

La polygamie en droit international privé camerounais

Brigitte Djuidje

Volume 31, Number 1, 2001

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027787ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027787ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Djuidje, B. (2001). La polygamie en droit international privé camerounais. *Revue générale de droit*, 31(1), 173–209. <https://doi.org/10.7202/1027787ar>

Article abstract

Polygamy, generally accepted as the state in which a man is legitimately married to two or more wives, is today a world phenomenon because of the importance of the immigration of individuals coming from countries in which this type of marriage is practised.

As a very important issue, it is worth consideration from the judicial point of view and more pressingly from the point of view of private international law. In this regard, there is no doubt that a country like Cameroon which, by virtue of Article 49 of the *Ordinance of 29 June 1981* fixing the organisation of civil status, admits polygamous union, the question of *Polygamy in private international law* poses an acute problem which must be analysed principally from the point of view of conflict of laws.

Once envisaged from the angle of the conflict of laws, this question borders essentially on the determination of the applicable law to the polygamous marriage by way of formation of appropriate conflict of law rule on the one hand, and the putting in place of the determinant law on the other.

From the insertion of polygamy in the category of marriage and precisely in the substantive conditions of *marriage*, with the consequence of attaching it principally to the personal law of the spouses, while taking into consideration the plurality of wives which characterises polygamous unions, we come out with a cameroonian solution which can be summarised as follows: the validity of a second marriage celebrated without the dissolution of the first depends firstly on the capacity of the spouses to contract a polygamous marriage with regard to their personal status; secondly on the determination of the nature of the first marriage by the cumulative application of the personal laws of the parties to that marriage and eventually the taking in account of their will.

D R O I T C O M P A R É

La polygamie en droit international privé camerounais

BRIGITTE DJUIDJE

Assistante à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Université de Dschang, Cameroun

RÉSUMÉ

La polygamie, entendue dans son acception commune comme l'état d'un homme légitimement marié à deux ou plusieurs femmes, est aujourd'hui un phénomène mondial compte tenu de l'importance de l'immigration d'individus provenant de pays où se pratique ce type de mariage.

Sujet d'actualité, elle mérite que l'on en tienne compte sur le plan juridique et plus instamment sur le plan du droit international privé.

À cet égard, il ne fait aucun doute que pour un pays comme le Cameroun qui, en vertu de l'article 49 de l'Ordonnance du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil, admet l'union

ABSTRACT

Polygamy, generally accepted as the state in which a man is legitimately married to two or more wives, is today a world phenomenon because of the importance of the immigration of individuals coming from countries in which this type of marriage is practised.

As a very important issue, it is worth consideration from the judicial point of view and more pressingly from the point of view of private international law.

In this regard, there is no doubt that a country like Cameroon which, by virtue of Article 49 of the Ordinance of 29 June 1981 fixing the organisation of civil status, admits polygamous union,

polygamique, la question de la polygamie en droit international privé se pose avec acuité et doit être analysée principalement sous l'angle du conflit de lois. Envisagée sous l'angle conflictuel, cette question tient essentiellement à la détermination de la loi applicable au mariage polygamique par le biais de l'élaboration d'une règle de conflit adéquate d'une part, et à la mise en œuvre de la loi ainsi déterminée d'autre part. Partant de l'insertion de la polygamie dans la catégorie du for mariage et plus précisément dans les conditions de fond du mariage, avec comme conséquence son rattachement à titre principal à la loi personnelle des époux, tout en prenant en considération la pluralité d'épouses caractéristique de la polygamie, l'on aboutit à une solution camerounaise qui peut être schématisée de la manière suivante : la validité d'un second mariage célébré sans dissolution du premier dépend tout d'abord de l'aptitude des deux futurs époux à contracter un mariage polygamique au regard de leur statut personnel; ensuite, de la détermination de la nature

the question of Polygamy in private international law poses an acute problem which must be analysed principally from the point of view of conflict of laws. Once envisaged from the angle of the conflict of laws, this question borders essentially on the determination of the applicable law to the polygamous marriage by way of formation of appropriate conflict of law rule on the one hand, and the putting in place of the determinant law on the other. From the insertion of polygamy in the category of marriage and precisely in the substantive conditions of marriage, with the consequence of attaching it principally to the personal law of the spouses, while taking into consideration the plurality of wives which characterises polygamous unions, we come out with a cameroonian solution which can be summarised as follows : the validity of a second marriage celebrated without the dissolution of the first depends firstly on the capacity of the spouses to contract a polygamous marriage with regard to their personal status; secondly on the determination of the

du premier mariage par une application cumulative des lois personnelles des époux parties à ce mariage et, le cas échéant, de la prise en compte de leur volonté.

nature of the first marriage by the cumulative application of the personal laws of the parties to that marriage and eventually the taking in account of their will.

SOMMAIRE

Introduction	176
I. Détermination de la loi applicable au mariage polygamique	179
A. Polygamie et problème de qualification	180
1. Classement du mariage polygamique dans l'une des grandes catégories du for camerounais	180
2. La nature polygamique du mariage : question de fond ou de forme?	182
3. La polygamie et la monogamie : deux institutions équivalentes?	184
B. Élaboration d'une règle de conflit adéquate pour la polygamie	188
1. Analyse critique des solutions du droit comparé	189
a) La solution anglaise	189
b) La solution française	191
2. La solution camerounaise	195
a) L'aptitude à contracter un mariage polygamique	196
b) La nature du premier mariage	197
II. Mise en œuvre de la loi applicable au mariage polygamique	199
A. En cas de pluralité de nationalités	199
1. Époux de nationalité commune	200
a) La loi nationale commune n'admet pas la polygamie	200
b) La loi nationale commune admet la polygamie	200
2. Époux de nationalités différentes	204
a) Les deux lois personnelles en présence comportent des exigences concordantes sur la question	204

b) Les deux lois en présence comportent des exigences contradictoires sur la question.....	204
B. En cas de changement de nationalité	205
Conclusion	209

INTRODUCTION

1. La polygamie est dans son acception commune¹ l'état d'un homme légitimement² marié à deux ou plusieurs femmes. Cette institution d'origine lointaine et diversifiée³ suscite dans le monde les réactions les plus contradictoires. En effet, si elle fait rêver certains, évoquant à leur esprit « les délices du harem »⁴, elle provoque chez d'autres une « hostilité presque instinctive »⁵. Que ces réactions soient purement passionnelles ou objectivement justifiables importe très peu. Ce qui importe c'est que le phénomène polygamique est aujourd'hui mondial⁶ et qu'il faut en tenir compte sur le plan juridique.

1. Étymologiquement, la pluralité d'unions que désigne le mot polygamie s'applique tout autant à la situation d'un homme marié à plusieurs femmes qu'à celle d'une femme polyandre, c'est-à-dire mariée à plusieurs hommes.

2. La précision s'impose car la polygamie doit être soigneusement distinguée du concubinage et de la bigamie. Le concubinage est la situation d'un homme et d'une femme vivant ensemble sans être mariés. Quant à la bigamie, c'est l'état d'un homme qui, déjà marié, a contracté un second mariage sans que le premier ait été dissout alors qu'il n'avait pas le droit de le faire.

3. On retrouve ses traces chez de nombreux peuples de l'Antiquité, dans « l'aristocratie germanique du temps de Tacite, en Grèce, à l'époque d'Agamemnon dans toute l'Asie, en Égypte dans la famille pharaonique et des dignitaires de la Cour ». (CHEIKH ANTA DIOP cité par A.-K. BOYE, « Le statut personnel dans le droit international des pays africains au Sud du Sahara », *Rec. Cours. La Haye*, t. 238, 1993-I, note 152, p. 331). Aujourd'hui, elle est pratiquée essentiellement dans les pays de droit musulman classique et dans de nombreux pays d'Afrique.

4. G. DROZ, Note, *Rec. Gén. Lois*, 1969, p. 80.

5. J.-M. BISCHOFF, « Le mariage polygamique en droit international privé », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1980-1981, p. 105.

6. La polygamie n'est plus seulement l'affaire des pays dits de polygamie, mais également celle des pays de monogamie à cause de la multiplication des relations entre personnes de statuts différents et du phénomène de l'immigration internationale.

2. C'est ce qui explique le nombre de plus en plus croissant d'écrits sur la question aussi bien sur le plan interne⁷ que sur le plan international⁸. Mais l'impression qui se dégage de ces écrits, particulièrement sur le plan international, « est celle de beaucoup de confusion, voire de contradiction, d'absence de ligne directrice »⁹. Cet état de fait n'est pas totalement le fruit du hasard. Il trouve son origine profonde dans la « mauvaise » manière dont le problème du mariage polygamique a été posé sur le plan international par la jurisprudence des pays occidentaux.

En effet, la question de la polygamie en droit international privé a été pendant longtemps envisagée par la jurisprudence de certains pays, notamment la France et l'Angleterre, principalement sous l'angle de ses effets. L'hypothèse de départ étant qu'un homme déjà marié, se soit marié une seconde fois sans que les liens du premier mariage aient été antérieurement rompus, il s'agissait en fait, la validité du second mariage admise, parce que célébré à l'étranger, de déterminer ses effets et plus précisément les droits qui seraient ou ne seraient pas reconnus à la deuxième épouse¹⁰.

Ainsi confrontés à une institution inconnue de leur droit et heurtant une conception fondamentale de leur civilisation, à savoir le mariage monogamique, les tribunaux de ces pays l'ont

7. S. MELONE, « Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain (À propos du phénomène polygamique au Cameroun et de ses prolongements juridiques) », (1971) *Penant* 421-444, p. 421. P. NKOLO, « L'option matrimoniale au Cameroun », (1986) *Penant* 464-481, p. 464 et (1987) *Penant* 79-97 p. 87.

8. J.-M. BISCHOFF, *loc. cit.*, note 5; F. MONEGER, « La polygamie en questions », *J.C.P.* 1990. éd. G., I. 3460; « Aspects théoriques et pratiques du mariage polygamique en France », in *Islam en Laïcité*, 1992, p. 54; B. ANCEL, « Le statut de la femme du polygame », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, L.G.D.J., 1993, p. 108; B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, Paris, éd. Joly, 1993, 398 pages.

