

LE DROIT DU MARIAGE AU CONGO

Le pré-mariage
Le mariage à l'état civil

© L'Harmattan, 2008
5-7, rue de l'École polytechnique ; 75005 Paris

<http://www.librairieharmattan.com>
diffusion.harmattan@wanadoo.fr
harmattan1@wanadoo.fr

ISBN : 978-2-296-04969-7
EAN : 9782296049697

Auguste ILOKI

LE DROIT DU MARIAGE AU CONGO

Le pré-mariage
Le mariage à l'état civil

1^{ère} édition 2008

avec la collaboration de Mireille ILOKI GONDO

L'Harmattan

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

1. Le droit du licenciement au Congo, 1^{ère} édition, L'Harmattan, 2000, collection « Logiques juridiques » ;
2. Le recours pour excès de pouvoir au Congo, 1^{ère} édition, L'Harmattan 2002, collection « logiques juridiques » ;
3. Le droit du divorce au Congo, L'Harmattan 2004, collection « Etudes africaines » ;
4. Le droit des successions au Congo, tome 1, L'Harmattan 2006, collection « Études africaines » ;
5. Le droit des successions au Congo, tome 2, L'Harmattan 2006, collection « Études africaines ».

Hommage éternel à mes parents : feu Emmanuel Iloki et feu Nianguégué Engondzo ;

Hommage à mon beau-père, feu Jacques Gondo ;

A la mémoire du ministre Dieudonné Kimbémbé, pour son œuvre juridique inestimablement précieux :

Ma reconnaissance infinie à Francis Akiéné Mayoké et à Guy-Roger Cyriac Gombé-Apondza, pour la relecture assidue de ce livre.

AVANT-PROPOS

Du « droit du divorce au Congo » (mon troisième livre paru en 2004) au « droit du mariage au Congo » (l'actuel sixième ouvrage), mon raisonnement a subi une inversion singulière aisément perceptible.

J'indiquais en effet, dans l'avant-propos de ce livre, que le divorce résulte de la désagrégation des relations matrimoniales. C'est ainsi que conscient de l'ordre normal des choses, je commençais la rédaction de ce livre par définir la notion de mariage telle qu'elle résulte de la conception du législateur dans le code de la famille : « l'acte public par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union légale et durable... » (art. 127, C. fam.).

Cependant, mu par une inspiration contextuelle qui m'a orienté opportunément vers les questions liées à la rupture du lien du mariage, je n'avais pas cru utile de mener une étude globale des questions du divorce et du mariage constituant pourtant des matières pouvant être traitées ensemble dans le domaine du droit de la famille.

Ma démarche actuelle visant l'examen des problèmes inhérents au mariage ne doit pas être perçue comme un paradoxe dès lors que l'objectif à atteindre dans mon précédent ouvrage « Le droit du divorce au Congo » consistait, ainsi que cela avait été clairement indiqué, non pas à aider les époux à se défaire de leur union, mais au contraire à exposer, aux fins de sensibilisation, à ceux qui ne les ont pas encore vécus, les faits générateurs du divorce pour les en détourner aux fins de préservation du lien matrimonial.

Il s'agissait donc, en quelque sorte, de faire prendre conscience aux époux des dangers dont ils doivent se prémunir pour sauvegarder l'union conjugale. Il m'a paru, par conséquent, indispensable de mettre à leur disposition des faits leur permettant de tirer les leçons des mauvaises expériences des personnes dont le mariage a été emporté par le divorce.

Il ne faut donc point s'en offusquer. Il convient simplement de comprendre la démarche de l'auteur et de le suivre dans sa stratégie de mise en œuvre de la stabilité du mariage suivant les règles établies par le législateur et leur application par les acteurs qui sont les officiers de l'état civil, les futurs mariés et leurs parents, les époux ainsi que les magistrats le cas échéant.

