenier bien alimenté.

Le pouvoir économique pousse également certains hommes à vivre dans la polygynie. Cela est dû au fait que certains hommes d'affaires qui ont des entreprises dans différentes régions préfèrent avoir une femme dans toutes ces régions pour être sûrs que lorsqu'ils sont dans l'une de ces régions, il y a quelqu'un de sûr qui va s'occuper d'eux ; ils auront une maison avec femme et enfants, leur nourriture sera assurée et autres commodités aussi.

Lorsqu'ils quittent cette région, ils savent qu'ils ont laissé quelqu'un de sûr qui pourra s'occuper de leurs affaires ; il s'agit là aussi d'un argument contestable à plus d'un titre.

L'institution de la polygynie dans les sociétés traditionnelles d'Afrique n'a pas eu pour but l'accroissement de la production vivrière. C'est la colonisation qui, en imposant des cultures étendues et en introduisant la monnaie européenne dans les relations sociales, a souillé l'institution en lui créant un facteur économique.

#### 1.2.1.4. Facteur d'ordre socio-philosophique

Selon une certaine doctrine, « la cause d'ordre socio-philosophique est la seule qui semble être à même d'expliquer la polygynie ».

La force vitale est bien le principe fondamental qui se trouve à la base de toute la conception socio-philosophique de l'africain particulièrement de l'Afrique noire.

L'africain est un être de communion qui vibre à l'unisson de tout ce qui l'entoure : hommes, événements, nature dans ses manifestations les plus diverses ; il a besoin de vivre en société ; son sens intensif de la vie, il le traduit de diverses manières. C'est la musique au rythme de laquelle il vit et respire, c'est aussi la joie éclatante ou la douleur déchirante qu'il étale, comme pour inviter à y participer.

Dans ces conditions, l'on ne peut s'étonner que l'Afrique considère la fécondité comme un bienfait inappréciable. Il considère en effet que le fait de donner la vie à des hommes, est la manière pleine d'apporter sa part à l'accroissement de la société ; plus le groupe social est nombreux, plus s'intensifie le sentiment de communion avec la vie.

#### 1.1.2. Les facteurs modernes en droit sénégalais

Au Sénégal, la polygynie a un statut légal et une reconnaissance comme régime matrimonial au même titre que la monogamie.

##### 1.2.2.1. Le droit d'adoption

L'article 133 du code de la famille sénégalais dispose que : « le mariage peut être conclu, soit sous le régime de la polygynie (quatre épouses maximum), soit sous le régime de la limitation de la polygynie (deux ou trois épouses) soit sous le régime de la monogamie »<sup>12</sup>.

Cela revient à dire que les conjoints peuvent opter en se mariant, pour le régime matrimonial de leur choix. Il est évident cependant que certaines femmes s'interdiront psychologiquement de choisir la monogamie, même si intimement elles la désirent, leur éducation les ayant davantage orientées vers une idée polygynique du mariage. Selon la jurisprudence, il a été jugé sous un régime de polygynie que, l'inégalité de traitement entre deux épouses justifie le refus par l'une de rejoindre la résidence fixée par le mari<sup>13</sup>.

L'option de limitation de la polygynie restreint le nombre des épouses que le mari pourra avoir simultanément.

Les options de monogamie et de limitation de polygynie sont définitives, sous réserve de la possibilité pour l'homme de restreindre par une nouvelle option, une limitation antérieure de la polygynie (Article 134 du code de la famille sénégalais).

Elles engagent l'optant pour toute la durée de son existence, même après dissolution de l'union à l'occasion de laquelle elles avaient été souscrites. Selon l'alinéa 1<sup>er</sup> du

<sup>12</sup> Art 133 du code de la famille sénégalais

<sup>13</sup> T.P.I Dakar le 1<sup>er</sup> juillet 1976, Epoux NGOM, TPI Dakar, le 12 juillet 1997, Epoux TONY (R.J.S Crédilia 1982, vol III, p 14 et s).

même article ci-dessus, l'Officier de l'état civil recueille l'option de monogamie ou de limitation de la polygynie.

