



HAL
open science

Le mariage polygamique : aspects internes et internationaux

Rajendra Parsad Gunpath, Damini R. Dhooky

► **To cite this version:**

Rajendra Parsad Gunpath, Damini R. Dhooky. Le mariage polygamique : aspects internes et internationaux. Revue juridique de l'Océan Indien, 2006, 06, pp.183-200. hal-02543099

HAL Id: hal-02543099

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02543099v1>

Submitted on 15 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE MARIAGE POLYGAMIQUE : ASPECTS INTERNES ET INTERNATIONAUX

*Par Dr R. P. GUNPUTH et Damini R. DHOOKY
Université de Maurice*

« La polygamie n'est pas l'expression d'un amour extrême, mais d'un mépris excessif des femmes » ~ Théodore Jouffroy.

SOMMAIRE

TITRE 1/ ASPECTS INTERNES

TITRE 2/ ASPECTS INTERNATIONAUX

TITRE 1/ ASPECTS INTERNES

Le mariage polygamique¹ est un thème qui affûte la curiosité de plus d'un. A travers cette étude que nous entreprenons nous voulons démontrer comment les personnes vivent en situation de polygamie ailleurs, surtout dans les pays d'inspiration islamique, alors qu'à Maurice, la polygamie est un interdit de droit. En effet, le fonctionnement d'un tel système titille bien l'esprit des uns et des autres car nul ne peut comprendre comment² un homme puisse avoir plusieurs épouses et comment, à leur tour, ces femmes acceptent³ le cœur léger de faire partie d'un harem. Nous nous bornons tous à croire que la famille, qui est une source de bonheur, n'est composée que de 'maman', 'papa', 'frères' et 'sœurs'. Et, comment donc concilier le fait que notre 'père' puisse avoir d'autres épouses que nous n'oserons même pas appeler « maman ».

Alors que nous sommes à l'ère de la libération et de l'émancipation de la femme, la polygamie, qui est ancrée⁴ dans certaines traditions et cultures, perdra-t-elle du terrain graduellement et après tout, quel rôle le droit est-il mené à jouer car il faut bel et bien un encadrement juridique pour faire évoluer la polygamie dans le plus grand respect humain ? A ce stade embryonnaire, plusieurs d'autres interrogations peuvent surgir inévitablement des esprits : en quoi l'Afrique, comme la plus grande partie de l'humanité serait-elle dans l'erreur en adoptant ou en tolérant une institution matrimoniale contraire au 'modèle' monogamique ? Le mariage doit-il à travers le monde être modélisé et uniformisé ou doit-on au

¹ Polygamie: le nom 'polygamie' est formé de deux éléments d'origine grecque, 'poly' qui correspond à l'adjectif 'polus' qui signifie 'plusieurs' et 'gamie' qui correspond au nom 'gamos' qui signifie 'le mariage'. Etymologiquement alors, la polygamie signifie pluralité de mariages et est perçue comme un phénomène énigmatique, exclusivement privé, normé par des règles coutumières et des impératifs juridiques et religieux. Il est à noter, qu'on distingue la polygynie- qui est la possibilité pour un homme d'avoir simultanément plusieurs épouses et la polyandrie qui est la possibilité pour une femme d'avoir simultanément plusieurs époux. Cette dernière est attestée chez les Yanomanis du Venezuela, chez les Todas de l'Inde, en Afrique Orientale et au Tibet, le plus souvent sous la forme de polyandrie fraternelle : plusieurs frères ont une même femme pour épouse !

² Les facteurs explicatifs de la polygamie sont multiples, à la fois d'ordre économique, social (car elle est un élément d'ostentation et de prestige pour certaines catégories privilégiées) religieux ou encore, sexuel.

³ Soucieux de respecter cette liberté (c'est à dire le choix de vivre en polygamie), le législateur contemporain s'est appliqué à mesurer ses exigences tout en levant les obstacles. De plus, la liberté du mariage a été reconnue par le Conseil Constitutionnel comme l'une des composantes de la liberté individuelle-Conseil Const. 13 août 1993.

⁴ Par exemple, en ce qui concerne les Mormons, si l'Etat de L'Utah a rendu cette habitude hors la loi en 1896, il y a encore environ 2 % de membres de cette église, soit plus ou moins 40,000 personnes qui vivent dans une famille comprenant plusieurs épouses.

contraire admettre et tolérer au nom de la diversité des cultures, le fait que les peuples du monde puissent se choisir librement leur propre modèle matrimonial ? Quel est le statut juridique personnel des conjoints et des enfants dans les familles polygamiques ? Bénéficient-ils d'une protection comparable à celle en vigueur dans les familles monogamiques ? Autant d'interrogations et de points noirs que cette étude propose, d'élucider tant bien que mal.

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, l'exercice du droit au mariage obéit aux lois nationales des Etats contractants mais les limitations qui en résultent ne doivent pas réduire ou restreindre le droit en cause d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même¹. Par exemple, d'après l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme rien ne vient à l'encontre de la bigamie², c'est à dire, la Convention elle-même n'interdit pas la pratique de la bigamie car elle est tout à fait consciente qu'il y a quand même, la liberté³ de se marier et le respect de la vie privée et familiale.

La polygamie a toujours été un sujet de débat intarissable et le jugement que les peuples du monde peuvent porter sur cette institution matrimoniale varie considérablement selon qu'on la vit en Afrique et dans les pays arabo-musulmans ou selon qu'on la regarde de l'extérieur, depuis la Rome Chrétienne ou du haut de La Tour Eiffel. Aujourd'hui, nous associons prioritairement cette pratique à l'Islam. Pourtant, la polygamie et loin d'être propre à cette religion⁴. Plutôt que d'imposer une monogamie théorique, qui recèle très souvent de l'adultère, la loi islamique a autorisé la polygamie en la limitant et la codifiant. Le Coran a légitimé la polygamie dans des cas précis lorsqu'une femme ne peut avoir d'enfants ou quand elle est frappée d'une maladie incurable. Elle a été mentionnée à deux reprises dans le Coran soit Sorate al nissa 2 et 129. Il y est aussi dit que le mari doit consacrer les mêmes droits à chacune de ses épouses : équité dans le « passé » auprès de chacune d'elle, équité financière, équité dans l'estime. Aucune préférence même légère envers l'une d'elle ne peut être admise. Evidemment, une telle condition dépasse la

¹ CEDH 17 oct.1986, *Rees v Royaume-Uni*, Série A, n° 106 § 50.

² Comm.CEDH 22 juill.1970, affaire *X v Royaume-Uni*, Annuaire de la CEDH,vol.XIII,p.647.

³ Par exemple, il n'y a pas en droit français de disposition affirmant explicitement le droit au mariage. Mais la liberté du mariage a été reconnue par le Conseil Constitutionnel comme l'une des composantes de la liberté individuelle : Cons. const. 13 août 1993. Nous serons unanimes sur le fait que la famille en tant qu'institution sociale remonte à la nuit des temps et que le droit consacre à travers la notion de mariage, le droit qu'à toute personne de se marier et de fonder une famille quelle que soit sa race, sa nationalité ou sa religion ; droit garanti, en outre par l'article 16 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme de 1948 qui précise : 'A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille.

