UNIVERSITÉ DU BURUNDI
GRENIER DU SAVOIR DU BURUNDI
Dépôt institutionnel officiel
https://repository.ub.edu.bi

De l'adultère sous son double aspect pénal et civil en droit comparé

Nininahazwe, Gilbert; Sous la direction du : Dr. Gervais Gatunange

2013
UB, Faculté de Droit
https://repository.ub.edu.bi/handle/123456789/1754

Document téléchargé depuis le **Grenier du Savoir du Burundi** — https://repository.ub.edu.bi

UNIVERSITE DU BURUNDI

FACULTE DE DROIT

DE L'ADULTERE SOUS SON DOUBLE ASPECT PENAL ET CIVIL EN DROIT COMPARE

Par :

NININAHAZWE Gilbert

SOUS LA DIRECTION DU :
Dr. Gervais GATUNANGE

Mémoire présenté et défendu publiquement en vue de l'obtention du grade de **Licencié en Droit**

Bujumbura, février 2013

DEDICACE

A nos regrettés père et mère qui guidèrent nos premiers pas vers le chemin de l'école ;

A notre regrettée grand-mère qui les remplaça valablement quant aux devoirs ;

A nos frères et sœurs, cousins et cousines qui attendaient depuis si longtemps l'arrivée de cet instant ;

A tous nos amis que nous avons côtoyés sur le banc de l'école ;

A tous ceux qui luttent contre la discrimination fondée sur le sexe ;

REMERCIEMENTS

L'aboutissement de ce travail est le résultat d'un long cheminement et d'un soutien multiforme et multidimensionnel de plusieurs personnes. Notre ingratitude serait sans précédent si nous ne nous acquittions pas de notre dette de reconnaissance envers toutes les personnes qui ont contribué à faire parvenir ce travail à bonnes fins.

Nous pensons en premier lieu à tous nos éducateurs, du primaire à l'université en passant par le secondaire, pour l'esprit et l'amour du travail qu'ils n'ont cessé de nous inculquer.

Nos remerciements s'adressent plus particulièrement au Professeur Gervais GATUNANGE qui a accepté de diriger ce travail malgré ses multiples obligations, de loin plus nobles et académiquement plus intéressantes que la prise en charge de ce modeste mémoire.

Que notre indéfectible gratitude parvienne à nos frères et sœurs pour le soutien tant moral que matériel qu'ils n'ont cessé de nous témoigner.

A tous nos amis dont l'amitié s'est mue en fraternité, recevez le témoignage de notre reconnaissance.

Nous nous en voudrions toute notre vie durant de ne pas rendre l'hommage mérité à Monsieur Faustin NDIKUMANA, ce leader charismatique, qui, faisant fi du fait que nous n'avions pas encore complètement terminé nos études, nous a intégré dans la vie active et nous a familiarisé avec le monde professionnel.

SIGLES ET ABREVIATIONS

1. LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
2. T. : Tome
3. éd. : Edition
4. CP : Code Pénal
5. CPF : Code des Personnes et de la famille
6. CPFB : Code des Personnes et de la famille béninois
7. CPM : Code pénal marocain
8. Op.cit. : Opere citato (ouvrage déjà cité)
9. Art. : Article
10. B.O.B : Bulletin Officiel du Burundi
11. Cciv. : Code civil
12. CA : Cour d'Appel
13. TGI : Tribunal de Grande Instance
14. O.P.J : Officier de Police Judiciaire
15. O.M.P : Officier du Ministère Public
16. T.P.I : Tribunal de Première Instance
17. CC : Cour Constitutionnelle.
18. O.R.U : Ordonnance du Ruanda-Urundi
19. C.P.P : Code de Procédure Pénale
20. PUF : Presses Universitaires de France

21. COCJ : Code d'Organisation et de la Compétence Judiciaire
22. Idem : Même auteur et même ouvrage
23. Ibidem : Même auteur, même ouvrage et même page
24. p. : Page
25. UB : Université du Burundi
26. UCL : Université catholique de Louvain
27. V. : Volume
28. FD : Faculté de Droit

INTRODUCTION GENERALE

La constitution de la famille repose sur le mariage qui rend officielle l'union de deux personnes nubiles entendant vivre ensemble et fonder un foyer. Pour que ce foyer soit stable et par conséquent solide, les époux doivent vivre dans l'harmonie et dans l'accord le plus complet possible, selon leur nature propre. Ceci profitera sans doute aux enfants car, l'œuvre d'éducation suppose la stabilité du milieu familial.

La formation du lien de mariage et sa stabilité méritent donc une protection particulière à laquelle le législateur a accordé son attention. C'est ainsi qu'en contractant mariage, les époux s'obligent solennellement à une série d'obligations dont l'obligation de fidélité à laquelle on s'attachera dans ce travail. La foi conjugale constitue ainsi un élément fondamental qui permet à la famille de se développer harmonieusement et paisiblement. Le manquement à ce devoir entraine en conséquence des sanctions entre autres le divorce.

On peut cependant se poser la question de savoir si le droit civil suffit à lui seul pour assurer le respect des exigences légales par le truchement des sanctions qui lui sont propres ou s'il ne convient pas de solliciter également du droit pénal l'appui des peines dont il dispose. Cela nous a alors poussé à analyser l'adultère sous le double aspect pénal et civil.

Au cours de notre travail, nous tenterons également de donner des réponses à d'autres interrogations. Il s'agit notamment de savoir si les relations homosexuelles constituent ou non un adultère ou si les relations charnelles entretenues entre un mari polygame avec l'une de ses épouses peuvent revêtir la qualification d'adultère au regard de l'autre épouse.

La volonté de jeter un coup d'œil sur ce que prévoient les autres législations nous a aussi incité à mener cette analyse comparative.

Par souci de clarté, nous nous proposons de subdiviser ce travail en trois chapitres :

Le premier chapitre portera sur les généralités. Il permettra d'entrer en profondeur sur tout ce qui concerne l'adultère, puisqu'en esquissant son historique, sa définition, ses éléments constitutifs et en énumérant ses principales causes, le lecteur aura déjà une idée sur la matière.

Le deuxième chapitre sera consacré à l'analyse de quelques législations tant européennes qu'africaines. Nous nous limiterons ici à l'étude des droits français, marocain et béninois.

Sur la législation française s'est portée notre préférence parce que cette dernière, issue du code Napoléon, est connue pour son ancienneté et pour avoir inspiré plusieurs législations dont celles qui seront abordées dans les développements suivants.

Le choix du Maroc n'est pas le fruit du hasard. Il est justifié par une série de motifs : Le code pénal marocain, à travers ses art.491 et 492, réprime l'adultère d'un à deux ans de prison ; une peine qualifiée de sévère du moment que la tendance actuelle est de rendre les peines plus légères ou même inexistantes.

Pire, cette loi pénale marocaine accorde des circonstances atténuantes à l'époux offensé qui déciderait de se faire justice soi-même en commettant le meurtre, les blessures et les coups sur son épouse et son complice « (...) *à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère* » (art. 418) ; ce privilège n'étant en aucun cas accordé à l'épouse offensée. A cet égard, il s'observe donc une inégalité de sexe devant la loi.

La volonté de jeter simultanément notre regard sur ce que prévoit le droit musulman nous a aussi motivé à choisir le Maroc ; celui-ci étant parmi les pays africains à majorité musulmane.

Concernant le choix du Bénin, il est motivé par le fait qu'il est l'un des rares pays africains ayant eu le courage de dépénaliser l'adultère. Ainsi, par décision DCC 09-081 du 30 juin 2009, la cour constitutionnelle béninoise a jugé que les articles 336 à 339 du CP en vigueur au Bénin relatifs à l'incrimination de l'adultère sont contraires à la constitution et les a abrogés. D'où, il n'est plus possible à l'étape actuelle du droit positif béninois de réprimer pénalement l'adultère.

Dans toutes ces législations, on parlera brièvement de l'adultère sous son aspect civil.

Le CONGO et le RWANDA, malgré leur proximité avec le BURUNDI, n'ont pas attiré notre attention car, nous avons constaté que les législations en vigueur actuellement dans ces pays sont quasi similaires à celle du Burundi qui fera l'objet du troisième chapitre.

Evidemment, le chapitre III sera réservé au cas du BURUNDI. On aura à étudier l'adultère depuis le droit traditionnel jusqu'à la législation actuellement en vigueur en passant par le droit colonial et postcolonial.

Nous terminerons notre travail par une conclusion générale.

CHAPITRE I. GENERALITES

Avant de préciser le sens de l'adultère (section 2) et de le démarquer des notions qui lui sont voisines (section 3), il nous paraît indispensable d'en tracer d'abord certains traits historiques (section 1).

Section 1. Quelques données historiques

Jusqu'en 1810, très peu de sociétés semblent avoir criminalisé l'adultère masculin. Au Moyen Orient, par exemple, l'adultère du mari n'entraînait aucune sanction, contrairement à celui de la femme qui était puni de mort par noyade[1].

Dans le monde grec, le mari n'était pas tenu à une obligation de fidélité. Son manquement n'était grave que lorsque le mari entretenait une concubine au foyer conjugal. Le mari offensé pouvait néanmoins se venger en tuant le coupable pris en flagrant délit d'adultère ou pouvait aussi accepter une composition pécuniaire[2].

En droit romain, à l'origine, seul l'adultère de la femme était réprimé. La répression de l'adultère était laissée à l'arbitraire du mari. L'action publique ne pouvait être intentée qu'après la répudiation de la femme, mais le mari, qui l'avait surprise en flagrant délit et qui ne la renvoyait pas se rendait lui-même coupable d'un crime[3]. La peine était, sous la loi *Julia*, la relégation et la confiscation de la moitié de la dot de la femme et du tiers de ses biens. Cette loi donnait aussi au père le droit de tuer sa fille surprise en flagrant délit dans sa maison ou dans celle du gendre. Le complice était puni de la même peine[4].

---

[1] http://www.wikipedia.fr// consulté le 24 février 2012 à 14h50min
[2] http : //www.pédagogie2.ac-réunion.fr// consulté le 06 mars 2012 à 11h20min
[3] Général LIKULIA (B.), Droit Pénal Spécial Zaïrois, 2e éd., TI, Paris, L.G.D.J, 1985, p. 277.
[4] Ibidem.

Sur le plan religieux, l'adultère est condamné dans le Judaïsme, le Christianisme et l'Islam.

L'adultère masculin et féminin est condamné dans le Judaïsme : *« Si l'on trouve un homme couché avec une femme mariée, ils mourront deux, l'homme qui a couché avec la femme, et la femme aussi (...)»*. (Dt.22 :20-24 ; Lévitique 20,10).

