

LE DROIT AU MARIAGE EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO : UNIVERSALITÉ SOCIOLOGIQUE ET RELIGIEUSE FACE À LA LOI, LATO SENSU

Par

Samuel MBEMBA KABUYA

*Apprenant en DES au Département des Droits de l'Homme de la Faculté de Droit,
Université de Kinshasa*

RÉSUMÉ

L'article 40 de la Constitution du 18 février 2006 est consacré au mariage. De prime abord, cette disposition est placée parmi les droits économiques, sociaux et culturels, alors que le droit au mariage ressort de l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Une disposition relevant, donc, normalement des droits civils et politiques.

Dans la suite, l'article 330 de la Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987, portant Code de la famille dispose : « Le mariage est 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 ».

Au-delà des textes, le mariage se présente comme un phénomène du « droit naturel », commun aux hommes et aux animaux, comportant des aspects économiques, sociaux, culturels, politiques, etc. Donc, il ne peut être bien perçu que sous l'angle de partage entre tous les humains ; les asiatiques, les européens, les américains, comme les africains.

Les coutumes congolaises, la religion chrétienne et celle musulmane n'abordent pas cette question sur la base de l'égalité absolue dans l'exercice du droit au mariage. Elles le saisissent comme un don de Dieu, comme un rite réunissant les dieux, les ancêtres, les familles et les futurs époux.

La présente étude constitue une réflexion axée sur ces questions et l'analyse de la loi congolaise, à l'occasion, elle aborde divers des questions relatives à la monogamie, au lévirat, au sororat, à la polygynie, à la polyandrie, à l'endogamie, à l'indissolubilité du mariage, au mariage homosexuel, à l'interdiction de l'inceste, etc.

Mots-clés : *Mariage, monogamie, lévirat, sororat, polygynie, polyandrie, endogamie, indissolubilité du mariage, mariage homosexuel, l'interdiction de l'inceste.*

ABSTRACT

Article 40 of the Constitution of 18 February 2006 is devoted to marriage. On the face of it, this provision is placed among economic, social and cultural rights, whereas the right to marriage is found in article 23 of the International Covenant on Civil and Political Rights. It is therefore a provision that normally falls under civil and political rights.

Subsequently, article 330 of Law n°87-010 of August 1, 1987, on the Family Code states: "Marriage is the civil, public and solemn act by which a man and a woman, neither of whom is committed to a previous registered marriage, establish between themselves a legal and lasting union, the conditions of formation, effects and dissolution of which are determined by the present law.

Beyond the texts, marriage is presented as a phenomenon of "natural law", common to men and animals, with economic, social, cultural, political aspects, etc. Therefore, it can only be well perceived from the point of view of sharing between all humans; Asians, Europeans, Americans, as well as Africans.

Congolese customs, the Christian and Muslim religions do not approach this question on the basis of absolute equality in the exercise of the right to marriage. They understand it as a gift from God, as a rite bringing together gods, ancestors, families and future spouses.

The present study constitutes a reflection centered on these questions and the analysis of the Congolese law, on occasion, it approaches various questions relating to monogamy, levirate, sororat, polygyny, polyandry, endogamy, indissolubility of marriage, homosexual marriage, prohibition of incest, etc.

Keywords: *Marriage, monogamy, levirate, sororat, polygyny, polyandry, endogamy, indissolubility of marriage, homosexual marriage, prohibition of incest.*

INTRODUCTION

Selon Gérard Cornu, le mariage est une « union légitime d'un homme et d'une femme en vue de vivre en commun et de fonder une famille, un foyer »¹. Le même auteur ajoute que le mariage fait naître des devoirs et des droits pour chacun des époux, dans l'ordre patrimonial et extrapatrimonial². Pour les premiers, il est question des régimes matrimoniaux et pour les seconds, il est relevé, entre autres, « la fidélité, le secours, l'assistance, la communauté de vie, la solidarité ménagère ».

¹ CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 10^{ième} éd. PUF, Paris, 2014, p. 643.

² *Idem*.

En droit congolais, l'article 330 de la Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987, portant Code de la famille³ dispose : « *Le mariage est 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* ».

Donc, loin d'être une simple question juridique, la question du mariage est à la fois sociologique, psychologique, religieuse, etc.

Cela étant, dans la présente étude, il est question principalement de commenter l'article 40 de la Constitution du 18 février 2006, dans une perspective légale, sociologique et religieuse.

Pour ce faire, nous avons recouru à la méthode juridique. Ainsi, nous nous sommes adonnés à l'exégèse des textes de lois. Cette méthode a été couplée avec celle sociologique, dans la mesure où nous avons scruté les textes à la lumière des réalités sociales. A ce propos, Frédéric Rouvière écrit : « s'inspirer de l'écrit de Durkheim, c'est essayer de comprendre en quoi sa façon de constituer l'autonomie du savoir sociologique pourrait aider à faire de même pour le savoir juridique (entendu comme savoir produit par les théories générales et considéré ici comme un synonyme de « dogmatique »). Sur bien des aspects, la pensée de Durkheim pourrait être critiquée comme usant de façon trop rigide de la notion de causalité ou comme posant implicitement une nature ou une essence des choses. Mais l'appréciation critique de sa pensée n'est pas la matière de notre propos. Au contraire, il s'agit de savoir comment exploiter certaines de ses idées »⁴.