D'où l'intérêt présentement de consacrer une étude au mariage sans regretter de n'avoir pas accordé à cette matière la préséance ou plutôt la prééminence relativement au divorce. L'attitude inversive que l'on pourrait percevoir dans l'examen de ces questions par l'auteur ne peut se révéler qu'illusoire au regard de la convergence des objectifs recherchés dans les deux cas.

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

Al.	: Alinéa
Ar. civ.	: arrêt civil
Art.	: Article
B. a. c. s	: bulletin des arrêts de la Cour suprême
C. A	: Cour d'appel
CAB	: Cabinet
C. civ.	: code civil
Const.	: Constitution
C. const.	: Cour constitutionnelle
C. fam.	: code de la famille
Cf.	: Confer, « voir », « se reporter à »
Ch. civ.	: arrêt, Chambre civile de la Cour suprême
Ch. Jud.	: arrêt de la Chambre judiciaire de la Cour suprême
Coll.	: Collection
C/	: Contre
Ch. Adm.	: arrêt, Chambre administrative de la Cour suprême
Ch. Adm. const.	: arrêt, Chambre administrative et constitutionnelle de la Cour suprême
Ch. Pén.	: arrêt, chambre pénale de la Cour suprême
C. p. c. c. a. fin.	: code de procédure civile, commerciale, administrative et financière
C. s	: Cour suprême
C. pén.	: code pénal
C.P.P	: code de procédure pénale
D. C. C	: décision de la Cour constitutionnelle
Décr.	: Décret
E. N. A. M	: école nationale d'administration et de magistrature
Ed.	: Édition
GCS	: greffe de la Cour suprême
L.	: Loi
L. A. J. A. P	: laboratoire d'analyses juridiques administratives et politiques
L. G. D. G	: librairie générale de droit et de jurisprudence
N°	: Numéro
Op. cit.	: opus Citat Um (Ouvrage Cité)
P.	: Page
P. c. fam.	: projet du code de la famille
P. G/CAB.	: cabinet du procureur général
P. l. p. c. fam.	: projet de loi portant code de la famille
P. l. p. c. pén.	: projet de loi portant code pénal

Préamb.	: Préambule
R.	: Rôle
Rap. Prés.	: rapport de présentation
Rev. dr. Afric.	: revue de droit africain (doctrine et jurisprudence)
R. civ.	: rôle civil
R. c. d. n.	: revue congolaise de droit et du notariat
R. d. n.	: revue de droit et du notariat
Rép.	: Répertoire
Rép. civ.	: répertoire civil
Réq.	: Réquisitions
R. p. c. fam.	: rapport du projet du code de la famille
R. j. p. i. c	: revue juridique et politique indépendance et coopération
S.	: Suivants
S. V. E	: saisine par voie d'exception
T. G. I	: tribunal de grande instance
T. I	: tribunal d'instance
T. I Makl. Bgo	: tribunal d'instance de Makélékélé-Baongo
T. I. P. P	: tribunal d'instance de Poto-Poto
T. I. T	: tribunal d'instance de Talangaï
T. p. c	: tribunal populaire de Commune
T. P. C. B	: tribunal populaire de commune de Brazzaville
T. p. d	: tribunal populaire de district
T. p. q	: tribunal populaire de quartier
UMNG	: Université Marien Ngouabi

SOMMAIRE

AVANT-PROPOS.....	7
ABRÉVIATIONS ET SIGLES	9
SOMMAIRE.....	11
INTRODUCTION.....	13
PREMIÈRE PARTIE	
LA VALIDITÉ DU MARIAGE.....	15
TITRE I	
LA CONDITION PRÉLIMINAIRE DU MARIAGE	19
CHAPITRE I	
LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU PRÉ-MARIAGE	23
Section 1 – Les éléments issus de la définition du pré-mariage	23
Section 2 – Les conditions de forme du pré-mariage.....	27
Section 3 – Les conditions de fond du pré-mariage	29
CHAPITRE II	
LES EFFETS DU PRÉ-MARIAGE	81
Section 1 – Les effets du pré-mariage entre les pré-mariés.....	81
Section 2 – Les effets du pré-mariage visant les tiers	92
TITRE II	
LES CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE.....	105
CHAPITRE I	
LES CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE.....	107
Section 1 – Les conditions liées à l'aptitude physique.....	107
Section 2 – Le consentement.....	118
Section 3 – Les conditions d'ordre moral	122
CHAPITRE II	
LES CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE.....	137
Section 1 – La constitution du dossier du mariage.....	137
Section 2 – La célébration du mariage	155
CHAPITRE III	
LES NULLITÉS DU MARIAGE.....	169
Section 1 – Les nullités absolues et les nullités relatives	169
Section 2 – Les conséquences des nullités	174

