

« MARIAGE CIVIL » ET « TRADITIONS AFRICAINES »

Introduction

Joséphine BITOTA
Muamba,
Docteur en Droit/
Université des
Sciences Sociales
de Toulouse I.
Détenrice
d'un Certificat
d'Aptitude à la
Profession d'Avocat
(CAPA) à l'École
de Formation de
Barreaux/ EFB de
Paris. Doyenne
honoraire de la
faculté de Droit de
l'université Notre-
Dame du Kasayi/
UKA. Actuellement
Secrétaire Général
Administratif dans
la même université.
josephine_bitota@
yahoo.fr

Dans une Afrique contemporaine profondément en mutation et en même temps conservatrice de certains *habitus* sociaux, les législateurs africains ont eu souvent à opter pour la modernisation du droit tout en prenant des précautions pour ne pas heurter les sensibilités des populations. C'est ce qui s'observe dans l'organisation de ce qu'on appelle les systèmes matrimoniaux, entendus comme étant une faculté reconnue aux conjoints, dans différents codes africains, d'opter lors de la célébration du mariage soit pour la monogamie soit pour la polygamie. Le choix de la polygamie se justifie par le fait qu'elle est enracinée dans les pratiques sociales ou parfois du fait de la religion. Plusieurs cas de figures allant du maintien à la tolérance en passant par l'interdiction de la polygamie vont nous permettre de comprendre la réalité des différents systèmes matrimoniaux écartelés entre les traditions et la modernité.

L'option pour la polygamie comme régime de droit commun

Afin d'illustrer ce cas de figure, nous partirons des exemples du Mali et du Sénégal : des pays qui, en dépit de l'influence du droit de l'ancien colonisateur français, ont opté pour la polygamie en l'érigant comme régime de droit commun : c'est-à-dire un régime normalement applicable lors de la célébration du mariage sauf si les futurs époux font une option expresse de la monogamie. Une telle option s'explique par le fait que ces deux pays sont fortement influencés par l'Islam dans leur organisation sociale. Leurs règles juridiques font ainsi référence à trois sources : les lois coraniques, les coutumes locales, tout en essayant en même temps de ne pas s'écarter du modèle juridique de l'ancienne métropole.

Même si ces deux États s'accordent sur le nombre maximum de 4 femmes conformément aux prescriptions islamiques, chacun d'eux organise la polygamie à sa manière.

Le code sénégalais de la famille, dans ses articles 133 et suivants place les futurs conjoints devant trois régimes :

Celui de la polygamie, selon lequel le mari ne peut avoir simultanément plus de quatre épouses, ce qui est la règle du droit musulman ; celui de la limitation de la polygamie, limitation qui peut être rendue plus stricte par une nouvelle option ; enfin celui de la monogamie. En l'absence d'une option expresse, le régime applicable est celui de la polygamie.¹

Si ces trois options ont visé à contenter toutes les couches sociales sénégalaises, ce n'est pas pour autant qu'on puisse dire qu'épouser 4 femmes fasse l'unanimité dans la société sénégalaise. Pour preuve, lors d'un séminaire organisé à Dakar il y a près de deux décennies (mi-septembre 1996) à la demande d'un groupe de parlementaires et destiné au Ministère des Finances qui voulait suivre l'évolution de la courbe démographique, une question importante a surgi : celle de savoir s'il n'était pas envisageable de limiter au Sénégal la polygamie à deux épouses au lieu de quatre. Cette étude, qui n'en était même pas encore au stade de projet de loi, a suscité des controverses au sein de la population dakaroise : une enquête diligentée a montré que 58,7% de la population y était opposée et 38% y était favorable. Parmi les opposants à cette éventualité, il y avait les traditionnalistes qui, se référant à l'Islam, ont vu dans cette mesure un blasphème, tout en estimant que « les autorités doivent avoir d'autres priorités que de chercher à limiter ce que Dieu lui-même a déjà limité à quatre »². Une autre frange des traditionnalistes, se disant plus réalistes, se sont appuyés sur la supériorité numérique des femmes par rapport aux hommes. D'après eux, la restriction de la polygamie entraînerait une augmentation des enfants naturels socialement mal acceptés au Sénégal. En revanche, les 38% qui ont approuvé cette mesure soulignaient essentiellement que celle-ci irait dans le sens de la modernité et serait un premier pas vers l'instauration de la monogamie comme régime de droit commun³.

Du côté malien, le code de mariage et de tutelle s'est démarqué de la législation sénégalaise sur deux points : l'unicité du régime polygamique à 4 épouses maximum conformément aux normes islamiques et

1 Pierre LAMPUE, « L'influence du Droit français et du Droit coutumier dans les lois civiles africaines » in *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Economica, 1980, p. 21.

2 *Afrique-Magazine*, 1996-1997, p. 52.

3 *Afrique-Magazine*, 1996-1997.

la révocabilité de l'union monogamique. En effet, la polygamie en droit malien n'est limitée que par le nombre 4. Il n'y a que deux options, ou on est monogame ou on est polygame sans qu'on puisse parler de la polygamie restreinte comme au Sénégal. Toutefois, un couple qui aurait souscrit au système monogamique peut se reconvertir à une union polygamique. Pierre Lampue souligne à cet effet :

Un engagement de monogamie peut être souscrit par l'homme, soit dans le contrat de mariage, soit au moment de la célébration, soit par un acte ultérieur passé devant un officier public. Mais le mari peut ensuite réviser son contrat avec le consentement de l'épouse⁴.

À voir les choses de plus près, ce n'est pas le couple, c'est plutôt l'homme qui a la latitude de changer le système matrimonial monogamique pour lequel il a opté à l'origine. Les raisons le poussant à cette volte-face pouvant être entre autres : le changement de son statut social dès lors que celui-ci s'accompagne d'une promotion ou d'une aisance matérielle, l'incompatibilité d'humeur, laquelle est souvent mise sur le compte du caractère acariâtre de la femme, la stérilité féminine... Si cette dernière raison est invoquée pour justifier le passage de la monogamie à la polygamie dans une Afrique dont les coutumes exaltent à outrance la fécondité, il existe des pays qui ont même légiféré là-dessus puisque dans son article 51 du Code des personnes et de la famille, il est expressément disposé que « l'homme qui a opté pour le régime de monogamie peut contracter un nouveau mariage en cas de stérilité définitive médicalement constatée de la femme ». Une telle disposition ne pouvant demeurer à l'abri des critiques, bien des auteurs s'en sont indignés. Ainsi, le Congolais F. Matokot, écrivait :

Ne se marie-t-on pas pour le bon et pour le pire ? En outre, il n'est pas dit que cette incapacité se rencontre seulement chez la femme, l'homme peut en être victime lui aussi ; cependant, elle ne justifie pas pour autant le changement d'option en faveur de la femme, ni même une demande en dissolution du mariage⁵.