⁴ Les cultures et autres livres sacrés abondent de preuves qu'elle était reconnue comme pratique courante chez les Hindous, chez les Zoroastriens et les juifs. L'Ancien Testament tolérait la polygamie sans restriction, contrairement à l'Islam qui la soumet à des conditions strictes. La Genèse nous décrit une société patriarcale polygame. Le harem de David (qui comprenait 99 épouses) est célèbre et celui de son fils, Salomon, l'est encore plus (il est dit qu'il avait 700 épouses !).

capacité voire la nature humaine. C'est pour cela que la loi islamique autorise à prendre pour épouses légitimes jusqu'à quatre femmes !

Il nous conviendrait maintenant de voir quelle est la position de l'île Maurice face à la polygamie. Comme nous le savons tous, la société mauricienne est connue pour sa pluralité de cultures provenant des immigrants venus des continents, notamment de l'Afrique et de l'Asie avec la masse de leurs coutumes. Le maintien de ces coutumes par les immigrants s'est vite fait remarquer dans l'institution du mariage. Mais ce caractère hétérogène de la société mauricienne, la conservation de ces coutumes et le respect des religions¹ avaient abouti sur le plan juridique à des situations familiales malsaines car seuls les mariages civils² étaient reconnus par la loi. Cette situation a persisté pendant longtemps et ce n'est qu'en 1981 que s'est opéré un changement profond dans le droit du mariage avec la réforme du Code Napoléon. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur du Code Napoléon (Amendment N° 2) Act 1981 et du Civil Status Act 1981, toute célébration de mariage a les effets juridiques d'un mariage civil. C'est à dire, que la cérémonie soit civile ou religieuse, le mariage est régi par les dispositions du Code Civil Mauricien. Mais, les cérémonies contraires à la loi et qui sont célébrées en contravention aux dispositions contenues aux articles 149, 150, 151, 152 et 153 ne sont certainement pas valides, de même que les mariages polygamiques. En outre, la Section 20 du Civil Status Act 1981 prévoit que l'officier d'Etat Civil doit réclamer des futurs époux leurs certificats de naissance, le certificat d'un mariage antérieur au cas où l'un des futurs époux est divorcé ou le certificat de décès au cas où l'un des futurs époux est veuf. Car aucun des futurs époux ne doit être engagé dans un mariage antérieur non dissous³.

¹ Il faut tout de même comprendre que la 'liberté de conscience' reste un droit constitutionnel fondamental à l'égard des citoyens mauriciens. C'est dans ce sens que la Cour Suprême dans les arrêts *Minerve v Minerve* de 1987 MR 45 et *Veeramootoo v Veeramootoo* 1991 MR 39, considère que selon la Section 11 de la Constitution : Protection from freedom of conscience, l'intéressé a aussi le 'freedom to change religion'.

² Ceux qui s'étaient mariés religieusement n'étaient aux yeux de la loi que des concubins. Situation insatisfaisante pour les protagonistes car ils ne pouvaient obtenir réparation des dommages et intérêts à la suite des accidents ou du décès de l'un des concubins. En ce sens les arrêts *Moutou v Mauritius Government Railways* 1933 MR 102 et *Naikoo v Société Héritiers Bhogun* 1972 MR 102. Dans le premier nommé, Le demandeur est la concubine de la victime. La victime est un employé du chemin de fer tué dans un accident durant ses heures de travail. La relation entre la victime et le demandeur n'était pas établie de façon légale (par le sang) ou contractuelle (par le mariage) et l'art.1382 du Code Civil ne pouvait pas être invoqué par elle. Il fallait qu'un intérêt légitime ait été violé. Alors que dans le second cas, Rs 67,000 fut réclamées en tant que dommages et intérêts au titre de la mort d'un concubin et père d'enfants mineurs. La demanderesse était mariée religieusement au défunt et vécut avec lui. Ils ont eu 10 enfants. Il a été jugé que la concubine ne peut prétendre à des dommages moraux ni à des dommages matériels dans une telle relation non-protégée par la loi. Les deux concubins avaient choisi de ne pas se placer sous la protection de la loi offerte par le lien du mariage : donc pas d'intérêt légitime juridique protégé et alors, la mort d'un concubin ne crée pas un veuvage.

³ Comme l'a si bien soutenu la Cour dans les affaires *D'Unienville v D'Unienville* 1898 MR 31 et *Chung Sik v Chung Sik* 1947 MR 78 que 'Bigamy can be a cause for divorce'.

Ce mariage civil est à son tour basé sur le principe de la monogamie et ceci ressort de l'article 150 du Code Civil Mauricien qui précise bien que : «on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ». Toutefois la bigamie peut se réaliser désormais de plusieurs façons : le premier cas de bigamie correspond à l'hypothèse traditionnelle, soit, le cumul par une seule personne de deux mariages civils avec deux personnes différentes puis, celui du cumul par une seule personne d'un mariage religieux dûment enregistré¹ (Car faut-il noter qu'avec la réforme un simple enregistrement du mariage religieux passé selon la Section 74 du Civil Status Act 1981 confère aux parties à un tel mariage religieux le statut de « vrais époux » et les enfants nés de cette union, des enfants légitimes) avec une certaine personne et d'un mariage civil avec une autre personne. C'était précisément, la validation de ce mariage religieux passé qui soulevait tant de polémique, car la validation pouvait se faire par la volonté d'un seul époux. Que se passait-il s'il l'un d'entre eux refusait d'enregistrer son mariage religieux afin qu'il puisse se marier civilement avec une autre femme ? C'est la jurisprudence qui a tranché les litiges à plusieurs reprises à travers de célèbres arrêts tels que Beeharry v Teeluckdharry², Hemath v The Chief Status Officer³, où il s'agissait en l'espèce d'un mariage religieux musulman de M.Hemath avec une femme, célébré le 19 décembre 1985 d'après les S19 à 32 du CSA. Mais M.Hemath décida finalement de se marier civilement avec une autre femme. Est-il possible à l'épouse mariée religieusement de faire enregistrer son mariage et est-ce que M. Hemath pouvait se marier civilement avec l'autre femme ? La Cour a, par l'affirmative aux deux questions. La première question trouve sa réponse dans la S74(2) du CSA 1981 alors que la seconde question est une réponse jurisprudentielle. En effet, la Cour dit : "...a muslim religious marriage celebrated before is not a bar to either party to celebrate a civil marriage with a third party..." et Sookun v Ramessur⁴ où à nouveau, le Juge Lallah déclara : "At any rate, the registration of a past religious marriage does not produce all the effects which a civil marriage does but only those effects which, as Section 74(12) CSA expressly provides, are contemplated in articles 228-1 to 228-10 of the Civil Code. It would be juridically an abuse of language to say, in the case of persons who are now civilly married and whose past religious marriages have been registered that they

¹ Un nouveau chapitre a été inséré dans le Code Napoléon ayant pour titre 'le mariage religieux'. Les articles 228-1 à 228-10 s'appliquent exclusivement aux mariages religieux n'ayant pas d'effet civil et leur application cesse dès que le mariage religieux est suivi d'un mariage civil.

² 1983 SCJ 419: où il était justement question d'une demande d'enregistrement d'un mariage religieux passé alors que le *applicant* voulait contracter un mariage civil. Au fait, les parties s'étaient mariés religieusement en 1973. En 1983 ils décidèrent de vivre séparément et le défendeur, se prévalant de la Section 74 du CSA 1981 voulait enregistrer le mariage religieux pour que celui-ci puisse avoir les effets juridiques prévus par les articles 228-1 à 228-10 du Code Civil. Mais le *applicant* objecta à cet enregistrement et informa le défendeur qu'il devait se marier civilement avec une autre femme. Le juge dit: "I find nothing in the law to support the respondent's contention that the applicant is not, or at any rate, should not be entitled to marry civilly..." et, "an application to register a past religious marriage is no ground to object to the civil marriage of one of the parties".