Dans le Christianisme, l'adultère est tout aussi condamné formellement dans le Nouveau Testament, tout en affirmant le pardon de Dieu en cas de repentance dans l'épisode de la femme adultère (Jn 8 :11).

Le droit coranique punit également très sévèrement cette incrimination. En effet, Mahomet prêchait ceci : « *Si vos femmes commettent l'action infâme (adultère), appelez quatre témoins. Si leurs témoignages réunissent contre elles, enfermez-les dans des maisons jusqu'à ce que la mort les visite ou que Dieu leur procure un moyen de salut* » (Coran, sourate 4 : 15-16).

A la fin du XIX^{e} siècle, la plupart des législations, étant inspirées par les textes romains et les principes coraniques, punissaient l'adultère et contenaient encore la rigueur des droits anciens. Elles conservaient donc l'inégalité de traitement selon qu'il s'agissait de l'adultère de la femme ou celui du mari : le 1er était puni d'une peine de prison qui frappait la femme et son complice, le second adultère n'exposant qu'à une peine d'amende et seulement s'il avait été commis au domicile conjugal.

Ce n'est qu'au début du XX^{e} siècle qu'un double mouvement à la fois d'allègement des sanctions et de dépénalisation vit le jour à tel point qu'aujourd'hui on se trouve en présence de deux groupes de systèmes juridiques : les partisans et les adversaires de cette incrimination.

Il est toutefois à noter que la tendance actuelle est de dépénaliser purement et simplement l'adultère et de privilégier les sanctions civiles. C'est notamment le cas de la France (depuis la loi du 11 juillet 1975 sur le divorce), de la Belgique (depuis

la loi du 20 juillet 1987) et très récemment le Bénin (depuis l'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 30 juillet 2009).

Section 2. Notions générales sur l'adultère

§.1. Définition

Très déterminée par la conception sociale et juridique du mariage et par des mutations subies par celui-ci, la notion juridique d'adultère a subi de profondes modifications.

Etymologiquement, le mot « *adultère* » vient du verbe latin « *adulterare* » qui signifie altérer ou falsifier ; plus spécialement corrompre une femme ; lui-même dérivé de ad=à (alter, a, um)= autre[5] .

Selon Yves-Henri LELEU, l'adultère est *« le fait pour un époux d'avoir des relations sexuelles avec une autre personne que son conjoint »*[6].

Cette définition se rapproche de celle donnée par Thierry GARE lorsqu'il définit l'adultère comme étant une violation du devoir de fidélité qui consiste pour l'un des époux à avoir des relations sexuelles avec une personne autre que son conjoint[7].

Le code pénal burundais de 2009, quant à lui, le définit comme étant: *« l'union sexuelle d'une personne mariée légalement et dont le mariage n'est pas dissout avec une personne autre que son conjoint »*[8]. Cette définition nous semble claire et complète. Elle n'opère pas de distinction de traitement entre l'homme et la femme.

L'analyse de toutes ces définitions nous amène à conclure que l'adultère suppose nécessairement « *l'union sexuelle consommée* », c'est-à-dire le fait pour un époux

---

[5] MALAURIE (P.) et AYNES (L.), Cours de droit civil : La famille, 3e éd., Paris, éditions Cujas, 1992/93, p.218.
[6] LELEU (Y-H.), Droit des Personnes et des Familles, Bruxelles, éditions Larcier, 2005, p.375.
[7] GARE (T.), Droit des personnes et de la Famille, 3e éd., Paris, Montchrestien, 2004, p.37.
[8] Loi n°1/05 du 22 avril 2009 portant révision du Code pénal burundais, in BOB n° 4 Bis/2009, art 526.

ou une épouse d'avoir des relations sexuelles avec un tiers. Il s'agit donc d'un acte positif physique et non moral.

A cet élément matériel s'ajoutent d'autres éléments (l'existence d'un mariage légal et l'élément moral) dont l'étude fera l'objet du paragraphe suivant.

§.2. Eléments constitutifs de l'adultère

Trois éléments principaux composent l'adultère : l'état de mariage, la consommation des rapports sexuels avec un autre que son conjoint et l'intention coupable.

A. Etat de mariage

Sanctionnant plus particulièrement les manquements au devoir de fidélité, l'adultère ne peut exister que de la part d'une personne actuellement engagée dans les liens du mariage ; celui-ci devant être valable et non dissous.

Cette condition s'observe également dans le code pénal burundais de 2009 qui, en son art.526, stipule que l'adultère consiste en une union sexuelle « *d'une personne mariée légalement et dont le mariage n'est pas dissous* »[9].

Ceci implique en conséquence que les manquements aux promesses de fidélité intervenus entre deux personnes vivant en concubinage ne sont pas constitutifs d'adultère[10].

De même, s'il advient que les fiancés se soient mutuellement promis un droit d'exclusivité sexuelle, le commerce charnel de l'un d'eux ne peut constituer un délit d'adultère.

Cette impunité est également assurée aux relations charnelles entretenues antérieurement à la célébration de l'union conjugale même si les conséquences de

---

[9] Loi n°1/05 du 22 Avril 2009 portant révision du code pénal burundais, in BOB n° 4 Bis/2009, art. 526.
[10] Général LIKULIA (B.), op.cit, p.279.

ces œuvres notamment la grossesse ne se manifestent qu'après la conclusion du mariage[11].

Bref, l'adultère n'est établi que s'il est commis entre la date de la célébration du mariage et celle de sa dissolution ; celui-ci n'étant dissous que du jour où la décision prononçant le divorce est passée en force de chose jugée ou en cas de décès de l'un des conjoints.

De cela, il résulte que des relations ayant eu lieu en cours d'instance et même postérieurement au jugement prononçant le divorce mais avant que le délai d'appel ne soit expiré ou avant que la décision rendue en appel ne soit elle-même passée en force de chose jugée constituent l'adultère. Il en est de même des relations charnelles entretenues avec une personne autre que le conjoint avant la dissolution du lien conjugal par le décès de l'un d'eux.

B. L'union consommée des sexes

L'adultère requiert nécessairement l'union consommée des sexes. Ni les familiarités coupables ni les attouchements licencieux ou obscènes ne sauraient être incriminés sous la qualification d'adultère[12].

La simple tentative d'adultère n'est pas punissable. Si les amants étaient surpris avant la consommation des relations sexuelles, *sensu stricto*, l'adultère n'existerait pas[13].

Le fait par exemple pour un homme marié d'avoir cherché à entretenir des relations extraconjugales avec une servante, le fait pour une femme mariée d'avoir donné des rendez-vous à un amant, de l'avoir secrètement reçu chez elle ou d'être allée chez lui ne constituent en aucun cas l'adultère. Ces faits ne peuvent être considérés, au point de vue civil, que comme des injures graves de nature à justifier le divorce.

---

[11] Général LIKULIA (B.), op.cit, p.279
[12] SCREVENS(R.), Les Novelles. Droit pénal, T.III, Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1972, p.542.
[13] Idem, p.545.

Le divorce ne pourra donc être prononcé pour cause d'adultère que si la personne coupable a consommé l'union sexuelle avec une autre personne que le conjoint[14]. Comme le souligne le Général LIKULIA BOLONGO, il n'est pas néanmoins exigé que l'union sexuelle soit complète[15]. Une union sexuelle incomplète est suffisante pour la qualifier d'adultère[16].

Quid de l'insémination artificielle ?

Certains tribunaux anglais ont jugé qu'une insémination artificielle réalisée avec le consentement du mari constituait un adultère.

Ils justifiaient cela par le fait que « *l'insémination artificielle avait pour effet d'introduire dans la lignée du mari un enfant dont il n'était pas le père* »[17].

La doctrine belge ne le voit pas dans ce sens. En effet, l'insémination artificielle d'une femme mariée réalisée à l'aide du sperme d'un tiers autre que le mari n'est pas constitutive du délit d'adultère alors même que l'identité du « *donneur* » est connue[18]. De toute façon, il est généralement admis qu'à défaut des relations charnelles avec un homme autre que le mari, les éléments constitutifs du délit d'adultère ne sont pas réunis. A notre avis, cette considération doctrinale est raisonnable.

Si la définition légale de l'adultère retient uniquement l'aspect physique (relations charnelles), le christianisme, lui, va plus loin et ajoute à ce dernier l'aspect moral. En effet, selon le christianisme, le délit d'adultère consiste non seulement dans le fait d'avoir des relations sexuelles hors mariage mais aussi dans « *le fait même de regarder l'homme ou la femme dans l'intention de le ou la posséder* » (Mat. 5,28).

---

[14] RUBELLIN-DEVICHI (J.), Droit de la famille, Paris, Dalloz, 2001, p. 192.
[15] Général LIKULIA (B.), Op. cit. , p. 280.
[15] POIRIER (D.), La Famille, Vol.10, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 80.
[16] SCREVENS (R.), Op.cit., p. 542.
[17] Idem, p. 543.
[18] Ibidem.

Malgré toutes ces conceptions religieuses et sociologiques de l'adultère, seule la définition légale nous semble plus convaincante. L'adultère suppose donc nécessairement des relations sexuelles consommées avec une personne autre que son conjoint ou sa conjointe. Cela implique évidemment l'existence d'un complice avec lequel une personne mariée entretient des relations charnelles illicites.

C. L'élément moral ou intentionnel

L'intention délictueuse est, en matière d'adultère, la volonté consciente de commettre le délit, c'est-à-dire de porter atteinte à la foi conjugale. Elle suppose la connaissance de l'état de mariage et la volonté d'avoir des relations charnelles consommées avec une personne autre que son conjoint[19].

Cet élément intentionnel ne se trouve réalisé que si l'acte a été volontairement accompli à la suite d'un consentement libre et réfléchi. Il n'en serait pas ainsi d'un acte commis en cas d'aliénation mentale ou en cas de viol. Ainsi, « *ne sera pas poursuivie ni sanctionnée la femme qui a eu des rapports sexuels illicites si elle a été contrainte physiquement ou moralement par une force irrésistible ou si elle est atteinte d'aliénation mentale* »[20]. Cela s'applique, *mutatis mutandis*, à l'homme.

D'autres exemples indiquent le défaut d'élément intentionnel : il s'agit notamment d'une femme qui a ignoré le caractère infractionnel de son acte par exemple en se croyant de bonne foi libre soit comme veuve (alors que son mari est encore vivant), soit comme divorcée dès qu'elle a su qu'une décision judiciaire est intervenue en ce sens; d'un époux surpris pendant son sommeil naturel ou provoqué ou d'une épouse qui, trompée par supercherie, s'est livrée à un étranger alors que celui-ci a profité de l'obscurité pour se mettre à la place de son mari qu'elle a pris pour lui[21].