Si cette organisation légale de la polygamie trouve des assises dans les us et coutumes et les préceptes coraniques, elle trouve des difficultés à intégrer en totalité l'héritage de certains concepts du droit de l'ancienne Métropole sur lequel s'inspire en grande partie la construction des droits civil et pénal. L'illustration la plus plausible concerne l'incri-

4 Pierre LAMPUE, « Le rôle de la jurisprudence dans l'évolution de la condition de la femme en Afrique Noire », in *Revue Juridique Politique Indépendance et Coopération (RJPIC)*, n°4, Décembre 1973, p. 883.

5 O. F. J. MATOKOT, « Deux mariages, deux institutions », in *Revue congolaise de Droit*, n°7-8, Janvier-Décembre 1990, p. 69.

mination de la bigamie : celle-ci, définie en droit français comme le fait de contracter un second mariage avant la dissolution du premier (article 147 du code civil français), est incriminée et sanctionnée à l'article 340 du nouveau code pénal français. Ainsi, confrontées à la difficulté de soutenir la légitimité d'un nouveau mariage alors que le premier n'est pas dissout, les législations des pays sous examen vont par mimétisme incriminer aussi la bigamie mais en essayant d'en adapter la définition. Aussi, le sens étymologique (*bi* signifiant deux et *gamos* mariage) n'a-t-il été retenu que lorsqu'il s'agit de la femme alors que pour l'homme, ce terme devient extensible et varie selon les circonstances. C'est ce qui ressort du manuel de vulgarisation du droit intitulé *Le droit de la famille au Mali* où, est considérée comme *bigame*, la femme qui contracte un nouveau mariage avant la dissolution du premier. S'agissant des hommes, est bigame : un polygame qui, ayant déjà quatre épouses, se marie à une cinquième ou un monogame qui contracte un second mariage sans le consentement exprès de sa première épouse⁶.

Dans la première alternative, on voit comment le mimétisme des droits africains, consistant à plaquer les modèles juridiques des anciennes métropoles sur les réalités locales, conduit dans ce cas précis de polygamie à ramener le nombre maximum de femmes autorisées par le Coran à une seule. Cela voudrait-il dire que numériquement, *quatre femmes* en font *une* pour que la cinquième fasse tomber l'homme sous le coup de la bigamie ? Et même en cas de l'option de la polygamie restreinte à 2 femmes, spécifique au Sénégal, l'homme devient bigame à la troisième épouse, ce qui revient à dire que les deux premières légalement autorisées équivalent à une.

Quant à la deuxième alternative, exiger le consentement de la première femme d'un monogame qui veut devenir polygame n'est rien d'autre qu'une façon de faire preuve d'une certaine complaisance quand il s'agit des hommes. Le consentement de la première femme devient donc une excuse légale qui affranchirait le mari de toute poursuite pénale pour bigamie. En examinant les choses de près, on peut se demander ce que peut valoir un tel consentement quand on sait qu'il est souvent mal éclairé ou extirpé sous menace de répudiation. C'est pour dire que c'est un consentement auquel on ne peut donner crédit car il est, la plupart du temps, donné sous l'effet de la résignation eu égard au contexte de nos pays africains où un mauvais mariage vaut mieux qu'un bon célibat, contexte si bien résumé par la Sénégalaise Codou BOPE dans un article au titre révélateur : « Femmes africaines, hors du foyer, point de salut »⁷.

6 Cf. Centre Djoliba, « Le Droit de la famille au Mali », Bamako, 1996.

7 Codou BOPE, « Femmes ; hors du foyer, point de salut », in *Africa/Dakar*, n°162, 1984, Résumé HIBISCUS.

Quand on quitte ces pays musulmans pour examiner la législation camerounaise où la polygamie n'est pas limitée, on remarque que là :

Le mari a le droit d'épouser par la suite autant de femmes qu'il veut, pourvu que toutes les unions subséquentes soient de forme polygamique elles aussi... » Ainsi, « il y a bigamie, pour l'homme qui, marié sous la forme polygamique, contracte un nouveau mariage monogamique avant la dissolution de ses précédentes unions⁸.

On se trouve donc en face de diverses définitions qui démontrent combien dans le contexte africain la notion de la bigamie est élastique et adaptable aux réalités.

Au-delà de cette organisation de la polygamie limitée ou illimitée, l'une des difficultés inhérentes à la vie conjugale polygamique, que les législateurs sont également appelés à réglementer, est la place que chacune des femmes est censée occuper par rapport à ses coépouses d'un côté, et de l'autre, par rapport au mari commun.

Face aux problèmes que pose souvent la cohabitation, toutes les législations qui organisent la polygamie convergent vers le principe de l'égalité de toutes les épouses devant leur mari en disposant que dans les mariages polygamiques, chaque épouse est considérée comme un ménage. Si cette disposition semble être une avancée par rapport aux pratiques traditionnelles qui prônaient une hiérarchie entre coépouses avec prééminence protocolaire de la première, c'est au nom de l'équité qu'il est recommandé à l'homme de ne léser aucune au profit des autres. Mais que doit-on entendre par *un traitement égal* ?

À cette question les législateurs africains n'apportent aucune réponse. Selon les recommandations coraniques,

Le musulman a le droit légitime d'épouser quatre épouses qui jouiront en théorie d'un statut équivalent. L'époux sera tenu de faire preuve d'une équité absolue. Chaque faveur fera l'objet, on l'imagine, d'après revendications, car tout doit être partagé également y compris la cohabitation. Les nuits (sans autre spécification !) peuvent cependant faire l'objet de prêt ou d'échange entre les épouses⁹ !

Il appert d'après ce passage que lorsqu'on parle de l'égal traitement dans les foyers polygamiques, on se réfère d'abord au domaine matériel puis au domaine affectif que seul l'homme est tenu de « distribuer » en parts égales entre toutes ses épouses. D'ordinaire, la question maté-

8 S. OMBIONO, « Le mariage coutumier dans le droit positif camerounais », in *Pénant*, Revue de Droit des pays d'Afrique, n° 793, Paris, Janvier-Avril, 1989, p. 52.

9 A.C. DERO, « Perceptions divergentes du statut de la femme dans la Sharia », in *Femmes plurielles*, sous la direction de D. JONCKERS et Cie, Paris, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 1999, p. 77.

rielle ramenée à la participation de l'homme aux frais de chacun de ses ménages, à l'habillement de toutes ses femmes et leurs enfants se révèle plus facile à cerner, alors que la question affective pose davantage de problèmes. L'on a en effet tendance à ramener la dimension affective au respect de l'égalité des « *tours de cases* » ; c'est-à-dire la répartition équitable des moments d'intimité avec chacune des femmes. Et les femmes, d'après le passage ci-haut cité, sont parvenues à intégrer une telle absurdité en se prêtant au jeu des « *revendications, prêts ou échanges* » de nuits pendant que ce qui est en principe attendu de l'homme dans le domaine affectif, c'est la manifestation d'un égal attachement à chacune de ses épouses, abstraction faite de leur singularité et de leur différence. Une prétention théorique mais difficile à réaliser en pratique puisque quand on regarde de près, la polygamie doit être analysée comme la « quête du mieux » révélant l'insatisfaction d'un mari qui va chercher à combler les failles décelées chez la précédente ou les précédentes épouses. Il en découle dès lors que celle qui répond au critérium aura la préférence. Ce qui explique que parmi les épouses d'un polygyne, il y en a toujours une qui est dans ses grâces et qu'on appelle la favorite.