DEUXIÈME PARTIE	
LES EFFETS DU MARIAGE.....	177
TITRE I	
LES EFFETS PATRIMONIAUX DU MARIAGE	181
CHAPITRE I	
LA CONTRIBUTION AUX CHARGES DE LA FAMILLE	183
Section 1 – Le principe de la contribution commune des époux ..	183
Section 2 – L’exception de la contribution d’un seul époux	195
CHAPITRE II	
LES POUVOIRS DES ÉPOUX SUR LES REVENUS.....	197
Section 1 – L’exécution judiciaire des obligations.....	197
Section 2 – Le compte en banque de l’épouse	198
TITRE II	
LES EFFETS EXTRAPATRIMONIAUX	201
CHAPITRE I	
LA COHABITATION ET LA DIRECTION DE LA FAMILLE.....	203
Section 1 – Le devoir de cohabitation	203
Section 2 – La direction de la famille	209
CHAPITRE II	
LE DEVOIR DE FIDÉLITÉ.....	211
Section 1 – Le défaut de fidélité du mari	213
Section 2 – Le défaut de fidélité de la femme	220
Section 3 – Le défaut de fidélité des époux.....	223
CHAPITRE III	
LES DEVOIRS DE SECOURS, D’AIDE ET D’ASSISTANCE	225
Section 1 – Le contenu du devoir d’aide et d’assistance.....	225
Section 2 – Les manquements au devoir d’aide et d’assistance ..	228
CHAPITRE IV	
LES DEVOIRS DE RESPECT ET D’AFFECTION.....	231
Section 1 – Le devoir de respect	231
Section 2 – Le devoir d’affection.....	235
CONCLUSION	239
ANNEXES	241
CODE DE LA FAMILLE	243
INDEX ALPHABÉTIQUE	259
TABLE DES MATIÈRES.....	265
BIBLIOGRAPHIE.....	269

INTRODUCTION

L'ensemble des dispositions légales qui régissent le mariage forme le droit du mariage. Le domaine de ces règles concerne la formation de l'union conjugale, les effets du mariage et sa dissolution.

Nul doute que le mariage est une institution ancienne dont les origines sont très lointaines. Même en droit romain, les juristes considéraient le mariage comme une institution à la fois divine et humaine qui se traduisait par la mise en commun par les époux de tous les éléments de leur vie. Cela impliquait, selon la conception religieuse, l'indissolubilité du mariage et donc sa perpétuité (François Terré, Dominique Fenouillet, « droit civil, les personnes, la famille, les incapacités », 6^{ème} édition, Dalloz 1996, p. 263). Le droit canon, qui régissait les relations familiales sous l'Ancien Régime, de même que le code civil, reconnaissait le mariage comme constituant l'unique forme d'union organisée entre l'homme et la femme en laissant, hors de leur champ, le concubinage.

D'ailleurs, Portalis, un des rédacteurs du code civil, recherchant la définition du mariage, écrivait qu'il s'agissait de « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours naturels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée ». D'évidence, cette définition est problématique dès lors que l'on ne saurait justifier le mariage prioritairement par la procréation, même si celle-ci n'est pas négligeable pour le couple marié.

La définition du mariage apparaît insaisissable et même le code civil ne se contente que de préciser les caractères de cette institution s'agissant notamment de l'union des sexes, de l'accord de volontés et des rites qui entourent le mariage.