Pour accéder aux données, la technique documentaire nous a été d'une utilité capitale, dans la mesure où les documents écrits ont été la source de nos données.

Quant à la délimitation, dans le temps, essentiellement, nous nous bornons au droit positif congolais tel qu'il apparaît de 2006 à 2020. Dans l'espace, il est question principalement de la RDC. « Essentiellement » et « principalement », par le fait qu'autant qu'il est opportun, nous n'hésitons pas à enrichir notre raisonnement à l'aide des éléments d'ailleurs. Cela se justifie dans la mesure où la réalité congolaise est « partie » des cultures africaines impactées par celles européennes, par le truchement de la colonisation. En plus, le mariage se présente comme un phénomène du « droit naturel », commun aux hommes et aux animaux. Donc, il ne peut être bien perçu que sous l'angle de partage entre tous les humains.

³ J.O.Z., n° spécial, 1^{er} août 1987.

⁴ ROUVIÈRE, F., « Les règles de la méthode sociologique d'Emile DURKHEIM : des leçons méthodologiques pour la recherche juridique », in DURKHEIM, E., *Les règles de la méthode sociologique*, 2^{ème} édition Flammarion (édition établie par Jean-Michel Berthelot et présentée par Laurent Mucchielli), Paris, 2010, p. 3.

Pour le développement qui suit la présente introduction, à titre liminaire, rappelons que la question du mariage suscite celle de son fondement sociologique et religieux. C'est à cela que nous allons consacrer le point I de la présente étude.

Par ailleurs, ce développement ne peut ignorer le fait que la Constitution place son l'article 40 parmi les droits économiques, sociaux et culturels, alors que le droit au mariage ressort de l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Une disposition relevant, donc, normalement des droits civils et politiques. Cette matière fera l'objet du point II.

Ensuite, le droit au mariage a pour corollaire celui de fonder une famille. Le problème est la définition de la famille : famille élargie ou famille nucléaire ? Même le code de la famille n'est pas clair sur cette matière ou plutôt le législateur s'abstient de trancher ou de choisir entre les deux et les utilise autant que cela lui semble utile. Nous nous y penchons au point III.

Enfin, un autre problème très important est celui de l'égalité des droits, du mariage des homosexuels. Cela fera l'objet du point IV ci-dessous.

I. ASPECTS SOCIOLOGIQUE ET RELIGIEUX DU MARIAGE

Sociologiquement, le mariage est une des institutions sociales les plus anciennes, habituellement entérinée par la loi et les soins qu'il faut prodiguer aux enfants avant qu'ils atteignent leur majorité semblent avoir été un stimulant majeur de l'évolution de la structure familiale. Les coutumes congolaises et la religion chrétienne, celle musulmane n'abordent pas cette question sur la base de l'égalité absolue dans l'exercice du droit au mariage. Elles le saisissent comme un don de Dieu, comme un rite réunissant les dieux, les ancêtres, les familles et les futurs époux.

Il sied de l'examiner sous l'optique des coutumes, du rituel, des régulations sociales et des formes intermédiaires.

1. Coutumes

La coutume du mariage varie considérablement d'une culture à l'autre, mais l'importance de l'institution est universellement reconnue. Dans certaines sociétés, l'intérêt communautaire pour les enfants, pour les liens entre familles et pour les droits de propriété créés par le mariage sont tels qu'ils ont donné naissance à des dispositifs et à des coutumes destinés à préserver ces valeurs. Les fiançailles ou le mariage entre mineurs, répandus dans des régions comme la Mélanésie, sont une conséquence directe de l'importance accordée à la famille, à la caste et aux alliances de propriété. Le lévirat⁵, coutume en usage

⁵ Le lévirat désigne l'obligation faite au frère réel ou classificatoire d'un homme décédé d'épouser sa ou ses veuves. Le lévirat est une pratique largement répandue en Afrique, tout

principalement chez les Hébreux, qui obligeait un homme à épouser la femme de son frère défunt, était destinée à perpétuer un lignage déjà établi. Institué pour la même raison, le sororat est une coutume encore usitée dans certaines parties du monde, qui permet à un homme d'épouser une ou plusieurs des sœurs de sa femme, généralement en cas du décès ou de stérilité de celle-ci. La monogamie, union d'un homme et d'une femme, est considérée aujourd'hui comme le prototype du mariage et sa forme la plus largement acceptée, au point qu'elle est dominante même dans les sociétés qui tolèrent d'autres formes de mariage⁶. La polygamie comprend à la fois la polygynie, union matrimoniale d'un homme avec plusieurs femmes, et la polyandrie, union d'une femme avec plusieurs maris⁷.