En bref, l'adultère exige pour son existence juridique, outre la consommation d'une relation sexuelle avec un autre que le conjoint, une intention coupable. Ainsi,

[19] SCREVENS(R.), Op. cit. p. 543.
[20] Général LIKULIA (B.), Op. cit., p.281.
[21] Ibidem.

lorsque la liberté est totalement anéantie, l'infidélité de l'époux ne peut être établie.

§.3. Nature et éléments constitutifs de la complicité

A. Nature

Contrairement à ce que l'on serait tenté de croire, le complice d'adultère n'implique pas seulement celui qui participe à cette infraction suivant des modes déterminés par des dispositions générales contenues dans différents codes pénaux[22] mais il implique aussi la personne qui a commis *« directement et matériellement le fait d'adultère avec l'époux coupable »*[23].

L'acception du mot « *complice* » dans le deuxième cas est spéciale à l'infraction d'adultère. En Belgique, M. LELIEVRE, en tant que rapporteur du projet de réforme du code pénal à la chambre des représentants, rapporte lors de la séance du 30 mars 1859 ceci : « *Les règles générales relatives à la complicité ne sont pas applicables à l'adultère. Il s'agit ici d'une complicité spéciale à l'égard de laquelle on ne peut invoquer les principes de la complicité ordinaire(...) »*[24].

Etant donné que le complice participe directement à l'exécution du délit, ne s'agirait-il pas, en réalité, d'un coauteur ?

Cette question ne manque pas d'intérêt. En principe, toute participation directe et matérielle à une infraction donne à l'agent la qualification de coauteur. Néanmoins, l'adultère étant une violation de la foi conjugale, on estime que celle-ci ne peut se comprendre, en tant que fait principal que de la part de l'un des

---

[22]Par exemple celui qui cède sa chambre aux deux partenaires, celui qui met les deux partenaires en rapport en vue de la consommation des relations sexuelles,...
[23]Général LIKULIA (B.), Op. cit., p.281.
[24]M. LELIEVRE, Séance du30 mars 1859, Ann. Parl., session 1858-1859, chambre, p. 815, cité par R. SCREVENS, Op. cit., p. 548.

conjoints. Toute autre personne participant directement et matériellement à cette infraction ne peut être considérée que comme complice[25] .

B. Eléments constitutifs de la complicité

Pour que la complicité d'adultère soit établie, deux éléments doivent nécessairement être réunis[26].

D'une part, un fait principal ou matériel d'adultère doit être établi à la charge de la personne légalement et actuellement mariée. La complicité suppose nécessairement un fait principal d'adultère. Le mari ou l'épouse ne pourrait dénoncer le complice sans porter plainte contre son épouse ou son époux. La condamnation du complice suppose donc la condamnation de l'époux ou de l'épouse adultère sauf s'il y a des causes de justification pouvant être personnelles à celui-ci ou celle-ci.

D'autre part, une intention coupable est requise de la part de la personne poursuivie comme complice. Il faut que le complice ait eu des relations intimes avec une personne mariée dont il connaissait, au moment des faits, l'état de mariage. Donc, il n'y a pas de complicité répréhensible si l'agent ignorait la qualité d'époux ou d'épouse de son ou sa partenaire. C'est le cas d'un homme qui a des relations charnelles avec une femme mariée se livrant habituellement à la prostitution.

[25]Général LIKULIA (B.), Op.cit. p. 283.
[26]Ibidem.

Section 3. L'adultère et les notions voisines

Certaines expressions, à voir leurs caractéristiques et leurs définitions, ont beaucoup de ressemblances avec la notion d'adultère à telle enseigne qu'on risque de les confondre. Il s'avère donc indispensable de bien situer cette notion d'adultère afin de pouvoir la distinguer des notions qui lui sont voisines.

§.1. Adultère et fornication

L'adultère est le fait pour un époux d'avoir des relations sexuelles avec une personne autre que son conjoint.

Dans certains textes, le mot « *adultère*» désigne n'importe quelle relation sexuelle hors mariage dont celle entretenue entre célibataires. Cependant, en français, le terme consacré pour ceci est « *fornication* ».

La confusion est d'autant plus fréquente que dans les pays islamiques qui ont hérité de culture anglo-saxonne (Koweït, Arabie Saoudite,...), les textes locaux en anglais utilisent le mot « *adultery* » pour désigner à la fois adultère et fornication[27].

Ces deux notions ne sont pas néanmoins à confondre. Elles diffèrent l'une de l'autre. En effet, la fornication[28] signifie des rapports sexuels entre des personnes non mariées tandis que l'adultère désigne des rapports sexuels hors mariage.

L'Islam distingue aussi expressément les deux termes. Alors que la fornication désigne le fait qu'il y ait des rapports sexuels entre célibataires de sexe opposé, l'adultère est le fait pour un époux d'avoir des relations sexuelles avec une personne autre que son conjoint(pour la femme adultère) ou sa(ses) conjointe(s) (pour l'homme adultère)[29].

§.2. Adultère et concubinage

S'il est aisé de définir l'adultère, la définition du mot « *concubinage* » n'est pas simple. Il s'avère donc très difficile de donner une définition unique du

[27] http://www.wikipedia.fr// consulté le 06 mars 2012 à 11h20min.
[28] Ce mot peu employé aujourd'hui, se rencontre souvent dans la parole de Dieu (Hébreux 13:4, 1 Cor.7: 2 etc.)
[29] http://www.wikipedia.fr// consulté le 06 mars 2012 à 11h20min.

concubinage. Cette difficulté tient essentiellement à l'absence de formalités qui marqueraient l'entrée en concubinage comme la célébration par l'Officier de l'état civil marque l'entrée en mariage.

Plusieurs définitions ont été néanmoins données au concubinage. Celles-ci varient selon le choix personnel et le dessein poursuivi par chaque auteur.

Le concubinage peut donc être entendu comme « *la situation de fait dans laquelle se trouvent un homme et une femme qui se comportent comme un couple marié et dont la cohabitation présente une certaine stabilité et une certaine durée* »[30].

BARRAINE définit le concubinage comme étant « *l'état d'un homme et d'une femme qui, sans être mariés, vivent comme s'ils l'étaient et qui emporte entre eux certains effets juridiques* »[31].

Annick BATTEUR, quant à elle, propose que le concubinage constitue *« l'union hors mariage d'un homme et d'une femme, union volontaire et non formaliste, présentant une certaine stabilité par laquelle ils décident de vivre ensemble* »[32].

Au sens des définitions précédentes, le terme « *concubinage* » ne concernera que les couples hétérosexuels, à l'exclusion des couples homosexuels. Ces définitions sont donc valables pour le cas du Burundi où l'homosexualité est encore prohibée.

Dans les législations où l'homosexualité est autorisée, le concubinage concernera également les couples homosexuels. Nous citerons à titre illustratif le cas de la France où le législateur, par le biais de l'art. 515, al.8 de la loi n° 99-994 du 15 novembre 1999, a étendu le concubinage aux couples homosexuels[33].

Concernant la comparaison de ces deux phénomènes sociaux, on trouve qu'ils présentent certains points de convergence et de divergence.

---

[30] Guide juridique DALLOZ, T.II, Paris, Editions DALLOZ-SIREY, 1992, p.137.
[31] BARRAINE (R.), Dictionnaire de droit, 3e éd., Paris, L.G.D.J, 1967, p. 28.
[32] BATTEUR (A.), Droit des personnes, de la famille et des incapacités, 3e éd., Paris, L.G.D.G, p. 424.
[33] L'art.515, al.8 de cette loi stipule que le concubinage est « une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes de sexe différent ou de même sexe qui vivent en couple »

Dans les législations où l'adultère tombe encore sous le coup du droit pénal, le concubinage et l'adultère sont considérés comme des infractions contre le mariage, un mariage qui doit être valable et régulier.

Le concubinage (*cum cubare*), à l'instar de l'adultère, suppose dans la plupart des cas l'existence des relations charnelles. Toutefois, s'il est des cas où ces relations charnelles apparaissent déterminantes, il en est d'autres dans lesquels les rapports sexuels passent au second plan.

L'existence des relations sexuelles n'est donc pas exigée. Dans ces situations, sans doute exceptionnelles, où le concubinage existe malgré l'absence de relations sexuelles, on aura certainement à examiner l'intention des deux personnes vivant ensemble, la communauté d'habitation n'étant pas suffisante. « *Ainsi*, nous trace Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *il est des cas dans lesquels les rapports sexuels n'entrent pas en ligne de compte, soit que les concubins aient volontairement décidé de placer leurs relations sur le plan exclusivement spirituel, soit que leur existence soit indifférente au législateur et aux tribunaux* »[34]. Dans ce cas, le concubinage ne sera pas assimilable à l'adultère.

Un trait caractéristique trace une ligne de démarcation entre les deux phénomènes sociaux : un seul contact charnel avec une personne autre que son conjoint suffit pour pouvoir parler d'adultère au moment où le concubinage suppose des relations charnelles suivies.

§.3. Adultère et injure grave

Les infidélités à caractère sexuel ou affectif ne répondent pas toujours à la définition relativement stricte de l'adultère. Elles peuvent néanmoins se révéler gravement injurieuses pour le conjoint[35].

C'est ce que Philippe MALAURIE qualifie d' « *infidélités sans consommation* » venant d'intrigues amoureuses, de légèretés ou des imprudences extérieures[36].

---

[34] RUBELLIN-DEVICHI (J.), Op. cit, p. 376.
[35] LELEU (Y-H), Op.cit., p.377.

Quid alors du rapport entre les injures graves et l'adultère ?
Puisque le tribunal doit vérifier le caractère injurieux de l'adultère[37], on peut se demander si l'adultère n'est pas tout simplement devenu une injure grave.
Une difficulté s'observe alors quant à l'établissement d'une ligne de démarcation entre l'injure grave et l'adultère étant donné qu'il n'est souvent pas aisé de donner aux injures graves une définition spécifique qui puisse nettement les distinguer des autres causes de divorce, tant leur domaine est étendu. A cette problématique, Alain DUELZ tente une réponse : *« Peut-être la distinction tient-elle dans le fait que l'adultère, tout comme les excès et sévices, contient l'élément matériel voulu par la loi »*[38].

Le champ d'application de l'injure grave a tendance à s'étendre à tout manquement au devoir de cohabitation, de fidélité, de secours et d'assistance à telle enseigne que le champ et l'importance des autres causes de divorce aient été du coup réduits. Ainsi, lorsqu' il y a excès et sévices, il y a forcément injures graves. Il en va sans doute de même pour l'adultère. En bref, on peut sans aller jusqu'à commettre l'adultère, se rendre coupable d'infidélités qui sont, suivant les circonstances, susceptibles d'être qualifiées d'injures graves.
De même, si les faits allégués ne sont pas directement constitutifs d'adultère, ils peuvent néanmoins être accueillis comme cause de divorce lorsque le juge estime qu'ils constituent des injures graves.