9. J.-M. BISCHOFF, *loc. cit.*, note 5, p. 99.

10. Ont ainsi été accueillies par les tribunaux français des demandes d'aliments (V. dans l'affaire *Chemouni*, *Civ.* 28 janv. 1958, *R.C.D.I.P.* 1958, p. 110, note JAMBU-MERLIN, *D.* 1958. 265, note LENOAN, *Clunet*, 1958, p. 776, note PONSARD, *J.C.P.* 1958. II. 10488, note LOUIS-LUCAS et *Civ.* 19 fév. 1963, *R.C.D.I.P.*, 1963, p. 559, note G.H., *Clunet*, 1963, p. 986, note PONSARD), de liquidation de succession (*Civ.* 3 janv. 1980, *R.C.D.I.P.* 1980, p. 331, note BATIFFOL, *Clunet*, 1980, p. 327, note SIMON-DEPITRE; *Paris*, 8 nov. 1983, *R.C.D.I.P.* 1984, p. 476, note LEQUETTE, *Clunet*, 1984, p. 881, note SIMON-DEPITRE; *contra*, *Trib. gr. inst. Orléans*, 17 mai 1984, *G.P.* 1984. 2. Som. 355) ou de régime matrimonial (*Alger*, 9 fév. 1910, *R.C.D.I.P.*, 1913 pp. 103-110, p. 103), d'action en réparation à la suite du décès du mari (*Liège*, 23 avril 1970,

appréhendée à travers l'idée de conflit de civilisations¹¹ et ont brandi pour se défendre l'arme de l'ordre public. «Le rôle de l'ordre public», écrit M. Fadlallah, «a éclipsé le conflit de lois»¹².

Le fait que ces derniers temps une partie de la doctrine de ces pays ait changé d'orientation en plaçant le mariage polygamique dans l'orbite conflictualiste ne résout pas entièrement le problème. En effet, du moment où ils prennent comme base de résolution de l'équation polygamique la jurisprudence sus-évoquée, les prémices étant fausses, les solutions préconisées sont très souvent fausses ou tout au moins entachées de lacunes¹³. Force est donc de constater avec madame Gaudemet-Tallon que «les États dont le droit obéit au principe de monogamie et qui ont été confrontés à des mariages polygamiques, par exemple la France et la Grande-Bretagne, ont du mal à trouver une réponse sûre et adéquate tant en ce qui concerne la règle de conflit que la possibilité d'invoquer l'ordre public»¹⁴.

3. Par conséquent le volume de ces écrits n'ôte pas de son intérêt à l'actuelle étude menée précisément sur «la polygamie en droit international privé camerounais». Il ne fait aucun doute que pour un pays comme le Cameroun qui, en vertu de l'article 49 de l'*Ordonnance du 29 juin 1981 portant organisation de l'état civil*, admet l'union polygamique, la question doit être analysée principalement sous l'angle du conflit de lois; ceci d'autant plus qu'il n'est pas rare dans ce pays de constater dans les faits — comme peuvent en témoi-

R.C.D.I.P., 1975, p. 54, 1^{re} esp., note GRAULICH; cf. pour la première épouse, Civ. 4 oct. 1965, J.C.P. 1965. IV. 137, R.C.D.I.P. 1966 pp. 188-623, p. 688). Il a été, en revanche, refusé à la seconde épouse de s'imposer au domicile conjugal (*Trib. Versailles*, 31 mars 1965, J.C.P. 1965. IV. 96) et de réclamer des prestations sociales en France (*So. 1^{er} mars 1973*, R.C.D.I.P. 1975, p. 54, 2^e esp. note GRAULICH, *Clunet*, 1974, p. 834, note de LA PRADELLE), sauf si la première était repartie définitivement à l'étranger (*So. 8 mars 1990*, R.C.D.I.P. 1991, p. 694, note DEPREZ).

11. P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé : polygamie et répudiation*, Genève, 1972.

12. I. FADLALLAH, *La famille légitime en droit international privé*, Thèse, Paris, Dalloz, 1977, n° 197, p. 186.

13. Sur l'usage erroné du concept «d'homme de statut personnel polygamique» et son influence néfaste sur les solutions préconisées, voir *infra*, n° 24.

14. H. GAUDEMET-TALLON, «La désunion du couple en droit international privé», *Rec. Cours. La Haye*, t. 226, 1991-I, n° 65, p. 229.

gner quelques décisions jurisprudentielles¹⁵ — la nature polygamique ou tout au moins entachée de bigamie des unions matrimoniales où se trouve impliquée soit une Française, soit toute autre personne dont la loi nationale proscrit la polygamie.

4. Envisagée sous l'angle conflictuel, la question de la polygamie en droit international privé est plus globale, car elle peut évidemment être soulevée lors du second mariage, mais elle peut également au Cameroun, être soulevée dès le premier mariage et même si celui-ci doit rester unique.

Nous ne prétendons cependant pas étudier de façon exhaustive toutes les questions de droit international privé posées par la polygamie. Ainsi nous n'aborderons pas ici les effets du mariage polygamique, ni sa dissolution; nous traiterons essentiellement de la détermination de la loi applicable au mariage polygamique par le biais de l'élaboration d'une règle de conflit adéquate (I) et de la mise en œuvre de la loi ainsi déterminée (II).

I. DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE AU MARIAGE POLYGAMIQUE

5. Pour déterminer la loi applicable au mariage polygamique, il faut au préalable le qualifier (A), car de cette qualification dépend le choix de la règle de conflit à mettre en œuvre (B).

15. *Cour d'appel de Bafoussam, arrêt n° 21/CIV du 20 avril 1972, inédit, (Kingue Baunga François et autres C. Dame Russo. Mariage monogamique célébré au Cameroun devant l'officier de l'état civil entre un Camerounais et une Française. Second mariage en la forme coutumière avec une Camerounaise sans dissolution du premier mariage). Trib. gr. inst. du Mfoundi, jugement civil n° 3 du 26 octobre 1988, (Same Lottin née Evers Maria Jacoba Lamberdina C. Same Lottin Adolphe et Mme Same née Ntamag Sylvie. Mariage monogamique célébré en Hollande entre un Camerounais et une Néerlandaise. Second mariage du mari avec une Camerounaise sans dissolution préalable du premier mariage). Trib. gr. inst. de Yaoundé, jugement civil n° 190 du 23 décembre 1992, inédit, (Morel Philippe César Louis C. Mme Anobo Victorina Odette. Mariage monogamique célébré au Cameroun entre un Français et une Camerounaise. Second mariage contracté par l'époux français sans dissolution du premier mariage). Trib. gr. inst. du Mfoundi, jugement civil n° 26 du 13 octobre 1993, inédit. (Mme Ottou née Vairoiatte Maryse C. Ottou Edzoa Jean-Marie et Mme Ottou née Manga Mbazoa. Mariage monogamique célébré en France entre une Française et un Camerounais. Second mariage du mari avec une Camerounaise).*

A. POLYGAMIE ET PROBLÈME DE QUALIFICATION

6. L'obtention d'une solution globale au problème de la qualification du mariage polygamique passe par la réponse donnée à une série de trois questions : Dans quelle grande catégorie du *for* camerounais est classé le mariage polygamique? La nature polygamique du mariage est-elle une question de fond ou de forme? La polygamie et la monogamie peuvent-elles être considérées comme des institutions suffisamment équivalentes pour être soumises à la même règle de conflit?

1. Classement du mariage polygamique dans l'une des grandes catégories du *for* camerounais

7. Le droit international privé utilise des règles de conflit énoncées par «catégorie». La catégorie de rattachement est un concept abstrait par le moyen duquel sont désignés les faits et les rapports qui forment l'objet du rattachement. Elle ne désigne pas «un rapport social déterminé»¹⁶, comme c'est le cas pour les règles de droit matériel, mais toute une catégorie de rapports sociaux. C'est d'ailleurs cette caractéristique de la catégorie de rattachement qui lui vaut d'être appelée par Ago «un concept synthétique»¹⁷. Dans une règle telle que «le statut personnel est soumis à la loi nationale des parties», la catégorie de rattachement est «le statut personnel». Grande catégorie de rattachement — car englobant de nombreuses sous-catégories telles que le mariage, le divorce, la capacité, voire même les régimes matrimoniaux et les successions dans certains pays dits «de droit personnel»¹⁸ — le statut personnel côtoie dans tout système juridique d'autres grandes catégories telles les biens, les actes, les faits, la procédure, etc.

8. La qualification internationale consiste justement à classer une question de droit dans l'une des catégories sus-évoquées afin d'identifier la règle de conflit applicable, puis la

16. R. AGO, «Règles générales des Conflits de lois», *Rec. Cours. La Haye*, 1936, IV, pp. 247-468, p. 315.

17. *Ibid.*

18. R. BENATTAR, «Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les pays de droit personnel», *Rec. Cours. La Haye*, 1967, II, pp. 5-105, p. 5.

loi qu'elle désigne. Cela implique que l'ensemble des règles de conflit du for doit pouvoir couvrir l'ensemble des questions qui peuvent se poser en relation avec n'importe lequel des ordres juridiques qui coexistent dans le monde¹⁹. Or, le mariage qui nous intéresse au premier chef, élément de base de la famille, révèle les particularismes politiques, sociologiques et religieux de chaque État. Il en résulte une très grande variété de conceptions de l'institution considérée. Ainsi, si pour certains le mariage est une union solennelle, unique et qui ne peut être dissoute par la seule volonté des partenaires, encore moins celle de l'un d'eux, pour d'autres c'est une union purement précaire, ou polygamique ou susceptible d'être dissoute par la répudiation²⁰.

Du fait de cette diversité de conceptions, il arrive que des unions reconnues par certains droits étrangers ne répondent pas parfaitement à la notion de mariage du for, posant alors sur le plan de la qualification, le problème général de la réception par le droit du for des institutions étrangères qui lui sont inconnues. Ce problème s'est posé en France notamment, à propos de la polygamie. Il a été résolu, après analyse non pas tant de la structure de l'institution en cause que de ses fonctions, par une adaptation ou plus précisément un «élargissement» de la catégorie interne «mariage»; confirmant ainsi l'observation doctrinale selon laquelle «tout système positif, pour autant qu'il soit suffisamment développé, n'est jamais qu'une solution déterminée de problèmes qui, dans leur tréfonds sont universels»²¹.

9. L'on s'accorde donc aujourd'hui à reconnaître que la polygamie s'inscrit dans la qualification internationale du mariage. Cette affirmation ne souffre d'aucun doute pour le droit camerounais qui, loin de devoir procéder à un élargissement des concepts internes pour pouvoir recevoir cette institution, peut se contenter de projeter sur le plan international la catégorie interne «mariage», la polygamie étant de tout

19. B. ANCEL, et Y. LEQUETTE, Note, *Cass. Civ.* 28 janvier 1958 et 19 février 1963 (Arrêt Chemouni), *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 3^e éd., Dalloz 1998, p. 241.

20. B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 1991, n° 196, p. 168.

21. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 1, 8^e éd., 1993, L.G.D.J., n° 297, 1993, pp. 487-488.

temps connue de son droit coutumier et aujourd'hui expressément consacrée par l'*Ordonnance du 29 juin 1981* dans son article 49.

Que la polygamie s'insère dans la catégorie mariage ne suffit cependant pas à identifier la règle de conflit applicable, il faut encore déterminer si elle soulève une question de fond ou de forme.