Selon le droit islamique, un homme est légalement autorisé à avoir jusqu'à quatre femmes, qui ont, toutes, droit au même traitement. Sans préjudice de la délimitation de notre champ d'investigation dans l'espace, la polygynie fut brièvement mise en pratique au XIX^e siècle par les Mormons de l'Utah, aux États-Unis. La polyandrie est rare et limitée à l'Asie centrale, au Sud de l'Inde et à quelques régions du Sri Lanka. La polygynie et la polyandrie impliquent souvent le mariage d'un homme ou d'une femme à une ou plusieurs sœurs ou à un ou plusieurs frères. Si la polygynie se traduit parfois par l'entretien de foyers séparés pour chacune des femmes, elle implique plus fréquemment le système de domicile partagé, comme dans les tribus amérindiennes de l'époque précolombienne⁸.

La polygamie est aussi une question socio-économique. Ainsi, Jacques Binet soutient-il que « le système familial africain coexiste avec la polygamie mieux peut-être qu'avec la monogamie. Celle-ci donne au ménage une tendance au repli un peu jaloux de la cellule élémentaire sur elle-même. Dans la polygamie, le père reste un peu en dehors des foyers constitués par chaque femme avec ses enfants auxquels s'adjoignent parfois des parents, hôtes⁹, etc. ».

Aujourd'hui comme hier, les bouleversements caractérisent les villes, la femme africaine revendique des droits et brise les barrières de certaines

en ayant des conditions de réalisation diverses : il peut être imposé, prescrit, recommandé ou laissé au choix de la veuve. Bien des exemples montrent que le lévirat prend des visages différents selon les sociétés mais aussi dans une même société selon les femmes. Le contexte relationnel au sein de la grande famille détermine la réalisation effective d'un lévirat (ATTANÉ, A., « Multiplicité des formes conjugales dans l'Afrique contemporaine l'exemple du Burkina Faso, in MARCOUX, R. et ANTOINE, P., *Le mariage en Afrique. Pluralité des formes et des modèles matrimoniaux*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2014, p. 106).

⁶ MARCOUX, R. et ANTOINE, P., « Pluralité des formes et des modèles matrimoniaux en Afrique. Un état des lieux », in MARCOUX, R. et ANTOINE, P., *Le mariage en Afrique. Pluralité des formes et des modèles matrimoniaux*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2014, p. 8.

⁷ Microsoft Corporation, *Encarta 2009*.

⁸ *Idem*.

⁹ BINET, J., « Nature et limites de la famille en Afrique noire », in *Etudes Scientifiques*, septembre-décembre 1979, éd. Pères Jésuites, Paris, 1979, p. 9.

coutumes qui faisaient d'elle exclusivement la procréatrice et la productrice de la famille, et aspire à l'autonomie au sein du couple et à la promotion individuelle.

En Ville, comme l'affirme Roch, la polygamie est très difficile pour des raisons économiques évidentes. Elle apparaît aussi comme une relique d'un état social dépassé. Elle se présente comme l'image inversée de ce qu'elle est à la campagne : « non pas un moyen de la richesse, mais résultat de la richesse »¹⁰.

2. Rituel

Dans la plupart des sociétés africaines (donc congolaises aussi) l'homme ne devient adulte qu'à la suite d'un rite de passage réussi. Si non, il est considéré et se considère comme un enfant. Pour la femme, l'état d'adulte s'acquiert parfois par le mariage¹¹.

Dans la plupart des sociétés, le mariage est conclu par une procédure contractuelle, qui s'accompagne généralement d'une forme de sanction religieuse¹². Dans les sociétés occidentales, le contrat de mariage est souvent considéré comme un sacrement religieux, qui n'est indissoluble que dans l'Église catholique et l'Église orthodoxe d'Orient. La plupart des mariages sont précédés d'une période de fiançailles durant laquelle divers rituels, comme l'échange de présents et les visites, préparent à la cérémonie finale du mariage qui rend publique la volonté des partenaires. Dans les sociétés où le mariage arrangé domine encore, les familles peuvent négocier la dot, les conditions de vie futures et d'autres questions importantes. « On distingue ainsi des mariages coutumiers par dot, par don ou promesse, par échange ou remboursement, par travail, par enlèvement et par lévirat/sororat »¹³. La plupart des cérémonies nuptiales comprennent des rituels et une symbolique reflétant le désir de fertilité, comme la coutume consistant à jeter du riz sur le couple des nouveaux époux, ou à orner la mariée de fleurs d'orangers, ou encore les rondes autour du feu sacré qui font partie du rituel nuptial dans l'hindouisme. L'ancienne cérémonie hindoue du svayamvaram prévoyait que la femme choisisse son futur époux parmi tous les partis rassemblés en le ceignant d'une couronne de fleurs¹⁴.

¹⁰ ROCH J., « Aspects économiques de la famille africaine », in *Etudes Scientifiques*, septembre-décembre 1979, éd. Pères Jésuites, Paris, 1979, p. 23.

¹¹ DOUDOU HAMA, *Essai d'analyse de l'éducation africaine*, Présence Africaine, Paris, 1968, pp. 199 et suiv.

¹² Lire : LAVIGNE, K., *La signification du mariage religieux catholique chez les jeunes*, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en sociologie, mars 2008.

¹³ ABDOULAYE MAÏGA et BANZA BAYA, « Au-delà des normes de formation des couples au Burkina Faso quand les cultures s'épousent », in MARCOUX, R. et ANTOINE, P., *Le mariage en Afrique. Pluralité des formes et des modèles matrimoniaux*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2014, p. 63.