Longtemps demeuré dans ce cadre, avant comme après l'indépendance, le droit du mariage au Congo a connu une refonte avec l'adoption du code de la famille. Vingt-quatre ans après l'accession du pays à la souveraineté nationale, le législateur innove en définissant juridiquement le mariage comme étant un « acte public par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union légale et durable... » (art. 127, C. fam.).

Sous l'angle strictement juridique, le mariage ne traduit pas véritablement sa réalité sociologique. Il paraît en effet difficile d'insérer

les aspects sociaux et moraux du mariage dans une définition juridique de cette notion.

De ce qui ressort du code de la famille, deux sens de ce mot peuvent être relevés : c'est un acte solennel instantané qui fait naître un état ; c'est aussi cet état lui-même, destiné à s'inscrire dans la durée et qui se manifeste sous la forme de période continue, aux limites incertaines bien que repérables au travers des indications législatives, sous le couvert d'une institution familiale.

Se marier, c'est finalement accomplir un acte d'adhésion à un modèle légal. Le mariage participe, dans ces conditions, à la fois du contrat et de l'institution. Il convient d'analyser ses conditions de validité (première partie) et les conséquences qu'engendre sa formation (deuxième partie).

PREMIÈRE PARTIE

LA VALIDITÉ DU MARIAGE

Le lien matrimonial est soumis, pour sa reconnaissance légale, aux conditions tant de forme que de fond, limitativement déterminées par le code de la famille. La réforme du droit de la famille a institué une condition préliminaire obligatoire, le pré-mariage, sans l'accomplissement de laquelle le mariage ne pourrait valablement exister (titre 1).

C'est donc seulement la célébration du pré-mariage qui permet la mise en œuvre des autres conditions précisées dans la loi pour la formation du mariage (titre 2).

TITRE I

LA CONDITION PRÉLIMINAIRE DU MARIAGE

Pré-mariage, contexte historique. La Constitution du 8 juillet 1979 avait prévu, parmi les institutions de l'État, l'Assemblée nationale populaire. Celle-ci avait la compétence de voter la loi (art. 46) dans le cadre précisé à l'article 47 de cette Constitution qui déterminait le domaine de la loi et du règlement : « Sont du domaine de la loi, les règles concernant : ...la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités... ». Ainsi, le code de la famille était donc une matière qui relevait de la compétence de ce parlement monocaméral.

La politique des autres institutions étant, selon la logique du monopartisme de cette époque, conçue par le parti dirigeant, en l'occurrence le parti congolais du travail, le congrès de ce dernier avait voté, en 1979, une résolution sur l'élaboration du code de la famille. Le Gouvernement avait donc la charge de la mettre en œuvre. C'est à cette tâche qu'il s'est attelé en 1984, lorsque fut nommé, en qualité de Garde des Sceaux, ministre de la justice, Dieudonné Kimbémé.

Ce dernier commence par créer une cellule de réflexion au sein de son ministère par note de service n° 879 MJ-CAB/ 01-22 du 2 septembre 1981. Placée sous la présidence de Charles Assemekang, elle comprenait en outre Jean-François Tchibinda, Zacharie Samba et Durand.

Après avoir remis ses travaux, la commission s'est donc déchargée de sa mission et le ministère de la justice a présenté au Gouvernement un avant-projet de loi du code de la famille. Il est devenu, après son adoption par cette institution, le projet de loi du code de la famille que le Garde des Sceaux, ministre de la justice avait la charge de défendre à l'Assemblée nationale populaire.

C'est justement au cours des débats, lors de la présentation de ce projet de loi qu'est survenue la question de la prise en compte, selon les députés, du mariage coutumier lorsqu'ils rejetaient l'institution des fiançailles qui figurait dans le projet de texte.

Le ministre a informé son cabinet de la revendication des députés et a, au cours d'une réunion tenue à cet effet, demandé une réflexion pour satisfaire les exigences des parlementaires.

