

LE PRÉ-MARIAGE DANS LE CODE DE LA FAMILLE CONGOLAIS

Mesmin Euloge KOUMBA

*Assistant à la faculté de droit,
Université Marien NGOUABI (Brazzaville)*

RÉSUMÉ :

Défini comme étant une convention solennelle, par laquelle un homme et une femme, avec l'accord de leur famille, au besoin en présence du Président du comité du village ou du chef de bloc, ou de leur représentant, se promettent mutuellement le mariage, le pré-mariage au Congo-Brazzaville consacre, de manière plus claire, l'entrée de la tradition dans la réglementation familiale congolaise. A ce titre, il est considéré soit comme une convention spéciale à caractère social, soit comme un instrument de contrôle social du mariage. Quoiqu'il en soit, il est important de noter que le problème de sa codification devient de plus en plus une exigence de développement économique du continent africain.

INTRODUCTION :

Dans les États d’Afrique noire francophone, la famille est avec le foncier, de toutes les institutions privées africaines, celles qui ont particulièrement préoccupé la doctrine. Famille et développement étant liés, pense-t-on, on a souvent reproché à la famille africaine d’être un facteur de sous-développement. Parée de toutes les vertus, elle peut exercer une influence négative sur ses membres. Tantôt elle les libère des pressions sociales, tantôt elle peut devenir le plus grand obstacle à l’union entre deux personnes.

C’est ce qui justifie, sans doute, le constat fait par Monsieur Roland MOUSNIER en ces termes : « *les raisons de l’avance de l’homme européen sur tous les autres résidents dans sa conception de la famille, fondée sur la libération de l’individu des groupes-familles, des communautés de village... des contraintes exercées par la tribu animiste. C’est pour cette raison que l’administration coloniale a eu recours à une politique législative en matière familiale ; qui s’interdisait d’encourager un modèle mais de*

répondre à la diversité des choix individuels, et au mieux d’organiser la coexistence pacifique entre le mariage moderne¹» et le pré-mariage, encore appelé mariage coutumier², est ancré dans les « valeurs authentiques des populations libérées³ ».

Si par mariage, il faut entendre l’union entre deux personnes de sexe différent en vue de vivre en commun et de fonder une famille, sa célébration est déterminante en ce qu’elle lui confère un caractère civil selon qu’il a été faite devant l’officier d’état civil ; le pré-mariage, en ce qui le concerne, est une convention solennelle, par laquelle un homme et une femme, avec l’accord de leur famille, et, au besoin en présence du président du comité de village ou du chef de bloc, ou leur représentant, se promettent mutuellement mariage⁴. En d’autres termes, par cette convention, les prés-mariés se promettent le mariage⁵. De ce fait, il ne s’agit pas d’une « véritable union ⁶», mais plutôt d’une « promesse de mariage⁷ ». Cette situation trouve, sans doute, ses racines les plus légitimes dans ce que l’on pourrait appeler par l’organisation coloniale.

¹ D. LEKEBE OMOUALI, « Les réformes du droit de la famille dans les Etats d’Afrique noire Francophone : tendances maliennes », *Annales africaines*, volume 1, Avril 2017, pp. 324-325.

² J. BINET, *Le mariage en Afrique, Foi vivante série des missions*, les éditions du CERF, Paris, 1959, p. 21. Lire également, S. GUINCHARD, « Le mariage coutumier en droit Sénégalais », *Revue internationale de droit comparé*, 1978, p. 811.

³ K. M’BAYE, « L’expérience sénégalaise de la réforme du droit », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 22, n° 1, Janvier -mars 1970, p. 38.

⁴ CF : Art. 121 al. 1 du Code de la Famille congolais.

⁵ A. KEBI-MOUNKALA, *Droit congolais de la famille*, L’harmattan, Paris, 2008, p. 44.

⁶ O.F.J. MATOKOT, « Le pré-mariage une curiosité du Code de la famille », *Revue de droit et du notariat*, n° 15, 2005, p. 11.

⁷ O.F.J. MATOKOT, op, cit, p. 11.

En effet, avant les indépendances, les citoyens africains répondaient, dans les deux ensembles que constituaient l'Afrique Equatoriale Française (AEF) et l'Afrique Orientale Française (AOF), « *des ressorts juridiques différents : au régime coutumier, polyforme, se superposait, sans s'y opposer véritablement, un droit civil moderne dont il était même difficile de relever l'efficacité dans la matière de l'état des personnes*⁸ ». C'est incontestablement pour cette raison que certains Etats d'Afrique noire francophone se sont attelés à réformer leur droit de la famille, juste après le mouvement des indépendances qui ont secoué le continent africain. Il était donc devenu urgent pour ces pays de construire une législation familiale conforme aux identités nationales plus ou moins niées par la colonisation. Ces différentes réformes engagées après les indépendances africaines ont marqué tant soit peu une rupture tant sur la forme que sur le fond avec le modèle colonial. Certaines législations avaient préféré couper le cordon ombilical avec la doctrine laissée par l'ancienne puissance coloniale qui consistait à légaliser le mariage coutumier sans pourtant l'interdire : c'est le cas notamment du Sénégal. Dans ce pays, le législateur a instauré deux types de mariages

avec à la clé un droit d'option pour les futurs époux : « *le mariage célébré ou le mariage constaté* »⁹. Tandis que d'autres pays avaient opté pour une attitude attentiste¹⁰, c'est le cas du Bénin et de la République du Congo. Ces différentes réformes avaient vocation à inventer un modèle dualiste, associant tradition et modernité. C'est-à-dire qu'un mariage pouvait en cacher un autre. C'est notamment le cas du Congo-Brazzaville où le pré-mariage était érigé en condition de fond du mariage. Cette situation mettait en évidence le fait que la codification du droit de la famille est une entreprise complexe parce qu'en République du Congo, comme ailleurs, le législateur travaille sur une matière non inerte mais vivante et, qui plus est, intelligente voire astucieuse.

A propos, le législateur congolais a fait l'expérience du caractère dynamique du droit de la famille¹¹. En effet, la codification du droit congolais de la famille impliquait la coexistence de diverses règles en vigueur, c'est-à-dire le droit moderne et la coutume. De ce point de vue, le législateur congolais se trouvait devant un dilemme, à savoir le nouveau droit devrait-il réaliser une synthèse entre les coutumes et le droit moderne, ou alors devrait-il, au contraire, maintenir, en parallèle, les deux systèmes

⁸ D. C. SOSSA, « Présentation générale du Code des Personnes et de la famille », in *La Personne, La Famille et le Droit en République du Bénin. Contribution à l'étude du Code des Personnes et de la Famille*, Editions JURIS GUALINO, 2007, p. 7.

⁹ Art. 114 du Code de la famille Sénégalais qui dispose que « *Le mariage peut être célébré par l'officier d'état civil ou constaté par lui ou son*

délégué, dans les conditions prévues par la loi. Le mariage ne peut être constaté que lorsque les futurs époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal ».

¹⁰ Attitude attentiste signifie que le législateur de ces pays n'avait eu le courage reconnaître le mariage coutumier.

¹¹ A. KEBI-MOUNKALA, op, cit, p. 45.

juridiques ? A cette question, le législateur congolais avait opté pour la facilité, en privilégiant la seconde solution. Ce choix pourrait être justifié par la nature du régime politique socialiste.

Dominé par l'idéologie socialiste, le congrès du Parti Congolais du Travail avait voté une résolution sur l'élaboration du nouveau code de la famille. La même année le Gouvernement devait mettre en place, à travers un texte de loi, le corpus juridique du droit de la famille. C'est à juste titre que Dieudonné KIMBEMBE, Ministre de la justice, Garde des Sceaux de l'époque, avait créé une commission de travail au sein de son ministère¹², placée sous la présidence de Charles ASSEMEKANG, avec comme membres Jean-François THIBINDA, Zacharie SAMBA et DURANT. Cette commission avait pour mission d'élaborer le projet de loi portant code de la famille congolais. A l'issue de ses travaux, le ministère de la justice avait présenté le projet de loi du code de la famille. Présenté et défendu par lui devant l'Assemblée nationale, ledit projet n'avait pas été adopté par les députés du fait de la présence de la notion de fiançailles dans le projet du code de la famille, car jugée trop française.

En plus, ces derniers lui reprochèrent de n'avoir pas pris en compte le mariage coutumier.

De ce fait, le ministère devait réexaminer le texte en prenant en compte les revendications des députés. Au cours d'une réunion, le ministre avait proposé de substituer aux fiançailles l'expression « pré-mariage ». Ayant obtenu le consensus, il a simplement été retenu de remplacer machinalement, en une semaine¹³, le premier terme par le second dans tout le corps du texte, sans plus, afin de contourner les députés et éviter de légiférer sur le mariage coutumier. C'est ainsi que la loi¹⁴ fut adoptée et le pré-mariage consacré dans le Code de la famille.