¹⁴ Microsoft Corporation, *Encarta 2009*.

Les hindouistes, les bouddhistes et nombre d'autres communautés consultent des astrologues avant et après que les mariages soient décidés, afin de choisir les dates et les horaires propices. Dans certaines sociétés, la peur des mauvais esprits conduit les couples d'époux à porter des déguisements à leur mariage, ou même à envoyer des époux de substitution à la cérémonie. Dans certains pays, comme l'Éthiopie, la tradition a longtemps prescrit de placer un garde en armes près du couple durant la cérémonie nuptiale, afin de protéger ceux-ci des démons.

La rupture des liens familiaux ou communautaires, implicite dans la plupart des mariages, s'exprime souvent au moyen de cadeaux faits à la famille de la mariée, comme chez les amérindiens ainsi que dans nombre de sociétés africaines et mélanésiennes. Les nouveaux liens entre les mariés sont fréquemment représentés par un échange de bagues et/ou par le geste de se tenir par la main. Enfin, l'intérêt de la communauté s'exprime de multiples façons, par la fête et la danse, la présence de témoins et l'établissement officiel des documents de mariage¹⁵.

3. Régulations sociales

Les tabous et restrictions qui ont pesé sur le mariage au cours de l'histoire ont été aussi nombreux que complexes. L'endogamie, par exemple, limite le mariage aux partenaires qui sont membres de la même société ou de la même partie de la société, aux adeptes de la même religion ou aux membres d'une même classe sociale. La prohibition de l'inceste est une restriction universelle à la liberté du mariage, même si elle n'englobe pas les mêmes parents ou les mêmes personnes, suivant les sociétés humaines. Dans les sociétés occidentales, l'union est interdite entre la mère et son fils, le père et sa fille, et de façon générale entre les enfants de mêmes parents. Parmi les rares exceptions à cette règle figurent les dynasties de l'Égypte ancienne, où le mariage entre le pharaon et sa sœur était ordonné par la religion dominante.

Nombreuses sont les sociétés où la prohibition de l'inceste s'étend aux mariages entre oncle et nièce, tante et neveu, entre cousins germains et, parfois, entre cousins issus de germains. L'exogamie – mariage hors d'un groupe spécifique – peut impliquer une division de la société en deux groupes entre lesquels les mariages sont interdits, ce qui représente une extension de la prohibition de l'inceste¹⁶.

L'importance de la tradition du mariage apparaît dans les coutumes réglementant le veuvage, notamment la durée prescrite avant le remariage, le port de vêtements de deuil et l'observance des cérémonies à la mémoire du mort. La tradition la plus extrême, en vigueur en Inde jusqu'à son abolition en

¹⁵ Microsoft Corporation, *Encarta 2009*.

¹⁶ *Idem*.

1829, était celle de la sati, qui exigeait que la veuve se sacrifie sur le bûcher funéraire de son mari¹⁷.

Dans la mesure où la famille constitue le cadre d'une grande partie des activités sociales et le fondement de l'organisation sociale dans la plupart des civilisations, le mariage est étroitement lié à l'économie, au droit et à la religion. Cependant, on constate de nos jours, en France notamment, une baisse importante du mariage institutionnel au profit du concubinage. Voir aussi Mariage (droit)¹⁸.

4. Formes intermédiaires

Dans différents pays africains (Congo-Brazzaville, Cameroun, République démocratique du Congo, Burkina Faso, Bénin, Togo...), des formes conjugales intermédiaires existent et se multiplient. Dans d'autres en revanche, tels le Sénégal ou le Niger, la sexualité hors union est moins tolérée et la vie commune est difficilement possible¹⁹.

Situées entre l'union libre et le mariage reconnu par tous et toutes, ces formes conjugales intermédiaires établissent un lien d'alliance entre les familles des conjoints mais un lien plus ténu. En effet, le lien d'alliance ainsi ébauché est susceptible d'être remis en cause dans des contextes particuliers par un ou plusieurs alliés. Ces formes conjugales créent des configurations relationnelles qui peuvent contribuer à développer un sentiment de précarité chez les femmes concernées²⁰.

De fait, il apparaît que dans le cas d'événements dramatiques tels que le décès du conjoint ou la survenue d'une longue maladie, les femmes qui sont dans ces formes conjugales intermédiaires sont plus vulnérables face aux exigences des membres de la famille de leur mari. Leur état matrimonial intermédiaire vient justifier des ruptures d'entraide de la part de la famille étendue de leur mari²¹.

II. LA SUBSTANCE DU DROIT AU MARIAGE DANS LA LOI CONGOLAISE

Nous avons noté que la Constitution place son l'article 40 parmi les droits économiques, sociaux et culturels, alors que le droit au mariage ressort de l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Une disposition relevant, donc, normalement des droits civils et politiques.

¹⁷ Microsoft Corporation, *Encarta* 2009.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ ATTANÉ, A., *art.cit*, p. 126.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Idem*.