L'option monogamique, une fois signée, est irrévocable pour toute l'existence de l'intéressé. Le seul cas où la loi permet de revenir sur l'option de régime est celui dans lequel le nouveau choix est destiné à le rendre plus restrictif. A titre d'exemple : lorsqu'on a choisi la polygynie limitée à trois épouses, et que l'on veut ramener à deux ou en faire un régime monogamique.

La bigamie dans le cas d'un choix monogamique est un délit qui entraîne deux types de conséquences :

- le second mariage est considéré comme nul et non avenu ;
- l'époux bigame encourt selon l'article 333 du code de la famille, un emprisonnement de 6 mois à 3 ans et une amende de 20.000 à 300.000 FCFA.

#### 1.2.2.2. Moment et forme de l'option

L'option peut être souscrite soit à l'occasion d'un mariage, soit postérieurement. L'option ne peut être reçue que si l'homme justifie qu'au moment où il exerce le nombre de ses épouses ne dépasse pas celui qu'il entend se fixer désormais. (Art.135 CFS).

La déclaration d'option se formule auprès de l'officier de l'état civil ou hors des localités où se trouve un centre de l'état civil, auprès de l'autorité déléguée par l'officier de l'état civil pour la constatation des mariages et en cas de mariage à l'étranger, auprès de l'agent diplomatique ou du consul territorialement compétent.

Lorsque l'option est reçue à l'occasion du mariage, son effet est subordonné à la célébration ou à la constatation de l'union projetée. L'officier de l'état civil se conforme pour l'exercice de l'option aux dispositions des articles 116 et 126 du code de la famille sénégalais.

Lorsque l'option est reçue en dehors du mariage, l'officier de l'état civil ou son délégué fait préciser au déclarant quels sont, au moment de sa comparution, ses liens matrimoniaux et se fait représenter, le cas échéant, les actes de mariages correspondants. L'option et l'indication des mariages contractés sont ensuite notifiées administrativement à l'officier de l'état civil du lieu de naissance du déclarant pour mention en marge de son acte de naissance, dans les conditions prévues à l'article 124 du même code.

Lorsque l'option est reçue par le représentant de l'officier de l'état civil, celui-ci transmet l'option et les pièces au centre d'état civil qui se charge dans tous les cas, d'assurer la notification indiquée à l'alinéa précédent.

Enfin, Cheik Oumar Hath, Islamologue et membre de l'Organisation Internationale de secours, souligne que « le législateur Sénégalais imposant ces trois options matrimoniales est conscient de la culture et de la civilisation sénégalaise et la monogamie est un système faux, elle n'est pas basée sur la sincérité et n'abonde pas dans le sens de la nature humaine »<sup>14</sup>.

A titre d'exemple à Dakar : sur 100 mariages célébrés, 90 sont des unions polygames selon les chiffres disponibles<sup>15</sup>. Ces chiffres montrent que la polygynie maintient sa position au Sénégal.

D'ailleurs, des enquêtes démographiques, et de santé classent les femmes sénégalaises vivant en union polygynique en 3<sup>ème</sup> position en Afrique avec un pourcentage de 50,2% en milieu urbain contre respectivement 54, 4%, 47,1% au Togo, 50,6% et 46,4% en Guinée.

Hussein Moussa Joheir, auteur de « la polygamie et condition de la femme dans l'Islam », explique que la société européenne a façonné la religion chrétienne conformément à ses habitudes et a légiféré la monogamie tout en sachant que l'homme n'est pas encore mûr pour la respecter.

#### 1.2.2.3. Facteurs explicatifs de la polygynie au Sénégal

##### 1.2.2.3.1. Facteur d'ordre religieux

L'islam accepte la polygynie, tout en ne l'imposant pas. Selon certains exégètes qui se réfèrent au verset 3 de la sourate, 4 du coran qui indiquent : « si vous craignez d'être injustes envers les orphelins, craignez également d'être injustes à l'égard des femmes ».

Il ajoute : épousez deux, trois ou quatre femmes parmi celles que vous trouverez agréables, si vous craignez de ne pas être équitables (envers elles), n'épousez qu'une seule femme (libre) ou encore une esclave en votre possession plutôt que de changer de famille. Dans ce cas, la monogamie est recommandée.