Pourtant, il y a une différence nette entre les fiançailles et le pré-mariage¹⁵. Les fiançailles sont un fait juridique, tandis que le pré-mariage est un acte juridique entraînant des obligations réciproques entre les pré-mariés et notamment l'obligation de se marier. Ainsi, la rupture du pré-mariage sans motif légitime peut donner lieu au paiement des dommages et intérêts. Telle a été la portée de la décision rendue par le Tribunal d'Instance de Poto-Poto en date du 05 juillet 2002. En l'espèce, le juge avait estimé que « *le sieur M. Jean a fait des présents au profit de la pré-mariée dont il demande la restitution, que le tribunal tout en accédant à cette demande possède des éléments nécessaires pour pouvoir rendre raisonnable et digne les différentes restitutions dans la mesure où la pré-mariée, ne*

¹² Note de service n°879 MJ-CAB/01-22 du 2 septembre 1981.

¹³ A. ILOKI, *Le droit du mariage au Congo : le pré-mariage, le mariage à l'état civil*, Coll. Etudes africaines, L'Harmattan, 2008, p. 20 ;

¹⁴ Loi n°073/84 du 17 octobre 1984 portant Code de la famille ;

¹⁵ J.O.F. MATOKOT, « Le pré-mariage une curiosité du Code de la famille », *Revue de droit et du notariat*, n°15, 2005, p. 4.

*les conteste pas*¹⁶». Bien qu'étant une promesse, les fiançailles, contrairement, au pré-mariage n'obligent pas, tout en constituant un engagement. C'est sans doute ce dernier argument qui a conduit le législateur congolais à l'abandonner au profit du pré-mariage, jugé très proche des valeurs authentiques africaines.

De ce fait, on constate « *qu'il n'est pas de consensus qui n'ait ses dissidences, pas d'idéal qui n'essouffle le réel* »¹⁷. Ce propos du doyen CARBONNIER est caractéristique de la situation africaine en matière de codification du droit de la famille et traduit la relativité de l'entreprise de la production normative. Cette relativité est aussi exprimée par Marcel PLANIOL qui avertissait que dans bien des cas, une codification « *n'est que le remplacement d'inconvénients anciens, que tout le monde connaît, par d'inconvénients nouveaux, qu'on ne soupçonne pas encore, et dont la pratique révèle ensuite la nature et l'étendue* »¹⁸. Le pré-mariage est ainsi désigné comme le mariage qui existe avant le mariage célébré devant l'Officier de l'état civil. Dès lors, la détermination de sa nature juridique se pose avec acquiescement. Ainsi, en dépit des mutations inéluctables, le pré-mariage doit être décolonisé en sauvegardant l'identité africaine. Autrement dit, le pré-mariage doit être

le reflet fidèle des réalités sociologiques du peuple.

Aussi, cette sauvegarde commande-t-elle que le législateur congolais puisse avoir un esprit de transaction et de synthèse pour les réformes de cette ampleur.

Au regard de ce qui précède, il semble plutôt malaisé à saisir la nature juridique du pré-mariage¹⁹, en considérant les incohérences des éléments résultant de son élaboration et de son régime.

Il faut peut-être relever que « *la législation familiale n'a pas pour fonction d'instaurer le paradis sur terre ni pour objectif de faire de nous des saints* »²⁰. Cela étant, la codification du droit de la famille est à la fois une entreprise nécessaire et complexe. Elle est nécessaire car, comme l'écrivait KEBA MBAYE, « *s'il est vrai que le droit est le reflet de la vie d'une société, s'il est vrai qu'il est secrété par la philosophie et les aspirations d'un peuple, et s'il est vrai que « vie » et « aspirations » évoluent sans paliers comme la durée bergsonienne, il est inévitable que d'un moment à un autre l'ensemble du droit objectif, qui ne se*

¹⁶ Tribunal d'Instance de Poto-Poto, 05 juillet 2002, Revue de droit et du notariat, n°15, 2005, p.20, note Jean BIYOUUDI.

¹⁷ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 2^e édition, 1995, p.50.

¹⁸ M. PLANIOL, in A. SOREL (dir.), *Le Code civil : 1804-1904 : Le livre du centenaire*, Paris, A-ROUSSEAU,

1904, T.2, p.955 et s ;

¹⁹ J. MATOKOT, op, cit, p.3. Du même auteur : *Droit civil congolais*, Etudes juridiques, Cesbc Presses, 2011, p. 92.

²⁰ C. ATIAS, « Les réformes de la législation familiale », *La Revue réformée*, n°220-2002/5 novembre 2002, Tome III ;

renouvèle que par bonds, ne se trouve en parfaite inadéquation avec son objet »²¹.

La doctrine n'est pas unanime pour attribuer un contenu et une nature juridique à cette nouvelle institution²². En effet, pour une partie de la doctrine, le pré-mariage s'identifie aux fiançailles. D'autres juristes pensent que le pré-mariage n'est qu'une composante essentielle du mariage coutumier. D'autres encore, ne faisant pas de distinction entre les fiançailles et le mariage coutumier, pensent que le pré-mariage c'est la réunion de ces deux notions. La diversité de ses manifestations rattachées aux différents usages et coutumes n'aide pas non plus à l'appréhension de cette institution. Quoique l'on dise, le pré-mariage est en même temps une convention à caractère social et une institution du contrôle social du mariage. Ici comme ailleurs, plusieurs sociétés reconnaissent différentes formes d'union, de l'union dite libre, c'est-à-dire sans cérémonie, à des formes de mariage largement codifiées, que ce soit les mariages dits coutumiers, religieux ou civils.

Dans tous les cas, l'union de deux personnes semble toutefois de plus en plus

précédée par une série d'événements strictement individuels -la rencontre, la fréquentation plus ou moins régulière, le début d'une relation sentimentale et sexuelle, etc.-, eux-mêmes suivis d'événements concernant un cercle plus large, celui de la famille et de l'entourage -accord entre familles, organisation des fiançailles par celles-ci, versement d'une compensation matrimoniale, etc.-. L'union pourra alors être sanctionnée par différentes cérémonies où interviennent les membres de cet entourage.

Au Congo, le pré-mariage est défini à l'article 122²³ du Code de la famille comme « *une convention solennelle, par laquelle un homme et une femme, avec l'accord de leur famille, au besoin en présence du Président du comité du village ou du chef de bloc, ou de leur représentant, se promettent mutuellement le mariage* ». Cette définition suscite encore beaucoup d'interrogations chez les juristes²⁴. Certains le considèrent comme une institution très controversée²⁵, tandis que d'autres y voient un objet de curiosité²⁶ juridique. Il est donc la convention solennelle par laquelle un homme et une femme, avec l'accord de leurs familles, au besoin en présence du président du comité du

²¹ K. MBAYE, « L'expérience sénégalaise de la réforme du droit », *RIDC*, vol.22, n°1, janvier-mars 1970, p.35 ;

²² J. MATOKOT, « Le pré-mariage, une curiosité de la famille », *R. d. n.*, n°15, 2005, p.3 ; D. NKOUNKOU, « Le problème de double compagne de sensibilisation relative aux droits de la femme et de l'enfant découlant du code congolais de la famille organisée par l'association des femmes notaire du Congo », *R. D. N.*, n°11 et 12, 2005p. 35 ;

²³ Loi n°073/84, du 17 octobre 1984 portant code de la famille au Congo ;

²⁴ F.J.O. MATOKOT, « Une nouvelle institution dans le droit congolais : le pré-mariage », 1988, *Revue congolaise de droit et du notariat*, n° 15, 2005 : p. 77.

²⁵ TI de poto-poto, 26 avril 2002, note J. BIYOUUDI, *Revue de droit et du notariat*, n°15, 2005, p. 20.

²⁶ Lire à propos : MATOKOT Jonas, « Le pré-mariage une curiosité du code de la famille », *Revue de droit et du notariat*, n°15, 2005, p. 1.

village ou chef de bloc ou de leur représentant, se promettent mutuellement le mariage. Cette définition, lourde de sens, a souvent donné lieu à une incertitude juridique. Car, la notion résulte d'un néologisme à l'initiative des autorités exécutives à l'époque de l'élaboration et de l'adoption du projet de loi portant code de la famille.

La logique observée par le législateur congolais est sans doute celle de la codification-réformation. Le trait marquant de cette codification réformation est la création d'une nouvelle institution précédant le mariage civil, qui ressemble, à s'y méprendre aux fiançailles, dans presque toutes ses conditions de formation et au mariage proprement dit dans ses effets.

Par ailleurs, il y a lieu de constater que dans l'exercice de cette mission, ce dernier n'est pas allé jusqu'au bout de la logique réformatrice. Si bien que cette codification ressemble beaucoup plus à une codification à droit constant qu'à toute autre chose.