---

[36] MALAURIE (P.), Op. cit. pp. 218-219.
[37] DUELZ (A.), Le droit du divorce, 3e éd., Bruxelles, De Boeck Université, 2002, p.77.
[38] Ibidem.

CHAPITRE II. L'ADULTERE EN DROIT COMPARE

Dans ce chapitre, nous analyserons respectivement les législations française, marocaine et béninoise.

Section 1. L'adultère en droit français

§.1. Adultère : une infraction disparue en France

Avant la loi du 11 juillet 1975, l'adultère était une infraction pénale dont les éléments constitutifs et les peines étaient différents selon qu'il était le fait de la femme ou celui du mari.

Alors que l'adultère du mari n'était constitué que par l'entretien d'une concubine dans la maison conjugale (art.339 du CP de 1810) et n'était punissable que d'une peine d'amende, celui de la femme était, en revanche, constitué en tout lieu et en toutes circonstances et l'exposait à une peine d'emprisonnement pouvant aller de trois mois à deux ans[39].

La loi du 11 juillet 1975 sur le divorce a retiré à l'adultère son caractère infractionnel. Il demeure, cependant, une faute au sens du droit du mariage[40].

A. Fondement de sa dépénalisation

Très marqué par un archaïsme discutable et par une différence de traitement entre les sexes peu compatible avec les principes d'égalité maintenant admis, le délit d'adultère revêtait nettement des caractères privés que publics. La poursuite devant les tribunaux correctionnels servait souvent de prélude à une instance en divorce ou en séparation de corps[41].

---

[39] CORNU (G.), La réforme du divorce (étude de la loi du 11 Juillet 1975), Paris, Paris V[e], 1976, p.60.
[40] GARE (T.), Op.cit., p.38.
[41] MERLE (R.) et VITU (A.), Traité de droit criminel .Droit Pénal Spécial, Paris, éditions Cujas, 1982, p.1664.

La répression de l'adultère était par ailleurs fort rarement poursuivie à telle enseigne que Gérard CORNU la qualifie de « *plus virtuelle qu'effective* »[42].

D'un autre coté, le système d'incrimination encourait principalement le reproche d'être discriminatoire à l'égard de la femme. En effet, l'adultère du mari n'était érigé en infraction que dans les cas où le mari entretenait une concubine dans la maison conjugale et il n'était puni que d'une amende[43] alors que la femme pouvait être convaincue d'adultère même en dehors du domicile conjugal et s'exposait, en plus de l'amende, à une peine d'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus.

Bref, en abrogeant les articles 336 à 339 du CP consacrés à la répression de l'adultère, la loi du 11 juillet 1975 n'a fait que suivre les recommandations du IX^{e} congrès international de Droit Pénal tenu à La Haye en 1964 et qui avait conclu que « *l'adultère ne doit pas être pénalement incriminé* »[44].

L'essentiel des arguments soutenus à ce congrès sont les suivants :

- Les sanctions pénales pour adultère sont rarement appliquées et deviennent purement symboliques ;
- La plainte de l'époux outragé contre l'époux infidèle a pour but d'obtenir rapidement le divorce devant le juge civil ;
- Cette poursuite ou cette menace des poursuites constitue en général dans l'esprit de beaucoup de plaignants, un chantage contre l'époux coupable ;
- Et enfin dans les pays ayant dépénalisé cet acte, on n'en voit aucune tendance au retour à la sanction pénale.

---

[42] CORNU (G.), Op. cit. p. 90.
[43] L'art.339 abrogé du CP stipulait : « Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme sera puni d'une amende de 360F à 7200F ».
[44] Général LIKULIA (B.), Op.cit., p.278.

B. Dépénalisation proprement dite

L'adultère était réprimé par les articles 336 à 339 du CP. Par diverses dispositions abrogatoires expresses ou implicites, la loi du 11 juillet 1975 sur le divorce marque clairement ce que l'adultère n'est plus, ce que l'adultère a cessé d'être, tant en matière pénale qu'en matière civile.

Ainsi, l'art.17 de cette loi a expressément abrogé les art.336 à 339 du CP, ne faisant donc plus jouer contre l'époux coupable que les éventuelles règles du divorce ou de la séparation de corps[45].

§.2. L'adultère en droit civil français

Dans ce paragraphe, nous avons jugé bon de commencer par les généralités sur le devoir de fidélité avant d'en faire une analyse approfondie par rapport au phénomène d'adultère qui fait l'objet de notre recherche.

A. Généralités sur le devoir de fidélité

1°) Etendue

Le devoir de fidélité est prévu expressément à l'art.212 du code civil français. Aux termes de cet article, *« Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance »*. L'art.212 qui prescrit en premier lieu aux époux le devoir de fidélité s'abstient de le définir. La doctrine a toutefois tenté une définition.

Selon Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, *« l'obligation de fidélité impose de n'avoir de relations sexuelles qu'avec son époux et non avec des tiers, mais également de s'interdire ce que le Doyen Carbonnier appelle "Le petit adultère" (actes préparatoires, infidélité morale) »*[46].

Cette idée est soutenue par François TERRE et Dominique FENOUILLET lorsqu'ils indiquent que le devoir de fidélité est violé non seulement par un

[45] MERLE (R.) et VITU (A.), Op.cit., p.1664.
[46] RUBELLIN-DEVICHI (J.), Op.cit., pp. 89-90.

adultère consommé mais aussi par une tentative d'adultère ou par une conduite licencieuse ou légère[47].

2°) Sanctions de la violation du devoir de fidélité

Depuis la loi de 1975 sur le divorce, l'adultère n'est plus une infraction pénale mais demeure une faute civile. La violation de ce devoir ne concerne plus la société mais seulement l'époux bafoué.

L'infidélité est donc susceptible de trois sanctions : elle peut entraîner le divorce ou la séparation de corps et la condamnation à des dommages et intérêts.

a) Le divorce ou la séparation de corps

Un époux peut demander le divorce lorsque son conjoint a commis une faute, c'est-à-dire un manquement aux devoirs et obligations nés du mariage.

La notion de faute est précisée à l'art. 242 du code civil. Celui-ci dispose que « *Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune* »[48].

Les juges aux affaires familiales doivent, pour prononcer un divorce pour faute, constater la réunion des conditions posées par l'art. 242. Justifient donc le prononcé du divorce les faits imputables à un époux s'ils constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune[49].

---

[47] TERRE (F.) et FENOUILLET (D.), Droit civil : Les Personnes, La Famille, Les incapacités, 7e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 380.
[48] STASI (L.), Droit civil : Personnes, Incapacités, Famille, Orléans, Paradigme, 2007, p. 165.
[49] COURBE(P.) Le divorce, 4e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 29.

Avant la réforme de 1975, l'adultère constituait une cause péremptoire de divorce. Ainsi, dès que la demande était formulée sur le fondement d'un adultère qui était prouvé, le juge n'avait pas le pouvoir de la rejeter[50].

A l'heure actuelle, l'adultère ne constitue plus une cause péremptoire de divorce mais simplement un manquement aux obligations du mariage susceptible de constituer une cause facultative de divorce[51].

Il convient de signaler en passant que, cette analyse faite, le constat est que l'infidélité, en tant que faute civile cause de divorce, a perdu sa force par la loi du 11juillet 1975 puisqu'il est désormais permis aux juges d'apprécier la gravité de cette faute.

L'adultère n'entraine pas que le divorce. Il peut aussi être à la base de la séparation de corps. Celle-ci, à la différence du divorce, n'est pas un mode de dissolution du mariage. Elle relâche seulement le lien matrimonial en laissant subsister le mariage.

La séparation de corps pourra être prononcée à la demande de l'un des époux dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce (art. 296 du code civil français). Comme le divorce, la séparation de corps suppose nécessairement un jugement et doit être demandée par l'un des époux ou les deux s'ils agissent conjointement par consentement mutuel (art.301 du code civil français).

b) Condamnation à des dommages et intérêts

L'époux trompé peut obtenir en justice des dommages et intérêts non seulement de son conjoint mais de celui qui le seconde dans la violation de la foi conjugale et qui, dans cet écart, concourt à l'offense[52].

[50] BENABENT (A.), Op. cit., p.146.
[51] BENABENT (A.), Op. cit., p.146
[52] CORNU (G.), Op.cit., p.51.

La violation de l'obligation de fidélité peut donc être sanctionnée sur le fondement de l'art.1382 du Code civil français par l'octroi de dommages et intérêts en réparation du préjudice moral subi. La demande en réparation peut accompagner la demande en divorce tout comme elle peut être formée indépendamment d'une action en divorce[53].

L'indemnité demandée dans le cadre du divorce est distincte de celle qui a seulement pour objet de réparer le dommage causé par la dissolution du mariage.

3°) Caractère d'ordre public

On affirme traditionnellement que le devoir de fidélité serait d'ordre public et que les époux ne pourraient s'en délier par un « *pacte de liberté* ».

Alain DUELZ soutient cette option lorsqu'il indique que toute convention conclue entre parties pour se délier de cette obligation est nulle[54]. Un tel pacte n'est donc pas juridiquement efficace, c'est-à-dire qu'il ne pourrait être opposé à l'époux qui entend le dénoncer et exiger à nouveau fidélité. L'autorisation d'infidélité donnée à l'autre époux peut même être regardée comme une injure à son égard[55].

B. L'adultère et l'obligation de fidélité proprement dite

1°) Adultère et relations équivoques

Dire que les époux se doivent mutuellement fidélité, cela signifie avant tout qu'ils ne doivent pas avoir des relations sexuelles avec une autre personne que leur conjoint, de telles relations étant constitutives d'adultère[56].

Toutefois, le devoir de fidélité n'est pas seulement violé par un adultère consommé mais peut aussi être violé par une tentative d'adultère ou par une conduite légère ou douteuse.

---

[53] COURBE(P.), Droit de la famille, 4e éd., Paris, Armand Colin, 2005, p.82.
[54] DUELZ (A.), Op. cit., p.18.
[55] BENABENT (A.), Op. cit., p.92
[56] TERRE (F.) et FENOUILLET (D.), Op.cit., p.380.

En effet, l'entretien de relations équivoques avec un tiers peut être considéré comme injurieux pour le conjoint, même si l'adultère n'est pas véritablement établi[57]. L'infidélité est donc une notion morale et hors le cas d'adultère consommé, son acception peut varier selon les époques, voire selon les milieux. En l'état actuel de la jurisprudence, l'infidélité s'entend de « *l'entretien d'une relation amoureuse* »[58].