Pour bien examiner cette question, il convient de commencer par appréhender le contenu du mariage. Ainsi, il y a lieu de retenir que les époux sont égaux en droit dans le mariage (chaque époux conserve sa liberté de religion, d'exercer une activité professionnelle, etc.). Mais, il s'est toujours posé des questions philosophiques sur le pouvoir de l'homme sur la femme, comme le mentionnent certains articles de la Loi n° 87-010, du 1^{er} août 1987, portant Code de la famille²². Citons en les articles 444 et 445, libellés comme suit : « Le mari est le chef du ménage » (article 444).

« Il doit protection à sa femme; la femme doit obéissance à son mari ».

« Sous la direction du mari, les époux concourent, dans l'intérêt du ménage, à assurer la direction morale et matérielle de celui-ci » (article 445).

Si le mariage ouvre réciproquement des droits, il crée aussi des devoirs entre époux. Comme nous l'avons noté plus haut, les époux s'obligent à une communauté de vie et à un devoir de fidélité et d'assistance. Chacun des conjoints doit, dans la mesure de ses moyens, contribuer aux charges du mariage.

Pour être précis, la loi en fixe les conditions de fond, les conditions de forme, la preuve et les effets.

Comme conditions de fond, il y a lieu de relever le consentement des époux²³, la capacité de contracter mariage²⁴ et la dot²⁵.

Concernant les conditions de forme²⁶, nous pouvons citer l'article 368 du Code de la famille, dont le libellé présente les deux formes du mariage en ces termes :

« *Le mariage peut être célébré en famille selon les formalités prescrites par les coutumes.*

« *Dans ce cas, l'officier de l'état civil enregistre le mariage et dresse un acte le constatant.*

« *Le mariage peut également être célébré par l'officier de l'état civil selon les formalités prescrites par la présente loi. En ce cas, l'officier de l'état civil dresse aussitôt un acte de mariage ».*

Pour ce qui est de la preuve du mariage, l'article 436 du Code de la famille dispose : « *La preuve du mariage se fait ordinairement par la production de l'acte de*

²² J.O.Z., n° spécial, 1^{er} août 1987.

²³ Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987, article 351.

²⁴ *Ibidem*, articles 352-360.

²⁵ *Ibidem*, article 361-367.

²⁶ *Ibidem*, articles 368-393.

mariage ou du livret de ménage dressé lors de son enregistrement ou lors de sa célébration ». A cette preuve, la loi ajoute la possession d'état d'époux²⁷, l'acte de notoriété²⁸ et une décision répressive²⁹.

En ce qui concerne les effets du mariage, il y a la création du ménage³⁰ ; l'obligation mutuelle à la communauté de vie³¹ ; les soins et assistances réciproques³² ; fidélité, respect et affection mutuels³³ ; etc.

Le mariage a également des effets importants sur la situation économique des époux, sur la nationalité (le mariage d'un étranger avec un conjoint de nationalité française lui permet d'acquérir la nationalité française après un an de vie commune), sur la filiation (lorsqu'un enfant naît, son père est identifié officiellement et automatiquement s'il est marié avec la mère). Des effets extrapatrimoniaux.

Nous ne pouvons oublier que l'article 487 du code de la famille dispose : « La loi organise trois régimes entre lesquels les futurs époux ou les époux optent. Ce sont:

- « a) la séparation des biens;
- « b) la communauté réduite aux acquêts;
- « c) la communauté universelle ».

Le régime de la séparation des biens consacre l'existence de deux patrimoines propres formés par tous les biens acquis à titre onéreux ou à titre gratuit par chacun des époux ainsi que par leurs dettes³⁴.

Le régime de la communauté réduite aux acquêts est composé, d'une part, des biens propres de chacun des époux et, d'autre part, des biens communs. Sont propres, les biens que chacun des époux possède au moment de la célébration ou de l'enregistrement du mariage ou qu'il acquiert postérieurement au mariage par donations, successions ou testaments. Sont communs et comme tels qualifiés acquêts, les biens que les époux acquièrent pendant le mariage par leur activité commune ou séparée ainsi que les biens conjointement acquis par les deux époux par donations, successions ou testaments³⁵.

²⁷ Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987, article 438, alinéa 2 : « Deux personnes ont la possession d'état d'époux lorsqu'elles se considèrent et se traitent mutuellement comme époux, et qu'elles sont considérées et traitées comme tels par leur famille et la société ».

²⁸ *Ibidem*, article 439.

²⁹ *Ibidem*, article 440.

³⁰ *Ibidem*, article 441.

³¹ *Ibidem*, article 453.

³² *Ibidem*, article 458.

³³ *Ibidem*, article 459.

³⁴ Code de la famille, article 505.

³⁵ *Ibidem*, article 516.

Le régime de la communauté universelle consacre entre les époux la communauté de tous les biens, tant meubles qu'immeubles ainsi que de leurs dettes présentes et à venir. Resteront cependant propres aux époux, les biens mobiliers et immobiliers qu'ils recueilleront à titre gratuit avec exclusion de communauté et les biens qui leur sont strictement personnels ainsi que le capital d'assurance-vie, les indemnités compensatoires d'un préjudice physique ou moral, les rentes alimentaires, pension de retraite et d'invalidité³⁶.