De ce constat, on note que ce sujet revêt un intérêt pratique et théorique certain, puisqu'il s'agit de s'interroger sur la nature juridique²⁷ du pré – mariage par rapport aux réalités sociologiques de la société congolaise, voire africaine. Ces différents intérêts nourrissent une interrogation sur la nature juridique du pré-

mariage dans la législation congolaise de la famille.

L'intérêt pratique découle du bilan qui pourrait résulter de l'application et interprétation des dispositions du Code de la famille relatives au pré-mariage. En effet, ce bilan révèle une application à géométrie variable selon que les prétendants se trouvent dans la zone urbaine ou dans la zone rurale. On remarque une forte préférence au pré-mariage -pris comme mariage coutumier- en milieu rural. Tandis que dans les villes, les populations, plus modernes ou en quête de modernité, sont plus portées vers le mariage civil. Cette situation découlant de l'interprétation du pré-mariage constitue un danger pour cette institution car, la règle de droit, quoiqu'il en soit, a une portée générale et impersonnelle. De ce point de vue, elle devrait être appliquée de la même façon aussi bien en milieu urbain que rural.

Par conséquent, ce bilan mitigé appelle une refondation totale du droit congolais de la famille. Ce droit, comme d'autres branches des sciences juridiques, étant une donnée sociale, son élaboration devrait nécessairement prendre en considération les spécificités de la société à laquelle il était destiné.

L'intérêt théorique quant à lui est l'expression de la nécessité d'adaptation des textes juridiques à cette réalité, c'est-à-dire

²⁷ O. F. J. MATOKOT, *Droit civil congolais, études juridiques*, Cesbc Presses, 2011, Paris, p. 92. A. ILOKI, *Le droit du mariage au Congo : Le*

pré – mariage, le mariage à l'état civil, L'harmattan, 2018, Paris, p. 23.

l'institution du pré-mariage en union légale au même titre que le mariage civil. Par conséquent, le pré-mariage ne doit plus être considéré comme un « *mariage à l'essai* »²⁸, dont la durée, au-delà de cinq (5) ans, peut être sanctionnée comme abusive, en application de l'article 126 al. 6 du code de la famille congolais²⁹.

Tout compte fait, il est important de rappeler que le pré-mariage symbolise une « *trêve dans la bataille des droits individuels ; car la loi de la guerre impose le respect de la parole donnée* »³⁰. A ce titre, il est considéré comme une convention spéciale à caractère social (I). Mais, dans la mesure où la société congolaise lui nourrit un intérêt particulier compte tenu de sa finalité sociale, il est un instrument de contrôle social du mariage (II).

I- UNE CONVENTION SPECIALE A CARACTERE SOCIAL

Le mariage est une institution qui évoque l'engagement et la stabilité : c'est la clé de voûte de la famille, elle-même, l'élément le plus essentiel de la société. Comme le concevait Portalis, le mariage est « *la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leurs espèces, pour s'aider par des secours naturels, à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée* »³¹. Loin de se limiter à la

seule fonction procréatrice, le mariage au Congo, comme dans la plupart des Etats Africains, est longtemps demeuré sous le joug des coutumes et de la législation coloniale. Ainsi, le pré-mariage est le fruit d'un accord entre deux familles (A), avant d'être celui des futurs pré-mariés (B).

A) Un accord entre deux familles

Dans la société africaine, le mariage est un acte passé entre deux familles, « *où les intérêts individuels des époux, bien que reconnus formellement ou implicitement, sont en réalité subordonnés aux intérêts dominants, ceux de leurs familles respectives* »³². De ce point de vue, la famille peut être, dans certains cas, le plus grand obstacle à l'union de deux personnes ou le contraire. Son approbation dépend souvent de sa conception morale, philosophique, ethnique, culturelle ou de sa situation sociale. C'est dans ce contexte que le pré-mariage apparaît d'abord comme une union entre deux familles, qui y ont exprimé leur accord, avant d'être un acte solennel entre les pré-mariés. Conscient de cette réalité, le législateur a fait du pré-mariage une « *convention solennelle par laquelle un homme et une femme, avec l'accord de leurs familles (...) se promettent mutuellement le mariage* »³³. Ainsi, le pré-mariage est un accord

²⁸ F.O.J. MATOKOT, *Droit civil congolais*, op. cit, p. 93.

²⁹ Article 126 al 6 : « *La prolongation du pré-mariage au-delà d'une durée de cinq ans pourra être considérée comme abusive* ».

³⁰ G. RENARD, op. cit, p. 365.

³¹ Portalis, « Travaux préparatoires pour la rédaction du Code civil ».

³² T. E. Olawale, *La nature du droit coutumier africain*, Présence africaine, 1998, Paris, p. 168.

³³ Art. 122 du Code de la famille ;

manifestement mutualisé (1). Toutefois, cet accord est de plus en plus contesté (2).

1- Un accord manifestement mutualisé

Du latin « *familia* », signifiant domesticité ou maisonnée, la famille représente un ensemble formé par les parents, les enfants et les serviteurs d'une maisonnée. Mais, cette définition devenue désuète ne sera valable que jusqu'au XVIIe siècle, puisque le concept famille, dans son évolution sémantique, représentera ensuite un ensemble de personnes ayant des liens de parenté par le sang ou par alliance. Certains y voient « *un groupe exclusif de ceux qui sont unis par la parenté*³⁴» et, d'autres la considère comme l'expression la plus légitime de la parenté par alliance³⁵. Quoiqu'il en soit, elle se définit comme le « *siège d'une autorité, puissance maritale et paternelle*³⁶». A ce titre, elle est appelée à se déterminer sur le mariage de l'un de ses membres.

En droit coutumier, le consentement des parents est primordial. C'est lui qui conditionne le mariage des enfants, quel que soit leur âge. C'est d'ailleurs entre les parents que se trame le projet de mariage. Les futurs époux ne sont avisés que lorsque les parents, qui ont eu

l'initiative de marier leurs enfants, avaient fini de vérifier préalablement la réunion de certaines conditions essentielles du mariage et notamment l'absence du lien de parenté pour éviter l'inceste et préserver la bonne moralité des familles concernées.

En effet, les familles³⁷ et la communauté ont longtemps exercé- et exercent encore dans une certaine mesure- un contrôle sur le processus de formation des unions ainsi que sur le vécu des conjoints ou sur les projets du couple. L'entrée en union est fortement régie par les coutumes dont les normes, prescriptions et proscriptions doivent être scrupuleusement respectées. Dans la société congolaise, il revient parfois à la communauté de définir qui peut se marier, avec qui, quand et comment. En effet, au-delà de l'union de deux individus, le mariage traditionnel consacre l'alliance de deux familles ou de deux villages, relevant d'enjeux politiquement, socialement ou économiquement rationnels. Les familles ou les lignages se réservent un droit de regard prépondérant pour la concrétisation d'unions préférentielles dans la parentèle.

Dans le code de la famille congolais, le législateur a voulu que les parents se déterminent à la promesse de mariage de leurs enfants. Cette

³⁴ L. LEMOINE- E. GAZIAUX – D. MULLER, *Dictionnaire encyclopédique d'éthique chrétienne*, Cerf, Paris, 2013, p. 953.

³⁵ S. Y. C. NKODIA, *Le divorce comme négation de l'amour conjugal : ses conséquences sur l'enfant*, Edilivre, Paris, 2019, p. 19.

³⁶ G. RENARD, *La théorie de l'institution : Essai d'ontologie juridique*, Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 124.

³⁷ Dans les sociétés africaines, le mariage est perçu comme un contrat solennel passé entre deux familles, lire à propos : T. OLAWALE ELIAS, *La nature du droit coutumier africain*, Présence Africaine, 1998, Paris, p. 168.

détermination se manifeste à travers un accord, donné par les deux familles. Ainsi, cet accord doit être considéré comme une « *autorisation au pré-mariage*³⁸ » de leurs enfants. Cette omniprésence de la famille dans le processus du pré-mariage ou du mariage est une tradition séculaire qui a pour avantage de faire la promotion de la tradition africaine. Elle permet également de considérer la famille africaine comme un maillon essentiel de la société africaine. Toutefois, cette omniprésence de la famille rencontre quelques difficultés liées, sans doute, à l'évolution de la société.

Depuis quelques années, la plupart des pays d'Afrique subsaharienne sont engagés dans une transition de la nuptialité, caractérisée entre autres par une certaine privatisation du mariage³⁹. Les lignages où les familles choisissent moins souvent qu'auparavant le conjoint et les décisions relatives au mariage reposent davantage sur le couple que sur la famille⁴⁰. Cette émancipation des individus est à même de favoriser, ultérieurement, une plus grande négociation entre les époux dans les prises de décision concernant la fécondité et la contraception.