C'est ainsi d'ailleurs qu'il a été jugé que « *même si l'homosexualité du mari n'est pas prouvée, sa cohabitation avec un homme constitue une intimité injurieuse pour l'épouse* »[59].

L'adultère correspond, en conséquence, à une « *infidélité physique* »[60], c'est-à-dire qui se concrétise par des relations intimes entretenues avec un autre partenaire que son conjoint tandis que « *l'infidélité morale* » correspond à de simples comportements infidèles notamment les fréquentations équivoques ou les amitiés particulières qui ne vont pas jusqu'à l'adultère consommé[61].

Soulignons en passant que les deux types d'infidélités sont sanctionnés par des règles se rapportant à la violation des devoirs nés du mariage.

2°) Adultère et homosexualité

Une question intervient à ce niveau : Les relations homosexuelles sont-elles constitutives d'adultère ? Cette question présente un intérêt certain.

Pendant longtemps, l'interprétation restrictive de la notion d'adultère a exclu son application aux relations homosexuelles. Un huissier de justice ne pouvait donc pas être désigné pour constater des relations homosexuelles. Leur constatation fortuite rendrait le constat irrecevable comme preuve d'un adultère au sens strict[62].

---

[57] RUBELLIN-DEVICHI (J.), Op.cit., p.192.
[58] BENABENT (A.), Op. cit., p.92.
[59] RUBELLIN-DEVICHI (J.), Op.cit., p.19.
[60] COURBE(P.), Op.cit., p.82.
[61] TERRE (F.) et FENOUILLET (D.), Op.cit., p.496.
[62] LELEU (Y-H), Op.cit., pp.375-376.

De surcroît, la jurisprudence antérieure à la réforme de 1975 retenait la constitution non d'un adultère mais d'une injure grave, même si certaines décisions avaient accepté l'assimilation[63]. Les relations homosexuelles étaient donc considérées comme injurieuses à l'égard du conjoint et non comme constitutives d'adultère. Avec la réforme du 11 juillet 1975, la jurisprudence a évolué : la distinction n'a plus lieu d'être puisque l'adultère n'est plus soumis à un régime spécifique[64].

3°) Fautes du conjoint, Connivence et Réciprocité.

D'ores et déjà, deux questions surgissent ici :

- Est- il possible qu'un époux soit outragé par un fait dont il se rend lui-même l'auteur ?
- Qu'en est-il des cas où chacun des époux a favorisé ou toléré l'acte de l'autre ?

Ces questions méritent une attention particulière.

En principe, l'adultère commis par un conjoint cesse d'être fautif quand il est excusé par les fautes de l'autre conjoint[65]. Il peut donc perdre son caractère offensant à raison de la conduite antérieure de l'époux prétendument offensé. Cette conduite doit être antérieure ou concomitante à la faute de l'autre[66].

Ce principe a été posé par la cour de cassation française dans un arrêt qu'elle a rendu le 5 février 1986.

Dans cet arrêt, la cour prononce: *« C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d' appel a estimé que l'adultère de l'épouse n'avait pas eu d'influence sur la rupture du lien conjugal et que le comportement du mari lui enlevait le caractère de gravité qui aurait pu en faire une cause de divorce »*[67].

Les tribunaux ont d'ailleurs souvent appliqué cette règle. A titre illustratif, le TGI de Chambéry, dans un cas d'abandon du foyer conjugal, s'est prononcé en ce sens :

---

[63] RUBELLIN-DEVICHI (J.), Op.cit., p.192.
[64] Ibidem.
[65] VERGE (E.) et SEGOGNE (R.), Nouveau répertoire de droit, T.II, 2e éd., Paris, Dalloz, p.127.
[66] MALAURIE (P.), Op. cit. p. 219.
[67] Civ.2, 5 fév. 1986, B. II, n° 9, cité par MALAURIE (P.), Op. cit., p.219.

« le fait pour elle (l'épouse), trois ans après une rupture dont elle avait profondément souffert, de rechercher un réconfort affectif (sic) (elle vit avec un amant) ne saurait lui être imputé à faute[68]*».*

Cette règle souffre néanmoins d'une exception. La faute de l'un n'excuse pas nécessairement celle de l'autre. Tout dépend des circonstances et de la gravité respective des faits.

C'est dans ce sens qu'il a été jugé que *« l'existence d'une séparation de fait entre deux époux même imputable à la faute de l'un d'eux, (...) ne confère pas aux époux encore dans les liens du mariage une immunité privant de leurs effets normaux les offenses dont ils peuvent se rendre coupables l'un envers l'autre*[69]*».*

La connivence peut également enlever à l'adultère son caractère offensant. Selon une règle devenue traditionnelle, la demande en divorce peut être repoussée lorsque le demandeur a été le promoteur volontaire des faits qu'il reproche à son conjoint. Concrètement pour le cas de l'adultère, l'époux qui a favorisé ou autorisé l'adultère de son conjoint ne saurait, par la suite, demander le divorce pour adultère[70].Celui-ci perd son caractère offensant lorsqu'il a été *« provoqué, favorisé ou toléré »* par le conjoint[71]. Le mari qui fait donc tomber la femme dans des pièges, la prête, la donne ou la vend à un tiers sera mal placé à le lui reprocher[72].

Les époux peuvent entretenir des rapports adultérins dits *« réciproques »*. On parle d'adultères « réciproques », lorsque les deux époux ont consommé chacun un adultère. A cet égard, l'adultère de l'un peut excuser celui de l'autre. Il est donc généralement admis que l'adultère n'est pas injurieux lorsque le conjoint offensé entretient lui-même une relation extraconjugale depuis plusieurs années[73]. C'est d'ailleurs en faveur de cette option que le juge français s'est prononcé en

---

[68] Chambéry, 29 mai 1984, J.C.P, 85.II. 20347, cité par MALAURIE (P.), Op. cit., p.219.
[69] Civ., 15 déc. 1982, B. II, n° 164, cité par MALAURIE (P.), Op. cit., p.219.
[70] VERGE(E.) et SEGOGNE(R.), Nouveau répertoire de droit, T_{II}, 2e éd., Paris, Dalloz, p.127.
[71] DUELZ (A.), Op. cit. p.65.
[72] Le jugement rendu par le TGI de Carcassonne le 19 mars 1982 énonce :
"La connivence de deux époux enlève à l'adultère du mari consommé avec l'épouse de l'amant de sa propre femme, son caractère offensant pour le conjoint qui a eu lui-même une conduite déshonorante dont il ne peut tirer avantage"
[73] DUELZ (A.), Op. cit, p.69.

refusant au mari vivant lui-même en concubinage et ayant eu un enfant de sa concubine d'invoquer l'adultère commis par sa femme[74].

4°) Adultère commis pendant la procédure de divorce

Posons l'hypothèse suivante : Une instance en divorce a été engagée. Les époux ont été autorisés à résider séparément et sont en attente d'un jugement définitif. Et l'un des conjoints rencontre un tiers avec lequel il a des relations sexuelles. Est-ce un manquement au devoir de fidélité ?

Cette question n'est pas dépourvue d'intérêt pratique. La situation est plus délicate lorsque l'adultère est commis durant l'instance en divorce. La position de la cour de cassation française est variable quant à la solution à y apporter. Cette variabilité s'explique par le fait que l'adultère n'est plus une cause péremptoire de divorce.

D'un côté, selon sa formule désormais devenue classique, l'introduction d'une procédure de divorce ou de séparation de corps *« ne confère pas aux époux encore dans les liens du mariage une immunité privant de leurs effets normaux les offenses dont ils peuvent se rendre coupables l'un envers l'autre ».*[75]

Cela signifie donc qu'aussi longtemps que les liens du mariage n'ont pas été légalement rompus, le respect de la foi conjugale s'impose[76].

Cette position s'illustre dans un arrêt qu'elle a rendu le 07 mai 2003 dans lequel elle considère comme fautif l'adultère du mari neuf mois après l'ordonnance de non conciliation[77].

D'un autre côté, il a été jugé qu'en raison de la longueur de certaines procédures de divorce, l'adultère commis postérieurement à l'ordonnance de non conciliation

---

[74] MALAURIE (P.) et AYNES (L.), Op. cit, p.20.
[75] RUBELLIN-DEVICHI (J.), Op.cit., p.193.
[76] GARE (T.), Op.cit. p.7.
[77] Idem, p. 76.

pouvait perdre son caractère de faute, le devoir de fidélité étant alors nécessairement moins contraignant.

Nous observons cela dans un arrêt rendu par la CA de Toulouse le 12 Novembre 1991 et approuvé par la Haute juridiction par lequel il est démontré que le constat d'adultère établi plus de deux années après l'ordonnance ayant autorisé les époux à résider séparément ne revêtait pas un caractère offensant[78].

C. Les modes de preuve de l'adultère

Conformément au droit commun de la preuve, les faits d'adultère peuvent être prouvés par tous moyens et notamment par de simples indices dont la force probante est laissée à l'intime conviction des juges du fond.

La dépénalisation de l'adultère par la loi de 1975 a néanmoins interdit d'utiliser les facilités probatoires de la procédure pénale car dans cette procédure, la charge de la preuve incombe au Ministère Public. Il appartient donc désormais au demandeur en divorce de rapporter la preuve de l'adultère de son conjoint en vertu du principe « *Actori incumbit probatio* »[79].

Mais, il est évident que la preuve de comportements ou d'attitudes qui se déroulent dans un cadre d'intimité est difficile. Ainsi, à y regarder de près, la nature du délit d'adultère exclut une preuve absolue. En d'autres termes, l'adultère ne peut être établi, sauf concours exceptionnel de circonstances, que par des présomptions.

En voici quelques principaux modes de preuves de l'adultère :

1°) Le constat d'huissier

Les huissiers ont incontestablement qualité pour procéder à la constatation des faits d'adultère ou des faits permettant d'établir la preuve de l'adultère, en vertu d'une commission judiciaire.

---

[78] RUBELLIN-DEVICHI (J.), Op.cit., p.193.
[79] GARE (T.), Op.cit. p.38.

A ce niveau, une question se pose : L'adultère n'étant plus une infraction pénale au regard du droit positif français, le constat d'adultère par huissier peut-il encore être autorisé et effectué sans que l'on y voie une atteinte à l'intimité de la vie privée tant du conjoint adultère que de son partenaire ?

La jurisprudence française a répondu à cette question lorsqu'elle a décidé que les constats d'adultère par huissier sur autorisation judiciaire constituent une *« atteinte licite »* à la vie privée, même d'un tiers chez qui ils sont affectés[80]. Le juge dispose à cet effet d'un large pouvoir d'appréciation pour choisir de permettre ou non un tel constat et pour préciser les moyens dont l'huissier peut user.