Si telle est l'organisation de la polygamie influencée plus par la croyance musulmane, il sera question maintenant de voir l'articulation de celle-ci dans certains pays africains à cheval entre traditions et modernité.

La tolérance de la polygamie

Les législations de certains pays africains ont préféré tolérer la polygamie dans l'espoir que la monogamie ferait recette par la suite. Dans celles-ci, deux tendances se sont dégagées : d'une part, celle qui place la polygamie et la monogamie sur un pied d'égalité et d'autre part, celle qui affiche ouvertement la préférence pour la monogamie.

S'agissant des pays qui placent les deux systèmes sur un pied d'égalité, nous citerons l'exemple du Gabon qui, par sa loi du 31 mai 1963, s'était distingué de la plupart des pays africains avec lesquels il partage la tolérance de la polygamie et ce, sur deux points : la liberté de choix laissée aux individus et l'irréversibilité de l'option choisie.

S'agissant d'abord de la première éventualité :

Le choix de la monogamie ou de la polygamie doit faire l'objet d'une déclaration expresse, sans que l'un des deux régimes ait le caractère du droit commun. Si la polygamie est choisie, le nombre des épouses

n'est pas limité. L'inobservation de son engagement (celui de l'homme) est sanctionnée par la nullité absolue du nouveau mariage, à la célébration duquel le conjoint peut faire opposition. Elle constitue une cause de divorce et donne lieu à une sanction pénale »¹⁰.

Cette opposition au nouveau mariage, qui semblait être une arme dont disposeraient les femmes gabonaises pour faire fléchir les maris tentés au retour à la polygamie, n'a été que de courte durée car la loi 18/89 du 30 décembre 1989 a modifié les articles 177 et 178 al.1 du code civil gabonais. Au terme de ces derniers, le mari peut renoncer à l'option de monogamie au cours du mariage mais après accord de l'épouse. Sans désamorcer, les hommes gabonais ont poursuivi leur quête car

En juin 1995, le PDG (Parti Démocratique Gabonais) a soumis une proposition de loi à l'Assemblée nationale afin de lever l'accord de la femme si son mari veut prendre une coépouse et qu'ils sont mariés sous le régime monogame. C'est une façon de réinstaurer la polygamie. Les Gabonaises ont manifesté dans les rues de Libreville, le 16 juin, "dénonçant un texte discriminatoire" contraire à la Constitution et à la Déclaration des Droits de l'homme¹¹.

Il s'est donc avéré que la neutralité de la loi gabonaise par rapport à la liberté de choix des systèmes matrimoniaux n'était que d'apparence car si formellement les textes n'affichaient aucune préférence, les faits et l'évolution législative ont œuvré pour favoriser la polygamie sans mentionner le fait que dans les années 80 : « *au Gabon, le livret de famille que l'on remet aux époux qui optent pour la monogamie reste mystérieusement introuvable* »¹².

Cette position spécifique du Gabon consistant à n'imposer officiellement aucun système matrimonial, n'a cependant pas été adoptée par d'autres États tolérant aussi la polygamie. En effet, tout en laissant la liberté aux conjoints, certains législateurs africains tentent de plus en plus d'instaurer la monogamie comme régime de droit commun faisant ainsi de la polygamie un régime d'exception. Ainsi, le couple qui souhaite opter pour la polygamie doit le déclarer devant l'officier de l'état civil, et tout silence fait présumer le choix de la monogamie. Cette préférence pour la monogamie a été affirmée au Cameroun et au Congo (Brazzaville) à travers une évolution législative.

10 P. LAMPUE, « L'influence du Droit français et du Droit coutumier dans les lois civiles africaines », in *Dynamiques et finalités des droits africains*, Paris, Economica, 1980, p. 18.

11 M. CUTTER, « Les associations des femmes dans la transition démocratique au Gabon, depuis 1990 », in *Cahiers d'histoire immédiate*, n°6, Automne 1995, pp. 117-118.

12 M. PELLEGRIN, « Notes sur la preuve de l'état civil au Gabon », in *Recueils Pénant*, Paris, 1986, p. 90.

En cette matière, la législation camerounaise a connu trois étapes successives dans son évolution. Elle est passée de la polygamie comme régime de droit commun à la monogamie, en transitant par l'égal statut reconnu aux deux systèmes.

En effet, aux termes de l'article 43d de la loi de 1968, l'option pour la monogamie ne peut se déduire, elle doit par contre faire partie des mentions à faire figurer dans l'acte du mariage tel que ledit article l'explique: « ... le cas échéant, la déclaration expresse faite par les époux qu'ils entendent contracter un mariage monogamique ». Il s'avère donc que la polygamie étant la règle, l'exception monogamique devait faire l'objet d'une déclaration expresse.

Il a fallu attendre l'ordonnance du 29 juin 1981 pour spécifier que, doit figurer dans l'acte de mariage « la mention du régime matrimonial choisi : polygamie ou monogamie ». Il y eut là une avancée notoire qui accordait l'égale importance aux deux systèmes.

La dernière étape décisive a été franchie avec l'adoption du nouveau code civil qui exige de l'officier de l'état civil d'obtenir une affirmation expresse et conjointe de l'acceptation de la polygamie. Un désaccord entre conjoints entraîne un sursis à la célébration du mariage ; toute omission ou tout oubli de la part de l'officier ou des futurs mariés place automatiquement le mariage sous la forme monogamique et c'est une présomption qui ne souffre d'aucune preuve contraire¹³.

Si pour arriver à faire de la monogamie un régime de droit commun, le législateur camerounais a transité par la mise de ces deux systèmes sur un pied d'égalité. De son côté, le nouveau code congolais (Brazza) de la famille prend le contre-pied de l'ancien code civil :

Pour se marier sous le régime de la polygamie, les futurs époux doivent faire une déclaration devant l'officier de l'état civil au moment de la célébration du mariage. À défaut d'option de polygamie, le mariage est réputé être monogamique¹⁴.

Tout comme en droit malien, le droit congolais permet également à un monogame de revenir sur son option avec l'accord de son épouse. Si a priori ces dispositions sont identiques, les logiques qui les sous-tendent ne sont pas les mêmes. En effet, hormis le problème de la valeur du consentement analysée ci-haut, le retour à la polygamie peut être concevable dans le cas malien parce qu'elle tend vers ce qui est proposé comme régime « normal » alors qu'au Congo, on assiste à une régression dans la mesure où la loi autorise les gens à réintégrer la polygamie, et ce, après tant d'efforts pour en faire un régime d'exception.