³ 1987 SCJ 406.

⁴ 1988 SCJ 495.

have two ‘husbands’ or ‘wives.’ Il va plus loin en disant: “There is nothing in Section 74 which prevents the registration of a past religious marriage, where one of the parties subsequently contracts a civil marriage.”

Les leçons tirées de la démarche entreprise par la Cour Suprême, la plus haute juridiction mauricienne, sont que la validation par la volonté d’un seul époux est possible et qu’un mariage civil contracté après l’enregistrement d’un mariage religieux passé ne constitue pas «un legal impediment». Toutefois, on se demande toujours si cela ne porte pas atteinte au principe de mariage monogamique qui prévaut dans notre droit ? En ce qui concerne les mariages religieux musulmans, en l’absence d’un Muslim Personal Law¹, ce sont les quelques dispositions du Code Civil Mauricien qui sont applicables, notamment les articles 228-1 à 228-10.

Dans l’affaire *Nayeck v Nayeck*², la Cour reconnaît que: “No doubt a spouse of a muslim religious marriage may enter into another muslim religious marriage or civil marriage for that matter with another person without having to go through the formalities of the dissolution of his muslim religious marriage.” Cependant, le droit laïc existant à Maurice interdit la polygamie car elle est contraire à l’ordre public mauricien. Le musulman ne peut donc avoir qu’une seule femme à la fois.

On ne peut tolérer la polygamie à l’île Maurice : elle est un empêchement dirimant constituant ainsi un obstacle à la célébration du mariage tout en frappant le mariage de nullité. En outre elle est répréhensible pénalement. A Maurice, tout comme en France, pour qu’une personne puisse contracter un mariage, elle doit être célibataire, veuve ou divorcée. Si le conjoint est coupable de bigamie, le second mariage est déclaré nul comme ce fut le cas dans l’affaire *Roshankan v Curator of Vacant Estates*³. Toutefois le Code Civil Mauricien reconnaît l’institution du mariage putatif⁴ qui est en effet, consacrée aux articles 197-200 du Code Civil Mauricien. Pour se prévaloir d’un tel mariage, il faut que l’un des époux ou les deux aient été dans l’ignorance de la cause de nullité, c’est à dire qu’il se soit cru valablement marié :il suffit simplement que la bonne foi ait existé au moment de la célébration. Le mariage putatif cesse de produire ses effets à dater du jugement de nullité mais les effets antérieurs sont maintenus. Aux termes de l’article 197 du CCM, ‘ le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins ses effets à l’égard des époux lorsqu’il a été contracté de bonne foi’ et l’article 199 confirme que le mariage

¹ Dans l’affaire *Mastan E- Allam Bhewa and Dowlutsing*, la Cour Suprême décline sa compétence en matière de dissolution des mariages religieux musulmans, jugement confirmé par le Conseil Privé. La dissolution du mariage religieux musulman est alors soumise au Juge en Chambre (aux termes de l’article 228-9 du CCM) qui devra consulter la Commission de Juristes Musulmans, qui sera dans un tel litige particulièrement utile pour ne pas dire indispensable.

² 1987 MR 61.

³ 1939 MR 24 où la Cour “decreed the nullity of a marriage in Mauritius between parties who were proved to have been married in India”.

⁴ Du latin, ‘putare’ veut dire réputé être ce qui n’est pas, estimer, supposer ou croire. Lorsque les époux contractent de bonne foi, ils croient à la validité du mariage.

produit aussi ses effets à l'égard des enfants quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi.

La Cour mauricienne a eu à se prononcer sur un tel cas en 1982, dans l'affaire *Jodhun v Moorgawa*¹. L'épouse putative, peut en se basant sur l'article 1382 du CCM réclamer une pension alimentaire ou sinon des dommages et intérêts pour préjudice subi². En ce qui concerne la répression pénale, c'est la Section 257³ du Criminal Code qui s'applique. La Cour mauricienne a eu à trancher sur un cas de bigamie dans l'affaire *Lollbeeharry v Queen*⁴ où la Cour Suprême confirma une décision de la Cour inférieure.

Le tableau concernant les aspects internes de la polygamie ne serait pas complètement peint si l'on négligeait de traiter le cas particulier de l'absent. En effet, le domaine d'application de la nullité pour bigamie a été restreint par le Code Napoléon (Amendment No 3) Act 1981⁵ qui a modifié le droit de l'absence. Avant cette loi, seul l'absent pouvait en application de l'ancien article 139 attaquer le second mariage. Mais depuis la loi nouvelle le jugement déclaratif d'absence a pour effet de dissoudre le mariage de l'absent au même titre qu'un décès⁶.

En fait, nous tenons à dire que le droit mauricien n'admet pas la bigamie parce qu'elle est contraire à l'ordre public mauricien.

¹ 1982 MR 305, cet arrêt reste unique en la matière et la Cour décide que: "In virtue of articles 197 and 198 CCM, although the marriage contracted by the defendant to plaintiff in India is null and void ab initio, it produces all the effects of a civil marriage in favour of the party who acted in good faith and the children issued from such marriage." Sur la notion de bonne foi, nous avons l'arrêt *Wong To Wing v Chung Chuen Yuen* 1970 MR 108. Il est dit que la bonne foi se présume, c'est à celui qui allègue la mauvaise foi d'apporter la preuve. Les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation.

² Cour de Cassation, Ch. Crim.6 mars 1958 : l'épouse putative peut réclamer des dommages-intérêts à l'auteur de l'accident dont son conjoint a été victime alors que le mariage n'était pas encore annulé.

³ La section 257 du criminal code a pour titre "Bigamy" et prévoit dans sa sous-section (1) quiconque étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent shall be punished by penal servitude for a term not exceeding 10 years.

⁴ 1972 MR 190.

⁵ Il s'agit de l'Act No 25 de 1981 qui a totalement rénové le chapitre relatif à l'absence.

⁶ Le conjoint de l'absent pourra contracter un nouveau mariage d'après l'article 128(3) CCM. Il n'y a donc plus, en ces circonstances, de bigamie possible car, même si l'absent réapparaît et si la décision déclarative d'absence a été annulée, le mariage de celui-ci reste dissous ; article 132 CCM, qui est calqué sur la loi française no 77-1447 du 28 décembre 1977. Le cas de l'absent et du disparu ont été traité et interprété dans les arrêts mauriciens Ex parte *Ujodha* 1995, Ex parte *Ministère Public* 1988 et Ex parte *Smith* 1880.

TITRE 2/ ASPECTS INTERNATIONAUX

Sur le plan international, la polygamie est aujourd'hui pratiquée dans plusieurs pays d'Afrique et surtout dans les pays d'inspiration islamique alors que les pays européens voient cette pratique comme étant contraire à leurs systèmes de droit. Le brassage de ces nombreux systèmes juridiques génère inévitablement des problèmes internationaux. Le droit international fait reculer l'importance de l'ordre public alors que l'approche du droit positif c'est de le placer en avant¹. D'une part, des exceptions et des assouplissements ont fait que dans les Etats 'permissifs' de polygamie, les ressortissants 'potentiellement polygames' sont monogames de fait et d'autre part, les pays où la monogamie étaient très ancrée, se trouvent face à des situations où 'les réclamations concurrentes polygames' s'accroissent de plus belle². On a même tenté, pour résoudre le problème de la validité de la seconde union, de prendre en considération le lieu du domicile conjugal. Cette tentative a été appliquée en Angleterre et a pour but de tenir compte des conséquences de la célébration du mariage : ce qui importe c'est la volonté du ménage de se fixer soit dans un pays d'origine monogamique ou polygamique³. Mais cette solution s'avère particulièrement problématique dans les hypothèses d'unions mixtes. Par exemple, la femme française ou allemande d'un polygame perdrait tout droit d'invoquer sa loi personnelle alors que certaines décisions ont pu considérer comme une cause de divorce pour comportement injurieux du mari le fait d'avoir voulu imposer à la femme un 'environnement polygame'⁴.