A l'intérieur du pays, jusqu'à une époque assez récente, les unions scellées conformément au droit traditionnel et sous le contrôle des aînés, se faisaient préférentiellement au sein d'une même entité culturelle. On a ainsi des cas d'endogamie ethnique, lignagère, clanique, familiale ou religieuse. La norme d'union restreint le choix du conjoint à une personne partageant le même système de valeurs que la famille d'origine. L'endogamie est souvent proscrite au sein de la famille, au risque d'une assimilation à l'inceste. Le choix du conjoint ou de la conjointe doit s'opérer dans une autre filiation ou un autre lignage, mais doit parfois appartenir à la même ethnie. La règle se résume donc à une double obligation d'endogamie ethnique et d'exogamie clanique ou familiale. L'ethnie continuant de constituer le socle identitaire des peuples, la communauté de vie procède ainsi de la communauté de culture, d'idéologie, de langue, de tradition, d'us et coutumes -en un mot, le reflet de soi chez l'autre.

Dans ces sociétés traditionnelles, la formation des couples à travers les unions préférentielles répondrait au souci de maintenir et de développer des alliances d'une part et à la nécessité de répondre à l'objectif de reproduction du groupe d'autre part⁴¹. Parallèlement à ces

³⁸ A. ILOKI, op, cit, p. 25.

³⁹ P. ANTOINE et N. DJIRE, « Crise et évolution des comportements matrimoniaux à Dakar », dans F. Gendreau (dir.), *Crises, pauvreté et changements démographiques dans les pays du Sud*, Paris, AUPELF-UREF et ESTEM, 1998, p. 203-218.

⁴⁰ V. HERTRICH, « Permanences et changements de l'Afrique rurale. Dynamiques familiales chez les Bwa du Mali », Paris, CEPED, 1996.

⁴¹ T. LOCOH « Les facteurs de la formation des couples », dans G. Caselli, J. Vallin et G. Wunsch (dir.), « Démographie : analyse et synthèse, vol. 2 : Les déterminants de la fécondité », Paris, INED, p. 103-142.

objectifs de création ou de consolidation des liens d'amitié et d'assistance entre filiations, le mariage au sein de la parentèle facilite l'insertion familiale de l'épouse et le contrôle des richesses (terres, cheptel). Dans le même ordre d'idées, la religion contribue à l'instauration d'un système de valeurs et de comportements communs à des individus de même obédience. Les normes traditionnelles continuent certes d'être la référence pour un certain nombre d'unions, mais avec les mutations consécutives au changement social observé dans la plupart des pays africains, on assiste à l'émergence de stratégies matrimoniales individuelles prenant le pas sur les valeurs traditionnelles.

Avec le choc des cultures consécutif à l'urbanisation et la modernisation, les idéaux traditionnels perdent du terrain au profit d'un nouvel ordre culturel combinant les innovations et les emprunts à la tradition. De nouvelles normes et stratégies matrimoniales émergent, répondant moins à un déterminisme communautaire qu'à une initiative individuelle des conjoints, dorénavant principaux acteurs du choix de leur partenaire et du processus devant aboutir à l'union. L'influence culturelle extérieure, conjuguée à la mobilité spatiale vers les centres urbains notamment, favorise le brassage de groupes sociaux, d'origines ethniques et d'obédiences religieuses diverses. De ce brassage des cultures naît progressivement un « brassage de cœurs » qui s'inscrit en porte à

faux avec la normalité traditionnelle des alliances matrimoniales. En tout état de cause, cet accord produit néanmoins certains effets, qui seront là aussi limités.

2- Un accord de plus en plus contesté

Au Congo, comme dans d'autres pays africains, le mariage en général est fortement valorisé et transcende largement la responsabilité des conjoints⁴². C'est une affaire de la collectivité, qui concrétise un engagement entre deux groupes sociaux aux termes d'échanges symboliques ou matériels souvent longs. C'est souvent aux aînés sociaux, chefs de ménage ou doyens d'âge, que revient l'initiative de négociation du mariage des différents membres sous tutelle des clans ou des lignages respectifs.

Le processus de négociation peut, dans la suite de son déroulement, intégrer d'autres acteurs familiaux comme les tantes ou les oncles des futurs conjoints. Les conjoints eux-mêmes, qui sont les premiers concernés, sont généralement les derniers à être consultés ou informés, aussi bien pour le choix du partenaire que pour la concrétisation de l'union. Le conformisme au choix ou à la décision familiale est de rigueur, sous peine de bannissement du clan, de représailles physiques ou mystiques. Soumis à l'assujettissement familial, les futurs conjoints n'ont aucun droit d'objection à la décision des aînés ou de la famille.

⁴² A. ILOKI, op, cit, p. 25.

Et pourtant, les parents ne devraient donner qu'une autorisation⁴³ postérieure à l'accord des futurs époux quoique de valeur concurrente à ce dernier, car susceptible d'empêcher la réalisation de la manifestation de la volonté des parties. Cet accord des familles⁴⁴ devra être spécial en ce sens qu'il visera nommément les pré-mariés, sans équivoque. Il est recueilli concomitamment au pré-mariage, lors de la cérémonie solennelle y relative.

Il est donc évident que cette autorisation spéciale a pour principal effet de lier deux familles⁴⁵. Plus qu'une autorisation, elle devient presque un acte contraignant à l'égard de deux familles. Ceci est d'autant plus vrai que sa révocation peut avoir des conséquences dramatiques pour la famille de l'auteur de l'acte jugé préjudiciable. Telle a été la portée du jugement rendu par le Tribunal d'instance de Poto-Poto, en date du 11 mars 2002 : « *Qu'en l'espèce sieur M. Jean a fait des présents au profit de la pré-mariée dont il demande la restitution ; Que le tribunal tout en accédant à cette demande possède des éléments nécessaires pour pouvoir rendre raisonnable et digne les différentes restitutions dans la mesure où la pré-mariée, ne les conteste pas ; Que dame T. Laure doit restituer 100. 000 FCFA de dot et 50. 000FCFA de cadeau, la boisson locale à hauteur*

*de 30 casiers de différents goûts ; Qu'il sied ainsi pour mettre fin au pré-mariage de prononcer la rupture avec reprise de propres de chacun des époux sans condition*⁴⁶ ».

Par ailleurs, il faut reconnaître que cette intrusion de la famille se trouve limitée par l'accord des futurs pré-mariés eux-mêmes qui se promettent mutuellement le mariage.

Dans une société restée fidèle à ses usages traditionnels, il est encore difficile au droit de se saisir des questions dont les familles conservent jalousement l'exclusivité. Dans cette optique, penser aux effets produits par l'accord entre les familles respectives des futurs pré-mariés revient à les rechercher sur un aspect beaucoup plus symbolique que juridique. Car rares sont les affaires portées devant le juge congolais⁴⁷ en rapport avec le pré-mariage et plus précisément avec la violation de l'accord passé entre les familles des pré-mariés. Ces dernières privilégient le plus souvent, sinon toujours, le règlement amiable des différends autour des sages, anciens, chefs de quartiers etc. En l'absence de prescriptions contraignantes en la matière, ces effets sont symboliques ou moraux. Nonobstant l'emprise toujours présente des groupes sociaux sur les unions matrimoniales, il n'en demeure pas moins que les intéressés eux-

⁴³ A. ILOKI, op, cit, p. 24.

⁴⁴ O. F. J. MATOKOT, op, cit, p. 91. Cet auteur estime que l'accord de deux familles est fondamental dans la célébration du mariage, ainsi donc, « le consentement des seuls futurs époux est impuissant à faire un mariage ».

⁴⁵ A. GABOU, *Le mariage congolais ladi et koukouya*, Brazzaville, édition St paul, 1979.

⁴⁶ TI de Poto-Poto, 11mars 2002, revue de droit et du notariat, n°15, 2005, p. 20, note J. BIYOU DI.

⁴⁷ A. ILOKI, op, cit, p. 25.

mêmes soient actifs dans la formation des couples puisqu'ils n'en sont pas totalement exclus. La liberté matrimoniale des futurs époux se traduit, en ce qui concerne le pré-mariage, par l'échange de la promesse de mariage entre ces derniers.

Au regard de ce qui précède, il est nécessaire de retenir qu'en dépit du consentement des pré-mariés, la loi fait intervenir d'autres acteurs importants dans la formation du pré-mariage. Il s'agit des parents⁴⁸ des intéressés qui doivent, eux-aussi, consentir à l'acte juridique. Mais, l'accord des familles n'a pas une valeur juridique réelle car, seul le consentement donné par les futurs pré-mariés a une valeur juridique certaine.

B- Une promesse entre les futurs pré-mariés

Qu'il s'agisse du mariage ou du pré-mariage, au Congo, l'union matrimoniale concerne deux personnes de sexe opposé qui, après la célébration, seront appelées à partager une vie commune. Il est donc important voire fondamental que chacune d'elles exerce ses droits constitutionnels⁴⁹ : celui de se marier ou de ne pas se marier, celui de choisir librement son conjoint⁵⁰. En tant que phase préalable au mariage civil, le pré-mariage n'en demeure pas

moins un accord entre l'homme et la femme⁵¹. C'est un avant-contrat ou un contrat préparatoire au mariage, qui comme tout autre contrat doit obéir non seulement aux règles de droit commun qui gouvernent tous les contrats⁵², c'est-à-dire le consentement, la capacité, l'objet et la cause prescrits par le Code civil⁵³, mais aux conditions qui gouvernent le mariage exceptées celles relatives à l'âge. Sa cause réside dans la définition donnée par le Code de la famille. C'est une convention solennelle par laquelle un homme et une femme « se promettent » mutuellement le mariage. Cette promesse de mariage devra être faite librement, sans contrainte, par chacun des intéressés. Il est donc nécessaire d'examiner l'objet de la promesse (1) ainsi que les conséquences pouvant en résulter (2).