13 Cf. P. NKOLO, « L'option matrimoniale au Cameroun », in *Pénant*, juillet-octobre 1986.

14 FFCD (Fédération des femmes congolaises pour le développement), *Les droits de la femme et de l'enfant dans le Code de la famille*, Brazzaville, Imprimerie nationale, 1996, p. 6.

Au Burkina Faso et au Togo, si le primat est accordé à la monogamie, le législateur conditionne l'option polygamique aux conditions matérielles d'existence. Ces deux pays s'accordent pour dire que « la femme, une fois mariée sous l'option de polygamie, a le droit de s'opposer au mariage de son mari si elle rapporte la preuve qu'elle-même et ses enfants sont abandonnés » par ce dernier¹⁵.

Il en fut de même de la Guinée. Même si ce pays est revenu aujourd'hui à la monogamie comme régime de droit commun par la loi n°4/AN/ 68 du 5 février 1968, il avait dès son accession à l'indépendance, rompu avec l'ordre juridique colonial qui, par le décret Jacquinot du 14 septembre 1951, œuvrait pour la monogamie dans toutes les Colonies françaises d'Afrique. En son article 9, la loi guinéenne n° 54/ AN/62 du 14 avril 1962 disposait : « il est interdit à un homme qui n'a pas de moyens de subsistance suffisants pour sa propre personne et dont la première épouse végète dans la misère, d'épouser une autre femme ».

L'intention qui sous-tend ces dispositions est en soi noble car elle tend à contrecarrer la polygamie irresponsable des hommes insouciants des charges familiales qui leur incombent, mais qui ne cessent d'agrandir leur *harem* sans se poser de questions sur les moyens de subsistance ne fût-ce qu'à court et à moyen terme.

Toutefois, la noblesse de l'intention de ces législateurs n'est pas à l'abri des critiques. Comme le souligne G. Kouassigan :

Elle établit une relation entre la polygamie et la richesse et permet ainsi aux fortunés de vivre une vie matrimoniale en constante opposition avec le nouvel ordre social fondé sur la monogamie et la famille-ménage dont l'avènement est ardemment souhaité par les législateurs africains. Ainsi, la monogamie n'est imposée qu'à ceux qui ne disposent pas de moyens de subsistance suffisants pour eux-mêmes et pour leurs épouses¹⁶.

En d'autres termes, la relation de cause à effet entre la richesse et la polygamie établit une inégalité entre les hommes face aux options matrimoniales. La monogamie apparaîtrait donc comme une sanction imposée aux pauvres et la condamnation de la polygamie est dès lors soumise aux aléas économiques des individus. Il en découle donc que dans une Afrique en constante paupérisation et instabilité économique, le choix de la monogamie se fait plus par dépit que par conviction. On peut dès lors s'interroger sur le sort à réserver aux femmes des polygames épousées au nom de la richesse si un jour leurs maris se

15 Art 272 Al 1 du code burkinabé de la famille et l'art. 65 du Code togolais des personnes et de la famille.

16 A.G. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? - Traditions et modernisme dans le Droit privé de la famille en Afrique noire* -, Paris, Pédone, 1974, p. 56.

retrouvaient sans ressources. Ces femmes seraient-elles abandonnées pour cause d'indigence ?

C'est ainsi que pour éviter toute équivoque, certains pays ont préféré supprimer la polygamie de leur législation.

La suppression légale de la polygamie

Certains États africains, notamment la Côte d'Ivoire, la Guinée, le Burundi, le Rwanda et la République démocratique du Congo, ont procédé à l'interdiction de la polygamie, chaque pays se basant sur une idéologie différente.

La position du législateur ivoirien par rapport à la question de la polygamie s'inscrit dans la ligne droite et radicale qui tourne le dos à l'ordre traditionnel. À cet effet, la loi ivoirienne n° 64-375 du 7 octobre 1964 relative au mariage, inspirée du Code civil français notamment en son article 147 souligne que « *Nul ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du précédent* » (Art. 2 al.1), cette interdiction étant sanctionnée par la nullité absolue du nouveau mariage.

Dans ce choix opéré par la Côte d'Ivoire de faire du droit un instrument de la modernisation, le législateur était bien conscient de son avance sur les mœurs. Plusieurs décennies après, cette loi ivoirienne prônant la monogamie se trouve toujours confrontée aux réalités sociales qui ont du mal à suivre l'évolution juridique. Ainsi cette interdiction de la polygamie se trouve largement remplacée, dans les grandes villes, par le phénomène criant de « maîtresses » alors que dans les villages, la dot, bien qu'interdite, sert toujours de symbole dans les tractations matrimoniales en vue de légitimer et mettre sur pied d'égalité toutes les unions polygamiques.

Dans un article portant sur « *L'échec du mariage occidental en Afrique francophone* », Fl. Laroche-Gisserot écrit :

La culture ivoirienne reste attachée à cette coutume et voici quelques années, le problème n'était pas de savoir si on appliquerait la loi sur la monogamie, mais si on ne rétablirait pas officiellement la polygamie, comme le demandait une partie de l'opinion y compris dans les sphères gouvernementales. Il n'existe pas bien sûr de statistiques officielles ni même crédibles mais nos observations et conversations permettent d'affirmer que la pluralité d'épouses reste extrêmement répandue¹⁷.

17 FL. LAROCHE-GISSEROT, « L'échec du mariage occidental en Afrique Francophone : l'exemple de la Côte d'Ivoire », in *Revue de Droit International et de Droit comparé*, Bruxelles, Institut Belge de Droit comparé, 1999, p. 77.

Si la Côte d'Ivoire s'était fondée sur l'idéologie de modernisation de la société en vue du progrès économique et social, le parcours juridique du Rwanda, en la matière, a révélé un certain atermoiement qui a conduit le législateur rwandais à s'inspirer de certaines dispositions coloniales avant de procéder à l'abolition de la polygamie. En effet, dès octobre 1961, à l'Assemblée législative qui préparait les premières institutions en vue de l'indépendance, on s'était posé la question du devenir de la polygamie dans le futur État rwandais. Deux tendances se sont dégagées : pour les uns, la polygamie devrait être prohibée et pour les autres, elle ne devait être interdite qu'aux chrétiens et aux fonctionnaires¹⁸. La Constitution de 1962 avait toutefois opté pour un mariage monogamique civil et religieux.