##### 1.2.2.3.2. Une pratique interdite dans certains pays

La polygynie qui serait source d'équilibre de la société pour ses partisans, est pourtant abolie dans certains pays musulmans comme c'est le cas en Tunisie. D'après Philippe Antoine, démographe et directeur de recherche à l'Onstom, « cette pratique qui se fait également rare dans certains pays maghrébins et arabes tend à être prohibée en Egypte où un projet de loi l'interdisant est en cours ». Pour avoir une deuxième dans ce pays, l'homme doit obtenir au préalable le consentement de la première épouse par accord notarié. S'il se marie une seconde fois sans l'accord de la première femme, cette dernière peut demander le divorce.

<sup>14</sup> Revue de presse : Mariage et vie de couple au Sénégal, <http://www.ind.sn/article/011220htm,2002>, p2

<sup>15</sup> Idem, p3

## II. INTERDICTION DE LA POLYGYNIE ET RESISTANCE CONTEMPORAINE A LA MONOGAMIE

A ce stade, deux affirmations concernant la première l'interdiction de la polygynie en droit congolais, la seconde la résistance contemporaine à la monogamie, seront épinglées.

### 2.1. Interdiction de la polygynie

#### 2.1.1. Interdiction avant l'indépendance

- L'ordonnance du 9 juillet 1936 relative à la protection de la jeune fille non pubère.

Cette ordonnance vise la protection de la jeune fille qui n'a pas encore atteint l'âge requis pour se marier.

- L'ordonnance législative du 31 janvier 1947 prohibant la polyandrie.

Cette ordonnance vise la protection de la femme qui est mariée de ne pas avoir plusieurs époux simultanément.

- Le décret du 25 juin 1948 relatif à la suppression de l'adultère et de la bigamie en cas de mariage du droit civil ou assimilé.

Le but des rédacteurs du décret du 25 juin 1948 était double :

- réprimer l'adultère des personnes mariées coutumièrement ;
- combattre la polygynie.

En effet, jusqu'en 1948, la législation congolaise ne sanctionnait pas l'adultère pénalement, le devoir de fidélité des épouses des polygynes, d'autre part parce qu'on était plein d'indulgence envers les étrangers ou non accompagnés de leurs femmes.

Finalement, le décret du 25 juin 1948 a érigé en infraction l'adultère des personnes mariées selon le droit législatif, celui du 5 juillet 1948 a fait de même pour les mariages coutumiers dont les contractants se seraient volontairement soumis à l'inscription<sup>16</sup>.

En instituant l'engagement de la monogamie, le législateur voulait à tout prix sanctionner pénalement la polygynie. Le décret du 5 juillet 1948 qui est antérieur à celui du 4 avril 1950, déclare nulles les unions polygamiques. Depuis la mise en vigueur de ce dernier décret, celui de 1948 n'est pas pour autant devenu sans objet ; il est le seul à édicter des sanctions pénales contre la polygamie coutumière<sup>17</sup>.

- Le décret du 5 juillet 1948, édictant le mariage monogamique indigène et ses mesures d'exécution.

Compte tenu de l'inadaptabilité du mariage civil aux réalités traditionnelles congolaises, le législateur congolais a cherché une formule adéquate en vue d'assurer la protection du mariage indigène aussi de réprimer l'adultère et la bigamie afin d'instaurer un climat de sérénité dans le foyer et permettre celui-ci de se développer dans l'unité et la stabilité nécessaire.

Le but du décret était de donner au mariage monogamique indigène un aspect du moins semblables à celui du mariage du droit écrit. Le mariage monogamique indigène qui se réalise par une option des époux est soumis aux mêmes conditions que le mariage organisé par le code civil livre I et produit d'une manière générale les mêmes effets.

Le mariage monogamique du décret du 5 juillet 1948 confirme légalement les droits et les obligations résultant de la coutume applicable aux époux, dans la mesure où il ne soit pas incompatible avec les règles légales.

