

LA REGULATION DE LA CONJUGALITE EN UNION LIBRE AU BURUNDI : UNE APPROCHE SINGULIERE, LEGALEMENT CRITIQUE ET AUX EFFETS POTENTIELLEMENT PERVERS

Alexis Manirakiza*

ABSTRACT

It is generally admitted that in the second half of the twentieth century, it has been seen a rise of non-marital cohabitations and, conversely, an important decrease of marriages in many Western Countries. This situation has consequently led legislators to grant legal recognition to non-marital cohabitation along with marriage.

Confronted with the same issue, Burundian authorities have responded quite differently. Until 2016, they have shown a kind of legal indifference and tolerance towards non-marital families. It is in September 2016 that they enacted a law prohibiting and criminalizing non-marital cohabitation. Moreover, the authorities enjoined all couples in non-marital cohabitation to change it into marriage; otherwise they should be fined and even imprisoned.

This article is aimed to critically discuss this approach adopted by Burundian authorities in the regulation of non-marital cohabitation.

And it has been found that this approach does not comply with the Constitution of Burundi and the Human Rights framework to which Burundi has subscribed. Furthermore, not only the efficiency of this approach is questionable since it seems it does not take into account the real causes of the rise of non-marital cohabitation, such as poverty, ignorance of the law, prohibition of polygamous marriage, but also the approach is likely to produce adverse effects to families, women and children. This should especially be the case to polygamous marital relationships because the approach implies separation of couples in such relationships in order to comply with the monogamous marriage, the only one which is legally recognized so far.

It is for those reasons that, in the end, the article suggests a new approach that the Burundian legislator should adopt in dealing with non-marital cohabitation, an approach which reconciles efficiency and respect for fundamental rights and liberties. This approach should be a legal recognition of non-marital cohabitation that implies at least an extension of patrimonial effects of marriage to non-marital cohabitation, no matter its form, monogamous or polygamous.

* Maître-Assistant à la Faculté de Droit de l'Université du Burundi, Doctorant à la Faculté de Droit de l'Université d'Anvers(Belgique). E-mail : allyman100@gmail.com ou Alexis.Manirakiza@uantwerpen.be

INTRODUCTION

Il est généralement admis que dans les pays occidentaux la seconde moitié du vingtième siècle a vu le paysage conjugal se bouleverser considérablement. Jusque-là, le mariage constituait l'institution sociale obligée permettant de légitimer le lien de couple¹. Du coup, le droit ne reconnaissait que la vie en couple fondée sur le mariage², en manière telle que les couples qui vivaient ensemble sans s'inscrire dans le cadre du mariage- la dénomination pour caractériser cette situation variant entre l'union libre, le concubinage ou la cohabitation, ces expressions étant souvent utilisées indistinctement³- étaient considérés comme des hors-la-loi, illégitimes ou violant les bonnes mœurs⁴. En écho au célèbre dicton prêté à Napoléon Bonaparte lors de l'adoption du code civil en 1804 : « Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux », aucune reconnaissance juridique, aucune protection légale ne leur était accordée.

A partir des années 1960 cependant, « la vision sociale de l'ordre des familles »⁵ commence à changer. Une augmentation sans précédent des couples choisissant de vivre en union libre suivie mécaniquement d'une diminution sensible des couples mariés se manifeste⁶. Plusieurs raisons expliquent ce bouleversement dont le fil conducteur est l'importance de plus en plus affirmée de la liberté et de l'autonomie individuelles couplée de la volonté de sortir du carcan institutionnel du mariage qui, pour certains, est écrasant⁷.

Face à cette mutation anthropologique, le droit occidental ne restera pas indifférent. La célèbre maxime napoléonienne précitée qui était en vogue jusque-là sera au fur et à mesure contestée. Des effets juridiques seront attachés à d'autres formes de vie commune en dehors du mariage, le mariage cessant de ce fait d'être « *la source unique de la légitimité* » ou « *la source unique de la famille* »⁸. Au départ, il s'est agi d'accepter que les personnes qui ne voudraient pas se marier puissent opter pour l'union libre⁹. Par la suite, il s'est agi de reconnaître aux couples vivant en union libre certains droits qui étaient jusque-là réservés aux

1 Jean-Louis RENCHON, « Le droit de la personne et de la famille : de l'indisponibilité à l'autodétermination? », dans D. HEIRBAUT & G. MARTYN (dir.); *Un héritage du Code napoléonien. Bicentenaire du Code civil en Belgique, Bruxelles, 2005*, p.111.

2 Jean-Louis RENCHON, « Le droit du mariage et le droit du non mariage : quelles différences? », dans Actes du Colloque du 13 octobre 2009 organisé par le C.N.A.F, Paris, 2010, p.36.

3 Jean-Claude KAUFMANN, *Sociologie du couple*, Paris, Collection Que sais-je?, 2003, p.51.

4 RENCHON, « Le droit du mariage... » *op.cit.*, p.38.

5 *Id.* p. 36.

6 KAUFMANN, *op.cit.*, p.53.

7 RENCHON, « Le droit de la personne et de la famille... » *op.cit.* p.115.

8 Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, « La diminution de l'importance du mariage », dans R. NORSON (éd.), *Mariage et famille en question*, Lyon, éd. du C.N.R.S, 1978, p.75.

9 RENCHON, « Le droit de la personne et de la famille... » *op.cit.*, p.133.

couples mariés¹⁰, si bien qu'aujourd'hui la famille fondée sur le mariage ne jouit du privilège qu'elle bénéficiait jadis et se voit concurrencer par d'autres formes de vie commune en dehors du mariage.

Le Burundi n'échappera pas lui aussi au phénomène de l'union libre. En 1980 déjà, RUTAYISIRE faisait remarquer en ces termes la propension de certaines personnes à embrasser : « Au cours des vingt dernières années, au fur et à mesure que les cités urbaines prenaient de l'importance par suite de l'exode rural vers la ville causé par le développement des secteurs secondaire et tertiaire de l'économie burundaise, un usage nouveau s'est instauré dans certains milieux : la pratique de l'union libre. Ce phénomène se rencontre tout particulièrement dans les centres urbains; c'est l'établissement en ménage par 'coup d'état', dira-t-on à Bujumbura »¹¹. Trois décennies plus tard, la pratique de l'union libre n'a pas diminué d'intensité et ne se limite pas aux centres urbains. Au contraire. Ainsi par exemple, il est admis que dans plusieurs régions du pays, comme au Nord (Muyinga et Kirundo), au Moso et Imbo, il est rare que l'on trouve des unions entre hommes et femmes qui ne soient pas des unions libres¹². Bien plus, selon le rapport tiré du Recensement Général de la Population et de l'Habitat, sur 49, 8 des personnes en couple, au moins 10, 7 % d'entre eux sont en union libre, ce qui représente plus ou moins 20% des couples¹³.

Seulement voilà, confrontées au même phénomène, les autorités burundaises choisiront de réguler la conjugalité en union libre par une approche singulière, plus tournée non pas vers la reconnaissance juridique de l'union libre, mais plutôt vers une lutte sans merci à son égard.

L'objectif de cet article est de mettre en relief les mesures qui ont été prises par les autorités burundaises dans le cadre de la régulation de la conjugalité en union libre et d'en faire une analyse critique, quitte à suggérer une nouvelle approche qui soit plus appropriée. Car la thèse défendue par cet article est que l'approche adoptée par les autorités burundaises, outre qu'elle est juridiquement critiquable, son efficacité même est sujette à caution et risque aussi de produire des effets pervers.

10 Pour plus de détails sur les différentes réponses législatives apportées au phénomène de l'union libre dans plusieurs Etats européens, voir, *Kathleen KIERNAN*, « Cohabitation in Western Europe : trends, issues and implications » dans A. BOOTH and A-C CROUTER (ed.) *Just living together: Implications of cohabitation on Families, Children, and Social Policy*, Lawrence Erlbaum Associates Inc, Mahwah, 2002, pp. 26-27.

11 *Paul RUTAYISIRE*, « Le problème juridique de l'union libre au Burundi » dans *RJB*, 1980, p.230.

12 *RCN JUSTICE ET DEMOCRATIE*, *La justice de proximité au Burundi : réalités et perspectives*, Bujumbura, 2006, p.87, consultable sur <http://www.rcn.org.be/IMG/pdf/LajusticedeproximiteauBurundi.pdf>.