En droit international privé, c'est pour éviter de graves inconvénients que des remèdes ont été apportés en instaurant le mariage putatif⁵. Quoique le mariage soit

¹ Selon le droit positif, les Etats héritiers du principe de la monogamie font du mariage monogamique célébré sur leur sol une véritable loi d'application immédiate, sanctionnée civilement et pénalement (Pour la France art.147 C. civ. et 340 C. pén. Pour la Belgique, art.391 C. civ. Pour L'Allemagne §§ 5 Ehegesetz et 17 C.pén. Pour la Yougoslavie, art.32, loi du 15 juillet 1982). Par exemple, un algérien ou un marocain, déjà marié dans son pays d'origine avec une française ne pourra pas contracter une seconde union en France, la France interdisant la pratique de polygamie. Par contre, le polygame pourra se remarier avec une française s'il retourne dans l'état de sa nationalité. Donc, la validité de l'union dépendra du lieu de la célébration du mariage.

² Ainsi, deux ressortissants d'un état polygame pourraient contracter un second mariage par application de leur loi nationale commune, même dans les pays où les nationaux sont soumis au principe de la monogamie. Ce ne serait que dans l'hypothèse d'une union mixte entre un polygame et la ressortissante d'un état monogamique que celle-ci pourrait faire valoir que sa loi personnelle au titre des empêchements bilatéraux lui interdit une telle union.

³ En faveur de la loi du domicile, P.Mayer, Droit International privé, n° 545.

⁴ En ce sens Cour de Rouen, 25 mai 1971, ménage fixé en Syrie.

⁵ L'institution du mariage putatif était à l'origine inconnue de la 'Common Law' anglaise. Elle a fait de notables progrès aux Etats-Unis, notamment dans les Etats d'influence hispanique, Texas et Californie (V. section 4452 Code californien). L'expression même de 'mariage putatif' figure expressément dans le projet uniforme de droit du mariage (U.M.D.A.) de 1979. Elle n'était adoptée au départ que par quelques codifications (en Europe, le 'Code des Deux-Siciles' de 1819 et en Amérique le Code de la Louisiane).

nul, il produit néanmoins ses effets à l'égard des époux de bonne foi, la bonne foi étant le critère indispensable pour consacrer une telle qualification de mariage putatif.

Ceci dit, il serait maintenant intéressant de considérer quelle est la situation en Afrique, voir quelques aspects de la polygamie dans les pays qui l'autorisent et d'autres qui ne l'autorisent pas.

En effet, des études juridiques soulignent, notamment en Afrique Noire, une laïcisation du mariage. De nombreux systèmes juridiques offrent une option entre le statut monogamique et le statut polygamique¹. Elle n'est nulle part en Afrique un statut matrimonial obligatoire. Sous la triple influence de la laïcisation du mariage, la généralisation des mariages civils et du recul des mariages traditionnels dans les milieux urbains, la polygamie reste partout une forme de mariage facultative, optionnelle et entièrement moulée dans la liberté personnelle des conjoints. Donc, en Afrique, nul ne devient polygame par obligation légale ou religieuse alors que dans les sociétés occidentales le mariage monogamique est une institution légale, sacramentelle et que l'on ne questionne plus. On peut se demander alors, quel est le statut personnel des conjoints polygames : sont-ils des époux comme les autres ? L'un des reproches majeurs exprimé par les adversaires de la polygamie réside sur l'existence d'une inégalité entre les différentes épouses du polygame. Cette inégalité serait d'abord² 'verticale' : il y a une hiérarchie entre les épouses en fonction de leur entrée dans le groupe, c'est à dire, selon la date de leur mariage. En effet, le rang des épouses obéit à la même logique que celle qui règle l'inscription des hypothèques : les premières venues auraient une sorte de priorité sur les dernières épouses et la première épouse est appelée 'doyenne'³. Cela s'explique dans la société africaine,

Par la suite, le Code Italien de 1865, et la plupart des Codifications d'Amérique du Sud devaient l'adopter. En Allemagne le B.G.B. de 1900, suivant une technique précisée dans le § 26 de la loi sur le mariage (Ehegesetz de 1938-1946) a assimilé les suites de la nullité du mariage à celles du divorce. Toutefois la solution est rejetée, si les deux époux étaient de mauvaise foi. Aux Etats-Unis, la Cour Suprême du Texas dans une affaire nommée 'Davis' a reconnu le caractère putatif au mariage d'un Texan avec une chinoise de Singapour célébré dans cette ville selon les rites bouddhistes. La jurisprudence française s'est montrée sur ce point peu exigeante. Il est vrai qu'un arrêt célèbre de la Cour de cassation 'Cousin de la Vallière', rendu entre les deux guerres mondiales, avait refusé le caractère putatif au mariage célébré en Guinée, selon le rite indigène local au moment même où elle l'accordait au mariage hébraïque. En réalité, le bénéfice de la putativité a été reconnu à tout mariage célébré en une forme quelconque privée ou non. Il en a été ainsi pour les mariages devant les autorités religieuses, hébraïques ou catholiques.

¹ Par exemple, la Tanzanie, le Gabon, le Cameroun, Mali etc.

² Puis, ces adversaires de la polygamie parlent aussi d'une inégalité 'horizontale' dans le sens que le mari, véritable patron de harem et chef de tribu, aurait des droits absolus et arbitraires sur ses différentes épouses qui lui doivent une obéissance. Le mari aurait, par ailleurs, le droit de choisir une ou plusieurs épouses dites 'préférées'. On remarque que ce 'droit de préférence' est à nouveau emprunté du langage juridique utilisé dans le droit des sûretés et des privilèges. Le choix des épouses dites 'préférées' obéit naturellement à des facteurs subjectifs tels que le jeune âge, la beauté, l'origine sociale etc.

³ Mais il est à noter que la qualité de 'doyenne' n'est pas une donnée juridique fondant l'inégalité des épouses mais simplement une donnée 'subjective' et au meilleur des cas 'sociologique'.

par l'âge généralement plus élevé de la première épouse qui impose respect aux épouses les plus jeunes et lui confère une certaine autorité morale au sein du 'groupe'. En bref, la polygamie est un choix de vie, d'expression d'une liberté individuelle dans les pays qui l'autorisent. De plus, le statut des enfants issus de mariages polygamiques ne soulève aucune difficulté particulière en Afrique dans les pays qui reconnaissent la polygamie. Ce sont des enfants légitimes au même titre que ceux issus d'un mariage monogamique. Ce statut garantit l'égalité des droits des enfants et ne saurait être remis en cause que si le mariage polygamique dont est issu l'enfant concerné aurait été célébré en violation des exigences légales¹. D'ailleurs, tous les enfants issus d'un même père polygame se considèrent comme des 'frères' et 'soeurs' au sens plein du terme.