Les articles 488 et 489 du même code ajoutent :

Art. 488 : « Au moment où les futurs époux ou les époux se présentent devant l'officier de l'état civil, par eux-mêmes ou par leur mandataire, en vue de la célébration ou de l'enregistrement du mariage, l'officier de l'état civil les avertit du choix qu'ils peuvent faire entre les trois régimes matrimoniaux organisés par la loi, et qu'à défaut pour eux de se prononcer, le régime matrimonial qui leur sera applicable sera celui de la communauté réduite aux acquêts.

« Afin de permettre aux époux ou aux futurs époux de réfléchir sur le régime à choisir, l'officier de l'état civil expliquera les régimes matrimoniaux au moment de la publication des bans telle qu'elle est prévue et organisée, pour le cas de l'enregistrement du mariage célébré en famille à l'article 370 et pour le cas du mariage célébré par l'officier de l'état civil à l'article 384.

« Au moment de la célébration du mariage ou de l'enregistrement de celui-ci, l'officier de l'état civil leur demandera de fixer leur choix. Il actera leur réponse ou le manque de réponse dans l'acte de mariage ».

Art. 489 : « Si les époux n'ont pas régulièrement opéré leur choix, le régime de la communauté réduite aux acquêts leur sera applicable. De même, si le mariage est annulé, le régime matrimonial choisi sera considéré comme inexistant et celui de la communauté réduite aux acquêts leur sera applicable ».

Le mariage prend fin par le décès de l'un des époux, ou par le divorce.

A la lumière de tout ce qui précède, il nous semble bien que le droit au mariage est un droit de la 1^{re} catégorie, les droits civils et politiques. C'est-à-dire, les droits qui imposent à l'Etat, pour leur exercice, le plus d'abstentions possibles et non le plus d'interventions.

Cela n'est pas à confondre avec certains droits liés au droit au mariage. C'est le cas du droit au logement, du droit à la rémunération, etc. qui impactent sur les effets du mariage. Mais, ils restent des droits autres que celui au mariage.

³⁶ Code de la famille, article 533.

III. LE DROIT AU MARIAGE A POUR COROLLAIRE CELUI DE FONDER UNE FAMILLE

Le code de la famille ne définit pas ce qu'il faut entendre par famille. Tout au plus, son article 443 dispose que le terme «ménage» désigne les époux, leurs enfants non mariés à charge ainsi que tous ceux envers qui les époux sont tenus d'une obligation alimentaire, à condition que ces derniers demeurent régulièrement dans la maison conjugale et soient inscrits au livret de ménage.

C'est en lisant l'ensemble de ses articles que nous sommes d'accord que la famille peut se définir comme un groupe de personnes qui sont reliées entre elles par des liens fondés sur le mariage et la filiation³⁷.

La famille n'a pas, d'un point de vue juridique, la personnalité morale, c'est-à-dire qu'elle n'est pas une entité pourvue de droits et apte à les exercer, mais les relations entre ses membres sont régies par une réglementation précise. Ainsi, les articles 444 et suivants du code de la famille fait du mari le chef du ménage et, donc, de la famille restreinte. Quant à la famille élargie, le code ne résout pas cette question. Néanmoins, il appartient à la coutume de régler la question. La loi règle aussi les régimes matrimoniaux, le divorce, etc.

Dans la pratique, la cohésion de la famille est extérieurement symbolisée par l'usage du nom patronymique, ou nom de famille, qui distingue les individus appartenant à une même famille et qui se transmet en ligne directe, paternelle dans la famille légitime.

Le lien familial résulte de la filiation ; c'est le lien de parenté. La parenté est légitime, lorsque la filiation est rattachée à un mariage. Elle peut aussi être naturelle ou adoptive. Les ascendants et descendants ont un lien de parenté en ligne directe, tandis que les personnes qui ont un auteur commun (ex. frère et sœur) sont des parents en ligne collatérale, dans la ligne paternelle, dans la ligne maternelle ou dans les deux. Un frère et une sœur sont dits consanguins s'ils ont un père commun, utérins s'ils ont la même mère et germains s'ils ont les mêmes parents. Le degré de parenté en ligne directe entre deux personnes se calcule en comptant le nombre de générations qui les sépare. Grand-père et petit-fils sont ainsi parents au deuxième degré. En ligne collatérale, il se calcule en additionnant le nombre de générations qui sépare chacun d'eux de leur auteur commun. Frère et sœur sont ainsi parents au deuxième degré, puisqu'il faut tenir compte d'un degré entre le frère et l'auteur commun (le père, la mère ou les deux) et d'un degré entre cet auteur et la sœur. Le lien familial peut résulter également du mariage et crée des relations d'alliance entre les époux ainsi qu'entre chacun des époux et la parenté de l'autre. Ce lien n'entraîne, en revanche, pas de liaisons entre la parenté de l'un des époux et la parenté de l'autre.

³⁷ Microsoft Corporation, *Encarta* 2009.

Le lien familial crée des obligations à la charge de ses membres envers les autres : obligation pour les parents d'assumer financièrement, d'élever et d'éduquer leurs enfants ; obligations pour les ascendants et descendants, mais aussi pour les gendres et belles-filles envers leurs beaux-parents et réciproquement obligation de fournir des aliments à leurs parents ou alliés dans le besoin. Il détermine les relations patrimoniales entre certains de ses membres et particulièrement entre les époux, dans le cadre du régime matrimonial. Il assure, en ligne directe ou à défaut en ligne collatérale, la transmission du patrimoine de ses membres, régie par le droit des successions.