1- L'objet de la promesse

Au sens étymologique, la promesse vient du verbe « *promettre* ⁵⁴ » qui signifie le fait de s'engager à faire quelque chose. Et si cette chose est le mariage, la promesse de mariage est donc l'engagement que prend personnellement chacun des pré-mariés envers l'autre de contracter mariage avec lui plus tard.

⁴⁸ T. E. OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain*, Présence Africaine, Paris, 1998, p. 168.

⁴⁹ Art. 38 de la Constitution du 25 octobre 2015.

⁵⁰ Art. 12 DUDH; Art. 16 CEDH.

⁵¹ A. ILOKI, op, cit, p. 26.

⁵² A. ILOKI, op. cit, p. 24.

⁵³ Art. 1128 Code civil réformé en France.

⁵⁴ A. ILOKI, op, cit, p. 26.

La promesse vise le mariage et, à ce titre, désigne une assurance que donne le pré-marié d'épouser la pré-mariée et vice versa.

Le mariage constitue donc l'objet de promesse faite réciproquement par les pré-mariés. Il est l'objectif des intéressés qui, avant de contracter le mariage, doivent passer par une période préparatoire⁵⁵. Car, en théorie, à ce stade, les futurs mariés sont supposés ne pas suffisamment se connaître au point de se choisir l'un et l'autre comme partenaires pour le reste du séjour terrestre, sous réserve d'un divorce.

Il s'agit d'un accord qui existe toujours même s'il présente des degrés de formalisme très variés : le consentement donné lors du mariage est toujours l'aboutissement d'une telle promesse préalable, au moins nécessaire à la mise en route des formalités de la célébration. Cet accord lui-même, n'étant pas instantané, s'est formé progressivement. D'où, cette promesse revêt d'une importance capitale telle qu'il a fallu l'ériger en convention.

Sociologiquement, le pré-mariage est une sorte de transition du célibat au mariage. La variété classique met l'accent sur l'annonce du projet de mariage au groupe social et sur la préparation morale,

matérielle, voire religieuse de l'union future.

Sur le plan juridique, l'existence de cette promesse suffit. Voilà pourquoi elle est accompagnée par une publication auprès de l'entourage. Même s'il est évident que dans une autre approche, il s'agira d'une ébauche beaucoup plus poussée de l'union, accompagnée d'une cohabitation. Faut-il rappeler qu'en pratique, la plupart des pré-mariés cohabitent avant leur mariage. Faisant intervenir les pré-mariages le plus souvent entre les concubins ; ils sont devenus une sorte de transition du concubinage au mariage, par adjonction au simple concubinage d'une promesse de mariage. Cela n'exclut pas le fait qu'elle soit insusceptible de produire des effets.

2- Les effets de la promesse du pré-mariage

Il faut s'empresse de relever que, malgré le caractère conventionnel du pré-mariage, la promesse qui en découle ne produit pas les mêmes effets que la promesse synallagmatique du contrat.

En effet, la promesse de mariage est un engagement pris envers une personne de

⁵⁵ L'on serait tenté de la qualifier de « période d'essai ».

contracter mariage⁵⁶ avec elle, qui n'oblige pas juridiquement son auteur -celui-ci pouvant toutefois être condamné à des dommages-intérêts en cas de rupture abusive-. A contrario, la promesse synallagmatique de contrat, elle, est un accord de volontés par lequel deux personnes s'engagent réciproquement et définitivement dans les termes d'un contrat dont les conditions essentielles, au moins, sont déterminées et qui équivaut au contrat lui-même⁵⁷.

Indépendamment de tout ce qui vient d'être dit, et pour revenir au sujet, il est important de noter que les effets de la promesse du pré-mariage se manifestent de trois manières : la cohabitation, la détermination du régime matrimonial et le versement de la dot⁵⁸.

En ce qui concerne la cohabitation, l'article 125 du code de la famille dispose qu'« au cours du pré-mariage, les pré-mariés peuvent se rendre visite ou cohabiter conformément aux usages. S'ils ne cohabitent pas, ils doivent se respecter mutuellement et se conduire l'un et l'autre d'une manière réservée à l'égard des tiers ».

Quel que soit leur âge, le législateur leur offre la possibilité de cohabitation.

Cette expression recouvre à la fois la cohabitation matérielle qui est le fait de partager un même toit, mais également la cohabitation physique, dénommée dans le mariage, « devoir conjugal ».

Ayant permis la cohabitation des pré-mariés, la loi prévoit en outre une présomption de paternité dans le cas où un enfant viendrait à être conçu pendant le pré-mariage. En effet, l'article 125 alinéa 4 dispose que « l'enfant né pendant le pré-mariage a pour père le pré-marié de sa mère, sauf en cas de contestation de paternité ». Il s'agit là de la présomption de paternité *Pater is est quem nuptia* démontrant qui suppose un devoir de fidélité, car l'infidélité des pré-mariés constitue un motif légitime de rupture du pré-mariage.

Pour ce qui est du régime matrimonial, prévu par l'article 125, al 5, les pré-mariés qui vivent sous le même toit, ne peuvent adopter qu'un seul type de régime matrimonial, pour l'administration de leurs biens, celui de la séparation des biens.

Sur ce qui précède, on peut retenir que la condition d'application du régime matrimonial est la cohabitation. En effet,

⁵⁶ A. ILOKI, op, cit, p. 81.

⁵⁷ Ibidem ;

⁵⁸ O.F.J. MATOKOT, *Droit civil congolais*, CESBC Presses, Paris, p. 92.

pour se voir appliquer ce régime, les pré-mariés doivent habiter ensemble.

Et s'ils n'habitent pas ensemble, quel serait alors le régime matrimonial applicable ? Sur ce point, les dispositions de l'article 125 al 4 sont restées silencieuses. Peut-être qu'il serait nécessaire, dans le cadre d'une réforme de cette institution, d'harmoniser l'application de ce régime pour les pré-mariés : qu'ils cohabitent ou pas.

Dans la même perspective, il serait également logique de régler le problème de la succession lié au pré-mariage. En effet, l'alinéa 4 du même article nous enseigne que les pré-mariés ne « *peuvent pas se succéder l'un à l'autre* ». Là aussi, il s'agit d'une injustice à réparer. Lorsque la loi modifie les institutions coutumières existantes et établit un ordre nouveau, comme c'est le cas avec la consécration du pré-mariage, sa « *réception intellectuelle peut être source de difficultés*⁵⁹ ». La première difficulté liée aux effets du pré-mariage pourrait être l'interdiction de principe faite aux pré-mariés de se succéder. Même si on considère que le pré-

mariage est une situation transitoire débouchant au mariage civil, il n'en demeure pas moins qu'il produit des effets. A ce titre, il serait logique de permettre aux pré-mariés de se succéder l'un à l'autre.

S'agissant de la dot⁶⁰, on constate qu'elle n'est pas définie par le Code de la famille congolais⁶¹. La doctrine a essayé d'en préciser les contours. Ainsi, pour M. J. B. BOUBOUTOU considère que la dot est une « *compensation économique de la perte que représente le départ de la jeune fille de la famille d'origine, mais aussi un homme qu'il faut nécessairement rendre à la famille de la jeune qui accepte l'affaiblissement du clan*⁶² ». Il ressort de cette définition que la dot est une compensation économique liée au départ d'une jeune fille de sa famille biologique vers une nouvelle famille créé par le fait de la loi.

En effet, la dot dans le droit congolais est donc, en réalité, constituée par des obligations patrimoniales qui s'exécutent en nature et en somme d'argent. Plus concrètement, il s'agit de présents faits aux parents de la future pré-

⁵⁹ N. M. A. MOUTHIEU, « La problématique des situations de fait en droit patrimonial de la famille : Cas des femmes et des enfants », in *Mélanges en l'honneur du Professeur N. DIOUF*, Tome 1 : *Justice*, p. 413.

⁶⁰ S. ONDZE, « L'inefficacité de la réglementation de la dot en droit de la famille congolais », *Revue congolaise de droit et des affaires*, n°15, 2014, p. 36.

⁶¹ A. KEBI-MOUNKALA, *Le droit congolais de famille, Filiation, régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, l'Harmattan, Coll, « Etudes africaine, 2008, p. 51.