Cette interdiction de la polygamie ne pouvant se comprendre qu'en référence au Décret pris au Congo Belge, le 4 avril 1950, et rendu exécutoire au Rwanda-Urundi par l'ordonnance n° 21-132 du 11 décembre 1951, laquelle en fixait l'entrée en vigueur au 1er février 1952. Ce Décret, qui contenait la première interdiction totale de la polygamie dans cette colonie d'Afrique, n'était que l'aboutissement d'un conflit latent entre l'Église catholique et l'Administration coloniale. Cette dernière, voulant procéder par étapes progressives pour ne pas heurter la sensibilité des pouvoirs traditionnels attachés à la polygamie, avait déjà pris des mesures successives dont la plus importante était le Décret du 5 juillet 1948, valable pour le Congo Belge et le Rwanda-Urundi. Celui-ci n'était qu'une incitation à l'abandon de la polygamie ; il préconisait en effet l'inscription du mariage coutumier dans un registre spécial afin de lui conférer les effets du droit écrit mais à condition qu'il soit monogamique. C'est face à l'indifférence généralisée de la population que les missionnaires ont fait pression sur l'Administration en vue d'obtenir une éradication totale de la polygamie par le Décret du 4 avril 1950 ci-haut cité.

Ce cas du Rwanda est assez intéressant car il nous permet de faire un parallèle avec les pays islamisés tels que le Mali et le Sénégal dans lesquels la religion musulmane a été un facteur déterminant dans le maintien de la polygamie alors que dans le cas d'espèce, le christianisme a beaucoup joué en faveur de la monogamie.

À la différence du Rwanda et du Burundi, la RD Congo n'a pas conféré à la monogamie une valeur constitutionnelle car en dépit du fait que le Décret de 1950 était encore en vigueur, les premières Constitutions (celle de 1964 dite « Constitution de Luluabourg » en son article 31 et celle de 1967 en son art. 12 al.2) n'ont pas repris *in*

18 Cf. Ch. NTAMPAKA, « Les Droits de la femme rwandaise », in *Dialogue*, Kigali, n°161, Décembre 1992.

extenso la consécration de la monogamie. Elles ont indiqué seulement de manière allusive que : « la famille sera organisée de manière à ce que soient assurées son unité et sa stabilité », des dispositions parfois interprétées comme une consécration indirecte de la monogamie. La volonté de se démarquer de la législation coloniale va toutefois prendre une tournure décisive avec l'idéologie du *recours à l'authenticité* dans le Zaïre du Président Mobutu.

Dès 1972, le pouvoir en place avait mis sur pied une commission de réforme et d'unification du droit civil zaïrois, chargée d'élaborer des projets de lois sur le Code de la famille, afin de mettre un terme au dualisme juridique hérité de la colonisation. C'est dans ce nouveau contexte idéologique, se voulant un *recours* aux valeurs ancestrales, que va se poser le problème du maintien ou de l'interdiction de la polygamie. Paradoxalement et contre toute attente, c'est la monogamie qui a été retenue comme système unique en droit congolais

Et cela, bien que toutes les coutumes africaines lui soient favorables, que l'homme africain lui soit très attaché, que les femmes ne soient pas unanimes à l'attaquer, et qu'on constate entre les sexes un déséquilibre numérique avec prédominance des femmes¹⁹.

Comment alors justifier cette prise de position en faveur de la monogamie qui risque d'être perçue comme une reproduction du droit colonial dont on voulait pourtant se débarrasser ?

C'est dans le cadre de sa politique du *recours à l'authenticité* que Mobutu, dans son discours du 21 mai 1972, s'est expliqué en tenant des propos visant à rejeter la polygamie sans pour autant fournir des raisons du maintien de la monogamie. Selon lui, la polygamie, jadis tolérée et non généralisée, avait des fondements économiques par la thésaurisation des biens et par la gratuité de la main-d'œuvre féminine²⁰. Ce discours constituait déjà un prélude à l'argument que devaient avancer les rédacteurs du code de la famille en vue du maintien de la monogamie car dans l'exposé des motifs, il est écrit :

Concernant toujours les conditions de fond du mariage, il y a lieu de souligner le maintien de la prohibition de la bigamie et donc aussi de la polygamie qui, malgré les raisons qui peuvent être invoquées en leur faveur, ne paraît pas une institution permettant de garantir le plein épanouissement de la femme dans son foyer²¹.

19 A. TUNC, *Les aspects juridiques du développement économique*, Paris, Dalloz, 1966, p. 11.

20 Cf. J. M. PAUWELS, « Le statut de la femme en droit privé zaïrois », in *Bulletin de l'Institut International de Droit d'Expression Française (I.D.E.F.)*, n° 23, Paris, 1974.

21 Loi n° 87.010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille, p. 16.

Cet argument on s'en doute, n'était pas du genre à convaincre tout le monde. Aussi, dans une conférence tenue à l'Université de Kinshasa en juin 1988, le professeur M. Mboyo a-t-il rejeté l'option prise par les rédacteurs du code en faveur de la monogamie. Pour lui, c'est d'abord une tentative de plaquer des principes juridiques étrangers sur des réalités zaïroises et ensuite, c'est de l'hypocrisie de la part des rédacteurs du code de la famille.

S'appuyant sur certaines pratiques sociales avérées, il a relevé l'existence de deux types de polygamie : la première qu'il qualifie de « *bourgeoise et hypocrite* » et la seconde, propre au commun des Zaïrois qui, d'après lui, serait « *noble* ». S'attaquant à la polygamie dite bourgeoise, le conférencier déclare :

La plupart de nos autorités et des nantis zaïrois sont polygames, ainsi que le veut la coutume, bien que dans certains milieux, ils veulent apparaître comme monogames. Ils se disent même monogames, alors qu'ils sont réellement polygames²².

Il fustigeait donc par là le simulacre de monogamie auquel se livrent les responsables politiques cherchant à être en adéquation avec les discours et les milieux officiels dans lesquels le mariage à l'occidentale s'impose comme une valeur. En effet, tout en jouant avec le droit moderne, on remarque que les autorités et la plupart des hommes nantis ne sont pas moins en phase avec l'ordre traditionnel selon lequel un chef, un responsable ou un riche doit s'entourer de plusieurs femmes. Ainsi, l'hypocrisie de la polygamie bourgeoise consisterait pour les puissants à ruser avec les deux ordres juridiques.

Après des arguments intarissables en faveur de la polygamie, l'orateur s'est évertué à mettre sur un pied d'égalité la polygamie et la monogamie en ces termes :

La coexistence juridique de deux sortes de mariage (monogamique et polygamique) dans nos coutumes n'a jusqu'ici porté atteinte à l'ordre public zaïrois, à l'ordre public moral et économique de notre pays! Bien au contraire, beaucoup de nos concitoyens aujourd'hui évêques, prêtres, pasteurs, grands opérateurs économiques... sont issus de mariages polygamiques. Il n'est nulle part établi qu'ils ont été moins bien éduqués que ceux issus des mariages monogamiques²³.

En dépit des coutumes favorables à la polygamie, la monogamie a eu gain de cause car elle a été maintenue comme unique système matrimonial en droit zaïrois (aujourd'hui droit congolais). Mais elle se trouve

22 E.L. MBOYO Epenge, « Le concept du mariage et les effets de celui-ci en droit zaïrois. - Application de la théorie de l'intérisme face à l'extérisme...- », Conférence-débat sur le Code de la famille, Kinshasa, 1986, p. 27.