Séance tenante, il a été proposé de substituer aux fiançailles l'expression « pré-mariage ». Le consensus obtenu, il a simplement été retenu de remplacer machinalement, partout dans le texte du projet de code de la famille, le premier terme par le second, sans plus. Autrement dit, toute l'ossature du texte conçu pour régir les fiançailles est demeurée intacte sauf que ce mot cédait sa place à son substitut, le « pré-mariage ».

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 de l'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.

Le constat de cette vérité peut être fait en lisant le texte du projet de loi portant code de la famille adopté par le Gouvernement en avril 2003. Au titre VI consacré au lien matrimonial, le chapitre premier est intitulé « Des fiançailles et du mariage » et la section I a pour titre « des fiançailles » (cf. Projet de loi portant code de la famille, II, textes, Brazzaville, avril 1983, p. 41).

La définition du pré-mariage dans le code de la famille est exactement celle qui avait été prévue pour les fiançailles dans le projet dudit code : « Les fiançailles sont une convention solennelle, par laquelle un homme et une femme, avec l'accord de leur famille, se promettent mutuellement le mariage » (art. 123, projet de loi portant code de la famille, II, textes, Brazzaville, avril 1983, p. 41 ; art. 122, C. fam.). Cette identité de définition justifie la démarche décrite ci-dessus relative à la simple substitution des fiançailles par un autre concept dont le contenu n'a pas été précisé autrement qu'en l'identifiant exactement à son substitut de manière purement mécanique.

Les membres du cabinet du Garde des Sceaux, ministre de la Justice n'avaient pas reçu la mission d'entreprendre une étude pour l'agencement des dispositions du projet de code de la famille au nouveau concept afin d'y intégrer les aspects du mariage coutumier revendiqués

par les députés de la commission juridique. Il convient de signaler que ce débat n'avait encore lieu qu'à ce niveau et non en plénière de l'Assemblée nationale populaire. Il s'était simplement agi de rechercher dans le projet de texte le mot « fiançailles » pour le remplacer par celui de « pré-mariage », considéré comme la panacée.

De toute façon, le délai convenu entre le Gouvernement et la commission juridique pour réexaminer le projet de loi amendé était d'une semaine. Aucune nouvelle étude sur la prise en compte du mariage coutumier en considération de la variété des coutumes du Congo ne pouvait par conséquent être rationnellement entreprise car cela prendrait trop de temps. C'est dans ces conditions que le projet de loi portant code de la famille était soumis à la plénière de l'Assemblée nationale populaire qui l'a adopté en l'état sur cette question.

L'on doit alors, sans s'émouvoir, considérer que dans l'esprit du législateur, il y a une parfaite homonymie entre les fiançailles, notion issue du code civil français et rejetée pour cette raison par les parlementaires, et le pré-mariage considéré comme originalité congolaise parce que débarrassé de toute extranéité.

C'est seulement imbu de cette réalité du choix de ce terme « pré-mariage » dans le code de la famille que l'on peut laisser libre cours à toutes les opinions sur sa place dans l'ordonnement juridique congolais.

En l'état de la législation, le pré-mariage est assis sur des éléments constitutifs légaux (titre 1) et produit certains effets (titre 2).

CHAPITRE I

LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DU PRÉ-MARIAGE

Le pré-mariage est doté d'un régime légal. Avant de se prendre pour mari et femme, les futurs époux sont obligés par le code de la famille de manifester leur projet par la célébration du pré-mariage.

Dans l'impossibilité de passer par cette étape, ils pourront néanmoins l'enjamber s'ils obtiennent des parents une déclaration écrite de célébration ultérieure du pré-mariage.

La loi fournit, dans la définition du pré-mariage, les éléments qui le constituent, sans lesquels il manquerait de validité (section 1).

Dans la mesure où la célébration du pré-mariage ouvre la voie aux futurs époux de se lier par le mariage, le législateur les soumet dès cet instant aux conditions exigées par la loi pour la formation du mariage (section 2).