Pour prendre l'exemple des pays qui autorisent la polygamie nous pouvons citer l'Égypte où aucune condition n'est requise du mari qui désire contracter un mariage polygamique bien que cette question ait été largement débattue². Des demandes avaient été faites pour l'interdire sauf en cas de stérilité de la femme. La loi de Madame Sadate de 1979 considère "comme portant préjudice à l'épouse le fait que son époux ait pris une autre épouse, sans son consentement, même si elle n'avait pas stipulé dans son acte de mariage qu'il ne se remarierait pas; comme aussi le fait par le mari de cacher à sa nouvelle épouse qu'il est marié à une autre". La femme a dans ce cas le droit de demander la dissolution du mariage dans l'année à partir de la date à laquelle elle a pris connaissance du fait constituant la cause du préjudice³. Cette loi a été déclarée anticonstitutionnelle, abrogée pour des raisons formelles et remplacée par la loi 100/1985 avec effet rétroactif au 4 mai 1955. Dans cette loi, le remariage en soi n'est plus considéré comme préjudice donnant droit à la demande du divorce⁴. En d'autres termes, cette loi impose au mari d'assurer à ses différentes épouses un 'traitement identique' et le divorce n'est qu'accordé à chacune des quatre épouses du polygame si elle prouve être la victime d'un préjudice matériel ou moral qui rend la continuité de la vie conjugale impossible⁵. Mais actuellement, la Cour Suprême égyptienne a favorisé un développement

¹ Par exemple, si ce mariage viole la limite légale de quatre épouses prévue par les pays qui pratiquent la tétragamie musulmane tel le Sénégal, Maroc, Mauritanie, Égypte etc.

² Si la polygamie des Pharaons ne soulève plus aucun doute, celle des privés, dignitaires ou non, est encore largement discutée. L'avis des anciens voyageurs grecs est partagé : Diodore écrivait que le mariage est polygamique excepté pour les prêtres. Au contraire, Hérodote déclarait que 'ceux qui ont leur demeure dans les marécages suivent en général les mêmes usages que les autres égyptiens et notamment vivent avec une seule femme, comme les grecs'.

³ Article 6. bis de la loi de 1979.

⁴ La femme, en cas de remariage de son mari, peut demander le divorce si elle en a subi un dommage matériel qui empêche la poursuite de la vie commune dans un pareil cas, même si elle n'avait pas stipulé dans son acte de mariage qu'il ne se remarierait pas. Si le juge n'arrive pas à les réconcilier, il lui accorde le divorce. Peut-on conclure de ce qui précède que la femme peut prévoir dans le contrat de mariage une clause lui donnant le droit de demander le divorce ? La réponse à cette question est incertaine.

⁵ V^o Mohammed-Hossam LOUFTI : Égypte : Capacité-Mariage-Filiation, Juriscl. Droit comparé/législation-comparée-Fasc.1, 1996, n^o 62..

remarquable en matière de polygamie sous l'influence des mouvements féministes en Egypte. En effet, la loi égyptienne permet à l'épouse du musulman qui se marie pour la deuxième fois de demander le divorce parce qu'elle a été lésée par le deuxième mariage de son mari. C'est une évolution importante. De plus, dans une situation de polygamie, reconnue par le droit musulman, la loi exige de l'époux qui entre dans la deuxième ou troisième relation de mariage, d'en aviser les épouses précédentes, (le notaire doit les aviser). Toutefois, les époux, considérant que cette loi constitue une restriction au droit à la polygamie, s'y sont opposés devant la Cour. La Cour Constitutionnelle Suprême a, quant à elle, considéré que cette notification n'était pas contraire au droit musulman.

Nous pouvons prendre aussi l'exemple du Cameroun où c'est l'ordonnance du 29 juin 1981 qui régit le mariage admet la polygamie dans son article 49, mais n'apporte aucune autre précision et surtout ne fixe aucune limite à cette institution matrimoniale. On en conclut que sur le fond, ce texte reconnaît à l'homme camerounais la possibilité d'épouser autant de femmes qu'il le souhaite. La jurisprudence est allée jusqu'à donner à ce texte une portée nouvelle et étonnamment extensive. Plusieurs arrêts de la Cour Suprême camerounaise ont très clairement proclamé le principe selon lequel la forme polygamique du mariage constituait le droit commun pour les camerounais et qu'en l'absence d'un choix exprès de la monogamie, les époux étaient censés mariés sous la forme polygamique¹.

C'est aussi la jurisprudence qui rappelle généralement les obligations nées du mariage² et en cas de décès du mari, pour sauvegarder l'unité familiale, les différentes législations africaines reconnaissent les mêmes droits à toutes les épouses légitimes du mari défunt et aussi les mêmes droits à tous les enfants comme s'ils étaient nés de la même mère.

¹ Cour Suprême, 5 avril 1966, arrêt no 42, Bull. p.134 ; Cour Suprême 14 juillet 1966 arrêt no 64, Bull; p. 1329 ; Cour Suprême, 23 février 1971, arrêt no 61/L, Revue camer. Droit, no1 p.62. Sur les commentaires des auteurs, V. P. G. Pougoue et F. Anoukaha : 'Mariage- Filiation', Juriscl. Droit comparé/législation comparée. Fasc. 2 fév. 1996 n° 8.

² Ainsi, la jurisprudence rappelle que le mari ne doit entretenir des relations sexuelles qu'avec ses femmes actuelles et avec elles seulement et qu'en conséquence il commet l'adultère lorsqu'il entretient des relations avec une femme fut elle sa nouvelle 'fiancée' (Cour Suprême, 15 novembre 1979, arrêt no 18/L ; TGI Mfoundi, 21 octobre 1987, jugement no7; TGI Wouri, 3 janvier 1992, jugement no 159). Certains auteurs vont même jusqu'à dire que le mari polygame se trouve soumis à 'des fidélités multiples'. Les repas entre les épouses ou les repas entre les différents enfants sont souvent pris ensemble, dans un contexte de partage et de solidarité familiale. Les événements sociaux tels que les naissances, mariages ou décès sont également vécus dans une solidarité communautaire. Le TGI du Wouri (20 août 1992, jugement n° 685) a tranché que constitue une violation du devoir d'assistance, le mari polygame qui assiste sans intervenir à la bastonnade d'une de ses épouses par les enfants d'une autre de ses épouses. Comme dans tout mariage, les époux polygames doivent également respecter l'obligation de cohabitation. Le mari se trouve dans l'obligation de pratiquer une cohabitation rotative et équitable. Il est alors tenu d'honorer la chambre et les repas de chacune de ses épouses, en respectant parfois un calendrier préalablement établi ! Les juges camerounais se montrent très pointilleux dans le respect de l'obligation de cohabitation et rappellent qu'une simple sieste dans la chambre de l'une et les nuits dans la chambre de l'autre ne suffisent absolument pas (TGI Mfoundi, 3 juin 1987, jugement no 268).

Quant au Maroc, la polygamie reste le point culminant derrière lequel plusieurs femmes mènent leur combat. Aucune d'entre elle ne désire que son mari prenne une deuxième ou une troisième épouse et qu'il puisse partager son temps selon chacune. C'est ainsi que le le nouveau Code prévoit qu'un homme devra acquérir l'autorisation du juge pour se remarier suivant une réglementation juste. C'est à dire, qu'il devra prouver qu'il est apte à subvenir aux besoins des deux familles sans obliger celles-ci à habiter sous le même toit¹. Inutile de prendre quatre épouses² alors que vous touchez 3000 DH par mois ! Donc, la polygamie n'est pas abolie, mais elle n'est plus un droit que le mari exerce selon sa volonté. Elle devient soumise à des conditions sévères et à l'autorisation du juge. En outre, la femme peut conditionner son mariage à l'engagement du mari de ne pas prendre d'autres épouses et elle peut invoquer la polygamie pour demander le divorce pour préjudice subi. C'est l'article 31 de la Moudawana qui prévoit cette réserve de divorce pour cause de bigamie alors qu'auparavant, le mari était libre de prendre une deuxième épouse même contre l'avis de la première.