13 Recensement général de la population et de l'habitat, 2008. Pour arriver à ce chiffre de 10, 7 %, nous avons pris le chiffre de 6, 2% qui se reconnaissent comme étant en union libre dans le sens où aucune célébration de leur union ni religieuse ni coutumière ni légale n'a eu lieu auquel nous avons ajouté 4, 5% qui se déclarent être mariés en union polygamique. Or, comme nous le verrons dans la suite, toute union polygamique est considérée comme étant union libre par la loi burundaise, dans la mesure où le seul mariage légalement reconnu est le mariage monogamique.

Cet article est subdivisé en quatre principales parties. La première partie est consacrée à l'esquisse de la notion de l'union libre en droit burundais. Le passage en revue des réactions des autorités burundaises vis-à-vis de l'union libre fait l'objet de la deuxième partie. Quant à la troisième partie, elle est dédiée à l'analyse critique de ces réactions tandis que le plaidoyer pour une nouvelle approche de régulation de l'union libre fait l'objet de la quatrième partie.

A. LA NOTION DE L'UNION LIBRE EN DROIT BURUNDAIS

Le droit burundais n'a pas toujours défini l'union libre. Il a fallu attendre la loi n° 1/13 du 22 septembre 2016 portant prévention, protection des victimes et répression des violences basées sur le genre pour en avoir une définition légale¹⁴. Selon l'article 2,c) de cette loi, l'union libre appelée aussi *ugucikira* ou *ugucikiza* existe lorsqu'un homme et une femme vivent maritalement sans être unis par les liens du mariage. Cette disposition ajoute que l'union libre *ugucikira* ou *ugucikiza* se distingue donc du mariage par le fait que le mariage a été célébré suivant les formes prescrites par la loi et dans le respect des conditions imposées par elle.

On le voit, la définition de l'union libre donnée par la loi précitée fait intervenir une autre notion, celle du mariage, dont la définition ne se retrouve toutefois pas dans cette loi. Il importe donc pour appréhender le véritable sens de la notion de l'union libre de se reporter à une autre loi qui met en exergue la notion de mariage en droit burundais. Il s'agit en l'occurrence du décret-loi n° 1/024 du 28 avril 1993 portant réforme du Code des personnes et de la famille¹⁵. L'article 87 de ce code stipule que le mariage est l'union volontaire de l'homme et de la femme conforme à la loi civile. Cette union est soumise à plusieurs conditions de fond et de forme qui s'étalent des articles 88 à 119 de ce code. Toutefois, il est généralement admis que ce qui caractérise principalement le mariage en droit burundais est, outre l'union entre un homme et une femme, la célébration de cette union devant un officier de l'Etat civil qui doit s'assurer que toutes les conditions du mariage sont respectées¹⁶.

Ainsi donc, si un homme et une femme, qui auraient pu légalement se marier¹⁷, vivent ensemble de manière stable¹⁸ sans que leur union ait fait l'objet de célébration par l'officier

14 Cette loi peut être téléchargée ici : <https://www.presidence.gov.bi/2016/09/22/loi-n1013-du-22-septembre-2016-portant-prevention-protection-des-victimes-et-repression-des-violences-basees-sur-le-genre>.

15 *B.O.B.*, 1993, n° 6, p.213.

16 *RCN JUSTICE ET DEMOCRATIE*, *op.cit.*, p. 86.

17 Cet élément est important à souligner pour distinguer l'union libre des autres unions interdites comme des unions incestueuses par exemple. Il est également important car l'union libre a l'apparence d'un mariage.

18 L'élément de stabilité est fondamental dans la définition de l'union libre afin de la distinguer des autres formes d'unions entre homme et femme qui ne soient pas des unions libres. C'est le cas par exemple des relations extraconjugales ou adultère qui n'impliquent pas une relation stable mais plutôt une relation ponctuelle (Article 2, y de la loi de 2016 précitée).

de l'Etat civil, cette union n'est pas un mariage mais plutôt une union libre. Cette union peut revêtir plusieurs formes. Elle peut revêtir une forme simple ou monogamique dans le cas d'une union entre un seul homme et une seule femme. Elle peut revêtir une forme multiple ou polygamique si un homme ou une femme partage une vie commune avec plusieurs partenaires à la fois. Cette union multiple peut en même temps constituer un concubinage si un des partenaires en union libre, principalement l'homme dans le contexte du Burundi, est légalement marié à une autre femme¹⁹. Elle peut aussi constituer non pas un concubinage mais une polygamie de fait au cas où un des partenaires en union libre, principalement l'homme ici aussi, vit maritalement avec plusieurs femmes sans que personne d'entre eux soit légalement marié.

La notion de l'union libre en droit burundais esquissée, il importe de passer en revue les réactions que les autorités burundaises ont adoptées vis-à-vis de ce phénomène.

B. LES REACTIONS DES AUTORITES BURUNDAISES VIS-A-VIS DE L'UNION LIBRE

Vis-à-vis du phénomène de l'union libre, les autorités burundaises ont réagi d'une manière *sui generis*

Jusqu'en 2016, elles consacraient la maxime napoléonienne précitée, comme les Occidentaux d'avant les années 1960. Le droit affichait une indifférence totale à l'égard des couples en union libre. Il ne leur conférait aucune reconnaissance mais il les tolérait.

Mais à partir de 2016, à contre-courant de ce qui se passe partout ailleurs, les autorités burundaises se montrent particulièrement agressives vis-à-vis de l'union libre.

Cette agressivité apparaît pour la première fois au travers de la loi n° 1/ 13 du 22 septembre 2016 précitée qui d'une part interdit l'union libre sur tout le territoire du pays (article 24) et d'autre part criminalise l'union libre en prévoyant une peine de servitude pénale (1 mois à 3 mois) et d'amende (100 milles à 200 milles francs burundais) contre toute personne qui en serait coupable (article 42).

Le combat contre l'union libre ne se limitera d'ailleurs pas aux couples qui s'engageront dans ce genre d'union depuis la promulgation de la loi du 22 septembre 2016 précitée, même si aucune disposition de cette loi ne prévoit d'exception au principe de non-rétroactivité. Ceux qui y étaient déjà engagés ont été fermement 'invités' à se marier conformément aux prévisions du code des personnes et de la famille. Un ultimatum du Président de la République a en effet été lancé à l'endroit des couples qui étaient déjà en union libre d'entrer le plus vite possible dans les liens du mariage. Dans un discours prononcé le 1^{er} mai 2017 à l'occasion de la journée internationale du travail, dans ce qu'il a appelé la campagne pour la moralisation de la société burundaise, le Président de la République du Burundi a enjoint toutes les autorités administratives de tout faire pour que toutes les personnes vivant ensemble sans être unies par les liens du mariage, que leur union soit simple ou multiple, se

19 Article 2, r de la loi de 2016 précitée.

mettent sans tarder dans le cadre tracé par la loi, c'est-à-dire célébrer leur union devant l'officier de l'état civil et cela au plus tard à la fin de l'année 2017²⁰. Faisant suite à ce discours, le Ministre de l'intérieur et de la formation patriotique, dans une correspondance du 4 mai 2017 adressée aux gouverneurs de province, leur demande de « recenser tous les ménages en union libre endéans deux mois », d'« appliquer la tolérance zéro à tous les ménages en union libre[il faut comprendre cela dans le sens de l'union libre simple] ainsi qu'à toute personne qui s'adonne à la polygamie et à la polyandrie[il faut comprendre cela dans le sens de l'union libre multiple, concubinage ou polygamie de fait]dans leur circonscription administrative » et de « prendre des mesures énergiques pour faire régulariser à l'état civil tous les ménages en union libre recensés avant la fin de l'année 2017 »²¹. Les autorités à la base n'ont pas tardé de mettre en application ces demandes du Ministre de l'intérieur et n'ont pas lésiné sur les moyens. Elles ont tout de suite commencé à lister toutes les personnes en union libre en leur demandant de la transformer en mariage, faute de quoi elles pourraient encourir des sanctions pénales. Depuis lors, des célébrations tous azimuts des mariages collectifs ont été remarquées aux différents chefs-lieux des communes du pays.