IV. LE PROBLÈME DE L'ÉGALITÉ DES DROITS, DU MARIAGE DES HOMOSEXUELS

Il se présente de la manière suivante :

1. Position du problème

L'article 16.1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du 10 décembre 1948, proclame : « À partir de l'âge nubile, *l'homme et la femme*, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder *une famille*. Ils ont des *droits égaux* au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ».

L'article 23.2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, conclu à New York, le 16 décembre 1966 et entrée en vigueur en 1976, auquel la RDC a adhéré le 1^{er} novembre 1976³⁸, renchérit, en ces termes : « Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à *l'homme et à la femme* à partir de l'âge nubile ». C'est dans le même sens que l'article 5.d. IV de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, du 21 décembre 1965³⁹ affirme l'obligation pour les Etat de garantir, sans discrimination, le « droit de se marier et de choisir son conjoint ». ⁴⁰

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, du 18 décembre 1979⁴¹ ajoute, à son article 16.1.a : « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurent, sur la base de **l'égalité de l'homme et de la femme** : a) le même droit de contracter mariage ».

³⁸ J.O.RDC., n° spécial, avril 1999, p. 21

³⁹ *Ibidem*, p. 39.

⁴⁰ Clairement, il n'y est pas ajouté « de sexe opposé », pour créer une quelconque discrimination ; et la RDC a ratifié ce texte.

⁴¹ J.O.RDC., n° spécial, avril 1999, p. 95.

Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits de la femme en Afrique du 11 juillet 2003 (dit Protocole de Maputo) soutient la même idée, à son article 6.⁴²

Dans la même logique, l'article 215 de la Constitution de la RDC du 18 février 2006 dispose : « Les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie. » L'article 216, du même texte, complète : « Si la Cour constitutionnelle (...) déclare qu'un traité ou accord international comporte une clause contraire à la Constitution, la ratification ou l'approbation ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

De l'ensemble de ces dispositions conventionnelles et constitutionnelles, il y a lieu de retenir que les normes universelles et régionales en matière de mariage supposent une **égalité complète** dans le droit au mariage et que ces normes sont supérieures à celles du droit interne ; toute coutume tribale **contra legem** étant nulle, ipso facto.

Malheureusement ou heureusement, l'article 40 de la Constitution de la RDC dispose : « Tout individu a le droit de se marier avec la personne de son choix, **de sexe opposé**, et de fonder une famille. »

2. Propositions

D'une part, pour résoudre ce problème, il peut être proposé, au profit de certaines coutumes congolaises, que des réserves auraient dû être signifiées, par la RDC, sur l'ensemble des dispositions internationales établissant une égalité complète entre les personnes, dans l'accès au droit au mariage. Dans ce même ordre d'idées, il peut être proposé des amendements aux conventions concernées⁴³. Par ailleurs, dans l'extrême, il peut être envisagé de dénoncer les conventions visées et, sous toutes réserves, la Cour Constitutionnelle pourrait anéantir l'acte de ratification (ou d'adhésion) d'un traité dès lors qu'il rentrait en contradiction avec la Constitution (hypothèse, a posteriori, de l'article 216 de la Constitution). Ces quatre réactions pourraient résoudre l'antinomie ; en perpétuant les inégalités compatibles avec nos cultures.

D'autre part, pour aligner le droit du mariage et le droit au mariage congolais, en le mettant en conformité aux normes universelles et régionales en la matière, il y a lieu de réviser la Constitution, spécialement son article 40, en supprimant l'incise : « de sexe opposé. » Cela est difficile à réussir étant donné que la mentalité des congolais s'y oppose dans l'ensemble. D'ailleurs, cette logique débouche sur des formes controversées de mariage, comme le mariage des homosexuels. Pour certains, il s'agit des déviations.

⁴² Cela concorde avec l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 17 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

⁴³ En vertu de l'article 51 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques notamment.

CONCLUSION

Dans cette contribution consacrée au droit au mariage en République démocratique du Congo, il est question des aspects sociologiques et religieux du mariage, dans le cadre des coutumes, du rituel ainsi que des régulations sociales. Au-delà des fiançailles et du mariage, il se développe des formes intermédiaires, assimilables aux unions libres ou pas. Nous avons abordé cette question avant de nous pencher sur la substance du droit au mariage dans la Loi congolaise.

Le droit au mariage a pour corollaire celui de fonder une famille. Il s'agit là d'un droit cardinal dans la substance du droit au mariage. Cela a été suivi de l'étude sur le problème de l'égalité des droits et du mariage des homosexuels. A l'occasion, nous avons constaté que de l'ensemble des dispositions conventionnelles et constitutionnelles, il y a lieu de retenir que les normes universelles et régionales en matière de mariage supposent une **égalité complète** dans le droit au mariage et que ces normes sont supérieures à celles du droit interne ; toute coutume tribale **contra legem** étant nulle, ipso facto.