Finalement, au Sénégal l'article 133 du Code de la Famille sénégalais offre un choix au époux c'est à dire qu'il peuvent se marier sous la forme polygamique³ ou monogamique. Mais si la monogamie a été choisie, elle est irrévocable et l'époux bigame sera puni selon l'article 333⁴ du Code Pénal. En Algérie, le Code algérien imposé en 1984 a opté pour le régime polygamique dans les limites de la Charia. C'est ce qui est prévu à l'article 8 du Code⁵. Toutefois l'article 30 du Code place quelques limites au droit de la polygamie. Par exemple, l'homme ne peut pas épouser simultanément deux sœurs, il doit, en principe, demander le consentement de son épouse ou de ses épouses avant de prendre une épouse de plus. Si elle n'y consentent pas, elles peuvent demander le divorce, mais compte tenu de ce que

¹ La première épouse doit être informée du mariage projeté. Le mari ne pourra loger la seconde sans l'accord de la première, et ceci, aux termes de l'art. 1192 du Code marocain. Le droit marocain aussi bien que le Code algérien s'efforcent de lutter contre la "bigamie clandestine".

² Tout comme le droit égyptien, le Maroc prévoit également la 'tétragamie musulmane'. V.Art.29-2 du Code du Statut Personnel du 19 août 1957 (Moudawana) modifié par le Dahir portant Loi n° 1/93/347 du 10 septembre 1993.V.Fatna Sarehane: "Maroc: le statut personnel : Droit commun-Capacité-Mariage-Filiation", Juriscl. Droit compare/législation comparée – Fasc.2-1, 1999, n° 128.

³ Il a été jugé sous un régime de polygamie que l'inégalité manifeste de traitement entre deux épouses justifie le refus par l'une de rejoindre la résidence fixée par le mari car l'article 149 al 1 du Code de la Famille énonce que le mari est tenu de traiter ses épouses de façon égalitaire (T.P.I Dakar, 1^{er} juillet 1976, époux Ngom et T.P.I Dakar, 12 juillet 1997, époux Tony, RJS Crédila 1982, Vol.III, p.14 et suivants). Il est à noter qu'au Togo, un même choix est offert aux époux c'est à dire, qu'ils ont une option entre la monogamie ou la polygamie (Article 42 du Code de 1981).

⁴ Selon l'article 333 du Code pénal, un emprisonnement de 6 mois à 3 ans et une amende de 200 FF à 300 FF sont à prévoir.

⁵ Article 8 du Code de la Famille algérien : 'Il est permis de contracter avec plus d'une épouse dans les limites de la Charia si ce motif est justifié. Les conditions et l'intention d'équité doivent être réunies, et après information préalable de la précédente et de la future épouse. L'une et l'autre peuvent intenter une action judiciaire contre le conjoint...ou demander le divorce en cas d'absence de consentement'. Cependant la réalité et la pratique judiciaire désavouent cette institution par le degré du contentieux et ses effets négatifs sur la société.

signifie le divorce pour les femmes selon le Code, elles sont en réalité pratiquement obligées d'accepter le nouveau mariage de leur mari. C'est pour cela que plusieurs juristes ont considéré cette disposition comme étant en contradiction flagrante avec la Constitution Algérienne qui proclame l'égalité des sexes, alors que dans la pratique ce n'est nullement le cas.

D'assez nombreux Codes modernes exploitent des tendances limitatives déjà incluses dans la tradition islamique à savoir la nécessité économique, l'équité, la possibilité pour la femme d'inclure une clause conventionnelle de divorce en cas de bigamie, etc. Ces réserves ont été reprises dans l'article 17 du Code Syrien de 1949-1953 qui donne pouvoir au juge de refuser une seconde union si le mari ne peut entretenir ses deux femmes. Le Code Irakien de 1959 a également réservé l'autorisation judiciaire si l'inéquité est à craindre et si une femme a déjà eu un enfant commun à la suite d'un premier autorisé.

Tout comme le droit égyptien et marocain, la Mauritanie retient également la même limite de quatre épouses, qui résulte en réalité de la règle de la 'tétragamie musulmane'. En Mauritanie, aux termes de l'article 45¹ du Code de la Famille, la polygamie n'est autorisée que sur décision judiciaire, et en particulier si le mari atteste avoir l'intention d'être juste envers ses femmes. Quoique la polygamie est quasi inexistante au nord de la Mauritanie, elle reste assez répandue dans le sud, peuplé de Négro-Africains.

Quant aux pays qui n'autorisent pas la polygamie, il serait intéressant de considérer le cas de la France, l'Angleterre, la Suisse, la Tunisie et quelques autres encore. En ce qui concerne la France, le Code Civil a emprunté au mariage religieux l'exigence des hautes valeurs morales de fidélité, d'honneur et d'amour qui sembleraient ainsi inconciliables avec l'institution polygamique ou l'infraction de bigamie. En effet, le phénomène polygamique inquiète à juste titre la France, terre d'immigration. Le droit international privé, en vertu d'un ordre public atténué, admet² que les mariages polygamiques, s'ils ne peuvent être célébrés en France puissent avoir sur le territoire français quelques effets s'ils ont été célébrés à l'étranger en conformité avec la loi nationale des époux³. Mais aujourd'hui, la

¹ L'art. 45 de l'avant projet du Code de la Famille prévoit 'la tétragamie musulmane' avec néanmoins une disposition originale, c'est à dire, qu'il faut l'autorisation du juge.

² Mais la tolérance du droit français à l'égard de la polygamie demeure aléatoire et n'exclut pas de temps à autres certaines réactions jurisprudentielles –*Cour de Cass. 1^{ère} Ch. Civ. 6 juillet. 1988.* RDIP 1989, 71, note Y. Lequette.

³ CA Paris, 8 nov. 1983, Rev. Crit. DIP 1984., 477, note Y. Lequette ; JDI 1984. 881, note M. Simon – Depitre. En ce qui concerne les effets pécuniaires d'une union polygamique en France, il est à savoir que le droit français refuse de reconnaître l'unité et la solidarité de la famille polygamique. Il n'offre aucune protection sociale aux familles polygamiques étrangères. Par exemple, les services sociaux n'ont édictées des lois que pour les familles monogamiques et les prestations ne peuvent être réparties entre les différentes épouses, puisque l'art 313-3 du Code de la Sécurité sociale ne prend en compte que le 'conjoint de l'assuré'.

tolérance envers les mariages polygamiques sur le sol français a été atténuée par les lois du 24 août 1993 et du 30 décembre 1993 modifiant ainsi l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. Ces lois, dites Pasqua, interdisent la délivrance d'une carte de résident à un étranger polygame ou à son conjoint. De même, une jurisprudence¹ bien établie du Conseil d'Etat refuse à l'étranger polygame la nationalité française.