Ainsi donc, le fait qu'un homme et une femme vivent ensemble de manière stable sans être unis par les liens du mariage civil est désormais interdit et susceptible d'être sanctionné pénalement. Auparavant, la loi sanctionnait cette situation si et seulement si l'homme ou la femme en question était au départ dans les liens du mariage. Il s'agissait soit du cas de concubinage soit du cas de polygamie. Désormais, c'est toute vie commune et stable entre un homme et une femme qui ne serait pas passée par une célébration devant l'officier de l'Etat civil, qu'elle constitue ou pas une polygamie ou un concubinage, qui est dans le viseur de la justice pénale. Toute union libre est désormais considérée comme une violence basée sur le genre et devient en tant que telle une infraction dont les caractéristiques en ce qui concerne la peine et l'action publique la rapprochent des crimes de génocide, des crimes de guerre et de crimes contre l'humanité²². La poursuite de cette infraction n'est pas soumise à la plainte de la 'victime', comme cela était le cas de l'infraction de concubinage par exemple. L'union libre intéresserait désormais la société dans son ensemble. D'ailleurs, la loi appelle à la dénonciation par quiconque qui en prendrait connaissance, et elle habilite aussi le procureur de se saisir d'office au cas où il n'y aurait pas de dénonciation ou de plainte par la victime ou toute autre personne²³.

20 Voir <http://www.burundi.gov.bi/spip.php?article2208> visité le 7 juillet 2017. Ce délai sera prorogé de 3 mois par décision du Ministre de l'Intérieur et de la formation patriotique sur avis de la présidence de la République.

21 Correspondance inédite du Ministre de l'intérieure et de la formation patriotique.

22 En effet l'article 61 de la loi de 2016 précitée stipule que les infractions prévues par cette loi sont inamnistiables et imprescriptibles en ce qui concerne tant l'action publique que la peine. Celle-ci est également imprescriptible et non gracieable. Or, jusque-là seuls les crimes de guerre, de génocide et crimes contre l'humanité avaient ces caractéristiques (voir les articles 152, 157, 172, et 173 alinéa 2 de la loi n° 1/27 du 29 décembre 2017 portant révision du code pénal).

23 Article 25 alinéa 1 de la loi de 2016 précitée.

Il est difficile de connaître avec précision les motivations réelles ayant poussé les autorités burundaises à adopter cette approche singulière consistant à lutter implacablement contre l'union libre.

Officiellement, la nouvelle dynamique vis-à-vis de l'union libre est justifiée par la volonté de lutter contre la polygamie, celle de lutter contre les grossesses des mineurs, celle de lutter contre la démographie galopante, la protection des femmes et des enfants et l'amour du pays²⁴.

Par contre, certains y voient l'influence des convictions religieuses du couple présidentiel²⁵. Quoiqu'il en soit, le fait est que toutes les mesures prises depuis 2016 dans le cadre de la régulation de la conjugalité en union libre ont ressorti de la volonté du Président de la République lui-même. C'est en effet à la demande personnelle de ce dernier que l'Assemblée nationale du Burundi a, au cours de la séance d'analyse de la loi portant répression des violences basées sur le genre susmentionnée, introduit dans cette loi l'union libre et qu'elle a été interdite et même pénalisée. Cela apparaît sur le post *Facebook* de l'Assemblée nationale du 2 août 2016²⁶. C'est aussi lui-même, Président de la République, qui a lancé l'ultimatum à l'endroit des couples déjà en union libre de se marier selon les prévisions de la loi, comme nous l'avons relevé plus-haut.

Cela étant, aussi légitimes que puissent être les raisons officiellement invoquées, l'approche choisie par les autorités burundaises pour réguler la conjugalité en union libre prête, à notre avis, le flanc à la critique.

C. ANALYSE CRITIQUE DE L'APPROCHE ADOPTEE PAR LES AUTORITES BURUNDAISES DANS LA REGULATION DE LA CONJUGALITE EN UNION LIBRE

L'approche retenue par les autorités burundaises est critiquable à plusieurs niveaux. D'abord, elle est juridiquement critiquable tant au niveau de sa constitutionnalité qu'au niveau de sa conformité au droit international des droits de l'homme liant le Burundi(I). Ensuite, son efficacité même est sujette à caution (II). Enfin, elle est susceptible de produire des effets pervers à l'endroit des familles(III).

24 On retrouve ces justifications dans les différentes déclarations faites dans les médias par les officiels du gouvernement burundais, surtout ceux du Ministère de l'Intérieur et de la formation patriotique.

25 <https://parismatch.be/actualites/societe/108864/burundi-fin-concubinage-mariage> visité le 19 juin 2018.

26 <https://twitter.com/ikiriho/status/760497689167589378> (visité le 21 juin 2018).

I. *L'approche est juridiquement critiquable tant au niveau de sa constitutionnalité que de sa conformité au droit international des droits de l'homme liant le Burundi*

L'approche adoptée pêche contre certaines dispositions de la constitution burundaise ainsi que de celles de certains instruments internationaux de protection des droits de l'homme que le Burundi a ratifiés.

En effet, quoique la Constitution burundaise stipule en son article 30 alinéa 1 que la famille et la cellule de base naturelle de la société, que le mariage en est le support légitime et que la famille et le mariage sont placés sous la protection particulière de l'Etat, il n'en reste pas moins vrai qu'elle n'exclut pas toute autre forme de famille qui ne serait pas fondée sur le mariage. Dans le cas contraire, le Constituant aurait expressément indiqué que le mariage est le « *support exclusif* » de la famille, au lieu de prévoir qu'il en est le « *support légitime* ». Il ne l'a pourtant pas fait. Pareille interprétation est d'ailleurs conforme au droit international des droits de l'homme liant le Burundi pour lequel le concept de famille ne se limite pas à la famille fondée sur le mariage, mais s'étend aussi à des familles de fait, donc celles dont les partenaires vivent en union libre, surtout quand l'on décèle de la stabilité, et surtout lorsque des enfants sont nés de cette vie commune²⁷. Ainsi donc, la mesure prise d'interdire l'union libre, de la pénaliser et d'exiger de ceux s'y retrouvant déjà de se marier est en contradiction avec l'article 30 alinéa 1 de la constitution.

Ce n'est d'ailleurs pas seulement cet article 30 qui est violé. Violé l'est aussi l'article 29 de la Constitution qui dispose que la liberté de se marier est garantie et par conséquent la liberté de ne pas se marier²⁸. Le mariage ne peut donc être conclu qu'avec le libre et plein consentement des époux. Si deux personnes se conviennent de vivre ensemble sans être civilement mariées, elles ne devraient pas être forcées en aucune manière et sous quelque injonction que ce soit pour se marier. Or, tel n'est pas le cas de l'ultimatum présidentiel susmentionné dont la suite logique a été des conclusions tous azimuts des mariages dont l'ampleur et le rythme de célébration n'avaient jamais été vus auparavant.

Violé l'est aussi l'article 28 de la Constitution qui consacre le respect de la vie privée²⁹. Pour peu que l'union libre ne relève pas d'une union forcée, qu'elle soit entretenue par un homme et une femme, tous adultes et consentants, et qu'elle soit vécue comme un mariage, sa pénalisation constitue, à notre avis, une violation du droit à la vie privée des personnes qui la forment. Il est vrai que la notion de vie privée est une notion vaste mais ce qui est sûr est qu'elle postule à ce que toute personne puisse construire librement sa personnalité, y

27 Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 19; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes Comité, Recommandation générale n° 21.

28 Cette liberté est aussi consacrée par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques en son article 23.

29 Cette liberté est aussi consacrée à l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

compris la manière dont elle décide de vivre de sa sexualité et d'organiser sa vie familiale avec son partenaire³⁰.

Au-delà de la légalité douteuse de l'approche empruntée par les autorités burundaises dans la régulation de l'union libre, c'est son efficacité même qui est sujette à caution tant l'approche semble ne pas tenir compte des véritables causes qui sont à l'origine de la prolifération de la pratique de l'union libre.