L'huissier ne peut donc effectuer de constat au domicile de l'une des parties ou d'un tiers contre le gré de celle-ci ou de celui-ci qu'à la condition d'avoir été commis par décision judiciaire[81]. Plus précisément, l'autorisation du président du TGI suffit à l'habiliter à effectuer le constat au domicile. A défaut, l'huissier se rendrait coupable de violation de domicile. L'huissier ne peut faire valablement ni être valablement autorisé par l'ordonnance du président à faire un constat d'adultère pendant la nuit. Il ne peut donc opérer qu'entre le lever et le coucher du soleil[82].

Afin de pouvoir surprendre l'époux adultère, l'autorisation est en pratique donnée à l'huissier de procéder à des constatations non seulement dans un lieu déterminé par l'ordonnance mais aussi dans tout autre lieu.

C'est ainsi que la cour de cassation admet la validité du constat dressé dans un lieu non expressément désigné par l'ordonnance mais entrant dans les prévisions de celle-ci. Une fois les constatations faites, l'huissier dressera un procès- verbal qui sera joint au dossier.

---

[80] BENABENT (A.),Op.cit.,p.164.
[81] GARE (T.), Op. cit., p. 38.
[82] RODIERE (J.), Le divorce et la séparation de corps, Paris, Europa, 1969, p.21.

2°) Les témoignages

Pourvu qu'ils n'émanent pas des enfants, les témoignages sont admis en matière d'adultère et sont recueillis dans le cadre d'une enquête. La force probante du témoignage est pourtant appréciée compte tenu notamment des liens entre le témoin et les époux (exemple : amitié, subordination, rétribution, etc.)[83].

Ainsi, bien qu'ils soient les mieux placés en pratique pour connaître les faits, il serait manifestement inopportun de permettre aux enfants de prendre un parti officiel, dans la querelle de leurs parents en venant témoigner au profit de l'un ou de l'autre. Cette interdiction s'applique à tous les descendants aussi bien légitimes que naturels ou adoptifs et même aux gendres et aux brus des époux, mais non aux concubins de leurs enfants.

3°) Les aveux

Les aveux d'un conjoint et notamment les aveux résultant de lettres émanant de lui peuvent faire preuve de l'adultère pourvu que ces aveux aient été faits sans fraude ni collusion ni provocation et qu'ils soient corroborés par d'autres éléments de preuve tels que d'autre lettres ou des témoignages[84]. Il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement s'il existe ou non une collusion.

4°) Les lettres

Une correspondance entre époux ou des lettres missives échangées entre un époux et un tiers peuvent être produites en justice afin de prouver l'adultère.

Par ailleurs, les tribunaux admettent très généralement des lettres d'amour comme preuve d'adultère lorsque leurs termes ne permettent aucun doute sur les relations intimes unissant les correspondants[85].

---

[83] LELEU (Y-H), Op.cit., p.393.
[84] Juris-classeur civil, Fasc. B, p.11.
[85] RODIERE (J.), Op.cit., p.21.

Quid de l'inviolabilité de la correspondance ?

La production en justice de lettres pose le problème de la confidentialité de la correspondance. Rien ne s'oppose à ce que l'un des époux produise une lettre qui lui a été adressée par l'autre puisque le caractère confidentiel d'une lettre n'existe qu'à l'égard des tiers.

Quant aux lettres échangées entre un époux et un tiers, elles sont admises à titre de preuve pour autant que le demandeur n'ait eu recours à aucun moyen illicite pour s'en procurer. C'est à la partie qui s'oppose à la preuve de démontrer le caractère illicite de la lettre litigieuse[86].

Les lettres missives peuvent donc être produites sans le consentement de l'expéditeur ou du destinataire malgré le principe de l'inviolabilité de la correspondance pourvu qu'elles n'aient pas été obtenues par violence ou fraude[87].

5°) Existence d'un enfant adultérin.

La preuve de la non-paternité du mari résultant du jugement de désaveu de l'enfant né de la femme établit l'adultère de la femme dès lors que la date de conception de l'enfant se place au cours du mariage, c'est-à-dire si l'enfant est né plus de 300 jours après la célébration[88].

Section 2. L'adultère en droit marocain

Avant d'étudier l'adultère selon le droit positif marocain, nous avons préféré consacrer le premier paragraphe de cette section à l'analyse de ce phénomène en droit islamique. Cet emplacement est justifié par le fait que le Maroc est un pays à majorité musulmane.

---

[86] DUELZ (A.), 2e éd., Op.cit., p.140.
[87] MALAURIE (P.) et AYNES (L.), Op.cit., p.220.
[88] Juris-classeur civil, Fasc. B, p.11.

§.1. L'adultère selon le droit musulman en général

Dans ce paragraphe, nous aurons à aborder quatre points : il s'agit de la notion d'adultère selon l'Islam (1), des principaux modes de preuve de l'adultère établis par l'Islam (2), des effets de l'adultère commis en cas de mariage polygamique (3) et des sanctions prévues par le coran (4).

1. Définition

L'adultère est prévu dans différents passages coraniques. Mais, le coran ne le définit pas. Selon le Professeur Mahmoud Azab, spécialiste de l'Islam, l'adultère est une relation sexuelle hors mariage entre un homme et une femme[89].

Ainsi, comme le droit musulman autorise le mariage polygamique, l'adultère constituera à cet effet le fait pour l'homme d'avoir des relations sexuelles avec une personne autre que sa ou ses conjointes.

Soulignons d'ores et déjà que le coran limite le nombre d'épouses à quatre et que la polyandrie est prohibée (coran, IV: 3). L'adultère aura donc lieu, au regard de l'Islam, lorsque le mari entretiendra des relations sexuelles avec une personne autre que les quatre épouses tel que c'est prévu par le coran. La femme, en revanche, commettra cet acte lorsqu'elle entretient des relations extraconjugales avec une autre personne que son mari.

2. Les principaux modes de preuve établis par l'Islam

Les moyens de preuve qui seront abordés à ce niveau sont l'aveu (A), le témoignage (B) et le serment d'anathème (C).

A. L'aveu

En droit islamique, l'adultère peut être prouvé par l'aveu d'une personne libre et capable de discernement[90]. L'Islam exige que l'aveu ait lieu quatre fois. Si une

---

[89] http://www.lemague.net./dyn/spip.php?article550 Consulté le 26 mai 2012 à 18h40min.

[90] Voir Coran, versets 2 :282 ; 4 :135.

partie nie avoir commis l'adultère et qu'il n'y a pas d'autres preuves, aucune des deux parties n'est punie.

B. Le témoignage

Le texte du coran dit : « *Appelez quatre témoins que vous choisirez contre celle de vos femmes qui ont commis une action infâme. S'ils témoignent ; enfermez les coupables jusqu'à leur mort, dans des maisons, à moins que Dieu ne leur offre un moyen de salut(...)* » (Sourate 4, Les Femmes, verset 15-16).

Le coran indique donc quatre témoins mâles et équitables dont le témoignage concorde. Si la règle posée par le texte est générale, elle souffre d'une certaine imprécision : le texte par exemple n'indique pas comment seront entendus les quatre témoins ni ce que doit comporter leur témoignage. A ce titre, ce ne sont que les quatre principales doctrines de l'Islam Sunnite (Mâlikite, Hanafite, Chafiite et Hanbalite) qui en donnent des détails extraordinaires : les quatre témoins seront entendus séparément.

Concernant toujours le témoignage, le coran est aussi très exigeant. Si l'un des quatre témoins venait à contredire les trois autres ou émettait un doute sur la réalité de l'adultère, alors il convient d'inculper les trois autres témoins pour « *faux témoignage* »[91]. Les trois témoins qui disent la même chose s'exposent à quatre-vingts coups de fouet si un seul sur les quatre mettait en doute leur témoignage.

De la même manière, celui ou celle qui accuse son époux ou son épouse d'adultère sans pouvoir faire témoigner quatre personnes s'expose à la même sentence (coran, 24 :2). Le coran exige quatre témoins ni moins ni plus. S'il n'y a que trois témoins, ceux-ci seront punis pour fausse accusation d'adultère (coran, 4 :15 ; 24 :4 ; 24 :13).

[91] http://www.lemague.net/dyn/spip.php?article550 consulté le 26 mai 2012 à 18h40min.

Le témoin doit être majeur, ayant sa capacité mentale, capable de mémoriser, équitable, musulman. Est donc exclu le témoignage des non musulmans. Certains estiment que le témoignage doit être écarté si un laps de temps assez long passe après l'acte, car il peut être motivé par une intention de nuire.

Lorsqu'un homme accuse sa femme d'adultère sans pouvoir fournir quatre témoins, une autre alternative lui est accordée par la loi musulmane : *le serment d'anathème.*

C. Le serment d'anathème (al li 'an)

Le droit musulman est fort sévère en matière de preuve de l'adultère pour lequel il exige la présence de quatre témoins réunissant les conditions requises pour témoigner. Les témoins doivent rapporter de façon évidente et réelle le fait de l'adultère.

Au cas contraire, celui qui a avancé l'accusation d'adultère contre son épouse et qui ne l'a pas prouvé est sévèrement sanctionné selon la prescription coranique : *« Ceux qui portent des accusations contre des femmes honnêtes sans pouvoir produire quatre témoins, seront punis de quatre-vingt coups de fouets et n'acceptez plus jamais leur témoignage »* (Coran, sourate 24 :4).

Toutefois, la loi musulmane a permis au mari de recourir au serment d'anathème lorsqu'il accuse son épouse d'adultère et qu'il ne peut l'établir en produisant quatre témoins.

1°) Nature du serment d'anathème.

Le mari qui accuse sa femme d'adultère doit apporter une preuve de la véracité de ses accusations. Il doit fournir un témoignage de quatre personnes qui confirment l'adultère de sa femme. En cas d'absence ou de manque de témoins, le couple va procéder au serment d'anathème.

Le serment d'anathème est le serment par lequel le mari atteste par quatre fois que sa femme a commis l'adultère auxquelles il ajoutera un cinquième serment appelant sur lui la malédiction de Dieu s'il ne dit pas la vérité. Cela trouve source dans la loi coranique.

En effet, il est dit dans le coran : *« Ceux qui accuseront leurs épouses et qui n'auront d'autres témoins à produire qu'eux-mêmes, jureront quatre fois devant Dieu qu'ils disent la vérité et la cinquième fois pour invoquer la malédiction de Dieu sur eux, s'ils ont menti. On n'infligera aucune peine à la femme si elle jure quatre fois devant Dieu que son mari a menti et la cinquième fois en invoquant la colère de Dieu sur elle, si son mari a dit la vérité »* (coran, 24 :6, 7, 8,9). L'épouse mise en cause prêtera donc un contre-serment dans les mêmes conditions.