23 Ibidem.

quelque part fragilisée car paradoxalement, c'est en vertu des mêmes coutumes que l'institution coutumière de la dot a été érigée dans le code de la famille (art. 352) en condition de fond du mariage permettant de légitimer les unions par rapport au concubinage. Le droit traditionnel ayant une logique intrinsèque, opter pour une institution en rejetant une autre ne peut que mener à des contradictions difficiles à gérer. Ce qui fait qu'avec la dot érigée comme condition de fond du mariage, l'on peut considérer qu'il existe dans ce pays d'une part « *des femmes légitimes en vertu de la loi* » : ce sont celles qui, après versement de la dot, ont vu leur mariage célébré ou enregistré devant l'officier de l'état civil et, d'autre part, les « *femmes légitimes en vertu des coutumes* » qui sont mariées et socialement reconnues comme telles en vertu du versement de la dot. Dans un pays comme la RD Congo où la référence est d'abord aux coutumes, qu'importe si l'État ne reconnaît que les femmes légitimes légales dès lors que socialement ces deux types de femmes ont un statut de femmes légitimes ?

Toujours dans l'effort de modernisation de la vie conjugale, la quasi-totalité des codes africains, à l'instar des codes des anciennes métropoles, imposent aux époux le devoir de secours, d'assistance et de fidélité. Si les deux premiers devoirs excèdent le seul cadre conjugal car on peut être secouru ou assisté par un parent ou un ami, le devoir de fidélité est le seul qui implique en exclusivité les conjoints. Ainsi, nous nous proposons de limiter notre réflexion à ce dernier devoir qui est, non seulement déterminant dans la définition du mariage, mais pose également un certain nombre de problèmes juridiques dans le contexte africain.

Le devoir de fidélité

Défini comme une obligation faite à chaque époux de ne pas avoir de rapports sexuels extraconjugaux, ce principe, qui fait partie de l'une des obligations principales à porter à la connaissance des futurs époux avant la célébration du mariage, a été repris dans la quasi-totalité des codes africains et ce, en dépit des systèmes matrimoniaux monogamique ou polygamique auxquels les époux souscrivent.

Nous allons, dès lors, vérifier l'effectivité de la réciprocité de cette obligation dans les pays ayant supprimé la polygamie, spécialement en Côte d'Ivoire et en RD Congo afin de vérifier si les femmes et les hommes sont soumis à égal traitement en cas d'adultère et nous verrons ensuite comment une obligation, par nature bilatérale, peut trouver à s'appliquer même dans le système polygamique.

Partant des pays ayant supprimé la polygamie : si l'ancien Code pénal ivoirien reprenait *in extenso* la répression discriminatoire de l'adultère du droit français avant la réforme de 1975 où :

L'adultère de la femme était punissable en toutes circonstances, tandis que celui du mari était puni seulement s'il avait entretenu une concubine au domicile conjugal ; d'autre part, l'adultère de la femme était puni d'emprisonnement alors que celui du mari n'entraînait qu'une amende ; la sanction était encourue aussi par le complice de la femme, alors que le complice du mari n'était pas punissable²⁴.

Le nouveau Code pénal, issu des réformes de la loi du 31 juillet 1981, a fait montre d'une avancée dans la non-discrimination face à l'adultère puisqu'il prévoit une identité des peines pour l'homme et pour la femme. Mais le code reste toujours discriminatoire dans l'établissement des éléments constitutifs de l'infraction :

La femme doit être simplement convaincue d'adultère pour être punie sur plainte de l'époux alors que le mari doit avoir commis le délit dans la maison conjugale, ou en dehors de la maison conjugale mais avec des relations sexuelles habituelles avec sa complice, pour être puni sur la plainte de la femme²⁵.

Il s'avère donc que la simple « conviction » d'adultère, qu'elle soit isolée ou répétitive, constitue une infraction punissable pour la femme. En revanche pour l'homme, il existe deux éléments constitutifs de l'adultère dont l'un est élargi et l'autre restreint. L'élargissement semble aller en faveur de la femme dans la mesure où elle lui accorde une grande marge de manœuvre dans le champ d'action ; car le domicile conjugal n'est plus le lieu exclusif de la commission de l'adultère, qui peut être consommé à n'importe quel endroit. Ceci relève d'un réalisme qui veut faire tomber sous le coup pénal le plus de cas possibles étant donné que, l'adultère sous le toit conjugal est moins fréquent. Par contre, la loi restreint le deuxième élément constitutif de l'adultère pour le mari par le fait qu'elle conditionne l'adultère à la fréquence des rapports sexuels avec une même complice. Ce qui implique qu'un adultère isolé n'est pas constitutif de l'infraction chez l'homme, de même que des relations répétées mais avec changement de partenaires.

Quant à la RD Congo, le législateur a adopté pour la répression de l'adultère des mesures similaires à celles de la Côte d'Ivoire sur le plan du principe, à savoir une identité des peines tout en maintenant les éléments constitutifs de l'incrimination toujours en faveur de l'homme.

24 F. TERRÉ et A. WEILL, *Les personnes, la famille et les incapacités*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 271-272.

25 F. A. KAUDJHIS-OFFOUMOU, *Les droits de la femme en Côte d'Ivoire*, Paris, Karthala, 1996, p. 4.

C'est ainsi que l'article 467 alinéa 2 du code de la famille souligne :

Sera puni de chef d'adultère... le mari qui aura eu des rapports sexuels avec une personne autre que son épouse si l'adultère a été entouré de circonstances de nature à lui imprimer le caractère injurieux.

En revanche, à l'alinéa 4, tombe sous le coup pénal « la femme mariée qui aura eu des rapports sexuels avec une personne autre que son conjoint ». À travers ces deux dispositions, on voit avec quelles précautions est entourée l'incrimination de l'adultère du mari ; car si pour la femme, le non-respect de l'obligation de fidélité est suffisant, il n'en est pas de même pour l'homme. Dans ce dernier cas, le législateur recourt à la notion civiliste supplémentaire *de l'injure grave* comme si l'adultère en lui-même n'en était pas une.

Si, à première vue, l'élément injurieux est plus étendu par rapport à la définition de l'adultère de l'homme dans le sens qu'il n'est plus seulement constitué au domicile conjugal, il ne favorise pas pour autant l'action de la femme contre son mari. En fait, le législateur, en préconisant le caractère injurieux pour l'adultère de l'homme, est allé dans le sens de ce qui est traditionnellement qualifié de « respect de sa femme » ; signifiant en général que celle-ci peut être trompée à condition qu'elle ne le sache pas.

Une autre innovation du code congolais consiste, cette fois-ci, dans la recherche coutumière de réparation de l'infidélité.

Il s'agit, d'une part, de convoquer la réunion du conseil de famille ; censé faire une médiation entre les époux en difficulté, sous l'égide du juge qui rendra une ordonnance. C'est en cas d'échec de cette médiation que le tribunal peut statuer²⁶.