En droit interne, l'empêchement au mariage résultant de l'existence d'un mariage antérieur non dissout reste un empêchement insurmontable, ceci étant même affirmé par l'article 147 du CCF². Il serait donc juste de dire que pour pouvoir se marier, il faut être célibataire, veuf ou divorcé. Faute de quoi, il y aurait bigamie et nullité du second mariage³. Le non-respect de l'interdiction constitue, en outre, une infraction pénale aux termes de l'article 433-20 du C. pén. Autrefois, aux termes de l'ancien article 340 C. pén⁴, la bigamie était un crime frappant les bigames de la peine de travaux forcés à temps. Mais la loi du 17 février 1933 a choisi de transformer la bigamie en délit. Les peines sont maintenant moins élevées qu'autrefois. Elle est passible d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 45,000 euros⁵.

En ce qui concerne l'Angleterre, c'est la section 57 du 'Offences against the Person Act' de 1861, qui réprime la bigamie ou la polygamie⁶. Toutefois, il n'y aurait pas de bigamie si, au temps de la seconde cérémonie, le premier mariage avait été dissous⁷ ou annulé par une Cour ayant la juridiction compétente, si la seconde cérémonie a eu lieu à l'étranger et que le défendeur n'est pas un citoyen de l'Angleterre, ou des ses colonies et finalement, si le conjoint a été absent de façon continue de l'autre conjoint pour les sept dernières années ou alors le conjoint ne sait pas si l'autre est toujours en vie. En tous cas, c'est ce qui a été retenu dans l'affaire

¹ CE 24 janv et 11 fév 1994, D. 1994, Somm. 248, obs.F.Julien – Laferrière ; D. 1995, 108, note P.Guiho. De même encore et sauf cas particulier, le bénéfice des prestations sociales est désormais subordonné à la régularité du séjour et du travail en France.

² Article 147 CCF : on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.

³ CA Paris 21 juin 1999; D.1991. IR, 218 ; Rev. crit. DIP 1992, 773.

⁴ Article 340 C. pén : quiconque étant engagé dans les liens du mariage en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent est passible d'une peine correctionnelle de 6 mois à 3 ans d'emprisonnement et 500 F à 30,000 F d'amende.

⁵ Article 433-20 C. Pén. : il encourt en outre, à titre de peines complémentaires, (i) interdiction de ses droits civiques, civils, et de famille, (ii) interdiction pour une durée de 5 ans au plus, d'exercer une fonction publique, (iii) l'affichage ou la diffusion de la décision pour plus de précision sur ces peines, V.art. 433-22 du Code Pénal.

⁶ Aux termes de la S 57 of the Offences against the Person Act, 'Whosoever, being married, shall marry any other person during the life of the former husband or wife, whether the marriage shall have taken place in England or Ireland or elsewhere, commits the offence of bigamy'.

⁷ Par exemple, dans l'affaire *King* datant de 1964, the Court accepta que: 'D would have a defence where he believed on reasonable grounds that the alleged first marriage was void'. De façon similaire, dans l'arrêt *Gould*, datant cette fois ci de 1968, 'D's reasonable belief that he was divorced was held to be a defence'.

Tolson de 1889: 'D's reasonable belief that the spouse was dead shall be a defence even though there has not been 7 years absence'.

En outre, la section 11 du M.C.A. 1973, énumère les causes de nullité¹ qui rendent un mariage en un 'such a fundamentally flawed marriage' à tel point que le droit considère qu'il ne peut y avoir de mariage valide. La Cour a réaffirmé ce principe dans plusieurs arrêts, en l'occurrence dans l'affaire *R v Sagoo*², où il a été jugé que la participation dans un second mariage alors que l'époux était déjà engagé dans un lien non dissous commettait le délit de bigamie.

En Suisse, la polygamie est un délit punissable en vertu de l'art.215 C. pén.³. Toutefois, il peut y exister un conflit avec le droit suisse et les lois étrangères qui admettent la polygamie. De ce fait, il faut distinguer entre le mariage polygamique conclu en Suisse et celui conclu à l'étranger. Il est interdit de conclure en Suisse un mariage polygamique. L'art. 101 CCS prévoit que : 'Toute personne qui veut se remarier doit établir que son précédent mariage a été dissout par le décès, le divorce, ou un jugement en nullité. L'art. 120 al 1 CCS ajoute que le mariage est nul 'Lorsqu'un des époux était déjà marié au moment de la célébration'. L'action en nullité est intentée d'office par l'autorité cantonale compétente et par tout autre intéressé, notamment la commune d'origine ou de domicile, ceci, d'après l'art. 121 CCS. Pour les mariages conclus à l'étranger, il faut savoir que cette interdiction s'applique aussi à l'égard des étrangers qui voudraient contracter un mariage polygamique en Suisse, les conditions de fond étant régies dans ce cas par le droit Suisse. On ne peut à cet égard invoquer l'al 2 de ce dernier article pour permettre le mariage d'étrangers qui satisfait aux conditions prévues par le droit national de l'un des fiancés.

Une circulaire du Département Fédéral de Justice et Police dit : 'La bigamie est contraire à l'ordre public Suisse. Un ressortissant étranger, dont le droit national autorise la bigamie, ne peut donc contracter un nouveau mariage en Suisse, tant que son mariage actuel subsiste⁴. Aux termes de l'art. 45 al 1^{er} LDIP, un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse. On pourrait alors déduire que le mariage polygamique valablement célébré à l'étranger par un suisse devrait être

¹ Ce sont les S 11 (ii) et S11(iv) qui nous intéressent le plus: la S 11 (ii) prévoit: '...that at the time of marriage either party was not already married – i.e bigamous marriages'. La S 11 (iv) a pour titre: 'actual or potentially polygamous marriages : A marriage is not polygamous if at its inception, neither spouse has any additional spouse as amended by the Public International Law (Miscellaneous Provision Act 1996).

² Datant de 1975: D married in Kenya where he was domiciled. The Kenyan government later converted the marriage into a monogamous one. He came to England and married another woman. Held: Bigamy.

³ Article 215 C. pén. : celui qui, étant marié aura contracté un nouveau mariage, sera puni de la réclusion pour 5 ans au plus ou de l'emprisonnement pour trois mois au moins. La personne non mariée qui aura sciemment contracté mariage avec une personne mariée sera punie de la réclusion pour 3 ans au plus ou de l'emprisonnement.

⁴ En conséquence, un mariage polygamique conclu en Suisse en la forme musulmane du pays d'origine est invalide parce qu'il est contraire aux conditions de fond et parce que les conjoints n'ont pas le choix de la forme. D'autre part, il n'est pas possible de conclure un tel mariage devant les autorités consulaires en Suisse, cette compétence leur étant déniée par le droit suisse.

reconnu en Suisse. Mais une telle déduction se heurte à l'art. 45 al 2 LDIP qui ne permet de reconnaître le mariage célébré à l'étranger de la fiancée ou du fiancé suisse ou domicilié en Suisse, que s'il n'a pas été célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les causes de nullité prévues par le droit suisse. Le problème se pose en particulier lors du divorce non admis par le droit suisse à la suite duquel une personne se rend à l'étranger pour y contracter mariage. Dans ce cas, l'intention d'éluder la loi suisse n'est pas toujours décelable. Le Tribunal Fédéral a alors, fait intervenir la clause de l'ordre public.

Pour ce qui est de la Tunisie, ce voisin méconnu de l'Algérie, le législateur est arrivé à laïciser une grande partie des normes du droit musulman en interdisant la polygamie. Ainsi, depuis 1956, tous les ressortissants tunisiens, quel que soit leur religion, sont soumis à un Code de Statut Personnel unifié et seuls les tribunaux de l'état sont compétents pour rendre justice. Donc, il est interdit de contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Ceci ressort de l'art. 18¹ du Code du Statut Personnel de 1956. Aux termes de cet article, il est clair que la polygamie est interdite : 'Quiconque étant engagé dans les liens du mariage en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera passible d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 240,000 francs ou l'une de ces deux peines seulement même si le nouveau mariage n'a pas été contracté conformément à la loi.