2°) Les conditions du serment d'anathème.

Certaines conditions s'attachent au mari, d'autres sont spéciales à la femme, d'autres encore sont communs aux deux époux[92].

a) Les conditions spéciales à chaque époux.

- Le mari ne doit pas avoir rapporté la preuve de l'accusation d'adultère portée contre son épouse ;
- Quant à la femme, la condition requise pour elle est qu'elle nie formellement l'adultère dont elle est accusée.

b) Les conditions communes aux deux époux.

- Les époux doivent être de religion musulmane ;
- Il est requis que les deux époux soient pubères ;
- Enfin, ils doivent jouir d'une santé d'esprit complète et parfaite parce que le serment d'anathème est un acte grave dont la portée doit être comprise.

[92] BENMELHA (G), Eléments du droit algérien de la famille: le mariage et sa dissolution, T.I, Paris, Publisud, pp. 158-159

D. La procédure

Dans un premier temps, le mari saisira le juge pour lui demander d'examiner le bien-fondé de sa prétention en ce qu'il accuse son épouse de relations coupables avec un tiers.

Dans l'affirmative, le juge ordonnera que le mari prête le serment d'anathème à la Mosquée après la prière de *duhr* (celle de midi) souvent en présence de l'agent d'exécution ou gérant de l'étude notariale qui doit recevoir le serment du mari, et celui de l'épouse, s'il y a lieu, et en dresser un procès verbal[93].

La formule du serment que doit prêter le mari est la suivante : « *Je jure par Allah, l'Unique, que j'ai vu cette femme commettre un adultère ou que le produit de la grossesse n'est pas mon fait* » - et il ajoutera une cinquième fois- *: « qu'Allah me maudisse, si je suis un imposteur et si j'accuse cette femme injustement »*[94].

A la suite du serment prêté par le mari, l'épouse peut adopter une position, soit ne pas répondre, soit prêter un autre serment dont les termes sont ainsi conçus : « *Je jure par Allah, l'Unique, que je n'ai pas été vue en état d'adultère par cet homme ou que je n'ai commis aucun adultère et qu'il a donc menti* ». Et elle complètera une 5e fois *: « que la colère de Dieu m'accable si cet homme dit la vérité* ».

Selon l'attitude que prendra l'épouse, il résultera les conséquences suivantes :

- Si elle garde le silence, elle sera de plein droit considérée comme coupable du délit d'adultère. Le juge rendra immédiatement sa décision par laquelle il va constater le silence de la femme et va la déclarer convaincue d'adultère. Cette décision peut consister en la répudiation de l'épouse, la dissolution du mariage ou la condamnation à cent coups de fouets[95].

---

[93] BENMELHA (G), Op.cit. p. 159.
[94] Ibidem.
[95] CHAGNOLLAND (J-P), L'influence islamique au Maghreb: Histoire et Perspectives méditerranéennes, Paris, l'Harmattan, 2009, p. 106.

- Si au contraire, la femme choisit de prêter le serment mis à sa charge, elle n'encourra aucune peine. Le juge pourra néanmoins prononcer la répudiation[96]. La répudiation ainsi prononcée par le juge est considérée par les rites malékites, shaféites et hanbalites comme présentant un caractère irrévocable, l'épouse ainsi répudiée se trouvant éternellement interdite à son ex-mari. Pour les hanéfites, si le mari se rétracte, l'union est de nouveau possible.

E. Les effets du serment d'anathème

Le serment va aboutir à la rupture des liens conjugaux entre les époux. La dissolution qui interviendra sera irrévocable. Le serment d'anathème constitue un empêchement permanent à un second mariage entre les époux.
La femme est déchue de tous ses droits concernant la pension alimentaire et la dot. Certains tribunaux ne confient pas la *hadana* (la garde des enfants) à la femme en cas de serment d'anathème.
Enfin, l'enfant conçu et né dans ces conditions n'est pas attribué au mari. Le serment d'anathème joue le rôle de désaveu de paternité.

3. Cas du mariage polygamique

Le coran limite le nombre d'épouses à quatre (coran, 4 : 3) alors que la polyandrie est interdite. La question qui se pose ici est de savoir pourquoi le droit musulman tolère encore la polygamie.
Plusieurs raisons sont invoquées. En effet, l'Islam maintient la polygamie[97]:
- parce qu'elle existait avant Mahomet et que l'interdire risquait de freiner l'expansion de l'Islam ;
- pour éviter l'adultère ;
- pour contourner l'empêchement périodique des femmes, d'autant que les relations sexuelles sont interdites pendant quarante jours après l'accouchement ;

[96] Ibidem.
[97] http://www.avmaroc.com/forums/archive/O-t-t-33726-le-droit-musulman-assez-long-à lire.html consulté le 18 juin 2012 à 16h 42min.

- pour avoir des descendants même si l'épouse est stérile ;
- pour lutter contre la prostitution ;
- pour protéger le plus grand nombre de femmes car, en droit musulman, le mariage est très protecteur.

Il convient de signaler en passant que même si la polygamie est autorisée par l'Islam, les législations des pays musulmans ou à dominance musulmane soumettent cette union à une condition importante : le consentement de la première épouse de prendre d'autres épouses. La polygamie n'est donc pas une obligation mais un droit donné à l'homme.

Quelle est alors la portée du devoir de fidélité en cas de mariage polygamique ?

Cette question est pertinente et mérite une attention particulière. D'emblée, il y a lieu de signaler que pour la femme, le devoir de fidélité a le même contenu et s'applique de la même façon, quelle que soit la forme du mariage (monogamique ou polygamique).

Pour le cas du mari polygame, en l'absence de dispositions spécifiques, le principe est l'application du devoir mutuel de fidélité tel que prévu par différents codes civils. A ce niveau, une question se pose de savoir s'il s'agit d'un devoir de type monogamique qui s'impose à l'époux polygamique ou s'il faut définir un devoir de fidélité de type polygamique.

Thérèse MALONGUE ATANGANA est claire à ce point : « *Le mari astreint à des fidélités multiples ne doit avoir des relations qu'avec ses femmes actuelles. Commettrait ainsi l'adultère le mari qui entretiendrait des relations avec une femme autre que les siennes, y compris sa fiancée* »[98].

Alexis GABOU soutient cette option en s'exprimant comme suit : « *Le mari polygame doit être fidèle à chacune de ses épouses mais également à toutes ses épouses. Les rapports sexuels que l'époux polygame entretient avec chacune de ses épouses constituent un devoir matrimonial légal et ne peuvent être considérés*

[98] MALONGUE ATANGANA (T.), Droit camerounais de la famille, Paris, 2006, pp. 842-843.

comme un manquement au devoir de fidélité. Il ne s'agit là que de la mise en œuvre du devoir de communauté de vie »[99].

4. Les sanctions coraniques

Contrairement à ce que l'on serait tenté de croire, la lapidation n'est pas prévue par le coran comme sanction de l'adultère. Seuls quelques textes appartenant tous à la *Sunnah* en font mention comme peine capitale pour l'adultère. Ceux-ci restent néanmoins muets quant à sa mise en œuvre.

La question de la lapidation est vraiment problématique en Islam parce qu'elle n'est mentionnée nulle part dans le coran comme châtiment possible des adultères. Elle est cependant pratiquée sur base des Hâdith tenus par le prophète dont la véracité pose problème à de nombreux exégètes[100].

Dans le texte fondateur de l'Islam, le coran, il n'y a aucune trace d'incitation à la lapidation. Selon le coran, « *une femme convaincue d'adultère sera enfermée dans une maison jusqu'à sa mort à moins que Dieu ne lui offre un moyen de salut* » (coran, 4 :15). Cette sanction revêt un caractère discriminatoire car elle ne concerne que les femmes.

Une autre sanction vient s'ajouter à cette dernière : l'adultère sera réprimé par « *cent coups de fouet* » (coran, 24 :2) sauf pour le cas des esclaves croyantes auxquelles on inflige la moitié de la peine prononcée contre les femmes libres (coran, 4 :25), soit 50 coups de fouet.

En ordonnant de frapper le débauché et la débauchée de cent coups de fouet chacun, la sourate 24 :2 ne distingue pas l'homme et la femme : tous les deux seront réprimés de la même façon[101].

---

[99] hhtp://www.cesb.org./societe/quelle_fidelite_dansla_polygamie.html consulté le 09 juin 2012 à 20h12min.
[100] http://www.lemague.net/dyn/spip.php?article550 consulté le 26 mai 2012 à 13h25min.
[101] La sourate 24, verset 2, énonce : « Frappez le débauché et la débauché de cent coups de fouet chacun. N'usez d'aucune indulgence envers eux afin de respecter la religion de Dieu si vous croyez en Dieu et au jour dernier, un groupe de croyants sera témoin de leur châtiment »

§.2. L'adultère en droit positif marocain

A ce niveau, nous étudierons l'adultère selon le droit pénal marocain et selon la MOUDAWANA ou le nouveau code du statut personnel marocain.

A. Prévisions du droit pénal marocain

L'adultère est une infraction sévèrement sanctionnée par le code pénal marocain. En effet, l'art.491 de ce code prévoit une peine d'emprisonnement ferme allant d'un an à deux à tout conjoint impliqué dans une affaire d'adultère. Dans ce paragraphe, nous parlerons de l'adultère en tant qu'infraction sur plainte (1°), des moyens de preuve prévus par le droit pénal marocain (2°) et du privilège accordé à l'époux de se faire justice en cas de flagrant délit (3°).

1°) L'adultère : une infraction sur plainte

Etant un délit d'ordre moral qui ne porte en rien préjudice à l'ordre public mais uniquement à l'honneur du conjoint offensé, ce dernier seul peut, en principe, porter plainte contre le conjoint adultère (art.491 du CPM).

Une exception est prévue à cet égard : le Ministère Public peut se substituer au mari lorsque celui-ci se trouve hors du Maroc. En effet, lorsque le mari est éloigné du territoire, la femme qui, de notoriété publique, entretient des relations adultères, peut être poursuivie d'office à la diligence du Ministère Public (art. 491 du CPM). Donc, pour le mari qui séjourne à l'étranger, le Parquet est habilité à poursuivre l'épouse qui s'adonne à la prostitution d'une manière flagrante.

Cette poursuite est néanmoins écartée par la loi pénale marocaine contre l'homme lorsque la femme se trouve à l'étranger.