Le législateur congolais renoue également avec les coutumes lorsqu'il dispose à l'article 461 alinéa 2 du code de la famille que :

Dans la mesure du possible, le tribunal évitera d'accorder des dommages et intérêts en argent et ordonnera la réparation en nature sous forme d'objets désignés particulièrement par la coutume à cet effet.

Compte tenu de la diversité des coutumes, cette réparation en nature peut consister en l'offrande des animaux domestiques (les poules, les chèvres, etc.) qui seront par la suite immolés et dont le sang est censé réparer les dommages causés dans le cosmos par l'adultère.

Le législateur congolais est allé encore plus loin dans la recherche des solutions traditionnelles quand il prévoit à l'article 462 du code de la famille que :

²⁶ Cf. Art. 460 code de la famille.

Lorsque la coutume le prévoit, le tribunal de paix peut, en cas de violation par l'un des époux de ses devoirs, ordonner à celui-ci l'accomplissement des rites coutumiers susceptibles de réparer la faute commise ou de resserrer les liens conjugaux ou d'alliance, pourvu que ces rites soient conformes à l'ordre public et à la loi.

Cette recherche des solutions, se référant aux rites traditionnels, soulève de nombreuses difficultés.

La première difficulté permet de constater que dans la plupart des coutumes congolaises, l'adultère ne pose de problèmes que quand il est commis par la femme. Il s'avère donc que, seules les femmes sont exposées à l'accomplissement de ces rites expiatoires.

La deuxième difficulté du recours aux rites traditionnels, comme mode de réparation de la faute commise, procède de l'exigence de l'article 462 du code de la famille, qui voudrait que, pour être accompli, le rite puisse être conforme à la loi et à l'ordre public. Or, nous savons d'une part que la grande partie de la population (même ceux vivant en ville) ignore cette loi moderne et recourt dans de pareilles circonstances aux prescriptions coutumières. Comment donc la conformité à la loi peut-elle servir de garde-fou aux principaux acteurs des rites qui en ignorent l'existence et le contenu ? On leur opposera a posteriori le principe « nul n'est censé ignorer la loi », mais les dégâts seraient peut-être déjà commis.

Quant à la conformité des rites expiatoires à l'ordre public, c'est certes le vœu du législateur, mais celui-ci nous conduit à établir une distinction entre deux niveaux de compréhension de l'ordre public. Si du côté de l'État, l'ordre public est défini comme une absence de trouble public, l'adultère relevant de la vie privée n'a aucune incidence sur cet ordre. En revanche, lorsqu'on se situe au niveau social, l'adultère est une anomie au sens qu'il trouble un certain ordre dans le cosmos constitué des vivants et des ancêtres défunts. Dans bien des communautés congolaises, on croit qu'une telle faute exposerait les membres de la famille et parfois même ceux du groupe social à des calamités telles que la mort, les maladies graves, la famine, la sécheresse, etc. De telles conceptions sont soutenues par « l'éternel hier » plus mythique que réel et les individus y accordent parfois leur crédibilité. D'où les rites expiatoires servent à réintégrer le fautif dans la communauté. C'est le cas, par exemple, de la pratique en voie de disparition, qui consiste chez les Bena Lulua et le Baluba du Kasai, à promener la femme adultère nue. Autour de celle-ci, s'attroupe une foule criant sur elle et la conduisant à la rivière pour être lavée de sa souillure. Les individus sont préoccupés par le rétablissement de l'ordre social et de la tranquillité psychologique qui sont le leitmotiv de leur agir.

Dans bien des pays africains, le devoir de fidélité a montré ses limites alors même qu'il s'agit des systèmes monogamiques. Dès lors, on peut se demander comment cette obligation peut être définie dans les législations africaines qui organisent la polygamie. En d'autres termes, comment les législateurs parviennent-ils à disposer dans un même cadre juridique la polygamie et la fidélité, deux notions mutuellement exclusives de par l'antinomie de leur nature ?

À la lecture de certains textes de loi et en référence aux pratiques sociales, on est amené à penser que la notion de fidélité aurait aux yeux de ces législateurs, un sens ambivalent, car elle se trouve être envisagée quel que soit le système matrimonial pour lequel les époux ont opté. Cette ambivalence a été soutenue par A. Gabou à travers sa thèse de « *la fidélité segmentée* ». L'auteur souligne à cet effet que

Le mariage polygamique n'est pas une union collective. L'union conjugale de l'époux à chaque femme et de chaque épouse au mari est individualisée. Ce n'est qu'en se plaçant du point de vue du mari qui est matériellement un que l'on considère ces unions juridiquement indépendantes comme un mariage monogamique²⁷.

Examinons cette thèse de la *fidélité segmentée* dans l'organisation légale de différents types de polygamie.

Dans les pays musulmans tels que le Mali et le Sénégal, la polygamie étant limitée à quatre épouses : c'est en référence à ce chiffre que s'est posé le problème de la bigamie et c'est également par rapport à ce même chiffre que peut s'expliquer la fidélité. Est donc infidèle, l'homme qui entretiendrait des relations sexuelles au-delà de la quatrième épouse. Dans d'autres législations où la polygamie n'est pas limitée, comme c'est le cas au Gabon, au Togo, au Burkina Faso..., l'adultère va donc s'évaluer à l'aune du nombre d'épouses légitimes.

Mais certains auteurs ont fait remarquer que ces différents législateurs n'ont statué sur la fidélité qu'à l'étape finale du mariage sans se préoccuper de la période comprise entre la découverte d'une nouvelle femme et la légitimation de l'union devant l'officier de l'état civil. En d'autres termes, si un polygame désire contracter un nouveau mariage, ne risque-t-il pas de tomber sous le coup pénal de l'adultère lorsqu'il entretient des relations sexuelles avec sa fiancée qui ne fait pas encore partie de ses femmes légitimes ? C'est ainsi que F. Matokot émet deux hypothèses, en dehors desquelles l'homme commettrait nécessairement l'adultère.

27 A. GABOU, *Le mariage congolais Ladi et Koukouya*, Brazzaville, Saint Paul, 1979, P.4.

La première hypothèse serait le cas où, le mari contracterait simultanément tous les mariages sans avoir l'intention d'avoir une union supplémentaire. Dans cette situation, la théorie de la fidélité segmentée ne pose aucune difficulté car toutes les femmes sont devenues légitimes au même moment.

La seconde hypothèse serait celle, où le mari contracterait un nouveau mariage sans qu'il y ait au préalable des relations sexuelles ; c'est une possibilité qui peut certes exister mais qui sera difficile à prouver²⁸. En dehors de ces deux hypothèses, l'auteur ajoute qu'

Il est donc impossible au mari ayant opté pour la polygamie lors de son premier mariage et qui veut agrandir son harem d'éviter une certaine infidélité même si elle est limitée dans le temps. L'infidélité est pour lui un passage obligé, l'anti-chambre d'un nouveau mariage, sauf à croire que, pendant cette période, le devoir de fidélité imposé par la loi est suspendu pour le mari. Ce qui n'est pas certain, car la loi ne le mentionne nulle part²⁹.