⁶² J.M. BOUBOUTOU, « Réflexions sur certains aspects de la loi n° 073/84 du 17 octobre 1984 portant organisation du Code congolais de la famille », in revue juridique et politique, indépendance et coopération, n°3-4, p. 981.

mariée. Toutefois, en contre partie de ces présents, le prétendant ou plutôt sa famille reçoit de la famille de la future pré-mariée des prestations qui elles sont toujours en nature, marquant ainsi le consentement au pré-mariage, scellant ainsi l'union entre deux familles d'abord, avant d'être l'union de deux personnes. C'est cette réciprocité de prestations de la dot que le législateur moderne a éludée, transformant la dot en une action à sens unique, donnant ainsi l'impression qu'il s'agit d'un achat⁶³ de la part du pré-marié, alors qu'il s'agit en réalité d'un échange de prestations.

Le versement de la dot⁶⁴ fait également partie des effets que peuvent produire la promesse de mariage faite par le pré-marié au profit de la pré-mariée ou précisément à sa famille. Le Code de la famille prescrit plusieurs types de dot. Elle peut être payée en nature, ou en espèce ou sous les deux formes en même temps⁶⁵. La dernière figure dotale est la plus répandue. Lorsque la dot est à la fois en nature et en espèces, il est délicat d'évaluer

précisément le montant précis de la dot. En effet, l'argent liquide est introduit dans une enveloppe, dont l'auditoire présent à la cérémonie du pré-mariage ne connaîtra jamais le véritable montant, parce qu'il est un secret des parents de la future épouse et des intermédiaires, s'il en existe. La remise en public de l'argent liquide permettrait d'évaluer précisément le montant de la somme. La dot en nature est constituée de divers biens qui ne sont pas définis par la loi. Les objets constituant la dot sont encadrés par les costumes. En règle générale, la future épouse ou la pré-mariée indique discrètement les préférences de ses parents au futur pré-marié.

S'il est acquis que le pré-mariage est une convention aux traits sociologiques et une tradition consacrée par le législateur de 1984, comme susmentionné supra, il doit entretenir des similitudes avec d'autres notions sociales plus connues, à l'instar des fiançailles. La question souvent débattue en doctrine est celle de savoir s'il constitue un synonyme au « *mariage coutumier*⁶⁶ »

⁶³ En effet, certains juristes, surtout féministes, pensent que la dot marque la valeur patrimoniale de la future épouse. Pour d'autres, la dot rétribue d'une certaine façon l'investissement consacré par la famille, pour l'entretien et l'éducation de la future épouse, comme si de tels actes de la part des parents étaient exclusifs aux femmes. Les tenants de ces thèses assimilent la dot à un prix d'achat et la femme à une marchandise dont le mari pourra disposer à sa guise. Pour ces personnes, parler de dot, c'est porter atteinte au droit de la femme. Aussi, contestent-elles l'introduction de la dot dans le droit civil congolais moderne, soutenant qu'il s'agit d'un retour en arrière, d'une atteinte à la dignité et à la

liberté de la femme. Telle est la position extrême de de certaines femmes : CF : O.F.J. MATOKOT, op, cit, pp :98- 99.

⁶⁴ O.F.J. MATOKOT, op, cit, p. 92.

⁶⁵ Art. 140 du Code de la famille.

⁶⁶ C. MBA-OWONO, *Précis de Droit Civil gabonais : Les personnes – Les incapables*, édition DIANOÏA, 2019, Paris, p. 171 : « Le mariage coutumier n'est pas interdit au Gabon, mais sa célébration n'emporte aucune conséquence sur l'union matrimoniale. A la limite, en application des articles 377 à 388 du Code civil gabonais, elle peut permettre de rapporter la preuve de l'existence d'une union libre (article 379 al 2) ».

revendiqué par les députés et/ou des fiançailles d'origine française. En ce qui nous concerne, il faudra relever qu'il est une institution du contrôle social du mariage.

II- UN INSTRUMENT DE CONTRÔLE SOCIAL DU MARIAGE

Le pré-mariage consacre, de manière peu claire, l'entrée de la tradition dans la législation familiale congolaise. Comme dans la plupart des législations africaines où la part de la tradition et de la modernité sont souvent recherchées⁶⁷, le droit congolais de la famille légalise une institution coutumière⁶⁸ en faisant d'elle une condition de validité du mariage civil (B). Ici, après analyse, on constate que le législateur congolais a manqué l'occasion de faire une grande réforme. Il aurait pu faire du pré-mariage un mariage à part entière. C'est-à-dire une institution autonome au mariage civil.

Quoiqu'il en soit, la coutume est partout présente dans les pratiques qui concourent

à la préparation et à la célébration du pré-mariage. Ainsi, le pré-mariage est devenu un avatar de la coutume (A).

A) Un avatar du mariage coutumier

Etymologiquement, le mot « avatar » signifie le fait de transformer un objet ayant déjà subi plusieurs modifications. Dans le cadre de cette étude, le pré-mariage serait considéré comme un avatar du mariage coutumier.

En effet, l'historicité de l'institution du code de la famille, et par ricochet celle du pré-mariage, ne cache pas la volonté du Gouvernement de l'époque, à travers son ministre de la justice, d'instituer les fiançailles. Face à la contestation et aux revendications des députés, il s'était résolu de faire que toute l'ossature du texte conçu pour régir les fiançailles demeure intact sauf que ce mot cédait sa place à son substitut, le « pré-mariage ». Et pourtant, l'article 124 du Code de la famille, en disposant que : « (...) *Le pré-mariage est réglé par les usages et la tradition pour tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions de ce présent Code* »⁶⁹ a par là même assimilé le pré-mariage au mariage coutumier. Car, le législateur a laissé une

⁶⁷ M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *RDIC*. 2005, p.345 et s.

⁶⁸ C'est une constance dans les législations familiales africaines d'introduire des institutions coutumières V° par exemple au Cameroun Thérèse

ATANGANA-MALONGUE, « La réception des institutions traditionnelles dans la codification du droit de la famille au Cameroun », in *De l'Esprit du droit africain, op.cit.*

⁶⁹ TI de poto-poto, 26 avril 2002, note J. BIYOU DI, *Revue de droit et du notariat*, n°15, 2005, p. 20.

liberté formelle aux intéressés en ce qui concerne la cérémonie de pré-mariage. Cette liberté laisse place aux usages et des traditions qui y conservent une certaine emprise (1). Par ailleurs, la présence de l'autorité administrative y est facultative (2).

1- L'emprise des usages et traditions dans la formation du pré-mariage

En l'absence de définition légale, par usages, il faut entendre « *une véritable règle de droit, désigne souvent une pratique particulière à une profession - usages professionnels-, à une région - usages régionaux- ou à une localité - usages locaux- et dont la force obligatoire est variable* »⁷⁰.

Autrement dit, il s'agit d'une pratique rendue normale par son ancienneté dans la société où elle a cours ou par la fréquence de son utilisation par la population concernée. Dans ce sens, les usages sont synonymes de coutume. Celle-ci étant « *une simple répétition de faits s'imposant à une communauté par la fréquence matérielle (...) évoquant une utilisation soit spontanée, soit morale, soit individuelle, soit sociale, d'un objet ou*

d'une collection d'objet. C'est une manière d'être habituelle et constante à leur propos dans les mêmes circonstances ; une même façon d'agir et de se comporter »⁷¹.

Le choix de ce terme procédait de la volonté de contourner les députés pour éviter de légiférer sur le mariage coutumier. Pour ses « inventeurs » -le mot n'existant pas dans le vocabulaire de la langue française-, le pré-mariage a la valeur de mariage qui existe avant le mariage célébré par l'officier d'état civil. Il s'agissait en réalité d'un subterfuge destiné à régir les fiançailles en lieu et place du mariage coutumier sans se préoccuper des régimes bien différents qui les caractérisent. C'est essentiellement ce procédé qui explique l'imbroglio juridique qui entoure cette notion de « *pré-mariage* » dont les contours sont incertains.

Par ailleurs, l'imbroglio juridique réside dans une incompatibilité flagrante et une contradiction illogique entre les différentes dispositions du Code de la famille. L'article 808 du Code de la famille dispose qu'à cette date⁷² « les dispositions du code civil, des textes législatifs, réglementaires, les coutumes cessent d'avoir force de loi, ou de coutume au

⁷⁰ G. CORNU, Vocabulaire juridique 12e édition, PUF, 2018, p. 2220 ;

⁷¹ P. LENGA, Droit traditionnel Congolais, UMNG, Cours, 1ere année, 1983/1984, p. 24 et 39 ;

⁷² 17 octobre 1984 : date de l'adoption du Code de la famille ;

Congo dans les matières qui font l'objet du Code de la famille ». Tandis que l'article 124 alinéa 2 dispose que « le pré-mariage est réglé par les usages et la tradition pour tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions de ce présent Code » et que l'article 141 insiste sur la dimension coutumière en imposant au futur époux de verser la dot « conformément à la coutume des parties (...) ».