Ce décret laisse aux bénéficiaires du régime une large faculté de mettre fin aux effets qu'il confère au mariage par la radiation de l'inscription pour le cas du mariage coutumier et par le retrait du statut légal en ce qui concerne le mariage religieux.

Ce décret a un caractère facultatif, c'est-à-dire qu'il consacre une option, il ne s'impose pas de plein droit. Les personnes doivent manifester leur volonté de vouloir opter pour ce décret, ce caractère facultatif se déduit de l'article 3 alinéa 1 qui dispose que « tout mariage monogamique coutumier peut, à la demande des époux, être inscrit dans la forme et condition à déterminer par le Gouverneur Général ».

Ce décret est par ailleurs assorti des sanctions pénales : ce qui ressort des articles 4 et 12. L'article 4 dispose : « sera puni d'une servitude pénale qui n'excédera pas deux mois et d'une amende de 500 Francs au maximum ou d'une de ces peines seulement, tout indigène qui sciemment a fait inscrire un message monogamique alors qu'il était engagé dans les liens d'un autre mariage non monogamique ». L'article 12 alinéa 1 édicte « sera puni d'un chef de bigamie d'une servitude pénale de deux mois à une et d'une amende de 500 Francs ou d'une de ces peines seulement, tout indigène qui aura contracté un autre mariage avant la cessation des effets de l'inscription ou de l'octroi du statut légal ».

Il convient de souligner aussi que les mariages auxquels s'applique ce présent décret sont :

- le mariage monogamique coutumier inscrit dans les formes et conditions à déterminer par le Gouverneur Général ;

<sup>16</sup> M. Pauwels (J) et BAYONA-BA-MEYA, le droit zaïrois de la famille : le droit coutumier de la famille, 2<sup>ème</sup> édition, Kinshasa, 1972, P101

<sup>17</sup> Idem

- le mariage religieux qui a reçu le statut légal.

Comme on peut s'en rendre compte, ce décret laissait une large liberté aux citoyens d'opter pour son application ou demeurer sous l'empire du droit coutumier.

- Le décret du 04 avril 1950 relatif à la polygamie

Le décret du 4 avril 1950 portant l'annulation des mariages polygamiques et l'interdiction de séjour des polygynes dans certaines agglomérations ou régions fut l'aboutissement de l'action entreprise par l'administration coloniale belge poussée par certains missionnaires contre la polygamie<sup>18</sup>.

Le conseil colonial estima qu'il s'avérait pratiquement impossible compte tenu des circonstances d'extirper un mode de vie si généralisé sans occasionner des ennuis. Il fut également constaté que le Gouvernement du Congo-Belge s'est toujours montré fidèle à la politique tendant à favoriser l'abandon progressif de la polygamie. C'est ainsi qu'il a accordé une protection spéciale aux missionnaires chrétiens, qu'il a pris des mesures administratives contre les polygynes employés à son service qu'il a frappé d'un impôt supplémentaire les contribuables polygynes.

En fin, il s'est vu obliger d'accorder aux unions polygyniques, une certaine reconnaissance légale notamment en autorisant le recours aux juridictions indigènes pour le règlement des contestations nées à leur sujet et en faisant procéder à l'inscription des épouses des polygynes dans les livrets d'identité des intéressés.

En 1950, le Congo Belge fut un des premiers pays africains à réagir contre la polygamie en l'interdisant. L'article 1<sup>er</sup> du décret du 4 avril 1950 déclare « qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1951, nul ne pourra contracter un nouveau mariage coutumier avant la dissolution ou l'annulation des mariages antérieurs ».

Comme nous le constatons, les unions polygyniques contractées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1951 sont nulles de plein droit, c'est-à-dire sans existence légale et il ne faut pas que cette nullité dépende de la décision d'un tribunal indigène. En lisant ce décret, l'article 1<sup>er</sup> met l'accent sur les unions contractées postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1951. Par contre, les unions antérieures à l'entrée en vigueur du décret à défaut d'accomplir cette formalité administrative, les conjoints seraient considérés comme s'étant mariés après le 1<sup>er</sup> janvier 1951. Ce décret n'est pas assorti des sanctions pénales. Seule la nullité du mariage polygynique a par exemple, pour effet, que la seconde épouse ne peut être condamnée pour l'adultère. Les personnes possédant l'état de polygyne avant le 1<sup>er</sup> janvier 1951, sont valablement mariées, mais elles ne peuvent plus depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1951 fixer leur résidence dans certains centres.