2. La nature polygamique du mariage : question de fond ou de forme?

10. La catégorie « mariage » est tributaire en droit international privé d'une dualité de règlement des conflits, ses conditions de fond n'étant pas soumises à la même loi que ses conditions de forme : loi personnelle pour les premières, loi locale pour les secondes.

Pour pouvoir mettre l'une ou l'autre de ces lois en œuvre à propos d'un élément quelconque de la formation du mariage, il faut au préalable résoudre un délicat problème de qualification, à savoir, dire si cet élément relève des conditions de fond ou de forme.

11. Pour revenir à la polygamie, la question se pose de savoir si la nature polygamique du mariage rentre dans le domaine des conditions de fond ou dans celui des conditions de forme du mariage. L'acuité de cette question est davantage soulignée par le fait que, parlant de polygamie, l'on utilise très souvent des expressions telles que : « opter pour la forme monogamique ou polygamique du mariage », « déterminer la forme d'union qui constitue la règle », « modèle d'union matrimoniale »²², expressions qui, ajoutées au fait que certains auteurs proposent, pour régler le problème de la polygamie dans les relations internationales, de s'adresser à la *lex loci celebrationis* pour déterminer la nature du premier mariage²³, peuvent faire croire que le caractère monogamique ou polygamique du mariage relève des règles de forme, alors qu'en réalité, il relève des règles de fond.

22. A.-K. BOYE, *loc. cit.*, note 3, pp. 332 et 336.

23. J.-M. BISCHOFF, *loc. cit.*, note 9, p. 96.

En effet lorsque l'on sait, à la lumière de la distinction opérée en matière des actes juridiques entre *l'instrumentum* et le *negotium*, que la forme dans le droit s'attache aux manifestations extérieures de la volonté et englobe dans le cadre du mariage des éléments aussi variés que la compétence et les pouvoirs des autorités chargées de recueillir le consentement des époux, les publications préalables, les oppositions, les formes de célébration proprement dite (solennelle ou religieuse, coutumière ou civile), les formes de l'acte rédigé en vue de la preuve, etc., l'on s'aperçoit très vite que l'on peut difficilement rattacher la question de la nature polygamique du mariage à la catégorie de la forme du mariage.

12. Elle trouverait plutôt sa place dans la catégorie des règles de fond qui représente le contenu, la matière et la substance du mariage et qui englobe les conditions d'âge, de capacité, de consentement des futurs époux ou des parents, les empêchements bilatéraux tels ceux résultant de la parenté et d'alliance...

Le fait que certains croient y déceler un empêchement bilatéral²⁴, d'autres un problème de capacité matrimoniale²⁵, d'autres encore une question de consentement²⁶, ne fait que mettre en exergue une certitude : l'on s'accorde à voir dans la nature polygamique du mariage l'un des éléments constitutifs des conditions de fond du mariage.

En tant qu'elle participe des conditions de fond du mariage, elle se trouve naturellement sous l'emprise des lois personnelles en présence conformément à l'article 3, alinéa 3 du *Code civil français*. Seulement, l'on ne peut ignorer le fait que cette règle de conflit a été initialement conçue en fonction du seul mariage monogamique, d'où la question de savoir si la polygamie et la monogamie sont des institutions suffisamment équivalentes pour être soumises à la même règle de conflit.

24. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 2, 7^e éd., 1983, L.G.D.J., n° 414; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *Droit international privé*, 5^e éd. Précis Dalloz, 1996, n° 303; *Trib. gr. inst. Seine*, 21 juin 1967, *R.C.D.I.P.*, 1968, pp. 294-302, p. 294, note BATIFFOL; *Lyon*, 21 mai 1974, *D.* 1975. 9, note GUIHO, *G.P.* 1974. 2. 641.

25. CHESHIRE et NORTH: *Private international law*, 11^e éd. par North et Fawcett, Londres, 1987, pp. 599 et s.

26. A.-K. BOYE, *loc. cit.*, note 3, note 159, p. 337.

3. La polygamie et la monogamie : deux institutions équivalentes?

13. La notion d'équivalence²⁷ en droit international privé intervient en principe essentiellement dans deux hypothèses : celle de l'application concomitante ou successive d'institutions hétérogènes, et dans celle de l'octroi de *l'exequatur* à une décision étrangère.

La première hypothèse se présente fréquemment en cas de dissociation des lois applicables à la création d'un lien et à ses effets, ou à la suite d'un conflit mobile appelant l'application successive de jeux de règles empruntées à des ordres juridiques différents. En effet lorsque par exemple l'application d'une règle du for fait intervenir un concept ou une qualité qui seront empruntés à une loi étrangère, laquelle présente dans le cas d'espèce un caractère hétérogène par rapport à l'institution comparable du for, le juge doit déterminer si l'institution étrangère en cause présente ou non une « équivalence générique » suffisante par rapport à l'institution visée par la règle de conflit du for pour lui être substituée²⁸. A ainsi été jugé comme cas typique de cette hypothèse celui des dispositions françaises visant le « conjoint », alors que le mariage d'où découlerait cette qualité est un mariage polygamique valablement formé à l'étranger conformément à la loi personnelle des époux ; le juge français étant alors conduit à décider si une épouse de second ou de troisième rang peut être considérée comme un conjoint au regard de la règle de fond à appliquer, notamment en matière alimentaire ou successorale²⁹.

La deuxième hypothèse se présente en matière d'*exequatur*. L'on se souvient en effet que l'arrêt *Munzer* du 7 janvier 1964³⁰ a posé parmi les conditions de l'octroi de *l'exequatur* à une décision étrangère le principe de la vérification de la compétence législative par référence non pas à la

27. Sur l'ensemble de la question voir : Ph. MALAURIE, « L'équivalence en droit international privé », *D.* 1962. Chr. 215.

28. B. AUDIT, *op. cit.*, note 20 n^{os} 312 et 313, pp. 267-268.

29. *Cf. supra*, note 10.

30. *Cass. Civ. 1^e, 7 janvier 1964, R.C.D.I.P. 1964, 344-351, p. 344, note BATIFFOL.*

règle de conflit étrangère, mais à la règle de conflit du for. Or le respect strict de cette condition conduit pratiquement à refuser l'*exequatur* aux décisions étrangères toutes les fois qu'il n'y a pas concordance entre la règle de conflit étrangère et la règle de conflit du for puisque, par définition, le juge étranger a consulté sa propre règle de conflit pour déterminer la loi applicable au fond³¹. La théorie de l'équivalence intervient alors pour tempérer la rigueur de cette condition car elle conduit à accorder l'*exequatur* en dépit de la divergence des règles de conflit de lois lorsque par suite d'une identité dans la teneur des lois internes, la solution donnée au litige ne se trouve nullement affectée par la non-application par le juge étranger de la loi compétente en vertu de la règle de conflit du for³².

14. Quoique différentes, ces deux hypothèses ont au moins un point commun : elles visent l'articulation de deux systèmes juridiques en conflit. C'est donc extraite de son cadre habituel que la notion d'équivalence est utilisée dans cette étude. Dans ce contexte, en effet, la monogamie et la polygamie sont des institutions également reconnues par l'ordre juridique camerounais caractérisé par une hétérogénéité interne due à la diversité de ses sources d'élaboration. L'on a ainsi d'un côté une institution essentiellement coutumière : la polygamie, de l'autre, une institution essentiellement de droit moderne : la monogamie, et au centre, une règle de conflit unique d'origine française conçue exclusivement en fonction de la monogamie.

Il s'agit donc pour nous d'apprécier si la polygamie a ou non une configuration suffisamment proche de la monogamie pour être comme cette dernière soumise à l'article 3, alinéa 3 du *Code civil français*. À cet égard l'on peut noter que sur plusieurs points l'équivalence des deux institutions est nette. Ainsi par exemple, bien que l'*Ordonnance du 29 juin 1981* consacrant la polygamie n'organise pas à proprement parler cette institution, contrairement à d'autres systèmes africains

31. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *op. cit.*, note 24, n° 505, p. 559.

32. C'est ainsi notamment que de très nombreux divorces de Français prononcés à l'étranger en application de la loi locale se sont vus reconnaître en France au motif d'une équivalence entre la cause de divorce retenue et celles prévues par la loi française. Voir par exemple : *Trib. civ. Seine, 4 novembre 1954, R.C.D.I.P., 1956, p. 690*, note LOUSSOUARN; 14 mai 1956, *Clunet*, 1957, p. 146.

contemporains³³, l'on peut déduire de l'article 49 de ladite ordonnance (exigeant que l'expression de la volonté des époux quant au choix de la forme monogamique ou polygamique de leur mariage soit mentionnée dans l'acte de mariage par l'officier d'état civil) le fait que l'officier d'état civil camerounais célèbre aussi bien le mariage polygamique que le mariage monogamique.

15. Ce mariage polygamique civilement célébré est soumis aux mêmes conditions de forme³⁴ et de fond³⁵ que le mariage monogamique. Comme ce dernier, il soumet les époux aux règles du « régime matrimonial primaire » prévu par les dispositions des articles 74 à 76 de l'*Ordonnance du 29 juin 1981* qu'il faut combiner avec celles des articles 212, 214, et 217 du *Code civil français*. Sur le plan des effets personnels, les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance. Si les devoirs de secours et d'assistance ont rarement suscité des doutes³⁶, il n'en est pas de même du devoir de fidélité. D'aucuns ont pu se demander si ce devoir de fidélité existait réellement dans les systèmes où le mari peut à tout moment légaliser sa situation en épousant sa maîtresse³⁷. Interrogation fondée sur le plan du droit comparé par l'existence de dispositions législatives telles celles de l'article 31 du *Code du statut personnel marocain* qui consacre le caractère unilatéral de l'obligation de fidélité, seule la femme en étant tenue³⁸, et sur le plan du droit interne par une vieille décision de la Cour suprême du Cameroun oriental en date du 2 décembre 1969³⁹ énonçant que « si l'adultère est

33. Voir notamment, les articles 148 et suiv. du *Code sénégalais de la famille*.

34. Exception faite en matière d'opposition où la première épouse d'un homme polygame ne peut valablement s'opposer aux mariages subséquents de son époux.

35. Exception faite de l'exigence de l'absence d'un précédent mariage non dissous.

36. Le seul problème qui a été soulevé ici est celui de savoir si le devoir de secours liait, dans le contexte de la polygamie, les coépouses entre elles étant donné qu'elles sont les partenaires d'un même ménage. En l'absence de texte et de jurisprudence répondant à cette question, la doctrine (en l'occurrence P.G. POUGOUE, F. ANOUKAHA, in *Juriscl. de Droit comparé*, V^o Cameroun, 1996, fasc. 2, pp. 2-64, p. 7) estime que le devoir de secours existe entre le mari et chacune de ses femmes et non entre femmes.