Il est donc convenable que « *de nos jours encore, le code de la famille en vigueur au Congo Brazzaville reconnaît la légitimité du mariage traditionnel ou coutumier* »⁷³. Mais dans un pays réputé pour sa diversité coutumière, cette approche semble risquée, inadaptée faute de leur uniformisation. Les diverses prescriptions et traditions propres aux groupes ethniques rendent difficiles leur acception et leur légitimité sur toute l'étendue du territoire au risque de se heurter à des contradictions plus ou moins importantes car chaque groupe voulant mettre en avant sa propre conception et ce, parfois, au détriment de celle des autres. Les rivalités ethniques y règlent leurs comptes dans des circonstances où devrait régner le souci d'unir les familles. Que dire de la place qu'occupent les pratiques

coutumières auprès des autorités administratives ?

Ces dernières ne pouvant se prévaloir de la totale maîtrise de ces pratiques n'y accorderont qu'une appréciation formelle et non-objective. Ce facteur déconstruit l'unité nationale et remet en cause la sécurité juridique que le code de la famille a pour ambition de garantir à travers une législation unique, applicable à l'ensemble des citoyens congolais.

La tradition caractérise l'ensemble des informations, quelque peu légendaires, issues de l'oralité, qui concernent le passé et qui sont transmises de génération en génération. Elle est la somme des attitudes positives que l'on maintient ou que l'on perpétue, lesquelles symbolisent les manières de penser, de faire ou d'agir en se référant au passé.

A bien y voir, les usages et la tradition sont apparentés au point de réunir les éléments constitutifs de la coutume dont ils sont la manifestation. C'est alors qu'il apparaît une préférence doctrinale de la notion de tradition que l'on considère comme « une coutume améliorée par rapport à l'intelligence humaine »⁷⁴. Une partie de la doctrine s'accommode bien de l'emploi de la notion de « coutume »

⁷³ J. MALOUMBI-SAMBA, « Longo : le mariage kongo, ICES », p. 28 ;

⁷⁴ P. LENGA, op. cit. n°27.

qu'elle assimile aux usages auxquels se soumettent les pré-mariés en matière de visites ou de cohabitation⁷⁵.

A ce sujet, le code renvoie aux usages et à la tradition pour la forme du pré-mariage. Cependant, cela serait en contradiction flagrante avec les objectifs affichés par le législateur. En effet, le rapport de présentation du projet du code de la famille révélait que : « *Les auteurs n'ont pas eu pour préoccupation principale de respecter les coutumes et ils ne se sont pas efforcés de rechercher une ligne médiane à travers la diversité des coutumes. Leur objectif essentiel a été de faire un code moderne qui constitue un outil de travail efficace pour les juristes et en même temps un code africain et spécifiquement congolais* »⁷⁶.

Au regard de ce qui précède, il paraît évident que les rédacteurs du code de la famille n'aient pas pu aménager quelques espaces dans ce texte au bénéfice de la coutume dont la suppression même était prônée pour satisfaire aux exigences de la modernité⁷⁷. Dans ces conditions, on ne peut espérer la mise en œuvre

rationnelle de l'article 124 du code de la famille dans son alinéa 2 relatif aux conditions de forme du pré-mariage. Cela met en cause l'intérêt même de cette institution dont la portée est rendue problématique à la base par le législateur lui-même qui l'avait pourtant jugée indispensable dans le processus du mariage.

L'une des difficultés d'unification de la législation nationale en matière matrimoniale par le législateur de 1984 a été celle de concilier tradition et modernité sans prendre position pour l'une ou l'autre. Cette difficulté est d'autant plus pertinente que la présence de l'autorité administrative n'est pas obligatoire

2- La présence facultative de l'autorité administrative

La célébration du mariage est faite sous la surveillance administrative de l'autorité de l'état civil. Il est, comme le constate le Professeur Serge GUINCHARD, « *le pivot du système puisqu'il célèbre* »⁷⁸ le mariage, conformément aux textes en vigueur. Il joue donc un rôle très important dans le

⁷⁵ D. AMBOULOU, *Le notariat congolais de 1960 à nos jours*, préface de Charles Emile APESSE, Brazzaville, Hamar, 2005, p. 53 ;

⁷⁶ Voir A. ILOKI, *Le droit du mariage au Congo : le pré-mariage, le mariage à l'état civil*, études africaines, L'Harmattan, 2008, p. 20 ;

⁷⁷ Art. 808 du Code de la famille congolais dispose que : « Abrogation des dispositions antérieures. A

cette date les dispositions du Code Civil, les textes législatifs, réglementaires, les coutumes cessent d'avoir force de loi, ou de coutume au Congo dans les matières qui font l'objet du Code de la famille... ».

⁷⁸ S. GUINCHARD, « Le mariage coutumier en droit Sénégalais », In *Revue internationale de droit comparé*, 1978, p. 813.

processus de célébration du mariage, au sens où il devient presque juge des formalités consacrant le mariage. A ce titre, « *administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale*⁷⁹». L'autorité d'état civil est donc véritablement une autorité administrative.

S'agissant du pré-mariage, les dispositions de l'article 121 du Code de la famille ne rendent pas obligatoire la présence d'une autorité pendant la célébration du pré-mariage.

L'absence de l'autorité administrative pourrait se justifier par la volonté du législateur congolais d'éviter d'alourdir la procédure de célébration du pré-mariage.

En effet, selon la formule consacrée de l'article 121 du Code de la famille, les pré-mariés se promettent mutuellement le mariage avec l'accord de leurs familles et « *au besoin devant le Président du comité du village ou du chef de bloc ou de leurs représentants* ».

L'expression « au besoin » est susceptible d'évoquer la possibilité de recourir à cette autorité administrative en

cas de nécessité. Par conséquent, il s'agit donc d'une condition facultative⁸⁰ du pré-mariage. Par ailleurs, la loi n'indique pas les cas susceptibles d'exiger la présence de l'autorité administrative.

Sur le plan juridique, l'absence de l'autorité administrative dans la célébration du pré-mariage pourrait poser quelques problèmes pratiques. Le premier problème, c'est celui du respect des dispositions légales. Pendant la célébration du pré-mariage, l'officier d'état civil devrait voir si les futurs pré-mariés avaient respecté les dispositions légales réglementant le pré-mariage, notamment l'obligation incombant au pré-marié de donner les cadeaux à la pré-mariée ainsi qu'à sa famille.

Le deuxième problème qui pourrait être causé par l'absence d'une autorité administrative, c'est celui de l'ordre public de la famille. En jouant le rôle du juge des formalités, l'autorité administrative protège aussi bien la famille du pré-marié que celle de la pré-mariée d'une mauvaise surprise. A cet effet, elle pourra vérifier si la dot⁸¹ a été effectivement versée par le pré-marié.

⁷⁹ P. MOUDOUDOU, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative du Congo -Brazzaville*, Presses Universitaires de Brazzaville, 2019, pp, 175-176.

⁸⁰ A. ILOKI, *op, cit*, p. 26.

⁸¹ A. ILOKI, *op, cit*, p. 31.

Dans la perspective d'une réforme du Code de la famille congolais, on pourrait, par exemple, envisager que la présence du chef du quartier se limite à constater quelques irrégularités dans la préparation du pré-mariage. Il serait donc important de faire évoluer la législation nationale en rendant obligatoire la présence de l'autorité administrative.

A l'instar du Sénégal, et profitant de ce que la présence de l'autorité administrative soit facultative, nous proposons dans le cadre de cette étude que certaines dispositions du pré-mariage soient modifiées pour le rendre conforme aux réalités sociologiques du Congo. A cet effet, cette réforme va consister à donner la possibilité à l'officier d'état civil de constater l'existence du mariage coutumier. Ce constat lui permettra de vérifier si les futurs époux ont bien respecté les conditions y relatives.

Ainsi, le mariage coutumier ne pourra être constaté que lorsque les futurs époux auront respecté une coutume matrimoniale en usage en République du Congo. Cette proposition permet de réhabiliter l'autorité de l'Etat dans l'organisation des pré-mariages.

B) Une condition de fond du mariage

La célébration du mariage est subordonnée à l'organisation du pré-mariage. Par cette déclaration, le législateur congolais a fait du pré-mariage une des conditions de fond du mariage.

On n'en veut pour preuve les dispositions de l'article 123 du Code de la famille qui affirment « *qu'on ne peut contracter le mariage sans avoir fait célébrer le pré-mariage ou avoir obtenu des parents une déclaration écrite selon laquelle le pré-mariage sera célébré ultérieurement à la célébration* ». Il ressort de ce texte que le pré-mariage est une institution importante à la célébration du mariage. *A priori* ou *a posteriori*, la célébration du mariage ne saurait intervenir sans avoir procédé à la célébration du pré-mariage. Ce qui, en la forme, fait de lui une condition de fond du mariage, en ce que sa célébration est nécessaire (1). Même s'il est possible d'obtenir le report de cette célébration (2).