Section 1

Les éléments issus de la définition du pré-mariage

Selon le législateur, le pré-mariage est une convention solennelle (§ 1) par laquelle un homme et une femme (§ 2), avec l'accord de leur famille (§ 3), se promettent mutuellement le mariage (§ 4).

§ 1 – La convention solennelle

2 - Pré-mariage, convention. La loi ne laisse aucun doute sur la nature juridique du pré-mariage. Celui-ci est une convention, autrement dit, un accord de volonté entre les futurs époux, destiné à aboutir au mariage (art. 122, al. 1^{er} C. fam.).

Pour être valable, l'accord de l'homme ou de la femme doit obéir aux conditions de droit commun exigées pour la conclusion de tout contrat. Il doit notamment être exempt de vice de consentement. C'est d'ailleurs l'objet de l'article 124 alinéa premier du code de la famille qui prescrit la liberté du consentement indépendamment de l'autorisation des parents. Celle-ci ne suffit donc pas pour déduire l'accord du futur pré-marié, étant donné qu'il faut préserver la liberté de tout citoyen de se marier ou de ne pas se marier.

La loi interdit par conséquent le pré-mariage forcé. Toute personne est en effet libre de demeurer célibataire et aucune pression ne devrait viser les futurs pré-mariés pour les contraindre à consentir au pré-mariage. Celui-ci n'acquiert force obligatoire que dès l'instant où l'accord de volonté des parties à cet acte juridique est régulier.

3 – Pré-mariage, convention solennelle. Le pré-mariage n'est pas une convention ordinaire dont l'accomplissement a lieu en dehors de tout formalisme. L'accord de la famille de chacun des pré-mariés étant requis par la loi (art. 122, al. 1^{er}, C. fam.), certaines formes doivent être respectées même si le législateur n'a pas exigé la rigueur pour leur réalisation. Il a simplement usé de souplesse en renvoyant leur observation aux usages et aux traditions.

La loi évoque cependant l'éventualité de la célébration du pré-mariage en présence du président du comité de village ou du chef de bloc, ou de leur représentant (art. 122, al. 1^{er}, C. fam.). Cette autorité administrative de base a disparu pour laisser la place au chef de village. C'est donc, au besoin, en sa présence qu'est célébré le pré-mariage sans que la loi indique son rôle au cours de cette cérémonie. Il se place simplement au niveau de l'assistance, pour qu'il en témoigne l'existence et les conditions de déroulement en présence de l'homme et de la femme qui se promettent le mariage.

§ 2 – La différence de sexes

En désignant comme parties à la convention de pré-mariage l'homme et la femme, le code de la famille exige implicitement la différence de sexes des futurs pré-mariés. Il s'agit, selon la volonté du législateur, de promettre de fonder un foyer hétérosexuel, c'est-à-dire celui dans lequel chacun des pré-mariés éprouve une attirance sexuelle pour les personnes de sexes opposés et non pour les individus de même sexe. C'est là une condition fondamentale du pré-mariage.

Cette précision est importante même si d'évidence la société congolaise contemporaine, fondée sur des considérations de moralité

sociale, se détourne du mariage homosexuel, autrement dit celui dont les personnes éprouvent l'appétit sexuel entre les individus de même sexe.

§ 3 – L'accord des familles

4 – Accord des familles, aspect sociologique. En droit coutumier ancien, le consentement des parents était primordial. C'est lui qui conditionnait le mariage des enfants quel que soit leur âge. C'est d'ailleurs entre les parents que se tramait le projet de mariage. Les futurs époux n'étaient avisés que lorsque les parents, qui avaient l'initiative de marier leurs enfants, avaient fini de vérifier préalablement la réunion de certaines conditions essentielles du mariage et notamment l'absence de lien de parenté pour éviter l'inceste et préserver la bonne moralité des familles concernées. L'accord des parents n'est donc pas une exigence qui a sa source uniquement dans le code de la famille. C'est plutôt celui-ci qui s'est inspiré de la coutume.