L'article 3 prévoit que le mariage polygamique nul de plein droit produit néanmoins les effets prévus par la coutume à l'égard d'un ou deux époux qui l'ont contracté de bonne foi<sup>19</sup>.

### 2.1.2. Interdiction après l'indépendance

Au Congo, le législateur n'a respecté les us et coutumes des natifs que jusqu'en 1950, c'est-à-dire le mariage polygynique n'a fonctionné que jusqu'à cette date. Ensuite, seul le mariage monogamique est reconnu, elle a été imposée aux Congolais comme un modèle appartenant au système latino-européen ou romano-germanique, un système fortement dominé par le droit romain et plus précisément le droit canon<sup>20</sup>.

#### 2.1.2.1. La polygynie sous le code civil livre 1<sup>er</sup>

L'article 101 du code civil livre 1<sup>er</sup> dispose que « l'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution ou l'annulation du premier mariage ». Cet article rejoint le décret du 4 avril 1950 qui interdisait la polygynie. Il a été jugé que « nul ne peut contracter un second mariage avant la dissolution ou l'annulation du premier mariage même si celui-ci n'a été contracté que selon la coutume indigène ».

De ce qui précède, il y a lieu de comprendre que sous le régime du code civil livre 1<sup>er</sup>, le décret du 5 juillet 1948 relatif à la polygynie restreignent l'application et ne seront abrogés par l'article 919 du code de la famille dont l'examen s'impose.

#### 2.1.2.2. La polygynie dans le code de la famille

La lecture de la loi n°87-010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant code de la famille telle que modifiée et complétée à ce jour, en ses articles 408 et 409 révèle que l'unique forme de mariage est la monogamie. Cette loi a abrogé et remplacé le code civil congolais livre 1<sup>er</sup>.

Le code de la famille consacre l'interdiction de la bigamie comme la condition négative du mariage.

Il en résulte que la bigamie est condamnée par la loi. D'après l'article 408 du code de la famille, « quiconque, étant engagé dans les liens d'un mariage enregistré ou célébré devant l'officier de l'état civil, aura fait enregistrer ou célébrer un autre avant la dissolution ou l'annulation du précédent mariage, sera puni du chef de bigamie d'une peine de servitude pénale d'un à trois mois et d'une amende de 125.000 à 500.000 francs congolais ou de l'une de ces peines seulement ». Dans ce cas, l'action publique tend à sanctionner le mariage polygynique.

#### 2.1.3. Effets de l'interdiction

L'article 1<sup>er</sup> du décret du 4 avril 1950 déclare « qu'à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1951, nul ne pourra contracter un

<sup>18</sup> M.Pauwels(J), op cit, p33.

<sup>19</sup> Pauwels (J), op cit, p34.

<sup>20</sup> KABUYA TSHILOBO, « Justice, science et paix » in revue juridique, n°spécial, Kinshasa, février 2002.

nouveau mariage coutumier avant la dissolution ou l'annulation du ou des mariages antérieurs ».

Comme on le voit, l'article 1<sup>er</sup> met l'accent sur les unions contractées postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1951. Par contre, les unions antérieures à son entrée en vigueur restent reconnues légalement. Mais la loi oblige tout simplement aux polygynes ou à leurs épouses de faire constater leur état dès l'entrée en vigueur du décret. A défaut d'accomplir cette formalité administrative, ils seraient considérés comme s'étant mariés après le 1<sup>er</sup> janvier 1951 (article 5)<sup>21</sup>.

Ce décret, notons-le, n'est pas assorti des sanctions pénales. Seule la nullité du mariage, en cas de contraventions aux dispositions de l'article 1<sup>er</sup>, est prévue. Ceci découle de l'interprétation de l'article.