Les états asiatiques, de leur côté malgré la progression des mariages monogamiques 'officialisés' par l'Etat, gardent quelques traces de la polygamie. Si l'état Hindou l'a fait officiellement effacer en 1955 (Hindu Marriage Law), elle subsiste au Pakistan, Etat islamique. Les droits traditionnels d'Extrême Orient (Chine, Corée) admettaient à côté de l'épouse officielle, l'existence des 'femmes de second rang de diverses classes sociales, formule qui oscille entre bigamie et le concubinage 'légal'². La République du Vietnam comme la ville de Hong Kong ont fait disparaître ces formules par le Marriage Reform Ordinance de 1970 à Hong Kong. Un arrêt de la Cour Suprême de Hong Kong, Kao Yueng Lun Luk de 1975, a annulé un mariage enregistré en tenant compte du fait que le mari vivait avec une autre femme épousée selon la formule du 'mariage domestique traditionnel'.

Finalement, en ce qui concerne les Etats Unis³, il est savoir que la polygamie est interdite dans tous les 50 états. Mais même en droit américain, notamment en

¹ Le Code tunisien de 1956 a interdit la polygamie, en la faisant à la fois une infraction pénale et un cas de nullité absolue (art. 18 et 36 respectivement de la loi du 1er avril 1957). Une circulaire tunisienne de 1968 a même obligé un ressortissant d'un Etat polygame épousant une tunisienne à présenter son certificat de son pays d'origine attestant son célibat. V. A. Y. Dennaoui, 'La famille musulmane dans certains Codes contemporains,' thèse, Paris 2 (dactyl.), 1978.

² Kim-Chu-Su, 'La position légale de la femme coréenne', Revue de la Corée, 1985, p. 28. Pour une hypothèse de 'mariage de second rang' qui n'a pas pu être prouvé en France, T.G.I Seine, 16 oct 1967, G.P., 1968-1-15.

³ Toutefois, comme dans le cas de l'Israël, l'utilisation du conflit mobile ne peut conduire à n'importe quel résultat, et en particulier à faire passer pour régulièrement marié un couple qui ne l'a jamais été. Dans l'affaire *Kennedy v Damron de la Cour de Kentucky* datant de 1954, deux personnes domiciliés dans la Kentucky avaient vécu pendant 11 ans comme mari et femme sans la moindre cérémonie de

Louisiane et au Texas quelques cas de conflits locaux et internationaux semblent avoir aussi régné. En effet, les Etats-Unis, qui ont eu à connaître des conflits internes, le changement de domicile a permis souvent à valider un mariage nul à l'origine. Paradoxalement, c'est l'utilisation de la notion de mariage de 'Common Law' (donc informel et analogue à la possession d'état en droit français) qui a permis ce résultat. Ainsi, dans l'arrêt *Travers v Rheinard 1906*, un mariage nul à l'origine selon la loi de célébration de la Virginie pour vice de forme a été 'consolidé' par le domicile des époux au cours du mariage dans le New-Jersey, Etat se contentant de la simple vie en commun par la volonté des époux ! Dans un autre cas, la *Cour Suprême d'Orégon (Boykin, 1960)*, où les parties avaient vécu comme mari et femme pendant plus de 10 ans dans sept Etats, un seul, l'Idaho, où elles n'étaient restées que quatre ou cinq mois, validait le mariage de 'Common Law'. Cette particularité a permis à la Cour de l'Orégon de tenir le mariage pour valable. Nous savons qu'en France, la jurisprudence de ces dernières années a admis directement le principe de la putativité par application de la seule loi française, sans s'interroger sur le contenu des lois personnelles en cause¹. Il est vrai qu'elle a eu à se prononcer sur le cas de couples domiciliés en France, et que la nullité pour bigamie a pu être considérée comme une règle d'application immédiate. Il ne semble pas pourtant que toutes les ambiguïtés aient été dissipées.

La Guinée aussi a totalement supprimé la bigamie par la loi du 5 février 1968 mais reconnaît, toutefois, les effets des unions antérieures. Et, quant au Code de la Famille ivoirien, il a fait également disparaître la polygamie avec la loi du 7 octobre 1964. En effet, en Côte D'Ivoire, qui est réellement, l'un des rares pays africains qui interdit la polygamie, cette infraction est sanctionnée de manière beaucoup moins sévère qu'en France par l'article 390 Code Pénal². Cette souplesse du législateur ivoirien est d'ailleurs bien compréhensible quand on tient compte du fait que pratiquement tout le nord du pays est musulman et que cette religion est la deuxième du pays.

Pour conclure, nous pouvons dire que la polygamie restera toujours une institution matrimoniale totalement énigmatique, diamétralement opposé aux canons

mariage. Dans les deux dernières années, des membres de leur famille avaient fait l'acquisition d'une ferme dans l'Ohio, Etat tenant pour régulier le mariage de 'Common Law', et ils leur rendirent visite. La Cour de Kentucky a estimé ce facteur insuffisant pour valider leur union. V. I. Palsson, cit. p. 214-216. Avec ces mariages de 'Common Law' on peut facilement voir apparaître des situations de polygamie car le seul fait de rester dans un Etat qui l'admet les conjoints sont considérés comme mari et femme s'ils se sont comportés comme tel sans être réellement mariés !

¹ Annulation d'un mariage d'une yougoslave et d'un américain, *Cour Versailles, 3 juillet 1978* et *Cass.1^{er} 15 jan. 1980* « Prelevic-Kaspar », Clun. 1980-316 note PH.Kahn ; *Cour Paris, 27 nov. 1981* D. 1983- 143 note G. Parie. Cf. aussi Cass 1^{er}, 2 oct. 1984, Bull. 1984, n° 242.

² L'article 390 du Code Pénal prévoit une peine d'emprisonnement de 6 mois à 3 ans et une amende de 500 FF à 5,000 FF.

du droit civil importés d'Europe. En Afrique elle constitue un choix de vie banal et normal, basé à la fois sur la reconnaissance 'juridique' et sur la volonté des couples de vivre 'sociologiquement' et 'humainement' une union plurielle dans le respect des personnes et des valeurs traditionnelles. Loin de constituer le 'temple de l'immoralité', comme on la qualifie souvent, la polygamie véhicule un certain nombre de valeurs ancestrales autour des principes de la liberté du choix matrimonial, de l'acceptation volontaire de l'autorité du mari, de l'égalité des co-épouses et de la solidarité familiale.

S'il y a toujours une polygamie latente qui persiste dans certaines communautés d'Afrique du Nord, la modernité comme style de vie des Africains fait que cette coutume sera de plus en plus délaissée. En effet, dans ce monde où tous sont à la quête du bonheur, surtout les femmes qui militent avec force et avidité pour leurs droits et épanouissement complet, nous voyons mal comment elles peuvent accepter le cœur léger que leur époux épouse d'autres femmes simultanément.

En ce sens, le droit de la famille a un rôle fondamental à jouer afin que les intérêts de tout un chacun soient satisfaits. Nous avons constaté à travers cette étude qui, faut-il le dire, n'est guère exhaustive, que les mariages polygamiques demeurent complexes et sont loin d'être des fleuves tranquilles.