II. L'efficacité de l'approche adoptée est sujette à caution

Pour comprendre l'inefficacité d'une telle approche, il faut partir du constat selon lequel la société burundaise dans son ensemble voit le mariage comme la clé de voûte de l'affirmation et de l'accomplissement de tout homme et de toute femme³¹. A en croire UVIN, dès lors que l'on pose la question à des jeunes burundais fraîchement sortis de l'adolescence de savoir le premier objectif qu'ils veulent atteindre dans leur vie, la majorité répond qu'ils voudraient se marier et fonder une famille³². Le constat tiré du recensement général de la population et de l'habitat précité ne fait que corroborer ce tableau : au Burundi, le mariage est un phénomène presque universel, perçu comme une exigence à laquelle chaque individu ayant atteint l'âge doit se soumettre dans la mesure où il permet non seulement à l'individu d'affirmer socialement sa personnalité, mais aussi, il constitue un cadre légal et privilégié de procréation³³.

Et pourtant, ce tableau qui vient d'être dressé contraste avec un nombre non négligeable des personnes qui se retrouvent en union libre et donc qui ne se marient pas selon les prévisions du code des personnes et de la famille. C'est donc qu'il existe des causes aussi bien de fait(1) que de droit(2) qui constituent autant d'obstacles au mariage qui expliquent un tel contraste et qui auraient dû être pris en compte avant d'adopter une approche agressive.

1. Les obstacles de fait à la célébration du mariage

Plusieurs obstacles de fait existent qui empêchent les personnes de se marier conformément aux prévisions du code des personnes et de la famille si bien qu'elles se résolvent à embrasser l'union libre.

Il y a lieu de signaler d'abord la pauvreté. En effet, dans le Burundi traditionnel, les principaux éléments qui participaient à la réalisation du mariage, à savoir la dot, les festivi-

30 C'est cette définition que l'on retrouve dans quelques arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, comme CEDH, arrêt du 16 décembre 1992, affaire Niemutz contre Allemagne ou CEDH, affaire X et Y contre Pays Bas.

31 UVIN, *Life after violence. A People's Story of Burundi*, London/New York, 2009, pp.124-125.

32 *Id.* p.125.

33 Recensement général de la population et de l'habitat, Etat matrimonial et nuptialité, p.11. Disponible sur https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1866/2008%20Burundi%20Population%20Survey_Marriage%20and%20Marital%20Status.pdf.

tés de sa remise et de celles du mariage proprement dit étaient généralement pris en charge par les familles des futurs époux, plus précisément la famille du jeune marié³⁴. Aujourd'hui, du fait que le Burundi est dans une situation de pauvreté alarmante³⁵, les familles sont dans l'impossibilité de continuer à prendre en charge les besoins liés à l'organisation des mariages de leurs enfants. Or, en raison de la perte sensible et vertigineuse du pouvoir d'achat³⁶, les coûts de ces besoins n'ont eu de cesse d'être chers.

Face à cette situation, en plus de retarder l'entrée en mariage, les jeunes Burundais adoptent la stratégie d'embrasser l'union libre³⁷ qui est d'ailleurs de plus en plus compréhensible et excusable par la société burundaise³⁸.

Il est vrai que d'aucuns pourraient s'étonner de la relation qui existerait entre pauvreté et l'augmentation du phénomène de l'union libre vu que ni la dot ni les cérémonies de sa remise ni celles du mariage ne constituent plus, juridiquement parlant, des conditions de validité du mariage dans le sens où le caractère légal du mariage est principalement lié à sa célébration devant l'officier de l'Etat civil.

Et pourtant, une telle relation existe. En effet, quoique ni la dot ni les cérémonies de sa remise ni celles du mariage ne soient plus des conditions de validité du mariage, le moins que l'on puisse dire est qu'elles demeurent en réalité dans la mentalité des Burundais comme obligatoires. Perçu comme un honneur pour la famille de la jeune femme, le versement de la dot est presque toujours indispensable au mariage et il est rare qu'une jeune femme adhère à un mariage sans dot, sa famille y verrait une sorte d'humiliation³⁹. Il en va de même des cérémonies du mariage. Même si le mariage n'est plus considéré comme une affaire de familles comme il en était le cas dans le Burundi traditionnel⁴⁰, les cérémonies traditionnelles de mariage sont presque toujours organisées comme un rappel de l'implication constante des familles dans le mariage de leurs enfants⁴¹.

A côté de la pauvreté, d'autres causes existent qui justifient la propension de certains couples à embrasser l'union libre au lieu de s'engager dans le processus de faire célébrer leur union devant l'officier de l'Etat civil.

34 *UVIN, op.cit.*, p. 125.

35 Voir <https://reliefweb.int/report/burundi/burundi-aper-u-des-besoins-humanitaires-2017-octobre-2016>

36 Pour connaître les différentes variations du pouvoir d'achat au Burundi, consulter <http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMTendanceStatPays?langue=fr&codePays=BDI&codeStat=FP.CPI.TOTL&codeStat2=x>

37 Recensement, Mariage et nuptialité, p.12.

38 *UVIN, op.cit.* p.128.

39 Charles NTAMPAKA, "Reconciling the Sources of Law in The Burundi Code of the Persons and of the Family", in International survey of Family Law, 1997, p.68.

40 Louis DE CLERCK, « Le mariage et le divorce en droit burundais » dans R.J.R.B, 1963, 2, p.51, Pour plus de détails sur processus de demande en mariage au Burundi traditionnel, voir René BOURGEOIS, Banyarwanda et Barundi, Tome I, Ethnographie, Bruxelles, 1957, pp 220-224.

41 Gervais GATUNANGE, « La Contractualisation des relations familiales au Burundi » in F.SWENNEN (ed.), *Contractualisation of Family Law-Global Perspectives*, Switzerland, 2015, p.70.

L'ignorance de la loi semble aussi y jouer un rôle. Le niveau d'alphabétisation au Burundi reste encore faible⁴². De ce fait, nonobstant la maxime « *Nul n'est censé ignorer la loi* », des Burundais analphabètes ne sont pas toujours au courant des prévisions du code des personnes et de la famille, s'agissant précisément de l'exigence de la célébration de tout mariage devant l'officier de l'Etat civil. Et cela est d'autant plus vrai que les textes de loi sont promulgués en français et que les pouvoirs publics organisent rarement des séances de débat sur les lois⁴³. Les profanes peuvent légitimement penser que les célébrations traditionnelles ou religieuses du mariage suffisent pour être considérés comme unis par les liens du mariage.

Supposons même qu'ils aient entendu parler des prévisions de ce code qu'ils n'y voient pas forcément l'intérêt d'aller faire célébrer leur union à l'état civil, d'autant que le statut de marié civilement ne procure pas beaucoup d'avantages pour pouvoir trop s'y intéresser, alors que la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil, elle, coûte une certaine somme⁴⁴. Seuls les fonctionnaires ou les travailleurs salariés en ont besoin afin qu'ils perçoivent entre autres des allocations familiales. Encore que leur montant n'est pas très attractif pour que celui qui ne les recevrait pas puisse les regretter outre mesure⁴⁵.

Par ailleurs, même pour ceux qui auraient envie d'aller faire célébrer leur union à l'état civil, l'éloignement des offices de l'Etat civil peut aussi constituer un obstacle. Ces derniers sont souvent situés aux chefs-lieux des communes. Or, pour les personnes vivant en milieu rural et non motorisées, cet emplacement n'est pas forcément de nature à leur faciliter la tâche, et cela est d'autant plus vrai que certaines communes de l'intérieur du pays peuvent être très vastes.

A côté des obstacles de fait, les obstacles de droit aussi jouent un rôle dans la prolifération de l'union libre.

42 Les données tirées du Recensement général de la population et de l'habitat de 2008 démontrent que 56,8% des Burundais de 10 ans et plus étaient analphabètes dans le sens où ils ne savaient ni lire ni écrire aucune langue (voy. Recensement, Etat et structure de la population, p.58, disponible sur https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1866/2008%20Burundi%20Population%20Survey_Status%20and%20Structure%20of%20Population.pdf).

43 R.C.N JUSTICE ET DEMOCRATIE, *op.cit.*, p.80.

44 Il s'agit d'une somme de 10.000 Francs burundais. L'on pourrait certes penser que la somme est modique mais il n'en est pas le cas vu la pauvreté dans laquelle les familles burundaises se retrouvent. Des lamentations qui vont dans ce sens ont été rapportées dans les médias pour expliquer les difficultés des couples déjà en union libre de régulariser leur situation car la régularisation coûte effectivement 10.000 Fbu (<http://www.dw.com/fr/au-burundi-les-couples-en-union-libre-doi-vent-senregistrer-obligatoirement-%C3%A0-1%C3%A9tat-civil-dici-dimanche>) visité le 22 juin 2018.