D'après l'esprit du décret, la nullité du mariage polygynique conclu à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1951 a, par exemple, pour effet que la seconde épouse, étant concubine aux yeux de la loi, ne peut être condamnée pour adultère.

Enfin, l'article 3 du décret parle des effets qu'un mariage nul peut produire. En effet, il dispose que « le mariage nul de plein droit en vertu de l'article 2 produit néanmoins les effets prévus par la coutume à l'égard des enfants. Il les produit aussi à l'égard du ou des époux qui l'ont contracté de bonne foi »<sup>22</sup>.

## 2.2. Résistance contemporaine à la monogamie

Deux questions seront abordées : la justification de la monogamie et le retour à la polygynie de fait.

### 2.2.1. Justification de la monogamie

Malgré la pertinence de toutes les raisons justificatives de la polygynie, le législateur congolais avait opté pour l'abolition de celle-ci. Il semblait en effet qu'il est du devoir des autorités établies de veiller à l'éthique sociale spécialement dans le domaine du mariage. La famille monogamique est, lui semble-t-il, le milieu idéal de l'épanouissement de l'homme et de la femme ainsi qu'à l'éducation des enfants.

### 2.2.2. Retour à la polygynie de fait

Le législateur congolais a imposé la monogamie à sa population. Sans considération des aspirations culturelles ni convictions religieuses diversifiées ; c'est une erreur historique due à la colonisation.

De ce qui précède, il y a lieu de comprendre que dans la vie courante des Congolais, la polygynie semble être la forme de mariage la plus préférée. Les pléthores des unions polygyniques en milieux coutumiers (Luba-Kasaï notamment) et du phénomène de bureaucratie en milieux urbains, traduisent cette préférence.

Ainsi, le retour à la polygynie se manifeste sous plusieurs volets :

#### 2.2.2.1. Du point de vue sociologique

Le mariage est cette institution que la coutume avait privilégiée, comme nous l'avons souligné ci-haut. Il y a des tribus portées vers la monogamie tel le Katanga et celles portées vers la polygynie tel le Kasaï<sup>23</sup>.

Si on pouvait les recenser, sont non seulement nombreux dans leurs provinces, mais sont aussi présents en nombre considérable dans les autres provinces ou villes (Katanga, Kinshasa, etc.)

Le législateur montre sa faiblesse en imposant la monogamie, la tolère par ailleurs au travers l'affiliation ou la reconnaissance obligatoire des enfants nés hors mariage (articles 614 à 629 du code de la famille). Cela suppose tout simplement que le législateur redoute l'efficacité de la forme qu'il a imposée et par ricochet, tolère ou permet la polygynie.

Cette contradiction a tellement affaibli la loi que les poursuites contre l'infraction de bigamie ou de polygynie sont peu ou pas existantes. Les autorités poursuivantes sont les premières à violer cette loi, les autorités politico-administratives, n'en parlons pas. Les polygynes ne vivent pas en cachette, car ils se marient au vu et au su de tout le monde.

#### 2.2.2.2. Du point de vue religieux

La constitution de la République Démocratique du Congo aborde la question de la religion précisément en son article 22 qui déclare : « toute personne a le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ». « Toute personne a le droit de manifester sa religion ou ses convictions seule ou en groupe, tant en public qu'en privé par le culte, l'enseignement, les pratiques, l'accomplissement des rites et l'état de vie religieuse, sous réserve du respect de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs et des droits d'autrui ».

Il se dégage de cet article que l'Etat congolais, à la différence des Etats musulmans par exemple, est laïc (art.1 al 1 Constitution.). Il n'a pas de préférence pour telle ou telle autre doctrine.

Nous pouvons, comme Eglise au Congo, citer entre autres les catholiques, les protestants, les kimbanguistes, les musulmans, les apôtres, etc. ; auxquelles s'ajoutent d'innombrables sectes. Toutes ces religions ont une doctrine qui les différencie les unes des autres<sup>24</sup>.

Il est par contre, dans le cas des mariages clandestins conclus en fraude à la loi, avec comme conséquence l'abandon des filles mères et des enfants non affiliés.