5 – Accord des familles, nature juridique. Le législateur a voulu que le pré-mariage revête la forme juridique de convention solennelle. Comme tout contrat, la volonté requise ici pour sa validité est celle des futurs pré-mariés. Il faut donc comprendre que l'engagement réciproque de promettre le mariage concerne non pas les parents, mais l'homme et la femme intéressés. C'est pourquoi, il faut considérer l'accord des parents comme constituant une autorisation au pré-mariage de leurs enfants, dont la manifestation doit naturellement précéder le consentement des personnes engagées dans le pré-mariage. Visant les fiançailles, le projet de loi portant code de la famille avait prescrit l'autorisation des parents indépendamment du libre consentement des fiancés (art. 125, al. 1^{er}, dudit projet).

L'accord des familles, qui implique à la fois celui de la famille de l'homme et celui de la famille de la femme, doit 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.

Une certaine souveraineté est reconnue aux parents qui autorisent le pré-mariage car ils ne peuvent, quel que soit leur rang dans la hiérarchie familiale, être soumis à l'obligation de motiver leur refus ou leur accord au pré-mariage. De toute façon, aucun recours devant le juge n'est prévu par la loi contre la décision favorable ou même défavorable des familles concernées.

§ 4 – La présence de l'autorité administrative

6 – Pré-mariage, présence des autorités administratives. Selon le code de la famille, le pré-mariage a lieu «... au besoin en présence du président du comité de village ou du chef de bloc, ou de leur représentant... » (art. 122, al. 1^{er}, C. fam.). Or, l'expression « au besoin » est susceptible d'évoquer la possibilité de recourir à cette autorité administrative de base en cas de nécessité. Il s'agit donc ici d'une condition facultative du pré-mariage.

La loi n'indique cependant pas les cas dans lesquels la présence du président du comité de village ou du chef de bloc, ou de leur représentant serait requise. On peut, dans ces conditions, l'imaginer opportune dans des situations où les futurs pré-mariés sont orphelins de père ou de mère ou des deux parents, ou encore lorsque des dissensions apparaissent dans les familles au sujet de la manifestation de l'accord des parents, aux fins de rechercher la solution plausible pour la réalisation de la promesse de mariage.

§ 5 – La promesse mutuelle de mariage

7 – Promesse de mariage, mutualité. Le code de la famille prescrit que : « Le pré-mariage est une convention solennelle, par laquelle un homme et une femme... se promettent mutuellement mariage » (art. 122, al. 1^{er}, C. fam.).

Si étymologiquement, « promettre » c'est 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. Ce mariage, qui interviendra ultérieurement, relève donc du futur dont les événements ne peuvent être appréhendés alors que dans le mariage coutumier, la situation des mariés dans cet état est bien acquise comme le sont d'ailleurs leurs droits à l'égard de la société traditionnelle qui lui accorde toute sa considération. Cela explique amplement le caractère conditionnel de la promesse de mariage.

C'est ici l'occasion de souligner le contraste entre les prescriptions du code de la famille et la réalité de la vie coutumière. Alors que pour la loi le pré-mariage n'a d'effet qu'entre les pré-mariés, la coutume fait produire son plein et entier effet au mariage coutumier de sorte qu'il paraît à tout le moins hasardeux de considérer le pré-mariage comme une survivance du mariage coutumier. Tout en ayant des traits communs, le pré-mariage et le mariage coutumier se distinguent l'un de

l'autre par des différences profondes qui sont largement justifiées par la suppression des coutumes par le code de la famille.

La mutualité de la promesse de mariage préconisée par la loi implique la simultanéité et la réciprocité des échanges de promesses sous la forme d'engagements entre les futurs pré-mariés de se prendre, à l'avenir, comme époux.

Outre les conditions de fond qui découlent de sa définition légale, le pré-mariage est aussi soumis aux conditions de fond exigées pour le mariage. Les pré-mariés doivent donc réunir, au moment de la célébration du pré-mariage, les conditions du mariage, à l'exception de celle liée à leur âge (art. 124, al. 1^{er}, C. fam.). La loi vise particulièrement la condition relative au consentement de chacun des pré-mariés qui doit être libre et indépendant des autorisations parentales respectives.