45 Ils sont de l'ordre de 2000 Francs burundais par conjoint, équivalent de moins de 1 euro/ mois.

2. Les obstacles de droit à la célébration du mariage : l'interdiction de la polygamie

Il existe sans doute des personnes pour qui ce n'est ni la pauvreté, ni l'ignorance de la loi, ni l'éloignement des offices de l'Etat civil ni le manque d'avantages liés au mariage qui expliquent leur choix d'entrer dans l'union libre. Il s'agit surtout de celles qui sont au courant que le droit positif burundais ne reconnaît que la seule forme monogamique du mariage et qu'il interdit donc le mariage polygamique. En effet, contrairement au droit coutumier qui reconnaissait aussi bien le mariage monogamique que le mariage polygamique⁴⁶, le code des personnes et de la famille burundais interdit tout mariage polygamique. Aux termes de l'article 103, nul ne peut contracter un nouveau mariage avant l'annulation ou la dissolution du précédent. Les personnes qui voudraient embrasser un mariage polygamique ne peuvent donc pas le faire célébrer devant l'officier de l'Etat civil. Elles n'ont d'autres choix que d'embrasser purement et simplement l'union libre.

Or, mis à part les cas de '*polygamie saisonnière*'⁴⁷ qui suscite d'ailleurs une condamnation générale⁴⁸, les raisons qui poussent un homme ou une femme à ne pas rester dans une union monogamique s'il s'y trouvait déjà ou à envisager dès le départ une union à forme polygamique sont nombreuses et variées et, mises dans le contexte burundais, ces raisons peuvent être relativement compréhensibles.

Parmi ces raisons, l'on peut relever l'influence de l'Islam. Considéré comme deuxième religion au Burundi après le christianisme⁴⁹, ses fidèles estiment que le mariage polygamique est autorisé par leur religion. Selon la sourate 4, verset 3 du Coran, un homme musulman serait habilité à épouser au plus 4 femmes pour peu qu'il s'engage à être équitable à leur égard⁵⁰.

Mais comme le droit burundais ne reconnaît que le seul mariage monogamique, ces musulmans préfèrent embrasser l'union libre, en passant devant les autorités religieuses.

La situation d'union libre est d'ailleurs globalement acceptée par des femmes musulmanes qui y voient l'application de la parole révélée; elles ne sont donc pas promptes à invoquer contre leurs maris l'infraction de concubinage⁵¹. C'est du moins ce qui ressort des propos de cette femme musulmane : « Chez nous dans la religion musulmane, le Coran au-

46 MASSINON, *op.cit.*, p.66

47 Cette dénomination fait référence à des cas où, profitant de l'argent reçu au cours de la saison de récolte su riz ou du café, certains hommes abandonnent leurs premières épouses pour 'épouser' d'autres femmes, surtout les plus jeunes filles.

48 <https://www.voaafrique.com/a/polygamie-burundi-recole-riz-bujumbura/3515319.html>; <http://www.ppbd.com/index.php/ubumwe/imibano/2303-societe-consequences-de-la-polygamie>, consultés le 11 mai 2018.

49 <https://www.state.gov/documents/organization/132901.pdf>

50 Pour comprendre la signification contextuelle de cette sourate, voy. Jean- René MILOT « La polygamie au nom de la religion au Canada : l'Islam est-il en cause? », dans Cahiers de recherche sociologique, 46, 2008, p.125.

51 GATUNANGE, « Le code des personnes et de la famille 30 ans après » dans, Jean-Marie BARAMBONA et al(ed.), L'état du droit au Burundi après 50 ans d'indépendance, Bruxelles, 2015, p.113.

torise les hommes à se marier à plusieurs femmes. Seulement cela n'est pas suivi par tout le monde, ça dépend de qui, qui veut la suivre. Par exemple, moi je suis la première femme, mais cela n'empêchera pas que mon mari amène une deuxième et même une troisième selon sa volonté. Quant à moi c'est normal car ça relève de notre coutume. Moi je suis inscrit à l'état civil, mais s'il amène d'autres, ce sont les imams ou cheikhs qui célèbrent ces mariages conformément à notre coutume »⁵².

La volonté de conjurer la stérilité est une autre raison qui pousse des personnes à embrasser l'union libre. Dans la société burundaise en effet, mettre au monde un enfant pour un couple marié est quelque chose de tellement fondamental que la stérilité a toujours été une grande préoccupation. A titre illustratif, dans les consultations qui avaient précédé la promulgation du premier code des personnes et de la famille⁵³, la stérilité avait été retenue par la majorité des ressorts judiciaires comme pouvant justifier le recours au mariage polygamique⁵⁴. L'on sait que ni ce code (article 104) ni même le code ultérieur (article 103) n'ont pas retenu cet avis, la célébration de tout mariage polygamique ayant été interdite.

Mais comme le prédisait MASSINON, bien rares sont les Burundais disposés à passer l'éponge sur la situation de stérilité sans chercher de solution alternative⁵⁵.

Pour ceux qui ont des moyens financiers suffisants, ils peuvent tenter le coup, en se reportant dans des hôpitaux étrangers spécialisés dans l'assistance médicale à la procréation.

Il est néanmoins admis que vu le degré de pauvreté à laquelle les familles font face, le nombre de personnes qui peuvent aborder ce 'luxe' est limité au Burundi.

En pareille situation, le mari opte souvent de se mettre en couple avec une autre femme, en contrepartie de la non répudiation de la première femme. Un homme se trouvant dans cette situation le confie en ces termes : « On venait de passer à peu près cinq ans sans que ma femme fasse au moins une fausse couche, ce qui allait priver ma famille de toute une descendance. J'ai pris alors une seconde femme qui est féconde tout en gardant la première parce qu'on s'entend bien à part qu'elle est stérile »⁵⁶. L'union libre est ici, selon les termes mêmes de MASSINON, une sorte de « thérapie conjugale »⁵⁷.

Les difficultés liées à l'obtention du divorce peuvent également expliquer le recours à l'union libre.

Le droit burundais régleme deux sortes de divorce, à savoir le divorce pour cause déterminée (articles 158 et suivants du CPF) et le divorce par consentement mutuel (article 187 et suivants du CPF). La mise en œuvre de ces divorces n'est toutefois pas une sinécure.

52 *François.NSANZERUGEZE, De la problématique des unions libres en droit burundais : Cas de la Commune urbaine de Ntahangwa de la Mairie de Bujumbura, mémoire, Université Sagesse d'Afrique, 2016, pp.35-36.*

53 Le premier code des personnes et de la famille a été consacré par le décret-loi n° 1/1 du 15 janvier 1980(B.O.B., n° 3/80, pp.83-114).

54 MASSINON, *op.cit.*, p.72.

55 *Id.* p.94.

56 NSANZERUGEZE, *op.cit.*, p.33.

57 MASSINON, *op.cit.*, p.73.

S'agissant d'abord du divorce pour cause déterminée, son obtention est conditionnée par la production de la preuve d'adultère, des excès, des sévices, de l'injure grave (article 158) et de la condamnation pour un fait entachant l'honneur (article 159 du code des personnes et de la famille). Or, comme GATUNANGE le souligne avec pertinence, « il n'est pas facile de prouver des fautes comme l'adultère, les excès et sévices et les injures graves qui se commettent parfois en privé⁵⁸ ». L'on pourrait certes estimer que toutes ces difficultés liées à la preuve pourraient être compensées par la réglementation du divorce par consentement mutuel qui, comme son nom l'indique, se fonde sur l'accord conjoint de deux époux plutôt que sur la preuve des fautes. Mais là aussi, les choses ne sont pas si simples. GATUNANGE indique avec raison que « malgré les apparences, ce divorce [par consentement mutuel] n'est pas facile à obtenir dans la mesure où des époux désunis ne se mettent pas facilement d'accord ni sur le principe du divorce, ni sur les différentes mesures concernant les effets du divorce. L'un des époux qui n'est pas pressé, peut même, par mesure vexatoire, refuser de s'engager dans cette procédure, pour contrecarrer un nouveau mariage projeté par son conjoint »⁵⁹.