<sup>21</sup> Piron et Devos, Op.cit., p196.

<sup>22</sup> Pauwels(J), Op.cit., p43.

<sup>23</sup> KABUYA TSHILOBO, op cit, p31.

<sup>24</sup> KABUYA TSHILOBO, op cit p 33



La délinquance à laquelle se livre cette classe sociale trouble l'ordre public et cause plus des maux à la société que si la famille avait été encadrée par le biais d'un mariage reconnu.

### 2.2.2.3. Apparition du phénomène « Bureau » ou « Maitresse »

Le phénomène « Bureau » perdure jusqu'à ce jour quoi que la monogamie soit l'institution légale.

Au lendemain de l'indépendance en 1960, lorsque les nationaux ont commencé à occuper des fonctions importantes dans les pays, la situation va basculer, on assistera au retour de la polygynie sous forme de la *bureaucratie*.

Lorsqu'on cherche à se justifier sur le terme « Bureau » ou « deuxième bureau », on conclut selon une certaine opinion que c'est du mensonge de l'homme marié vis-à-vis de sa femme justifiant ses absences nocturnes, ses découchements par un surcroît de travail au bureau. C'est en quelque sorte une découverte de l'infidélité du mari à l'égard de sa femme, c'est-à-dire il devait être d'après ses affirmations, à son vrai bureau de travail, par contre, il se trouve dans un lieu autre que le lieu du travail ; cet autre lieu ne peut être qu'un « deuxième bureau ».

Ainsi, le phénomène « deuxième bureau » désigne à la fois la deuxième résidence d'un homme marié, mais aussi une femme unie à un homme déjà marié. C'est une union sociétaire, officieuse, qui condamne le chef du bureau à une vie de duplicité et d'hypocrisie vis-à-vis de lui-même, de son épouse, du deuxième bureau, amis aussi de la société.

## CONCLUSION

Nous venons dans les pages qui précèdent d'examiner la question de la forme du mariage pour les Congolais compte tenu de leurs ordre public, mœurs, coutumes et religions.

Tout au long de cette étude, nous avons essayé de démontrer que le phénomène de la polygynie est fort répandu en Afrique, en général, et en RDC, en particulier, tant dans la société d'hier que dans celle d'aujourd'hui.

Au moment de la pénétration européenne au Congo, il s'observait deux catégories de polygynies : la grande et la petite. La première était le fait des chefs conquérants, lesquels imposaient à chaque groupe conquis la livraison d'une jeune femme à leur harem, tandis que la seconde comprenant deux à dix femmes, était pratiquée chez la plupart des peuplades congolaises par les chefs et les notables.

La loi n°87-010 du 1<sup>er</sup> août 1987 portant code de la famille telle que modifiée et complétée à ce jour, qui abroge le code civil congolais livre Ier, a consacré l'unique forme de mariage monogamique. Or, dans la vie courante du

congolais, il ressort que la plupart des Congolais préfèrent la nouvelle polygynie ou la *bureaugamie* à la monogamie.

La colonisation a permis de constater que le législateur congolais n'a pas eu les mains libres dans le choix de la forme du mariage adaptée à la mentalité du congolais ; le législateur n'a pas tenu compte de la dynamique sociale pour repenser la forme du mariage, car au moment où d'un côté il impose la monogamie, de l'autre il la tolère en imposant l'affiliation des enfants nés hors mariage.

Comme nous l'avons souligné précédemment, cette situation a rendu beaucoup de congolais hypocrites et favorise des naissances hors mariage avec leurs fâcheuses conséquences. Dans la plupart des cas, pareils enfants ont fini par tomber dans l'errance (vivre dans la rue). Cela parce que leurs marâtres les taxent de sorciers.

Le fait que le législateur ne reconnaît pas leurs mères, ces dernières se livrent à la compassion de tout passant et perpétuent la série des enfants affiliés et ne se sentent nullement inquiétées de croire que cette protection les apaise parce qu'elles en tirent un certain bénéfice.