La loi soumet aussi le pré-mariage à certaines conditions de forme.

Section 2

Les conditions de forme du pré-mariage

Selon le législateur, le pré-mariage est réglé par les usages et la tradition pour tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions du code de la famille (art. 124, al. 2, C. fam.). Aucune définition n'est fournie ni des usages (§ 1), ni de la tradition (§ 2).

§ 1 – Les usages

8 – Usages, définition. Dans le sens courant, les usages sont caractérisés par la pratique rendue normale par son ancienneté dans la société où elle a cours ou par la fréquence de son utilisation par la population concernée. C'est alors qu'au regard de ces éléments, l'on peut se demander s'il n'y a pas lieu d'identifier les usages aux coutumes, celles-ci étant constituées d'un ensemble de ceux-là.

Selon des considérations doctrinales, la coutume est « une simple répétition des faits s'imposant à une communauté par la fréquence matérielle » (Placide Lenga, « Droit traditionnel congolais », Université Marien Ngouabi, enseignement par correspondance, cours, licence en droit, 1^{ère} année, 1983/1984, p. 24). Cet auteur perçoit les usages comme un terme qui « évoque une utilisation soit spontanée, soit constante, soit matérielle, soit morale, soit individuelle, soit sociale, d'un objet ou d'une collection d'objets. 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 » (Placide Lenga, op. cit, p. 39).

En revanche, l'intention du législateur dans l'élaboration du code de la famille est de supprimer les coutumes. C'est ce qui résulte précisément de l'article 808 du code de la famille relativement à l'abrogation des dispositions qui lui sont antérieures : « A cette date... 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 ».

Cette disposition illustre son incompatibilité avec notamment celle de l'article 124 alinéa 2 du code de la famille qui prévoit que : « Le mariage est réglé par les usages... pour tout ce qui n'est pas contraire aux dispositions du présent code » et celle de l'article 141 du même code relativement au versement de la dot « la dot est versée aux parents paternels et maternels de la future épouse conformément à la coutume des parties... ». C'est probablement dans cet esprit que l'on considère que : « De nos jours encore, le code de la famille en vigueur au Congo Brazzaville reconnaît la légitimité du mariage traditionnel ou coutumier » (cf. J. Maloumbi-Samba, « Lôngo : le mariage Kôngo », ICES, p. 28).

Or, la référence aux usages, entendu comme éléments constitutifs de la coutume dont celle-ci en forme la somme, est en contradiction avec les objectifs affichés par le législateur. Le rapport de présentation du projet du code de la famille révèle en effet 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 » (cf. P. C. fam. II. R. p., p. 1).

Avec une telle approche, on ne peut évidemment pas imaginer que les rédacteurs du code de la famille aient pu aménager quelques espaces dans ce texte au bénéfice de la coutume dont la suppression était prônée pour satisfaire aux exigences de modernité.

Dans ces conditions, on ne peut espérer la mise en œuvre rationnelle de l'article 124 alinéa 2 du code de la famille relatif aux conditions de forme et de fond du pré-mariage. Cela met en cause l'intérêt même de cette institution dont la portée est rendue problématique par le législateur qui l'avait pourtant jugée indispensable dans le processus du mariage. C'est évidemment cet imbroglio qui rend insaisissable la nature du pré-mariage largement vilipendé dans la doctrine (cf. Fred O. J. Matokot, « Le pré-mariage, une curiosité du code de la famille », R. d. n, n° 15, 2005, p. 3 ; Dieudonné Nkounkou, « Le problème de double présomption de paternité en droit congolais de la famille », R. d. n, n° 15, 2005, p. 13 ; Henriette Lucie Arlette Galiba, « compte rendu sur la campagne 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 notaires du Congo », R. d. n, n°s 11 et 12, 2005, p. 35).