Ces difficultés dans la mise en œuvre du divorce ne sont pas sans influence sur la propension à embrasser l'union libre. Que se passe-t-il lorsque dans un couple « un comportement qui ne répond pas à la définition de faute, cause de divorce, est à l'origine de fortes tensions susceptibles d'aboutir à une désunion durable »⁶⁰ et qu'il n'y a pas d'accord pour le divorce par consentement mutuel? En l'absence de réglementation au Burundi du divorce pour désunion irrémédiable qui pourrait être prononcé quand la demande est formulée par un seul époux prouvant que la vie commune est devenue impossible-dans la plupart des cas en cas de séparation de fait pendant un laps de temps plus ou moins long⁶¹, il ne reste au couple que continuer à jouer l'apparence d'un mariage. Et celui qui aurait voulu divorcer afin de pouvoir se remarier n'aura d'autres choix que celui d'embrasser l'union libre. Tout au plus, celui qui se sentirait lésé, généralement celui qui aurait *mordicus* refusé de consentir au divorce, pourrait invoquer l'infraction de concubinage. Mais vu le degré de peine y attachée -amende de cinquante mille à cent mille francs burundais, ou le double si le concubinage est entretenu dans la maison conjugale⁶²-, l'on ne peut pas dire qu'il est tellement élevé pour pouvoir dissuader celui qui se serait résolument engagé vivre ensemble avec un autre 'conjoint'.

Enfin, le recours à l'union libre peut être expliqué par des conséquences de la crise politique que le Burundi a connue depuis les années 1993. Cette crise a occasionné d'une part

58 GATUNANGE, Le code des personnes et de la famille... *op.cit.*, p.119.

59 *Id.*, pp.121-122.

60 *Id.*, p.119.

61 Ce divorce est par exemple réglementé en Belgique, à l'article 229 du code civil, à côté du divorce par consentement mutuel (article 230 du code civil). Le divorce pour cause déterminée a quant à lui été abandonné.

62 Article 554 de la loi n° 1/ du 29 décembre 2017 portant révision du code pénal, disponible sur <https://www.droit-afrique.com/uploads/Burundi-Code-2017-penal.pdf>.

un nombre élevé de veuves et d'autre part une diminution de plus en plus criante de jeunes hommes par rapport aux jeunes femmes, ce qui a occasionné une exacerbation de la disproportion sur le marché matrimonial entre les hommes et les femmes⁶³. Les femmes se révèlent donc plus nombreuses que les hommes et il leur est de plus en plus difficile de trouver les hommes qu'elles épousent ou qui les épousent. De ce fait, dans une sorte de compétition entre femmes (filles et veuves), sachant que les jeunes hommes sont non seulement moins nombreux mais aussi entrent souvent en mariage beaucoup plus tard, elles acceptent volontiers d'embrasser des unions libres, souvent avec des hommes déjà engagés dans d'autres unions, réglementées ou libres, au lieu de rester toutes seules leur vie durant⁶⁴.

Ainsi donc, aussi longtemps que ces véritables causes qui constituent autant d'obstacles à la célébration du mariage ne seront pas tenues en compte et probablement réglées pour celles qui méritent d'être réglées, rien n'indique que le phénomène de l'union libre ne continuera pas à se développer. Ne dit-on pas que ce n'est pas en cassant le thermomètre que l'on fait tomber la fièvre? Ce n'est donc pas le fait de prévoir d'interdire l'union libre, de la sanctionner pénalement et d'obliger les personnes y engagées à se marier qui changerait la donne. Le contournement des mesures adoptées, du fait qu'elles ne tiennent pas compte des faits sociaux, est plus que probable. Il suffit par exemple d'écouter les représentants des musulmans pour comprendre que ce n'est pas demain la veille qu'ils vont abandonner leur mariage polygamique⁶⁵. Ces mesures risquent donc de tomber en désuétude.

Par ailleurs, à supposer que ces mesures soient réellement mises en application, le plus grand risque est leurs effets pervers.

III. L'approche adoptée risque de produire des effets pervers

Les familles, principalement les familles actuellement en relation polygamique, risquent d'être déstabilisées. Cette déstabilisation s'explique aisément si l'on sait que certaines infractions qui sont par ailleurs selon la loi de 2016 précitée des unions libres, les concubinages en l'occurrence, sont des infractions sur plainte⁶⁶. Or, la philosophie qui sous-tend l'exigence de la plainte de la victime, surtout dans les relations familiales semble être de privilégier la stabilité familiale⁶⁷. Si la victime présumée n'a pas envie d'étaler des problèmes familiaux sur la place publique afin de préserver l'unité de la famille, elle peut décider de passer l'éponge sur cette situation et le ministère public n'a pas à s'en mêler. Il n'en

63 *UVIN, op.cit.*, p.131.

64 *Ibid.*; Recensement général, Mariage et Nuptialité, *op.cit.*, p. 12.

65 <http://www.iwacu-burundi.org/couples-en-union-libre-pries-de-regulariser-leur-situation/>(visité le 21 juin 2018).

66 Article 554 alinéa 3 du code pénal précité.

67 Dans certains pays, ce n'est même pas la plainte de la victime qui est requise pour poursuivre certaines infractions à connotation familiale mais une excuse pure et simple (ex cas de vol entre époux en Belgique, voy, Cour d'arbitrage, 19 septembre 2007, Revue trimestrielle de droit familial, 4/2007).

est plus de même si l'on s'en tient aux prescriptions de la loi de 2016 précitée puisque, comme déjà évoqué, la plainte de la victime n'est plus requise, le ministère public pouvant décider de poursuivre d'office les partenaires en union libre, ce qui risque de déstabiliser les familles.

Au-delà des effets pervers qui pourraient ressurgir sur les familles en général, il y a lieu de souligner le sort incertain et sûrement moins enviable des femmes, surtout celles qui se trouvent dans les relations polygamiques. En effet, il a été relevé que pour les couples qui sont déjà en union libre à forme polygamique, l'injonction leur a été donnée de s'engager dans les liens du mariage civil. Cette injonction signifie donc que l'homme –puisque dans le contexte burundais c'est plus un homme qui 'épouse' plusieurs femmes, la polyandrie n'ayant jamais été une réalité au Burundi⁶⁸- doit choisir une parmi les femmes avec qui il était en union libre avec laquelle il va se marier devant l'officier de l'état civil, s'il n'était pas déjà marié, et s'il était déjà marié, il doit se séparer des autres avec lesquelles il vivait en union libre. Dans tous les cas, qu'il s'agisse de polygamie de fait ou de concubinage, une séparation est inéluctable si l'on ne veut pas subir les foudres de la loi. Les femmes sont tenues de se séparer de leur 'mari' ou le mari est tenu de se séparer de ses 'épouses'.

Le problème est que le sort de ces femmes obligées de se séparer de leurs 'maris' n'est pas réglé. Quoiqu'il en soit, il ne sera pas très enviable par rapport à celui dans lequel elles étaient si par exemple, ce qui est souvent d'ailleurs le cas, elles se considéraient comme des véritables épouses, soit en fonction de la coutume soit en fonction de la culture religieuse. En tant qu' 'épouses' elles avaient sans doute des droits à faire prévaloir. Elles s'occupaient par exemple de leurs ménages, et Dieu seul sait que la gestion du ménage pour les burundaises constitue un acte qui leur donne de pouvoir⁶⁹.

Les enfants aussi ne seront point épargnés des conséquences néfastes de telles mesures. C'est fondamentalement vrai à l'égard de ceux qui, vivant dans le cadre d'unions polygamiques, verraient leurs parents obligés de se séparer, comme il vient d'être évoqué, alors que probablement jusque-là ils vivaient en harmonie dans le cadre familial. Des problèmes risquent en tout cas de se poser à propos de l'autorité parentale si ces enfants étaient toujours des mineurs. Même au niveau psychologique, les enfants risquent d'être affectés par une séparation imposée de leurs parents, la vie partagée entre parents étant fondamentale pour l'épanouissement des enfants sur le plan affectif⁷⁰.

Pour toutes ces raisons, il est primordial de proposer une autre approche de régulation de la conjugalité en union libre qui tienne compte de tous ces défis qui viennent d'être mis en évidence.