Partant de tous ces faits, nous ne voyons pas en quoi la loi protège la foi conjugale et permet à la famille de s'épanouir, car l'homme ne se sent nullement inquiet par la loi qui a pourtant prévu la monogamie (art.330 CF).

La polygynie est une institution à fondement socio-philosophique ; tout jugement de valeur à son sujet et toute politique législative prohibitive pour infléchir, heurte la mentalité congolaise ; on ne combat jamais à coup des textes légaux répressifs, une institution ancrée dans les mœurs sociales pendant des millénaires.

Il faut une politique pragmatique, mieux de sagesse qui puisse convaincre et non contraindre les gens à se soumettre strictement à la monogamie. La politique d'interdiction constituera sans doute, une mesure trop radicale heurtant de front des mœurs ancrées dans la société.

Ainsi, cette étude propose la mise sur pied d'une politique législative proche de celle appliquée dans les pays ouest africains tels que le Sénégal, le Nigéria, le Mali et la Guinée.

Elle consiste à proclamer dès le départ, le principe de l'option, soit en faveur d'un mariage monogamique, soit en faveur d'un mariage polygynique. Autrement dit, que les futurs conjoints choisissent librement la forme de mariage qui les conviennent au mieux en présence de leurs familles d'une part et devant l'officier de l'état civil d'autre part.

Cette déclaration peut être revue une fois non renouvelable après cinq ans de mariage. En cas d'option pour la monogamie, l'époux qui contracte un deuxième mariage commet l'infraction de bigamie et devra être puni conformément à la loi pénale. S'ils

optent pour la polygynie, tous les documents administratifs sur leurs identités doivent indiquer les noms de tous les conjoints et dans ce cas, le mari doit trouver son aptitude à entretenir toutes ses femmes.

Nous pensons qu'il s'agira là d'une politique législative souple, susceptible de faire évoluer sans contrainte, les esprits vers une conception monogamique du mariage.

## BIBLIOGRAPHIE

### I. TEXTES LEGAUX POSITIFS ET HISTORIQUES

- Code de la famille sénégalais
- Code de la famille congolais-RDC
- Constitution de la RDC du 18 février 2006 telle que modifiée à ce jour
- La charte coloniale du 18 octobre 1908
- Le décret du 25 juin 1948 relatif à la suppression de l'adultère et de la bigamie en cas de mariage du droit civil ou assimilé
- Le décret du 5 juillet 1948 édictant le mariage monogamique indigène et ses mesures d'exécution.
- Le décret du 4 avril 1950 traitant de l'annulation des mariages polygamiques
- L'ordonnance du 29 mai 1959 (modifiée par l'ordonnance – loi du 12 mars 1969 sur l'état civil des collectivités locales).
- L'ordonnance législative du 31 janvier 1947 prohibant la polyandrie.
- L'ordonnance du 06 juillet 1936 relative à la protection des filles non pubères.
- Piron(P) et Devons(J), codes et lois du Congo-belge, 8<sup>ème</sup> éd., Tome 1, 1960.

### II. OUVRAGES

- PAUWELS (J), *Droit zaïrois de la famille*, 2<sup>ème</sup> éd, Kinshasa, 1972.
- PAUWELS (J) et BAYONA-BA-MEYA, *Le Droit Zaïrois de la famille : le droit coutumier de la famille*, 2<sup>ème</sup> éd, Kinshasa, 1972
- SOHIER (A), *Le mariage en droit coutumier congolais*, Bruxelles, librairie fak fils, 1943.

### III. ARTICLES

- BAYONA –BAMEYA, « A propos de la polygamie », in *Annales de la faculté de droit*, vol.1, PUZ, Kinshasa, 1972.
- KABUYA TSHILOBO, « Justice, Science et Paix », in *Revue Juridique*, n°spécial, Kinshasa, février, 2002.
- KENGO-WA-DONDO, « Considération sur le projet du nouveau code de la famille », in *Mercuriale de la C.S.J/Kinshasa*, 1979.
- TSHIBANGU TSHIASU KALALA, « Les droits et obligations des conjoints », in *revue juridique du Zaïre*, Kinshasa, 1987.