Cette période ambiguë au cours de laquelle le mari peut franchir les limites du nombre de ses épouses légitimes dans la perspective d'une autre union, semble avoir trouvé une réponse dans le nouveau code congolais (Brazzaville) de la famille. En effet, le législateur de ce pays a prévu une institution appelée *pré-mariage*, laquelle est posée comme une condition de fond du mariage proprement dit. Celui-ci est défini comme une convention solennelle par laquelle un homme et une femme se promettent mutuellement mariage... Les pré-mariés peuvent cohabiter ; s'ils ne cohabitent pas, ils doivent se rendre réciproquement visite et se respecter mutuellement. Et l'article 125 du code de la famille prévoit le devoir de fidélité entre pré-mariés. En outre, le délit d'adultère s'adresse aussi aux pré-mariés dans la mesure où l'article 280 du Code pénal congolais (Brazzaville) énonce que

Le fait par une personne engagée dans le lien du mariage ou du pré-mariage d'avoir des relations sexuelles, en quelque lieu que ce soit, avec une autre que son conjoint ou son pré-marié constitue le délit d'adultère.

Dès lors, aussi bien l'incrimination que les sanctions de l'adultère ne font aucune distinction ni entre les mariés et les pré-mariés, d'une part, ni entre les systèmes polygamique et monogamique, d'autre part.

28 Cf. O.F.J. MATOKOT, « Deux mariages, deux institutions », in *Revue congolaise de Droit*, n°7-8, janvier-décembre 1990.

29 O.F.J. MATOKOT (O. F. J.), « Deux mariages, deux institutions », in *Revue congolaise de Droit*, n°7-8, janvier-décembre 1990, p. 61.

Toutefois, le pré-mariage, en tant que statut intermédiaire, n'est pas à l'abri des difficultés inhérentes à la théorie de la *fidélité segmentée*. Si l'on considère que, conformément à l'article 125 du code congolais de la famille, les pré-mariés doivent « se conduire d'une manière réservée à l'égard des tiers », il est donc attendu du mari polygame une fidélité, et vis-à-vis de la pré-mariée, et vis-à-vis de ses femmes légitimes. Or les épouses légitimes, en dépit de leur antériorité dans le ménage, sont des tiers par rapport à la pré-mariée, et celle-ci n'étant pas encore un segment du mariage polygamique est tiers par rapport aux épouses. Aussi, cette disposition, loin de clarifier la situation du mari polygame l'expose-t-il à un double adultère : le premier à l'égard de ses femmes et le deuxième à l'égard de la pré-mariée.

En considération de ces faits qui ressemblent à un nœud gordien, on peut se demander, en considération de la forme de la polygamie (coranique ou illimitée) ou du pré-mariage, si les femmes ont le droit d'exiger de leur mari polygame le devoir de fidélité imposé par la loi. À cette question, la justice répond en préconisant le devoir de résignation, voire d'abnégation de celle-ci.

Cette réponse est généralisable, à quelques exceptions près, dans les pays qui organisent la polygamie. Et d'ailleurs, si dans certains cas, le juge accorde le divorce, au Cameroun un arrêt de la Cour Suprême du 2 décembre 1969 a décidé que « si l'adultère est une cause de divorce en cas de monogamie, il ne l'est plus dans le cadre de la polygamie »³⁰. Déconcerté face à de telles argumentations juridiques, S. Melone se posait ces questions à propos de l'infidélité :

Est-ce le fait d'avoir des relations coupables avec une autre femme que ses épouses ? ... Est-ce que sociologiquement il est contraire aux bonnes mœurs d'avoir de relations d'homme à femme avant le mariage car le polygame peut toujours se marier avec toutes les femmes qu'il fréquente³¹ ?

On s'aperçoit combien l'analyse des problèmes posés par le devoir de fidélité a permis de prendre la vraie mesure des choses puisqu'il s'est avéré tant du point de vue de la doctrine que de celui de la jurisprudence qu'une ligne de conduite s'est dessinée : celle qui va dans le sens de la présomption de conclusion d'un nouveau mariage pour ainsi couvrir les infidélités des polygames.

30 S. MÉLONE (sous la direction de), « Arrêt de la Cour Suprême du Cameroun », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Tome VI^e - Droits des personnes et de la famille -, Abidjan, Les Nouvelles Éditions Africaines (NEA), 1982, p. 208.

31 S. MÉLONE, « Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain... », in *Revue Pénant*, 1971, p. 421.

Conscient de cet état de fait, tout polygame peut en abuser pour échapper à l'infraction d'adultère puisqu'il est le seul à pouvoir apporter la preuve que cet éventuel écart de conduite n'est pas un adultère mais plutôt la jouissance du droit à la polygamie que lui reconnaît le législateur. Comme on peut le constater, de telles prises de position qui affranchissent certains hommes de toute poursuite pénale pour adultère conduisent à établir des inégalités et des injustices implicites à deux niveaux.

La première injustice consiste à imposer unilatéralement aux femmes le devoir de fidélité auquel échappent les hommes au nom des justifications d'éventuels mariages ultérieurs. La deuxième injustice est la non application du principe général du droit selon lequel : la loi a un caractère général et impersonnel et par ce fait, elle doit être appliquée de façon uniforme à tous. Aussi, en matière du devoir de fidélité, tous les hommes devraient en principe être placés sur un même pied d'égalité par rapport à la loi. Mais force est de constater que les législateurs des pays précités, en définissant ce devoir sans se préoccuper des particularités des systèmes matrimoniaux, établissent pour un même acte que la contrainte de l'infraction d'adultère pèse davantage sur les monogames que sur les polygames. Aussi pour y échapper, on ne doit pas chercher loin, la loi invite les monogames à embrasser la polygamie.

Conclusion

Si la modernité du droit de la famille voudrait que celui-ci œuvre pour l'avènement de la monogamie, la plupart des législateurs africains se sont trouvés confrontés à la difficulté de donner à la loi une assise sociale. Qu'ils aient laissé aux couples l'option entre la polygamie et la monogamie ou qu'ils aient opté pour cette dernière alternative, tous ces systèmes se trouvent en bute à des contradictions inhérentes à la superposition des systèmes juridiques occidental et africain dont les logiques se trouvent parfois aux antipodes.

Il est vrai que chaque peuple a sa trajectoire, mais vouloir se référer toujours aux coutumes qui, en fait, étaient des réponses apportées à des situations datant des époques lointaines : n'est-ce pas faire montre d'une léthargie intellectuelle consistant à ne pas chercher des solutions qui s'imposent pour l'époque contemporaine ? Les législateurs africains sont donc invités à interroger constamment la pertinence de certaines coutumes et à penser aux réformes qui s'imposent pour le développement harmonieux de la famille. ■