68 MASSINON, *op.cit.*, p.91.

69 GATUNANGE, *Femme et mariage en droit traditionnel burundais : l'émancipation de la femme burundaise par l'approfondissement des valeurs de civilisation nationale*, Thèse, Louvain-la-Neuve, 1982, pp.175 et s.

70 Véronique ROUYER et al. « Les enfants et leurs parents dans la séparation conjugale : l'importance de la relation coparentale », dans *Dialogue* 2013/4 (n° 202), p. 89-98. DOI 10.3917/dia.202.0089.

D. PLAIDOYER POUR UNE AUTRE APPROCHE DE REGULATION DE LA CONJUGALITE EN UNION LIBRE AU BURUNDI

Il est d'une impérieuse nécessité que dans la régulation de la conjugalité en union libre, il soit adopté une autre approche qui soit non seulement respectueuse des droits et libertés fondamentales des Burundais mais aussi qui tienne en considération des réalités sociales du pays.

A cet effet, l'impératif du respect du droit et des libertés fondamentales devrait normalement amener le législateur burundais à reconnaître et protéger les autres formes de vie commune en dehors du mariage d'autant que, comme déjà expliqué, la constitution burundaise et le droit international des droits de l'homme liant le Burundi considèrent que la famille n'est pas fondée exclusivement sur le mariage.

Reconnaître juridiquement l'union libre serait d'ailleurs faire preuve de réalisme vu le nombre relativement élevé des couples en pareille union.

Il serait également une occasion pour les autorités burundaises de mettre en œuvre leurs engagements en matière de lutte contre les discriminations faites aux femmes. Car en continuant à ne pas reconnaître juridiquement l'union libre alors que, comme expliqué, son interdiction et sa pénalisation ne vont probablement pas y mettre un terme, ce fait ne va qu'exacerber les discriminations faites aux femmes. Selon UVIN, en effet, ce sont les femmes burundaises qui paient le plus lourd tribut de la non-reconnaissance juridique de l'union libre⁷¹. Dépourvues de toute protection légale, les femmes en union libre courent le risque d'être mises dehors par leurs partenaires masculins, sans possibilité de réclamer ni dommages et intérêts ni pension alimentaire devant la justice, la rupture de l'union libre n'engageant en principe pas de responsabilité⁷². Tout au plus, par magnanimité jurisprudentielle, « une somme modique leur est allouée en guise d'impamba' (provision) ou pour s'acheter un costume ou deux »⁷³. Bien plus, en cas de décès des partenaires, les veuves sont souvent mises sur le carreau car « exclues de la succession de leurs partenaires décédés par les héritiers légitimes »⁷⁴. Enfin, elles n'ont pas, comme déjà relevé, la qualité d'ayant droit qui leur donnerait la possibilité de bénéficier des avantages sociaux ou autres indemnités.

Dans ces conditions, les femmes en union libre se retrouvent dans un dénuement total et font face à de nombreuses privations économiques et sociales. N'est-ce pas là une discrimination indirecte faite à leur égard? D'ailleurs, la relation entre la non-reconnaissance juridique de l'union libre et la discrimination faite aux femmes a été confirmée par le Comité

71 UVIN, p.128.

72 Xavier LACROIX, Le mariage, une affaire privée?, in *Études* 2007/5 (Tome 406), p. 615-625.

73 RUTAYISIRE, *op.cit.*, p.241.

74 *Id.*, p.240.

pour l'élimination de toutes les formes de discriminations faites aux femmes qui appelle à la protection des femmes en union libre⁷⁵.

Cette reconnaissance juridique de l'union libre devrait impliquer au moins l'extension des effets patrimoniaux du mariage aux couples en union libre, dans la perspective de la protection des partenaires plus fragiles dans ce genre d'union, en l'occurrence les femmes, tant et si bien qu'en cas de rupture de l'union libre, la femme burundaise puisse, comme une épouse, prétendre à une pension alimentaire ou à un partage des revenus ou des biens acquis au courant de l'union ou qu'en cas de décès de son partenaire elle puisse prétendre à la qualité de conjoint survivant. Le paradigme du rôle de la loi dans les relations conjugales aura donc changé en passant d'une « *loi dirigiste* » qui, comme déjà relevé, a peu de chance d'être efficace à une « *loi protectrice* » qui serait en phase avec les réalités sociales tout en assurant la protection de plus faibles⁷⁶.

La pertinence de la reconnaissance juridique de l'union libre étant démontrée, il reste à savoir la forme qu'elle doit prendre. A ce propos, ATTAH relève trois approches généralement adoptées pour la reconnaissance juridique de l'union libre. Il y a d'un côté une approche d'enregistrement appelée '*registration approach*' dans laquelle les partenaires en union libre doivent d'abord se faire enregistrer pour être reconnus juridiquement et ainsi se prévaloir des droits et des obligations. Il y a de l'autre côté une approche présomptive appelée '*presumptive approach*' dans laquelle la reconnaissance serait de plein droit accordée aux partenaires qui établiraient qu'ils ont vécu ensemble comme mari et femme pendant un certain laps de temps à déterminer, l'enregistrement n'étant pas ici obligatoire. Il y a enfin une approche contractuelle appelée '*contractual approach*' qui permettrait aux partenaires en union libre de régler leurs relations par contrat⁷⁷.

Il va sans dire que dans le contexte du Burundi, c'est l'approche présomptive qui serait le plus appropriée car en phase avec la réalité de la plupart des couples en union libre qui, dans bien des cas, vivent ensemble pendant plusieurs années, en se considérant en réalité comme des véritables époux. L'approche présomptive permettrait en même temps à ne pas accorder une protection juridique à des couples éphémères qui manquent de stabilité, à l'instar de ceux qui s'adonnent à la 'polygamie saisonnière'.

L'on pourrait néanmoins s'interroger si la reconnaissance juridique de l'union libre devrait aussi s'appliquer à l'union libre à forme polygamique qui est en réalité une polygamie de fait. La question peut en effet se poser de savoir si une reconnaissance de ce genre d'union ne va pas être analysée comme une légitimation à peine voilée d'un mariage poly-

75 Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes Recommandation générale n° 21, paragraphe 18; Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 21, paragraphes 28 et 30.

76 Pour plus de détails à propos du caractère protecteur ou dirigiste de la loi, voy. Jean FONTEYN, « Les statuts du couple : quel rôle pour la loi? », dans Annales de Droit de Louvain, Vol.74, 2014, n° 1, pp.31-33.

77 Michael ATTAH, « Extending Family Law to Non-Marital Cohabitation in Nigeria », 26 *Int'l J.L. Pol'y & Fam.* (2012), pp.171-172.

gamique alors que la polygamie est depuis plusieurs années officiellement interdite et qu'elle est même une des raisons officiellement invoquées pour en découdre avec l'union libre.

Quelque légitime que puisse être une telle question, nous estimons, en ce qui nous concerne, que si l'approche retenue pour la reconnaissance de l'union libre est l'approche présomptive, qui exige une période de cohabitation plus ou moins longue entre les partenaires, la reconnaissance juridique de l'union libre à forme polygamique ne causerait guère de problèmes.

Car, excepté les cas de '*polygamie saisonnière*' qui, selon cette approche, ne recevraient pas de reconnaissance juridique, il faut dire que les Burundais n'embrassent pas l'union libre à forme polygamique à la légère. Même du temps où la polygamie était autorisée, c'est un fait que « la plupart des Burundi élaient la monogamie par nécessité économique, la polygamie exigeant un niveau assez élevé de ressources »⁷⁸. A en croire NYAMOYA, le polygame devait assurer à son épouse une autonomie économique en mettant à sa disposition un domaine distinct de celui de son et de ses autres épouses mais cela n'était pas acquis à tout le monde⁷⁹. C'est sans doute ce qui explique le taux élevé de monogamie au Burundi, estimé à 97% chez les hommes dans l'enquête de démographie et de la santé effectuée en 2010⁸⁰.

Par ailleurs, la pertinence même de l'interdiction absolue de la polygamie, outre qu'elle est controversée aussi bien dans la doctrine⁸¹ que dans le système des droits de l'homme⁸², peut être questionnée dans le contexte du Burundi. A ce propos, il faut rappeler que ce sont

78 MASSINON, *op.cit.*, p.66.

79 François NYAMOYA, Les conflits de lois en matière de statut personnel au Burundi, au Rwanda et au Zaïre, Thèse, UCL, 1990, p.34.