37. S. MELONE,; *loc. cit.*, note 7, p. 429. B. BOURDELOIS, Thèse préc. n° 94.

38. Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, t. 2, p. 302.

39. Cité par S. MELONE, *loc. cit.*, note 7, p. 428.

une cause de divorce dans le régime monogamique, il ne l'est plus dans le cadre de la polygamie».

Mais aujourd'hui le doute sur cette question s'est dissipé en droit camerounais où l'on s'accorde à reconnaître, comme en droit sénégalais⁴⁰, que l'adultère, cause de divorce, est celui pratiqué par le mari polygame en dehors de ses femmes légitimes. C'est dans ce sens qu'il faut interpréter l'arrêt de la Cour suprême camerounaise n° 18/1 du 15 novembre 1979⁴¹ qui déclare contraire à l'ordre public une coutume qui cautionne l'adultère du mari, même polygame. Par ailleurs l'article 361 du *Code pénal camerounais* est sans équivoque à ce sujet lorsqu'il punit d'un emprisonnement de deux à six mois ou d'une amende de 25 000 à 100 000 francs « le mari qui au domicile conjugal a des rapports sexuels avec d'autres femmes que son ou ses épouses, ou qui hors du domicile conjugal, a des relations habituelles avec une autre femme ».

Quant à sa dissolution, le mariage polygamique ne peut, comme son homologue monogamique, être dissous que par le décès d'un conjoint ou le divorce judiciairement prononcé. En d'autres termes, l'interdiction de la répudiation unilatérale qui résulte de l'article 77 de l'*Ordonnance du 29 juin 1981* s'applique aux deux institutions considérées.

16. Arrêtant ici cette énumération hétéroclite qui est loin d'être exhaustive, l'on peut constater que par bien des côtés, la polygamie évolue au Cameroun dans un sens très proche de la monogamie. Mais ce rapprochement ne doit pas occulter les aménagements qui se sont parfois imposés en droit interne du fait justement du caractère polygamique du mariage.

Ainsi par exemple, si l'une des exigences de la monogamie est le devoir de cohabitation des époux⁴², dans le contexte de la polygamie « pure » au contraire, le mari a le devoir de constituer pour chacune de ses épouses un foyer distinct. Comme prolongement de ce phénomène, le principe de l'unicité du domicile est tempéré par la jurisprudence camerou-

40. Cf. P. BOUREL, *Juriscl. de Droit comparé*, V° Sénégal, n°s 27 et ss.

41. Cité par P.G. POUGOUE et F. ANOUKAHA, *op. cit.*, note 36.

42. Cf. art. 215 al. 1^{er} du *Code civil camerounais* : « Le choix de la résidence de la famille appartient au mari; la femme est obligée d'habiter avec lui, et il est tenu de la recevoir ».

naise qui a tendance à admettre qu'un mari polygame puisse avoir autant de domiciles qu'il a d'épouses habitant des localités différentes⁴³. Dans le même ordre d'idées, le régime matrimonial légal de la communauté des meubles et acquêts conçu pour la monogamie a donné dans le cadre de la polygamie « autant de masses communautaires qu'il y a de femmes »⁴⁴; solution difficile à mettre en œuvre et vivement critiquée par la doctrine qui, naturellement, voit mal la polygamie s'accommoder d'un autre type de régime matrimonial que celui de la séparation des biens⁴⁵.

Il faut se rendre à l'évidence : la polygamie est certes un mariage au même titre que la monogamie, mais c'est un mariage particulier car il unit non pas deux mais trois personnes au moins; particularité dont il faut tenir compte. Par conséquent, reconnaître que la loi nationale des époux est apte à régir les conditions de fond du mariage n'interdit pas de prendre en considération la pluralité d'épouses caractéristique de la polygamie. Autrement dit, la nécessité d'élaborer une règle de conflit adaptée à la réalité polygamique s'impose.

B. ÉLABORATION D'UNE RÈGLE DE CONFLIT ADÉQUATE POUR LA POLYGAMIE

17. Pour parvenir à l'élaboration d'une règle de conflit camerounaise adéquate pour la polygamie (2), il serait judicieux de procéder au préalable à une analyse critique des solutions du droit comparé sur la question (1).

43. Voir par interprétation : C.A. de Douala, 30 avril 1971, R.C.D., 1973, n° 3, p. 95, obs. MELONE; C.A. de Yaoundé, 6 janvier 1988, arrêt n° 80/civ. cité par P.G. POUGOUE et ANOUKAHA, in « Introduction. Droits des personnes », *Juriscl. de Droit comparé*, V° Cameroun, 1996, Fasc. 1, p. 5.

44. C.A. de Douala, 30 avril 1971, *ibid.*; C.S.C.O., 16 novembre 1971, *Bull.* n° 25, p. 3259.

45. S. MELONE, *La parenté et la terre dans la stratégie du développement : l'exemple du Sud-Cameroun*, Thèse, Paris, 1968, pp. 115 et s.; P.G. POUGOUE, *La famille et la terre. Essai de contribution à la systématisation du droit privé camerounais*, Thèse, Bordeaux, 1977, pp. 44 et ss.; F. ANOUKAHA, Note, sous les arrêts de la Cour suprême n° 64/CC du 16 juillet 1987 et 86/CC du 18 juillet 1985, *Rev. Jurid. Afr.*, 1990, n° 3, pp. 77 et ss.

1. Analyse critique des solutions du droit comparé

18. Nous limiterons notre analyse à celle du mariage polygamique en droit international privé anglais et français. Non pas par solution de facilité, ou par suite d'une quelconque aversion à l'égard notamment du droit international privé des pays de droit musulman qui sur cette question a d'ailleurs fait l'objet de nombreux écrits⁴⁶. Mais simplement parce que, si l'on s'en tient aux dispositions de l'article 68 de la *Constitution camerounaise du 2 juin 1972*, telle que modifiée par la *Loi n° 96/06 du 18 janvier 1996*, en l'absence d'une législation typiquement camerounaise sur la question de la polygamie en droit international privé, les solutions anglaises et françaises doivent être appliquées comme « législation d'emprunt ». Or, l'on imagine mal les solutions de deux pays qui proscrivent la polygamie satisfaire les exigences de l'ordre juridique camerounais qui lui, admet la polygamie!

a) La solution anglaise

19. Lorsque pour la première fois la question de la polygamie a été portée devant les tribunaux anglais par la célèbre affaire *Hyde v. Hyde*⁴⁷, elle s'est heurtée comme dans la plupart des pays européens à un refus de reconnaissance. Jugée trop éloignée du modèle chrétien d'union monogamique

46. Voir par exemple : VERRON AKALVI *La polygamie dans l'Islam — Problèmes de droit international privé*, Thèse, Paris, 1971; A.-K.M. OKASHA MOHAMMED, *La polygamie en droit international privé, Étude comparative des droits français, anglais et égyptien*, Thèse, Paris, 1981; CHARFI, « La polygamie dans le statut marocain », (1988) *Penant* 308-312, p. 308.

47. *Hyde v. Hyde and Woodmansee*, (1866). *L.R.I. P&D*, pp. 130-133, p. 130. Cette affaire concernait un prédicateur Mormon, Hyde, et une jeune femme anglaise, épousée par lui à Salt Lake City (U.S.A.) selon le rite mormon, dont la particularité était, entre autres, de permettre à ses fidèles de pratiquer la polygamie. Après quelques péripéties religieuses, Hyde abjura sa foi mormone : il fut alors excommunié de sa confrérie et sa femme déclarée libre de tout lien envers lui. De retour en Angleterre, il devint ministre d'un culte imposant la monogamie à ses adeptes, mais cela n'incita pas sa femme à le rejoindre. Elle se remaria d'ailleurs par la suite aux États-Unis avec un certain Joseph Woodmansee. Hyde présenta alors une requête aux fins de divorce pour adultère devant les tribunaux anglais, mais fut débouté de sa demande au motif que les tribunaux anglais étaient incompétents pour connaître de toute « action matrimoniale concernant un mariage polygamique ». Pour une analyse approfondie de l'argumentation du juge, voir B. BOURDELOIS *op. cit.*, note 20, n° 57 et s.

définie alors par lord Penzance, juge qui a rendu la décision, comme « the voluntary union for life of one man and one woman to the exclusion of all others »⁴⁸, la polygamie faisait obstacle à la compétence des juridictions anglaises pour se prononcer sur sa validité, sur ses effets directs entre époux, sur son relâchement ou sur sa dissolution. Décision d'autant plus sévère et rigoureuse qu'elle était fondée sur une définition assez particulière de la polygamie. En effet pour ce juge la polygamie ne s'entendait pas seulement de la situation d'un homme effectivement marié à deux ou plusieurs femmes, mais également et surtout de celle d'un homme « potentiellement » polygame, c'est-à-dire ayant la possibilité de prendre une seconde épouse s'il le voulait, même s'il ne le faisait pas : tel était le cas de Hyde qui était en fait resté monogame. La simple possibilité de pouvoir pratiquer la polygamie suffisait donc à exclure la compétence des juridictions britanniques pour connaître le mariage.

20. Cette notion de « mariage potentiellement polygamique », qualité déterminée par la seule référence à la *lex loci celebrationis* était source de graves inconvénients. Elle avait essentiellement pour effet néfaste de laisser sans protection juridique un grand nombre de personnes dont les Anglais eux-mêmes. Rien d'étonnant qu'elle n'ait pas emporté l'adhésion de la doctrine⁴⁹ et qu'elle ait été à l'origine de plusieurs réformes législatives et d'une évolution jurisplurielle remarquable.

Ainsi l'article 1^{er} de la *Polygamous Marriage Act de 1972* (repris par l'article 47 de la *Matrimonial Causes Act de 1973*), brisant la jurisprudence *Hyde v. Hyde*, admet la compétence des tribunaux anglais pour connaître la nullité ou le divorce s'agissant d'unions potentiellement polygamiques.

De tels mariages sont actuellement considérés comme valables en droit anglais à condition d'avoir été célébrés à l'étranger et que les deux époux aient la capacité de contracter une union polygamique en vertu de la loi de leur

48. « L'union volontaire pour la vie d'un homme et d'une femme, à l'exclusion de tous autres ».

49. JACKSON, *The formation and annulment of marriage*, 2nd ed., London, 1969, chap. IV; BARTHOLOMEW, 15 *M.L.R.* (1952) 35, cités par B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 27, n° 61.

domicile⁵⁰. Aussi encourt la nullité non seulement tout mariage polygamique célébré en Angleterre, mais aussi celui célébré à l'étranger entre deux personnes domiciliées en Angleterre ou au pays de Galles⁵¹.