1- La nécessité de la célébration du pré-mariage

Le pré-mariage, comme son nom l'indique, est une institution qui précède le mariage. Son emplacement⁸² dans le code

⁸² Titre VI, Chapitre premier, section première, avant le mariage (Section II).

de la famille est la caractéristique de cette réalité.

En principe, on ne peut contracter le mariage sans au préalable célébrer le pré-mariage. Cela signifie que le pré-mariage doit toujours précéder le mariage civil. A cet effet, le « *défaut de célébration du pré-mariage devrait donc, en règle générale, entraîner des sanctions, notamment la nullité du mariage* ⁸³ ». Cette sanction est la conséquence de l'application de l'article 123 du Code de la famille congolais.

En effet, il est donc établi que la célébration du mariage civil est conditionnée par le respect d'un certain nombre de formalités. Parmi ses formalités, le pré-mariage occupe une place de choix. Ces nouvelles formalités cohabitent avec celles plus classiques, héritées du code civil, tel que le dépôt de certaines pièces ou encore la publication des bans. A cet effet, selon l'article 123 du Code de la famille, « *le pré-mariage est une condition sine qua non à la formation du mariage, sans laquelle le mariage ne peut être célébré* ⁸⁴ ». En principe, la sanction de l'inobservation de cette formalité serait la nullité du mariage ou alors la non célébration de ce dernier.

Toutefois, en dépit des dispositions légales citées plus haut, les articles 156 et

158 qui traitent des nullités du mariage, ne mentionnent pas le défaut de la célébration du pré-mariage comme l'une des causes de nullité.

En vertu du principe « *pas de nullité sans texte* », il s'avère qu'un mariage célébré sans pré-mariage demeure valable. Pourquoi donc avoir fait du pré-mariage une condition impérative de la validité du mariage, si son inobservation n'est pas sanctionnée ? N'est-ce pas reconnaître, de manière indirecte, que le pré-mariage n'est pas obligatoire ? Comment une même institution peut être à la fois obligatoire et facultative ?

A la lumière de tout ce qui vient d'être dit, nous constatons simplement que le pré-mariage n'est pas véritablement une condition impérative du mariage. Ceci est d'autant plus vrai que le non-respect de cette formalité n'entraîne pas la nullité du mariage. Aussi, est-il important de noter qu'il peut être célébré également avant ou après le mariage. Par ce jeu d'écritures, le législateur n'a-t-il pas créé une institution mort-née ?

On peut donc dire, sans risque de se tromper, que le législateur congolais a créé une institution sans pour autant préciser son utilité. Par conséquent, on peut en conclure que les dispositions prévues par le

⁸³ O.F.J. MATOKOT, op, cit, p. 12.

⁸⁴ O.F.J. MATOKOT, op, cit, p. 92.

Code de la famille, régissant le pré-mariage, présentent de nombreuses lacunes et parfois même se contredisent. Il serait temps d'engager une réforme de cette institution.

Par ailleurs, il faut admettre que sur certains points, cette condition est relativement applicable.

2- Le possible report de la célébration du pré-mariage

Comme dit précédemment, la célébration du mariage doit être précédée par celle du pré-mariage. Mais, cette célébration du pré-mariage n'est pas toujours antérieure à celle du mariage à l'Etat civil. Car la loi accorde la possibilité aux futurs mariés de procéder ultérieurement à la célébration du pré-mariage.

La possibilité de célébrer le pré-mariage avant ou après le mariage a pour conséquence de faire du pré-mariage une formalité non contraignante. Ceci veut dire que le défaut de célébration du pré-mariage avant le mariage civil ne constitue pas une violation de la loi.

Pour être conforme à l'esprit et à la lettre des dispositions de l'article 123 du Code de la famille congolais, il aurait été

plus logique de l'appeler, dans ce cas précis, « *post-mariage* ⁸⁵ ».

Sur ce point, on peut retenir que le pré-mariage est bel et bien une condition de célébration du mariage. A ce titre, il peut être célébré avant ou après le mariage. Même si la question de l'opportunité de célébration du pré-mariage ou du « *post-mariage* » se pose avec acuité. On pourrait se demander l'utilité de célébrer le pré-mariage après le mariage, serait-il encore une promesse de mariage ou alors juste la consécration de la rencontre entre deux familles⁸⁶ ? Là encore, nous avons du mal à comprendre les intentions réelles du législateur congolais, en envisageant la possibilité de célébrer le pré-mariage après le mariage civil. Sans doute, cette possibilité est ouverte pour sceller l'union entre deux familles. Ceci est d'autant plus vrai qu'en Afrique, ainsi que le constate Monsieur T. OLAWALE ELIAS, « *le mariage est un contrat solennel passé entre deux familles* ⁸⁷ ». Il s'ensuit de ce mariage que les intérêts individuels des époux, bien que reconnus formellement ou implicitement, sont en réalité subordonnés aux intérêts dominants, ceux de leurs familles respectives.

⁸⁵ O.F.J. MATOKOT, *opn cit*, p. 92.

⁸⁶ T. OLAWALE ELIAS, *op, cit*, p. 168.

⁸⁷ T. OLAWALE ELIAS, *op, cit*, p. 168.

Somme toute, il est toujours indispensable aux mariés de faire célébrer le pré-mariage conformément aux textes en vigueur. La célébration postérieure se ferait avec l'accord préalable des parents⁸⁸ de deux familles. Mais, qu'en serait-il en cas de non-respect de cette déclaration ?

Le mariage ainsi célébré pourrait être frappé de nullité ? De quelle nullité : absolue ou relative ? Là encore, le législateur est resté silencieux.

Ce qui soulève, de notre point de vue, une fois de plus, la question de l'inadéquation de ces textes avec l'évolution de la société actuelle. A bien y voir, les changements dans la conception du mariage ne sont cependant pas si radicaux et systématiques : le schéma de nuptialité actuel présente une configuration de type transitoire, avec la cohabitation de modèles traditionnels et d'unions dites « à l'occidentale » qui font abstraction des frontières ethniques, religieuses, linguistiques ou géographiques.

De ce qui précède, on pourrait profiter de cette relativité conditionnelle pour réformer le pré-mariage. Pourquoi ne pas en faire un mariage à part entière, comme au Sénégal ?

CONCLUSION

Au terme de cette étude, il faut retenir que le législateur de 1984, en instituant le pré-mariage dans le corpus juridique congolais, avait manqué l'esprit de transaction et de synthèse⁸⁹. Ce qui explique l'application ambivalente des dispositions de cette institution aussi bien en milieu rural qu'en milieu urbain.

Cette situation appelle une réforme fondamentale de cette institution qui est à la fois une promesse de mariage et un instrument du contrôle social du mariage.

De la volonté de combiner les traditions avec les innovations, de faire une sorte de synthèse entre le droit ancien et le droit nouveau, le pré-mariage devrait s'émanciper de la tutelle juridique du mariage civil, comme au Sénégal⁹⁰.

La nouvelle configuration du code de la famille congolais consacrerait le droit d'option : entre le mariage coutumier ou le mariage civil. Ainsi, le droit congolais de la famille doit être, en d'autres termes, en avance sur la société, mais il ne doit pas être trop en avance ni trop en retard ; il doit composer avec les données sociales et respecter, dans une certaine mesure, les

⁸⁸ Article 123 du code de la famille dispose que « On ne peut contracter mariage sans avoir auparavant fait célébrer le pré-mariage ou obtenu des parents une déclaration écrite selon laquelle, le pré-mariage sera célébré ultérieurement ».

⁸⁹ J. MATOKOT, op, cit, p. 11.

⁹⁰ Article 114 du Code de la famille sénégalais. « *le mariage peut être célébré par l'officier d'état civil ou constaté par lui ou son délégué* ». Par cette définition, le législateur sénégalais avait consacré l'existence du mariage coutumier.

sentiments et les manières de voir les choses. Et telles que les choses se réalisent, de nos jours, le pré-mariage est devenu presque autonome par rapport au mariage civil. Certains pré-mariés, pour une raison ou pour une autre, se limitent au pré-mariage et d'autres vont jusqu'à la célébration le mariage civil. Il est temps de corriger cette injustice juridique, en faisant du mariage coutumier un mariage à part entière et autonome par rapport au mariage civil.

Enfin, la brutalité législative peut avoir ses vertus, mais peut également engendrer des situations ambivalentes comme celles instituées par le code de la famille en faisant du pré-mariage une condition de fond du mariage civil, une sorte de promesse au mariage. Dans le cadre d'une réforme de cette institution, il convient d'envisager l'émancipation juridique du pré-mariage par rapport au mariage civil. Cette émancipation passe par la mise en place de deux mariages, à savoir le mariage coutumier et le mariage civil. Sans doute que cette réforme aurait l'avantage d'uniformiser le droit de la famille aussi bien en milieu urbain qu'en milieu rural.