80 Institut de Statistiques et d'Études Économiques du Burundi (ISTEEBU), Ministère de la Santé Publique et de la Lutte contre le Sida [Burundi] (MSPLS), et ICF International. 2012. *Enquête Démographique et de Santé Burundi 2010*. Bujumbura, Burundi : ISTEEBU, MSPLS, et ICF International, p. 49.

81 Au moment où certains auteurs estiment que la polygamie constitue une violation des droits des femmes, et mérite donc une interdiction, d'autres en revanche considèrent qu'elle est au contraire un bon système qui les protège. Pour plus amples détails de ces controverses, voy. *Fareda BANDA*, Women, Law and Human Rights in Africa, An African Perspective, Oxford, Portland, Orego, 2005, pp.116-117.

82 Comparer Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 21, paragraphe 14, qui appelle à l'interdiction de la polygamie, au Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes, article 6, c qui, tout en concédant que la monogamie devrait être la forme préférée du mariage, insiste qu'en tout état de cause les droits de la femme, y compris dans les relations conjugales polygamiques, doivent être défendus et préservés. Pour saisir la péripétie d'une telle disposition jugée comme un compromis entre les partisans de l'interdiction de la polygamie et les partisans de son maintien, voy. BANDA, *op.cit.*, pp.71-76.

les colonisateurs qui, la première fois, ont introduit l'interdiction de la polygamie⁸³ alors qu'auparavant la polygamie ne posait aucun problème particulier⁸⁴ car ceux qui n'avaient pas beaucoup de propriétés foncières n'y recouraient pas⁸⁵ et pour ceux qui en avaient en quantité suffisante la dignité de leurs épouses était assurée. Dans ces conditions, dire que l'interdiction de la polygamie est une marque de la civilisation occidentale ne serait pas une exagération. CARBONNIER ne disait-il pas que « la profondeur de notre civilisation [occidentale] c'est le mariage monogamique(...)». De Moscou à New York, la répulsion pour le mariage polygamique trace la véritable ligne d'unité de civilisation »⁸⁶? Seulement voilà, les élites burundaises postindépendance, mues par mimétisme et idéalisation de leurs maîtres-à-penser occidentaux, ne feront que perpétuer une interdiction de la polygamie alors qu'elles savaient pertinemment que cette interdiction ne correspondait pas forcément aux mentalités du pays. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à l'opinion des Burundais sur l'interdiction ou non de la polygamie à la veille de la promulgation du premier code des personnes et de la famille. Dans leur grande majorité, les Burundais n'étaient pas favorables à l'interdiction absolue de la polygamie. A l'issue de l'enquête sociale qui avait précédé l'élaboration de ce code et initiée dans l'ensemble des ressorts judiciaires, il était apparu que seul le ressort judiciaire de Bujumbura s'était prononcé contre son interdiction pure et simple au moment les trois autres ressorts judiciaires se prononçaient pour sa tolérance dans certaines situations⁸⁷. Il est peu probable que l'opinion des Burundais ait fondamentalement changé, vu que les unions polygamiques n'ont pas cessé de se former jusqu'aujourd'hui, soit sous forme de concubinage, soit sous forme de polygamie de fait.

Enfin, Enfin, en raison du fait que l'idée selon laquelle la reconnaissance du pluralisme juridique ne saurait constituer un obstacle aux aspirations des droits de l'homme est de plus en plus acceptée⁸⁸ à défaut d'être en elle-même admise comme un véritable droit de l'homme⁸⁹, rien ne devrait empêcher la reconnaissance à côté du mariage monogamique, des unions polygamiques pour certaines catégories de personnes dont les coutumes ou convictions religieuses reconnaissent ce genre d'unions.

83 Décret du 4 avril 1950 portant annulation des mariages polygamiques et interdiction de séjour des polygames dans certaines agglomérations ou régions (*B.O.*, 1950, p.497). Ce décret a été rendu exécutoire au Burundi par *O.R.U* n° 21/132 du 11 décembre 1951(*B.O.R.U.*, p.479).

84 *MASSINON, op.cit.*, p.66.

85 *NYAMOYA, op.cit.*, p.35.

86 *Jean CARBONNIER, Terre et ciel dans le droit français du mariage, Mélange Ripert, 1952, p.342.*

87 *MASSINON, op.cit.*, p.73.

88 *André HOEKEMA, « Taking the Challenge of Legal Pluralism for Human Rights seriously », in G.CORRADI et al, op.cit, p.77.*

89 *Eva BREMS, « Legal Pluralism as Human Right and/or as a Human Rights Violation », in G.CORRADI, E.BREMS, M.GOODALE (ed.), Human Rights Encounter Legal Pluralism : Normative and Empirical Approaches, Oxford and Portland/Oregon, 2017, pp.23-39.*

CONCLUSION

L'approche adoptée par les autorités burundaises pour réguler la conjugalité en union libre, véritable réalité sociale si l'on s'en tient au nombre de couples y engagés, est non seulement singulière mais aussi critiquable sur plusieurs points. Elle est singulière dans le sens où l'on ne la trouve, à notre connaissance, nulle part ailleurs. S'il est vrai que ce n'est pas dans tous les pays que la conjugalité en union libre est juridiquement protégée-la protection est surtout assurée dans les pays occidentaux- il n'en reste moins vrai que les pays où l'union libre est interdite, pénalement punissable et où les couples en union libre sont enjoint de se marier ne sont pas légion. L'approche retenue est par ailleurs juridiquement critiquable car péchant contre la constitution burundaise et les principes de droits de l'homme auxquels le Burundi a souscrit. Qui plus est, son efficacité est sujette à caution car elle semble ne pas tenir compte des véritables causes du phénomène de l'union libre. Enfin, elle risque de produire des effets pervers à l'endroit non seulement des familles en général mais aussi des femmes et des enfants, surtout ceux engagés ou nés dans les familles polygamiques.

C'est pourquoi la meilleure approche serait, à notre avis, une reconnaissance juridique de l'union libre, qu'elle soit à forme monogamique ou polygamique, une reconnaissance qui permettrait au moins d'étendre les effets patrimoniaux du mariage aux couples en union libre. Par cette reconnaissance, le législateur burundais serait non seulement quitte sur le plan de la légalité mais aussi il se mettrait en phase avec les réalités sociales en ce qui concerne les différentes formes de conjugalité. Mais plus fondamentalement, c'est l'intérêt supérieur de la femme qui s'avérerait et s'avère toujours être le parent pauvre de l'approche retenue par les autorités burundaises que le législateur aura mis au centre de ses préoccupations. Dans le contexte culturel, économique et social burundais, les femmes se retrouvent dans une position de vulnérabilité et de discrimination et méritent que l'on s'apitoie sur leurs sorts, en leur octroyant une protection spéciale. De cette sorte, l'on aura concilié les libertés fondamentales, le réalisme social et la protection des plus faibles dans les rapports conjugaux.

Impressum

KAS African Law Study Library – Librairie Africaine d'Etudes Juridiques

Herausgeber: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Klingelhöferstraße 23, 10785 Berlin

Schriftleitung: RA Prof. Dr. Hartmut Hamann, Falkertstraße 82, D-70193 Stuttgart
Telefon: +49 (0) 711 120950-30 | Fax : +49 (0) 711 120950-50
Mail: hamann@hamann-legal.de

Erscheinungsweise: 4 Ausgaben pro Jahr

Druck und Verlag: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG – Waldseestr. 3-5 – D-76530 Baden-Baden. Telefon +49 – 7221 – 2104-0 / Fax 49 – 7221 – 2104-27
E-Mail: nomos@nomos.de

Anzeigen: sales friendly Verlagsgesellschaft mbH – Inh. Frau Bettina Roos – Pfaffenweg 15 – D-53227 Bonn Telefon +49 – 228 – 97898-0 / Fax +49 – 228 – 97898-20
E-Mail: roos@sales-friendly.de

Urheber- und Verlagsrechte: Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Der Nomos Verlag beachtet die Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V. zur Verwendung von Buchrezensionen.

ISSN 2363-6262



Nomos