Bâti sur la notion de mariage «potentiellement polygamique» apparemment condamnée à disparaître⁵² le droit anglais a pour le moment résolu tant bien que mal le problème de la reconnaissance du premier mariage, mais pas encore semble-t-il celui de l'élaboration d'une véritable règle de conflit applicable au second mariage. À cet égard, la solution française paraît mieux élaborée.

b) La solution française

21. Le point de vue qui a longtemps prévalu en doctrine et en jurisprudence françaises consistait à voir dans l'interdiction de contracter un mariage polygamique un empêchement bilatéral susceptible de résulter de la loi personnelle de chacun des futurs époux⁵³. Subordonnant la validité de la seconde union à l'admission de la polygamie par les lois personnelles du mari et de la seconde épouse, cette règle permettait par exemple d'éviter de reconnaître en France le mariage célébré à l'étranger entre une Française célibataire et un Camerounais déjà marié bien que la loi de ce dernier autorisât la polygamie, comme l'a jugé le Tribunal de grande instance de la Seine le 21 juin 1967⁵⁴. Mais cette règle n'était d'aucun secours dans l'hypothèse d'une Française se mariant avec un Camerounais célibataire qui, ensuite, contracterait un second mariage au Cameroun avec une Camerounaise.

50. Il s'agit bien entendu du domicile au sens du droit anglais, c'est-à-dire d'un domicile certain et durable.

51. *Matrimonial Causes Act 1973*, art. 11(d).

52. C'est ce qui ressort de la Law Commission, n° 146, 1985, «Polygamous Marriages», Capacity to contract a polygamous Marriage », cité par H. MUIR-WATT dans son compte rendu de la 11^e éd. de DICEY & MORRIS, *R.C.D.I.P.* 1988, pp. 816-826, p. 816.

53. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 2, 7^e éd. L.G.D.J. 1983, n° 414; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *op. cit.*, note 24, n° 303. En ce sens: *Trib. gr. inst. Seine*, 21 juin 1967, *R.C.D.I.P.* 1968, pp. 294-302. p. 294, note BATIFFOL; *Lyon*, 21 mai 1974, *D.* 1975, 9, note GUIHO; *Reims*, 19 janvier 1976, *Clunet*, 1976, p. 916, note FADLALLAH.

54. *R.C.D.I.P.* 1968, 294-302, p. 294, note BATIFFOL.

Cette hypothèse d'école s'est concrétisée dans l'affaire *Baaziz*⁵⁵ où le mari devenu algérien du fait de l'indépendance de son pays quoique résidant toujours en France avec sa femme française épousée sous l'empire du *Code civil français*, avait recouvré le statut personnel musulman et avait profité pour se remarier avec une Algérienne au cours d'un bref séjour en Algérie. Bien que la Cour de cassation ait opposé à cela l'ordre public international français, occultant ainsi la question de la règle de conflit adéquate pour la polygamie, les auteurs n'ont pas été dupes. Ils ont aussitôt relevé que si l'on appliquait selon la théorie de l'empêchement bilatéral, la loi personnelle de chacun des époux parties au second mariage, en l'occurrence la loi algérienne, il en résultait que la première épouse française qui avait contracté en France avec un Français un mariage monogamique, se retrouvait première épouse en concours avec la seconde épouse d'un Algérien, situation jugée extrêmement choquante⁵⁶. Pour éviter cet inconvénient, ils ont jugé qu'il était manifestement insuffisant de fonder le raisonnement en matière de polygamie uniquement à partir du second mariage et que le premier mariage devait être pris en considération. Une nouvelle théorie était née : pour apprécier la validité du second mariage, l'on doit puiser dans le caractère monogamique du premier mariage un empêchement au second.

22. Partant de cette théorie, trois solutions principales ont été proposées par messieurs Fadlallah, Bischoff et Lequette.

Monsieur Fadlallah a suggéré dans sa thèse l'idée que l'on déduise le caractère monogamique du premier mariage de la loi de ses effets⁵⁷. Mais la faiblesse de cette théorie a très vite été décelée. La loi des effets du mariage étant en Droit français la loi nationale commune et à défaut de celle-ci la loi du domicile commun, il suffit en cas de pluralité de nationalités que les époux soient domiciliés dans un pays qui admet la polygamie,

55. *Civ. 1^{re}*, 17 février 1982, *Clunet* 1983, p. 606, note Ph. Kahn; 6 juillet 1988, *R.C.D.I.P.* 1989, p. 71, note Y. LEQUETTE.

56. H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, note 14, p. 233; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Note*, sous *Civ. 1^{re}*, 28 janvier 1958 et 19 février 1963, *G.A.* n^{os} 30-31, p. 242.

57. I. FADLALLAH, *loc. cit.*, note 12, n^{os} 197-198, pp. 186-187. Dans le même sens voir : P. MAYER, *Droit international privé*, 5^e éd. 1994, Montchrestien, n^o 550; *Trib. gr. inst. Paris*, 8 avril 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, p. 73, note Y. LEQUETTE.

pour que le mari puisse valablement prendre une deuxième femme, même si la première est Française⁵⁸.

C'est pourquoi monsieur Bischoff a proposé de s'adresser, pour déterminer la nature du premier mariage, non à la loi de ses effets, mais comme les Anglais, à la loi du lieu de célébration : il suffit de célébrer le mariage dans un pays de monogamie pour que le risque de polygamie soit évité⁵⁹. Solution supposée avoir d'après son auteur, le mérite de la simplicité, de la stabilité et de la prévisibilité pour les parties⁶⁰ mais critiquée parce qu'attachant trop d'importance au lieu de célébration du mariage qui peut être accidentel ou alors source de fraude de la part du mari qui le choisirait en connaissance de cause⁶¹.

La troisième solution est l'œuvre de monsieur Lequette qui a proposé de déduire le caractère monogamique du premier mariage du statut personnel de la première épouse. La polygamie étant une relation à trois au moins, sa validité serait subordonnée à son admission par la loi personnelle de tous les intéressés, mari, deuxième épouse, mais aussi première épouse⁶². Cette solution jugée attrayante car ayant pour effet de protéger non pas seulement la femme française, mais toutes les femmes dont le statut n'admet pas la polygamie, a séduit de nombreux auteurs⁶³. Mais à notre avis, cette solution n'est pas complète, il lui manque un élément important. Pour preuve, imaginons un Camerounais qui a épousé au Cameroun une Sénégalaise et qui a l'intention de contracter un second mariage avec une Camerounaise. Si l'on s'en tient à l'idée de monsieur Lequette, ce second mariage est forcément valable car les trois lois personnelles en présence admettent la polygamie. Or en réalité, rien n'est si sûr,

58. F. MONEGER, *loc. cit.*, note 8, p. 61.

59. J.M. BISCHOFF, *loc. cit.*, note 5, p. 96.

60. Ainsi selon cette solution, la Française qui épouse un Marocain en France contracte un mariage monogamique. Si elle se marie au Maroc, elle est supposée le faire en connaissance de cause et doit accepter que son mari puisse prendre une seconde femme.

61. B. ANCEL, *loc. cit.*, note 8, p. 121; F. MONEGER, *loc. cit.*, note 8, p. 62.

62. Y. LEQUETTE, Notes, *R.C.D.I.P.* 1983, 276-281, p. 277 et 1989, pp. 72-81, p. 78.

63. G. DROZ, «Regards sur le droit international privé comparé», *Rec. Cours. La Haye*, 1991, t. IV, n° 148, p. 152; B. ANCEL *loc. cit.*, note 8, p. 122, F. MONEGER *loc. cit.*, note 8, p. 62; H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, note 14, p. 234.

tout dépend en fait de l'option matrimoniale exercée par les époux parties au premier mariage. S'ils ont opté pour la monogamie, le second mariage n'est certainement pas valable! Il faut donc aussi prendre en considération la volonté des parties au premier mariage.

23. Madame Bourdelois l'a si bien compris qu'elle a, après avoir fait une brillante synthèse des courants doctrinaux ci-dessus, proposé pour apprécier la validité du second mariage, de s'attacher tout d'abord à la loi personnelle du mari, puis à la loi que désignerait une «localisation objective» du premier mariage au moyen d'un faisceau d'indices aussi variés que le lieu de célébration, la nationalité ou le domicile des parties ainsi que leur intention expresse, implicite ou présumée de contracter un mariage monogamique ou polygamique⁶⁴.

La solution ne manque pas d'intérêt, elle se place d'ailleurs dans la perspective aujourd'hui élargie de la pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit des rapports personnels et familiaux⁶⁵. Nous nous rallierions volontiers à cette solution si elle n'était pas faussée à la base non seulement par les références faites à une réglementation de la polygamie parfois à l'heure actuelle dépassée sur le terrain du droit législatif des pays qui réglementent cette institution⁶⁶, mais encore par l'usage du concept erroné «d'homme de statut personnel polygamique».

24. En effet, la solution de madame Bourdelois, comme celle de nombreux auteurs⁶⁷ et même celle du droit anglais, est négativement influencée par ce concept. L'on en veut pour seule preuve la différence qu'elle établit entre la bigamie et la polygamie. Selon elle, l'époux bigame est celui dont la loi personnelle impose la monogamie, tandis que l'époux polygame est celui dont les mariages simultanés sont reconnus par sa

64. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 8, n^{os} 112 & ss.

65. P. GANNAGE, «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *R.C.D.I.P.* 1992, pp. 425-433, p. 425.

66. Sur de nombreux points du droit camerounais par exemple, elle se réfère à la Loi du 7 juillet 1966 portant diverses dispositions relatives au mariage dans l'ex-Cameroun oriental et à celle du 11 juin 1968 portant organisation de l'état civil alors que ces textes sont aujourd'hui abrogés et remplacés par l'*Ordonnance du 29 juin 1981*. Cf. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 8, pp. 101 et ss.

67. J.-M. BISCHOFF, *loc. cit.*, note 5, p. 95; Y. LEQUETTE, Note, *R.C.D.I.P.* 1989, p. 81; B. AUDIT, *op. cit.*, note 20, n^o 628, p. 505.

loi personnelle. Elle ajoute par ailleurs que « Il ne semble pas, contrairement à ce qui a pu être jugé, qu'un homme de statut personnel polygamique commette l'infraction de bigamie ».

Ces propos sont purement et simplement démentis par l'alinéa 1^{er} de l'article 359 du *Code pénal camerounais* qui sous le titre de bigamie punit d'un emprisonnement de 2 mois à 2 ans et d'une amende de 25 000 à 50 000 francs non seulement « le polygame qui contracte un mariage monogame avant la dissolution des précédents mariages », mais aussi « celui qui, lié par un engagement de monogamie, contracte un nouveau mariage monogame ou un autre mariage polygame avant la dissolution du précédent mariage ».