Malheureusement, les coutumes congolaises et la religion chrétienne, celle musulmane n'abordent pas cette question sur la base de l'égalité absolue dans l'exercice du droit au mariage ; Mais, comme un don de Dieu, comme un rite réunissant les dieux, les ancêtres, les familles et les futurs époux. Il en est de même pour la question du mariage des personnes de même sexe. Nous sommes d'avis que, pour le congolais, la question de la légalisation du mariage des personnes de même sexe s'interprète comme une catastrophe morale.

Quoiqu'il en soit, rappelons qu'il peut être proposé, au profit de certaines coutumes congolaises, que des réserves auraient dues être signifiées, par la RDC, sur l'ensemble des dispositions internationales établissant une égalité complète entre les personnes, dans l'accès au droit au mariage. Dans ce même ordre d'idées, il peut être proposé des amendements aux conventions concernées⁴⁴. Par ailleurs, dans l'extrême, il peut être envisagé de dénoncer les conventions visées et, sous toutes réserves, la Cour Constitutionnelle pourrait anéantir l'acte de ratification (ou d'adhésion) d'un traité dès lors qu'il rentrait en contradiction avec la Constitution (hypothèse, a posteriori, de l'article 216 de la Constitution). Ces quatre réactions pourraient résoudre l'antinomie ; en perpétuant les inégalités compatibles avec nos cultures. Ce genre de solutions ne nous semble pas admissible si tant que nous devons opter en faveur des droits humains et de l'égalité de tous, au détriment des cultures et des religions.

La même solution, les mêmes principes, sont à proposer face à la question du mariage des personnes de même sexe : soit la religion et la culture locale l'emporte, soit le principe de l'égalité de tous prime, dans le sens que certains qualifient de déviation.

⁴⁴ En vertu de l'article 51 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques notamment.

BIBLIOGRAPHIE**I. TEXTES OFFICIELS**

1. Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, in *J.O.Z.*, n° spécial, avril 1999, p. 7.
2. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des Libertés fondamentales, entrée en vigueur le 3 septembre 1953.
3. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur : le 23 mars 1976, in *J.O.RDC.*, n° spécial, avril 1999, p. 12.
4. Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur : le 23 mars 1976, in *J.O.RDC.*, n° spécial, avril 1999, p. 21.
5. Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966, in *J.O.RDC.*, n° spécial, avril 1999, p. 36.
6. Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 26 juin 1981, in *J.O.Z.*, n° spécial, juin 1987, p. 7.
7. Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987, portant Code de la famille, *J.O.Z.*, n° spécial, 1^{er} août 1987.
8. Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et de peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, du 9 juin 1998, in *J.O.Z.*, n° spécial, septembre 2001, p. 63.
9. Constitution de la RDC telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la RDC du 18 février 2006, in *JO RDC*, n° spécial, 52^{ième} année, du 5 février 2011, p. 5.
10. Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et de peuples relatif aux droits de la femme en Afrique, du 11 juillet 2003 (Dit Protocole de Maputo).

II. OUVRAGES, ARTICLES ET AUTRES DOCUMENTS

1. ABDOULAYE MAÏGA et BANZA BAYA, « Au-delà des normes de formation des couples au Burkina Faso quand les cultures s'épousent », in *Le mariage en Afrique. Pluralité des formes et des modèles matrimoniaux*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2014, pp. 61- 82.
2. ATTANÉ, A., « Multiplicité des formes conjugales dans l'Afrique contemporaine l'exemple du Burkina Faso, in *Le mariage en Afrique. Pluralité des formes et des modèles matrimoniaux*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2014, pp. 106-129.

3. BINET, J., « Nature et limites de la famille en Afrique noire », in *Etudes Scientifiques*, septembre- décembre 1979, éd. Pères Jésuites, Paris, 1979.
4. CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 10^{ième} éd. PUF, Paris, 2014.
5. DOUDOU HAMA, *Essai d'analyse de l'éducation africaine*, Présence Africaine, Paris, 1968.
6. LAVIGNE, K., *La signification du mariage religieux catholique chez les jeunes*, mémoire présenté comme exigence partielle de la maîtrise en sociologie, mars 2008.
7. MARCOUX, R. et ANTOINE, P., *Le mariage en Afrique. Pluralité des formes et des modèles matrimoniaux*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2014,
8. MARCOUX, R. et ANTOINE, P., « Pluralité des formes et des modèles matrimoniaux en Afrique. Un état des lieux », in MARCOUX, R. et ANTOINE, P., *Le mariage en Afrique. Pluralité des formes et des modèles matrimoniaux*, Presses de l'Université du Québec, Québec, 2014, pp. 1-18.
9. ROCH J., « Aspects économiques de la famille africaine », in *Etudes Scientifiques*, septembre- décembre 1979, éd. Pères Jésuites, Paris, 1979, p. 23.
10. ROMANIUC, A., *La fécondité des populations congolaises*, Mouton, Paris, 1967.
11. ROUVIÈRE, F., « Les règles de la méthode sociologique d'Emile DURKHEIM : des leçons méthodologiques pour la recherche juridique », in DURKHEIM, E., *Les règles de la méthode sociologique*, 2^{ième} éditions Flammarion (édition établie par Jean-Michel Berthelot et présentée par Laurent Mucchielli), Paris, 2010.