Une mise au net déterminante s'impose ici : le droit camerounais comme d'ailleurs celui de l'ensemble des États admettant la polygamie, ne fait pas du lien matrimonial polygamique une obligation. De fait, cette institution ne concernerait que 29 % de l'ensemble des unions matrimoniales au Cameroun⁶⁸. Par ailleurs, il résulte explicitement de l'article 49 de l'*Ordonnance du 29 juin 1981* que les futurs époux peuvent choisir expressément de placer leur union sous tel ou tel régime polygamique ou monogamique. Il n'existe donc pas en droit camerounais « d'homme de statut personnel polygamique », car « pouvoir être polygame ne signifie pas devoir être polygame »⁶⁹. Lorsqu'une Française se marie avec un Camerounais célibataire, on n'est pas forcément en présence d'un mariage « potentiellement polygamique ». Tout dépend en réalité de l'exercice de l'option matrimoniale. C'est une précision de taille à prendre en compte dans la solution camerounaise du problème polygamique en droit international privé.

2. La solution camerounaise

25. La validité d'un mariage effectivement polygamique, c'est-à-dire celui qui met en scène un homme, déjà marié, se mariant ou entendant se marier une seconde fois sans que les liens de la première union aient été préalablement rompus, est subordonnée à la fois à l'aptitude des époux à contracter

68. Résultat de l'*Enquête démographique et de santé. Cameroun 1991*, Direction nationale du deuxième recensement général de la population et de l'habitat.

69. A.-K. BOYE, *loc. cit.*, note 3, p. 348.

un mariage polygamique (a) et à l'absence d'un empêchement découlant de la nature du premier mariage (b).

a) *L'aptitude à contracter un mariage polygamique*

26. L'aptitude à contracter un mariage polygamique est sans aucun doute une condition de fond du mariage et en tant que telle, relève de la loi personnelle de chacun des postulants au second mariage. En d'autres termes il faut que chacune de ces lois personnelles admette la polygamie. Ainsi par exemple, une Française célibataire ne peut, au regard de sa loi nationale⁷⁰, épouser un Camerounais déjà marié même si la loi nationale de ce dernier autorise la polygamie.

Certes une doctrine minoritaire a-t-elle soutenu l'idée selon laquelle une Française se mariant au Cameroun avec un homme déjà marié devait être parfaitement consciente du sort qui l'attendait, et qu'il y avait plus de mal que de bien à lui refuser le titre de femme mariée⁷¹. Mais cette argumentation a été, à juste titre, critiquée notamment par monsieur Bischoff au motif que, d'une part, sa prise en considération vaudrait pour toutes les conditions de fond du mariage et conduirait à admettre systématiquement la validité de ce dernier pour éviter les inconvénients du concubinage, d'autre part, elle amènerait à faire une différenciation injustifiable entre la «polygamie active», interdite aux Français de sexe masculin et la «polygamie passive» admise pour la Française⁷².

Dans le même ordre d'idée nous ne partageons pas la pensée de madame Bourdelois qui, après avoir préconisé l'abandon de la qualification d'empêchement bilatéral en matière de polygamie, soutient que la vérification de l'admission de la polygamie par la loi nationale de la seconde épouse d'un homme polygame ne s'impose plus⁷³. Faisant, malgré les critiques⁷⁴, de la polygamie une qualité de la personne du mari, elle parle de «l'aptitude de l'homme, à être polygame»

70. L'article 147 du *Code civil français* interdit à tout Français, homme ou femme, de contracter un mariage avant la dissolution du précédent.

71. G. DROZ, Note, *Rec. Gén. Lois*, 1969, p. 77.

72. J.-M. BISCHOFF, *loc. cit.*, note 5, p. 94.

73. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 8, n° 145.

74. H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, note 14, p. 234; voir aussi *supra*, n° 24.

et non de l'aptitude des époux à contracter un mariage polygamique. Or il est évident que «la polygamie est plus un rapport qu'une qualité de l'individu»⁷⁵. Elle nécessite donc pour être valable que les deux époux soient aptes, au regard de leur loi nationale, à contracter une telle union.

Mais cette condition ne doit pas être tenue pour suffisante. Il faut lui adjoindre celle tenant à la nature du premier mariage.

b) La nature du premier mariage

27. Comme nous l'avons dit précédemment, l'article 49 de l'*Ordonnance du 29 juin 1981* organise un régime d'option matrimoniale laissant ainsi la forme monogamique ou polygamique du mariage au libre choix des futurs époux.

L'on pourrait partir de ce constat pour faire de l'autonomie de la volonté la règle de conflit principale déterminant la nature du premier mariage; la solution du droit international privé devant alors s'aligner sur la règle interne.

Certes pourrait-on qualifier d'exorbitant le rôle ainsi reconnu à l'autonomie de la volonté dans un domaine tel celui du statut personnel qui est toujours gouverné ailleurs par les prescriptions impératives du législateur⁷⁶; mais à cette critique, nous répondrions avec monsieur Boye que «lorsqu'en effet l'État reconnaît la coexistence d'une pluralité de statuts régissant les personnes, quitte à imposer certaines règles jugées fondamentales auxquelles aucun statut ne saurait déroger, il reconnaît par là même que les statuts personnels n'ont pas un caractère absolu d'indisponibilité»⁷⁷.

En réalité la faille de cette solution se trouve ailleurs. Elle réside dans le fait que son adoption supposerait l'exclusion de toute intervention autoritaire des lois personnelles des époux dans la détermination de la nature du premier mariage. C'est le reproche qui, à juste titre, a été fait à madame Bourdelois qui propose un système de localisation

75. I. FADLALLAH, *loc. cit.*, note 12, n° 197, p. 186.

76. P. BOUREL, «Réalités et perspectives du droit international privé de l'Afrique noire francophone dans le domaine des conflits de lois», *Clunet*, 1975, p. 31.

77. A.-K. BOYE, *loc. cit.*, note 3, p. 329.

objective du premier mariage où les lois personnelles des époux sont reléguées au rang de simples indices⁷⁸.

Or dans le contexte camerounais, comme dans celui de l'ensemble des États dont les droits organisent un jeu matrimonial optionnel, la volonté des époux ne fait que concrétiser un choix offert par leurs lois personnelles, l'option étant expressément classée dans la catégorie des règles de fond du mariage. Ainsi par exemple, le mariage au Cameroun d'un Ivoirien dont la loi personnelle proscriit la polygamie est forcément monogamique car celui-ci ne peut pas exercer une option que ne lui offre pas sa loi nationale.

Nous pouvons donc, à ce stade de nos développements, soutenir que la nature du premier mariage relève à titre principal de la loi nationale des futurs époux.

28. Une question se pose cependant : doit-on prendre en considération les lois nationales des deux futurs époux ou uniquement celle du mari ? La question se pose effectivement car, si l'on raisonne à partir du fait difficilement récusable que c'est l'homme qui peut être polygame ou monogame, il est normal d'en déduire que c'est à lui que doit revenir la décision de savoir quel type d'union matrimoniale il souhaiterait contracter en vertu de sa loi nationale⁷⁹. Mais, pour logique qu'elle soit, une telle conception des choses n'est pas satisfaisante. Nul n'ignore en effet qu'aucun mariage ne peut être célébré sans le consentement des futurs époux⁸⁰. Or le mariage auquel chacun doit consentir est soit un mariage polygamique, soit un mariage monogamique. Il est donc nécessaire qu'il y ait accord des consentements sur la nature du mariage à conclure. C'est du reste la solution qu'adoptent presque toutes les législations africaines contemporaines sur la question posée⁸¹.

L'officier de l'état civil camerounais est ainsi tenu, lors de la célébration du mariage, de s'enquérir auprès des futurs

78. B. ANCEL, *loc. cit.*, note 8, p. 121.

79. A.-K. BOYE, *loc. cit.*, note 3, p. 337.

80. Cf. art. 52-4° de l'Ordonnance du 29 juin 1981.

81. Voir *contra* cpdt : l'art. 133 *in fine* du Code sénégalais de la famille qui accorde au futur mari le pouvoir d'exercer seul l'option. Mais même dans ce contexte, il a été démontré que si le droit d'option est en droit dévolu à l'homme, dans les faits, son exercice nécessite un accord des deux futurs époux. (Cf. A.-K. BOYE, *loc. cit.*, note 3, p. 337.)

époux, qui comparaissent obligatoirement ensemble conformément à l'article 64 de l'*Ordonnance du 29 juin 1981*, de leur choix et de le mentionner sur l'acte de mariage et les registres de l'état civil. En cas de désaccord, il sursoit à célébrer le mariage jusqu'à ce que les futurs époux se soient mis d'accord sur la nature du mariage. C'est pourquoi nous pouvons affirmer que la détermination de la nature potentiellement polygamique ou monogamique du premier mariage se trouve nécessairement régie par les deux lois personnelles en présence. La solution consiste selon les termes de monsieur Boye que nous approuvons, à « vérifier dans la loi personnelle de chaque partie au mariage si la nature du lien matrimonial est d'ordre plural ou unitaire et dans quelle mesure »⁸². Plusieurs cas de figures peuvent alors se présenter et nous renvoient à la mise en œuvre de la loi ainsi déterminée.

II. MISE EN ŒUVRE DE LA LOI APPLICABLE AU MARIAGE POLYGAMIQUE

29. La solution préconisée pour déterminer la nature du premier mariage, à savoir l'application à titre principal des lois personnelles des futurs époux, peut rencontrer quelques difficultés de mise en œuvre en cas de pluralité de nationalités d'une part, de changement de nationalité d'autre part.

A. EN CAS DE PLURALITÉ DE NATIONALITÉS

30. C'est une lapalissade que de dire que le mariage en droit international privé met en présence une pluralité de nationalités, celles des futurs époux. L'intérêt de l'analyse tient ici, au fait que les résultats de notre équation de départ varient selon que les époux sont de nationalité commune ou de nationalités différentes.

82. A.-K. BOYE, *id.*, p. 347.

1. Époux de nationalité commune

31. Lorsque les futurs époux sont de nationalité commune, deux cas de figure peuvent se présenter selon que cette loi nationale admet ou non la polygamie.

a) La loi nationale commune n'admet pas la polygamie

32. Dans cette hypothèse, seul le mariage monogamique est possible. Deux Français ou deux Ivoiriens se mariant devant l'officier de l'état civil camerounais, contractent forcément une union monogamique conformément à leur loi nationale. Ils ne sauraient se prévaloir du fait que le droit camerounais admet la polygamie pour se soustraire aux dispositions impératives de leur loi nationale.

b) La loi nationale commune admet la polygamie

33. C'est le cas par exemple du mariage célébré au Cameroun entre deux Camerounais ou entre deux Sénégalais. L'union ainsi contractée n'est pas forcément polygamique. La nature du mariage dépend de l'exercice de l'option offerte aux futurs époux par la loi nationale commune. Si l'option est faite en faveur d'un mariage monogamique, il est alors interdit au mari de contracter où qu'il soit une nouvelle union matrimoniale tant que la première n'a pas été dissoute. La violation d'une telle règle est sanctionnée en droit camerounais par la nullité d'ordre public du second mariage⁸³ et par une pénalité pour bigamie⁸⁴. Si l'option est, au contraire, faite en faveur d'un mariage polygamique, c'est alors et seulement dans cette hypothèse que l'on est en présence d'un mariage

83. Cf. art. 63 de l'Ordonnance du 29 juin 1981. Pour des applications jurisprudentielles de cette disposition, voir : Trib. gr. inst. du Mfoundi, jugement civil n° 194 du 2 février 1994, (Mme Etoundi Messi Manga Germaine c. Ngongo Félicien Gilbert); jugement civil n° 367 du 18 mai 1994, (Mme Fayeue née Nichonneau Marcelle c. Fayeue Baya Simplicie); jugement civil n° 458 du 29 juin 1994, (Shey Dora Yila, épouse Ewane c. Ewane Alexandre et Mme Ngono Marie Andrey); jugement civil n° 337 du 19 avril 1995, (Mme Gwet née Ngo Mboua Cathérine c. Gwet Moïse); jugement civil n° 153 du 29 novembre 1995, (Veuve Ebella, née Melingue Delphine c. Mme Tangana Abega Augustine et Mme Mbita Nkolo Suzanne); jugement civil n° 255 du 24 janvier 1996, (Mme Atangana née Ewoulou Francisca c. Atangana Foe).

84. Cf. art. 359 du Code pénal camerounais.

« potentiellement polygamique »⁸⁵ qui offre au mari la possibilité d'une nouvelle union matrimoniale à condition qu'il la contracte avec une femme dont la loi personnelle admet la polygamie.

34. Il se peut aussi que les époux aient omis d'exercer l'option qui leur est offerte par leur loi nationale. Considérant la qualification de l'option matrimoniale qui est classée dans la catégorie des règles de fond du mariage par l'ensemble des États admettant la polygamie, l'on pourrait penser à bon droit que le mariage ainsi célébré serait frappé de nullité. Mais une telle sanction serait certainement excessive, car plus que la faute des époux, c'est celle de l'officier de l'état civil célébrant le mariage qui devait être retenue dans la mesure où il a l'obligation de s'enquérir auprès des futurs époux de leur déclaration d'option⁸⁶.

Il faut donc, pour déterminer la nature polygamique ou monogamique de ce premier mariage commandant la validité ou non d'un éventuel second mariage, rechercher la volonté présumée des parties. Il ne s'agit pas pour nous ici de proposer, comme madame Bourdelois, un faisceau indéfini d'éléments de localisation de la volonté des parties, ni comme monsieur Boye, de nous fonder sur l'analyse concrète du contenu des buts visés principalement par la loi nationale du mari⁸⁷, car comme nous l'avons démontré précédemment, l'exercice de l'option n'est pas la seule affaire du mari. Il s'agit plutôt pour nous de déduire la volonté des époux du lieu de célébration du mariage, critère qui « présente l'avantage énorme d'être clair, simple et immédiatement perceptible par les parties »⁸⁸.

85. Il n'est que « potentiellement polygamique » car il peut rester unique et ne devient effectivement polygamique qu'avec la célébration du second mariage.

86. A.-K. BOYE, *loc. cit.*, note 3, p. 335.

87. Partant de l'idée selon laquelle les différents États qui organisent un régime optionnel prévoient généralement en vertu de leur politique législative un système matrimonial applicable en l'absence de choix exprès des époux, il fait une distinction selon que le mari est régi par un droit où le mariage monogamique est la règle en l'absence d'une option déclarée de polygamie ou alors par un droit où le mariage polygamique est la règle en l'absence d'une option monogamique; le mariage étant monogamique dans le premier cas et polygamique dans le second. Cf. A.K. BOYE, *id.*, pp. 350 et ss.

88. J.-M. BISCHOFF, *loc. cit.*, note 5, p. 113.

Certes pourrait-on comme à l'accoutumée reprocher à ce critère de rattachement d'être parfaitement fortuit, circonstanciel. Mais à cette critique nous rétorquerions qu'il ne s'agit pas de faire régir toutes les conditions de fond du mariage et encore moins ses effets par la loi du lieu de célébration, mais simplement la nature polygamique ou monogamique du mariage lorsque les époux n'ont pas expressément fait leur choix. Deux hypothèses particulières peuvent ici être envisagées.

— La loi du lieu de célébration du premier mariage proscrit la polygamie

35. Dans les pays qui n'admettent que la monogamie il est interdit aux officiers de l'état civil de procéder à la célébration du second mariage sans que le premier ait été dissous. Ainsi par exemple, l'ordre public s'oppose à la célébration en France d'un mariage polygamique même si la loi personnelle des intéressés l'autorise⁸⁹, y compris lorsque le mariage est célébré par les autorités consulaires⁹⁰. Mais cette interdiction ne concerne que le second mariage, ces officiers de l'état civil pouvant parfaitement célébrer un premier mariage entre des personnes dont la loi nationale autorise la polygamie. Toutefois le premier mariage ainsi célébré est monogamique conformément à la loi de l'autorité célébrante. Il empêche donc la formation de toute nouvelle union sans dissolution de la première. C'est dans ce sens qu'il faut interpréter les jugements du Tribunal de grande instance du Mfoundi en date du 26 octobre 1988 et du 13 octobre 1993 qui ont déclaré nuls les seconds mariages contractés au Cameroun entre des Camerounais et des Camerounaises sans dissolution des premiers mariages contractés respectivement en Hollande et en France⁹¹.

89. *Paris*, 7 juin 1994, *D.* 1994, I.R. 177.

90. *Trib. gr. inst. Paris*, 8 avril 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, p. 73, note Y. LEQUETTE.

91. *Trib. gr. inst. du Mfoundi*, jugement civil n° 3 du 26 octobre 1988, inédit, (*Same Lottin née Evers Maria Jacoba Lamberdina c. Same Lottin Adolphe et Mme Same née Ntamag Sylvie*). *Trib. gr. inst. du Mfoundi*, jugement civil n° 26 du 13 octobre 1993, inédit, (*Mme Ottou née Vairoiatte Maryse c. Ottou Edzoa Jean-Marie et Mme Ottou née Manga Mbazoa*).

— La loi du lieu de célébration du premier mariage
admet la polygamie

36. Les pays qui admettent la polygamie et qui organisent pour le choix de la nature monogamique ou polygamique du mariage un régime d'option, prévoient généralement le système applicable en l'absence d'une option expresse des futurs époux. Si dans certains pays ce système de « droit commun » est la polygamie, dans d'autres en revanche il est la monogamie; cette divergence se justifiant par certaines considérations d'ordre sociologique⁹² mais aussi de politique législative⁹³. L'on peut donc affirmer que lorsque la loi du lieu de célébration du premier mariage admet la polygamie, la nature monogamique ou polygamique du premier mariage dépend du caractère de « droit commun » reconnu expressément ou implicitement⁹⁴ à l'une ou l'autre de ces deux formes de mariage. Aussi, si ce mariage a été célébré par exemple au Burkina Faso, il est monogamique conformément à l'article 232 du *Code burkinabé de la famille*⁹⁵.

En revanche, s'il a été célébré par exemple au Sénégal, il est polygamique en vertu des dispositions de l'article 33 *in fine* du *Code sénégalais de la famille*. Il serait également polygamique en cas de célébration au Cameroun, car malgré le fait que l'article 49 de l'*Ordonnance du 29 juin 1981* semble placer la monogamie et la polygamie sur un pied d'égalité, la doctrine

92. Par exemple l'influence de la religion musulmane et des coutumes ancestrales.

93. Par exemple le souci de certains législateurs de contrôler et de limiter la polygamie.

94. Au Togo par exemple le système matrimonial de « droit commun » n'est pas expressément déterminé par le législateur. En effet l'article 42 du *Code togolais des personnes et de la famille* se contentant d'énoncer que « la loi reconnaît la polygamie et la monogamie. L'option est déclarée par les époux dans les conditions fixées à l'article 52 », l'on est obligé de déduire de l'article 82, selon lequel « À la diligence de l'officier de l'état civil ayant célébré le mariage et sous sa responsabilité, il est notifié à l'officier de l'état civil du lieu de naissance de chacun des époux, par lettre recommandée avec accusée de réception, que les parties ont contracté mariage, et qu'elles ont souscrit une option de polygamie, aux fins de mention en marge de chaque acte de naissance [...] », que le système de droit commun est la monogamie.

95. Il serait également monogamique en cas de célébration au Congo (art. 121, al. 2 du *Code congolais de la famille*), au Togo (par interprétation de l'art. 82 du *Code des personnes et de la famille*), au Gabon (par interprétation de l'art. 375 de la *Loi gabonaise*).

et la jurisprudence camerounaises s'accordent pour soutenir qu'en l'absence d'une option expresse des futurs époux, la forme applicable au Cameroun est celle de la polygamie⁹⁶.

2. Époux de nationalités différentes

37. Lorsque les futurs époux sont de nationalités différentes, deux cas de figure peuvent se présenter selon qu'il existe une concordance ou alors une discordance dans les prescriptions des deux lois sur la question qui nous intéresse.

a) Les deux lois personnelles en présence comportent des exigences concordantes sur la question

38. C'est le cas par exemple du mariage célébré au Cameroun entre un Français et une Ivoirienne (deux lois personnelles proscrivant la polygamie) ou alors entre un Sénégalais et une Congolaise (deux lois personnelles admettant la polygamie). En réalité ces hypothèses ne présentent, quant à la détermination de la nature du mariage, aucune particularité par rapport aux cas de figure envisagés précédemment relativement aux époux de nationalité commune. Les développements faits à cet effet sont donc valables ici.

b) Les deux lois en présence comportent des exigences contradictoires sur la question

39. La loi camerounaise de l'homme reconnaît la polygamie alors que la loi française ou ivoirienne de la femme ne reconnaît que la monogamie⁹⁷. À partir du moment où l'on considère que la faculté de s'engager dans une union potentiellement polygamique ne peut être exercée que si elle est inscrite explicitement ou implicitement dans la loi personnelle du mari et dans celle de la femme, la faculté offerte dans le cas d'espèce uniquement

96. C.S.C.O., arrêt n° 61/L du 23 février 1971, R.C.D., 1972, n° 1, p. 62.

97. Nous pourrions aussi concevoir l'hypothèse inverse où c'est la loi de l'homme qui proscrit la polygamie, ce qui nous renverrait au jugement civil n° 190 du Trib. gr. inst. du Mfoundi en date du 23 décembre 1992, inédit. (Morel Philippe César Louis c. Mme Anobo Victorina Odette), qui a, à juste titre, accordé le divorce à la première épouse camerounaise d'un Français qui a contracté au consulat de France au Cameroun, un second mariage sans dissolution du premier.

au mari camerounais s'efface devant l'application cumulative des deux lois personnelles en présence. En d'autres termes, dès qu'il y a discordance dans les prescriptions des deux lois sur le principe de l'admission de la pluralité des liens matrimoniaux, l'application cumulative de ces lois suffit à déterminer la nature (en l'occurrence monogamique) du mariage sans que l'on ait à s'interroger sur la volonté des parties.

C'est dans ce sens qu'il faut interpréter l'arrêt de la Cour d'appel de Bafoussam en date du 20 avril 1972⁹⁸ qui a déclaré nul le second mariage contracté en la forme coutumière entre un Camerounais et une Camerounaise sans dissolution du premier mariage contracté au Cameroun entre ce dernier et une Française.

La nature du premier mariage ainsi déterminée, une question demeure posée : le changement de nationalité de l'un ou des deux époux survenu après la célébration du mariage entraîne-t-il le changement de nature de ce dernier?

B. EN CAS DE CHANGEMENT DE NATIONALITÉ

40. De manière générale, lorsque l'élément de rattachement retenu par une règle de conflit est déplacé ou modifié, il y a, selon l'expression due à Bartin⁹⁹, « conflit mobile »¹⁰⁰. On le rencontre principalement en matière de statut personnel, lorsque l'intéressé change de nationalité, de domicile ou de résidence; et en matière de statut réel mobilier, lorsque le meuble est transporté d'un pays à un autre.

Le principe de solution de ce conflit est la transposition en droit international privé des solutions dégagées pour le problème que soulève en droit interne la succession de deux lois : non-rétroactivité de la loi nouvelle, interdisant de remettre en cause les modes d'acquisition des droits et leurs

98. *Cour d'appel de Bafoussam, arrêt n° 21/CIV du 20 avril 1972*, inédit, (Kingue Bawnga François et autres c. Dame Russo).

99. BARTIN, *Principes de droit international privé*, Paris, éd. Domat. Montchrestien, 1930, t.1, §78.

100. Sur l'ensemble de la question voir : BATIFFOL, « Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps », *Mélanges Ripert*, 1950, t.1, p. 292; FAHMY: *Les conflits mobiles de lois en droit international privé*, Thèse, Paris, 1951; RIGAUD, « Le conflit mobile en droit international privé », *Rec. Cours. La Haye*, 1966. I. t. 117. 332.

effets échus; mais application immédiate de cette loi aux effets à venir, sous réserve des contrats en cours¹⁰¹.

Appliquée en matière de mariage, cette solution conduit à appliquer immédiatement la loi nouvelle aux situations en cours et à venir, exception faite des contrats entre époux qui continuent à être régis par la loi ancienne¹⁰².

41. L'on se demande cependant s'il est permis d'étendre purement et simplement cette solution à la polygamie. Dans ce contexte il s'agirait de savoir si le changement de nationalité de l'un ou des deux époux a pour effet de changer la nature du mariage. Avant de donner une quelconque réponse à cette question, une précision s'impose. La question de changement de nature du mariage ne se pose véritablement qu'à propos des mariages monogamiques ou des mariages potentiellement polygamiques: les mariages effectivement polygamiques ne sont pas susceptibles de devenir monogamiques. L'on ne saurait en effet demander à un Camerounais effectivement marié à quatre femmes et nouvellement naturalisé ivoirien, de se débarrasser de trois de ses épouses pour devenir monogame conformément à sa nouvelle loi nationale.

Ce point acquis, la question initiale s'affine et revient pratiquement à celle de savoir si l'on peut donner effet à une loi qui rendrait monogamique un mariage potentiellement polygamique, ou qui, inversement transformerait un mariage monogamique en un mariage potentiellement polygamique¹⁰³.

42. À cette question, les Anglais, pris au piège par une mauvaise définition du mariage «potentiellement polygamique»¹⁰⁴ et manifestement désireux de tempérer les excès de l'arrêt *Hyde v. Hyde*, ont catégoriquement répondu par l'affirmative. Développant la théorie de la «conversion du mariage» ils soutiennent que le changement de religion ou le changement de domicile pour un pays monogame entraîne une transformation du mariage «potentiellement polygamique» qui devient monogamique. Cette théorie est parfaite-

101. B. AUDIT, *op. cit.*, note 20, n° 228, p. 192.

102. L'arrêt *Campbell Johnston* (Cass., 15 février 1966, D. 1966. 370, note MALAURIE) consacre cette solution à propos des donations entre époux.

103. B. BOURDELOIS, *loc. cit.*, note 8, n° 189.

104. Cf. *supra*, n° 19.

ment illustrée par l'affaire *Ali v. Ali*¹⁰⁵ énonçant que l'acquisition d'un domicile de choix en Angleterre entraîne la transformation du mariage potentiellement polygamique célébré à l'étranger en une union monogamique valable¹⁰⁶. En l'espèce, le Sieur Ali, un musulman originairement domicilié en Inde et résidant en Angleterre, fait un bref voyage en Inde en 1958 pour y épouser en la forme islamique une femme indienne : son mariage est alors potentiellement polygamique. Le couple revenant ensuite vivre en Angleterre, le mari y acquiert quelque temps après un domicile de choix. Survient alors une grave crise conjugale, et le mari introduit en 1963 une demande en divorce contre sa femme pour abandon de foyer conjugal. Celle-ci à son tour forme une demande reconventionnelle en divorce pour cruauté et adultère (le mari vivait en concubinage). Le juge anglais saisi, s'estime compétent pour connaître de ces demandes au motif que le mariage potentiellement polygamique au moment de sa célébration est devenu monogamique lors de l'acquisition du domicile anglais par le mari en 1963. Il n'y a alors plus aucune référence à la *lex loci celebrationis* et c'est le droit régissant le statut personnel qui est retenu¹⁰⁷.

43. D'autres auteurs (français notamment) sont moins catégoriques. Partant de l'idée selon laquelle le mariage résulte de « l'accord de deux volontés sur un certain type d'union »¹⁰⁸, ils proposent de faire une distinction selon que le changement de nationalité est le fait des deux époux ou alors le fait de l'un d'eux seulement, en l'occurrence le mari. Dans la première hypothèse l'application immédiate de la nouvelle loi commune est préconisée et a pour effet de modifier la nature du mariage, car « ce changement de nationalité équivaut à une adhésion commune par les deux époux à une nouvelle institution du mariage »¹⁰⁹. Dans la deuxième hypothèse en revanche, il est proposé d'écarter la compétence de la loi nouvelle et de soumettre la nature du mariage à la loi qui le

105. *Ali v. Ali*, (1966) 2. WLR. 620 (P.D.A.), J. 1969. 122-124.

106. Cette solution a été reprise par la Court of Appeal le 9 mai 1975, (*Regina v. Sagoo*, 1975; 3. WLR. 267; J. 1980. 119, obs. LIPSTEIN) et par la Probate, Divorce and Admiralty Division, (1982) 3 All. E. R. 415; J. 1988. 808, obs. LIPSTEIN.

107. H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, note 14, p. 236.

108. P. MAYER, *op. cit.*, note 57, n° 567, p. 355.

109. FAHMY, *op. cit.*, note 100, n° 262, p. 128.

régissait au moment de sa conclusion, car ce qui a été décidé d'un commun accord ne peut être remis en cause unilatéralement. Ainsi, un Français marié à une Française en France, qui s'installe quelques années après avec sa femme au Cameroun et qui acquiert seul la nationalité camerounaise, ne peut valablement au regard de sa nouvelle loi nationale devenir polygame.

44. Nous adhérons au résultat obtenu dans cet exemple sans pour autant partager le raisonnement suivi par ces auteurs pour y parvenir. En effet la solution que nous préconisons en droit international privé camerounais est simple: en cas de conflit mobile par changement de nationalité des époux, la nature du mariage doit être régie par la loi ancienne. Ainsi, si le mariage était originairement monogamique comme dans l'exemple envisagé ci-dessus, il demeure monogamique et empêche la validité de tout mariage subséquent même si la nouvelle loi permet la polygamie. Si le mariage était potentiellement polygamique — comme dans l'exemple d'un Camerounais marié avec option polygamique à une Camerounaise et qui acquerrait par la suite la nationalité française — il demeure aussi potentiellement polygamique jusqu'à sa dissolution. Seulement, le second mariage sera interdit ici, non pas, comme on pourrait le soutenir, parce que le mariage potentiellement polygamique est devenu monogamique, mais simplement parce que le mari n'est plus apte à être effectivement polygame d'après sa nouvelle loi nationale.

La solution proposée a donc le mérite de fixer une fois pour toutes la nature du premier mariage au jour de sa célébration. Elle trouve sa justification principale dans le caractère « définitif » reconnu en droit interne à l'option matrimoniale. En effet, lorsque de manière explicite ou implicite les époux ont opté pour la monogamie ou la polygamie, la nature du mariage ainsi déterminée les lie et ils doivent la respecter. La « conversion » d'un mariage monogamique en un mariage polygamique ou inversement d'un mariage polygamique en un mariage monogamique n'est pas envisagée. C'est la raison pour laquelle l'article 359 du *Code pénal camerounais* punit pour cause de bigamie non seulement « celui qui, lié par un engagement de monogamie, contracte un nouveau mariage monogame ou un autre mariage polygame avant la dissolution du précédent

mariage », mais encore « le polygame qui contracte un mariage monogame avant la dissolution des précédents mariages ».

CONCLUSION

45. Pour synthétiser en définitive la position du droit international privé camerounais en matière de polygamie, l'on peut dire que lorsque le juge camerounais est saisi de la question de la validité d'un second mariage, il devrait : tout d'abord s'assurer de l'aptitude des deux futurs époux à contracter un mariage polygamique au regard de leur statut personnel; ensuite déterminer la nature du premier mariage par une application cumulative des lois personnelles des époux parties à ce mariage et le cas échéant, par la prise en compte de leur volonté.

Le second mariage sera alors tenu pour valable s'il s'avère que le premier mariage était potentiellement polygamique et que les deux parties au second mariage sont aptes à contracter un mariage polygamique en vertu de leur loi personnelle. À défaut, il devrait être considéré comme nul au regard du Droit camerounais, selon les principes exposés dans cette étude.

Brigitte Djuidje
B.P. 311 Dschang
Cameroun
Tél. : (237) 45 17 97
Télec. : (237) 45 21 73
Courriel : echocenter@sdncmr.undp.org