Cela prouve sans équivoque l'inégalité de sexes devant la loi contraire à l'esprit et à la lettre des différents textes nationaux et internationaux relatifs aux droits de l'homme pourtant ratifiés par le Maroc notamment la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

Le désistement de l'un des deux conjoints met fin aux poursuites contre l'époux ou l'épouse qui soit impliquée dans l'adultère. Les personnes complices ne bénéficient pas du désistement (art.492 du CPM). En d'autres termes, le plaignant peut retirer sa plainte à tout moment. Le retrait de la plainte, survenu même postérieurement à la condamnation, arrête les effets de cette condamnation mais uniquement à l'égard du conjoint adultère. Il ne saurait en aucun cas profiter au complice de l'infraction.

2°) La preuve

Aux termes de l'art.493 du CPM : « *Les crimes stipulés aux articles 490 et 491 ne sont prouvés que par un procès-verbal dressé par des O.P.J en cas de flagrant délit ou en fonction d'aveux formulés de la part de l'accusé* ».

Selon le code pénal marocain donc, l'adultère peut être établi, soit par constat de flagrant délit dressé par un O.P.J requis à cet effet par l'époux offensé, soit par l'aveu judiciaire, soit par la production de lettres ou documents relatant le même aveu. Lorsque l'adultère sera constaté par un O.P.J, la visite domiciliaire ne pourra s'effectuer avant 5h ni après 21h à peine de nullité, sauf en cas de demande du chef de maison.

3°) Privilège accordé à l'époux qui se fait justice soi-même

Au Maroc, outre que la loi marocaine réprime l'adultère, elle accorde des circonstances atténuantes à l'époux offensé qui déciderait de se faire justice soi-même. Ainsi, l'art.418 du CPM stipule : « *Le meurtre, les blessures et les coups sont excusables s'ils sont commis par l'époux sur son épouse ainsi que son complice à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère* ».

« *Excusables* » ne veut pas dire que ces infractions peuvent être commises en toute impunité mais que les circonstances particulières qui ont pu amener à les

commettre permettent de comprendre leur auteur, de lui trouver des excuses et par là même, de lui réduire la peine qui devrait normalement lui être infligée[102].

Pratiquement, si un mari surprend sa femme en flagrant délit d'adultère et qu'il commet un meurtre, au lieu de se voir infliger la peine légale prévue pour homicide volontaire, à savoir la réclusion perpétuelle ou même, dans certains cas, la peine de mort, sa peine sera réduite à un emprisonnement de un à cinq ans[103].

Si ce même mari, dans la même situation, se borne à porter des coups et blessures mais que ces coups et blessures entraînent, soit une infirmité permanente (amputation, cécité,...), soit la mort, la peine initiale de cinq à vingt ans d'emprisonnement, selon les circonstances, sera réduite à une peine de six mois à deux ans[104].

Il y a lieu de constater que cette disposition opère un traitement discriminatoire selon qu'il s'agit de l'époux ou de l'épouse qui est offensée. Ainsi, si le meurtre, les blessures et les coups sont excusables lorsqu'ils sont commis par l'époux sur son épouse surprise en flagrant délit d'adultère, il n'existe pas de texte qui applique la réciproque. Aucune excuse légale ne sera donc invoquée pour atténuer la peine de l'épouse bafouée qui se vengerait physiquement sur son époux adultère.

Au Maroc, l'adultère n'est pas seulement sanctionné par le droit pénal. Il constitue également un délit civil au regard de la MOUDAWANA ou le nouveau code du statut personnel marocain.

B. L'adultère selon la Moudawana

La Moudawana ou code du statut personnel marocain est le droit de la famille marocain codifié en 1958 sous le règne du roi Mohamed V. Ce code a été amendé pour la première fois en 1993 par Hassan II, puis révisé en février 2004 par le

[102] http://www.bladi.net/forum/43874-adultere-liaisons-dangereuses-societe-marocaine.html consulté le 09 juin 2012 à 9h10min.
[103] http://www.alkhabar.tv/article1.php?s=0189668078 consulté le 09 juin2012 à 11h25min.
[104] http://www.alkhabar.tv/article1.php?s=0189668078 consulté le 09 juin2012 à 11h25min.

Parlement marocain et promulgué par le roi Mohamed VI le 10 octobre 2004.Cette révision améliore entre autres les droits de la femme[105].

Cette amélioration s'observe par exemple dans le fait que la fidélité de la femme envers son époux, principe traditionnel du droit coranique mais qui n'avait été codifié qu'au Maroc est modifiée : alors que l'ancien code faisait de la fidélité de la femme « *le premier des droits du mari* », le nouveau prescrit « *une fidélité mutuelle* »[106].

Aujourd'hui, l'épouse peut également demander le divorce judiciaire pour manquement à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage car ce manquement est considéré comme un préjudice justifiant cette demande (art.99, al.1er).

Est donc considéré comme un préjudice justifiant la demande en divorce, tout acte ou comportement infâmant ou contraire aux bonnes mœurs émanant de l'époux portant un dommage matériel ou moral à l'épouse la mettant dans l'incapacité de maintenir les liens conjugaux(art.99, al.2).

La lecture de cette disposition nous amène à conclure que l'adultère constitue effectivement un acte ou comportement infâmant ou contraire aux bonnes mœurs dont peut se prévaloir l'épouse pour demander le divorce judiciaire.

Quant aux moyens de preuve des faits constituant le préjudice, l'art.100 du nouveau code du statut personnel marocain est sans équivoque.

Ainsi, aux termes de l'al. 1er de cet article, « *les faits constituant le préjudice sont établis par tous moyens de preuve y compris la déposition des témoins qui sont entendus par le tribunal en chambre de conseil* » (art.100, al .1er).

---

[105] BLAN (F-P), Le droit musulman, 2e éd., Paris, Dalloz, 2007, p.61.
[106] Décret n° 1-04-22 du 3 février 2004 portant promulgation de la loi n° 70-03 portant code de la famille, art.51, al.1er.

Si l'épouse ne parvient pas à prouver le préjudice mais persiste à demander le divorce judiciaire, une autre alternative lui est accordée : elle peut recourir à la procédure prévue en matière de discorde (art.100, al.2)[107]. Le législateur marocain a aussi accordé au juge la possibilité de fixer, dans le même jugement que celui prononçant le divorce pour cause du préjudice, le montant des dommages et intérêts (dédommagement) dus au titre du préjudice (art. 101).

Section 3. L'adultère en droit béninois

Dans cette section, nous amènerons le lecteur à avoir une idée sur l'adultère en droit béninois. Au Bénin, le juge constitutionnel a retiré à l'adultère le caractère infractionnel. Aujourd'hui, il n'est qu'un délit civil.

§.1. L'adultère : une incrimination déclarée inconstitutionnelle

En droit positif béninois, l'adultère n'est plus un délit pénal. Cette dépénalisation est issue de l'arrêt rendu par la Cour Constitutionnelle béninoise en date du 30 juillet 2009. Avant d'entrer dans le fond de cette décriminalisation, nous avons jugé bon de commencer à en savoir l'origine.

A. L'origine de la décision DCC 09-081 du 30 juillet 2009

Cette décision est le fruit d'un travail assidu accompli par les avocats et les juges de la cour constitutionnelle béninoise. En février 2007, une femme porto-novienne, Madame Nelly HOUSSOU, mariée à un haut fonctionnaire (Magistrat) et mère de deux enfants, traduit son mari devant le Tribunal de Première Instance (TPI) de Porto-Novo aux fins d'obtenir le divorce.

Elle fait état de sévices graves et de maltraitance. Plutôt que de comparaître à cette affaire, le mari riposte en traduisant son épouse devant un juge pénal du T.P.I de Cotonou plus d'un an après la demande introduite par son épouse. Il l'accuse d'avoir commis l'adultère avec un autre homme.

[107] Le discorde est une autre cause de divorce judiciaire prévue par le nouveau code du statut personnel marocain.

L'objectif était simple : obtenir un jugement pénal constatant l'adultère de l'épouse et le verser dans le dossier Porto-Novo afin d'avoir un divorce aux torts exclusifs de Madame[108]. Dans l'affaire concernant l'adultère, il est reproché aux prévenus d'avoir contrevenu aux articles 336 à 339 du CP hérité du colonisateur français pour avoir entretenu des rapports sexuels alors qu'ils étaient unis chacun de son côté par des liens du mariage.

La prévenue et son complice, s'ils étaient convaincus d'adultère, encouraient trois mois au moins et deux ans au plus d'emprisonnement (art. 337 abrogé du CPB). Le complice serait puni, en plus de l'emprisonnement, d'une amende de 24000 à 480000FCFA (art.338 abrogé du CPB).

Etant prise par la peur d'être condamnée par les collègues de son mari sans que sa culpabilité soit prouvée, l'épouse se présente à l'audience du 17 avril 2009. C'est à cette occasion que Maître Ibrahim SALAMI qui assiste Madame Nelly HOUSSOU soulève une exception d'inconstitutionnalité contre les art.336 à 337du CP béninois. Maître Magloire YANSUNNU qui assure la défense du présumé complice, appuie de toutes ses forces cette question préjudicielle qui, par après, est renvoyée devant la Cour Constitutionnelle. Il s'agit en l'espèce d'un procès constitutionnel fait aux dispositions du CP dans le cadre d'un procès ordinaire. Les avocats des prévenus reprochaient à ces dispositions légales d'être contraires à la constitution en ce qu'elles organisaient un régime juridique différent selon que l'auteur de l'adultère était un homme ou une femme[109].

B. Les arguments avancés en vue de sa décriminalisation

Lors de l'affaire susmentionnée, les avocats de la défense avançaient comme arguments le fait que l'infraction d'adultère était différemment constituée et

[108] http://www.lanouvelletribune.info/index.php? Consulté le 12 juin 2012 à 20h52min.

[109] L'exception était ainsi articulée : « Les art.336 à 339 de ladite loi (CP) sont contraires au principe d'égalité garanti par les art.26 de la constitution, 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples d'un triple point de vue : de la constitution de l'infraction, de la poursuite de l'infraction et de la peine encourue ».

C. L'abrogation proprement dite des articles 336 à 339 du code pénal béninois

Se conformant à sa jurisprudence constante relative au principe d'égalité qui interdit toute discrimination, la Cour Constitutionnelle du Bénin déclare inconstitutionnels les articles 336 à 339 du code pénal en vigueur au Bénin. En effet, dans sa décision DCC09-081 du 30 juillet 2009, cette juridiction motive comme suit :

« *Il résulte de la lecture des articles 336 à 339 du CP que le législateur a instauré une disparité de traitement entre l'homme et la femme en ce qui concerne les éléments constitutifs du délit. Dans le cas d'espèce, alors que l'adultère du mari ne peut être sanctionné que s'il est commis au domicile conjugal, celui de la femme est sanctionné quel que soit le lieu de commission de l'acte. L'incrimination ou la non incrimination n'est pas contraire à la constitution mais toute différence de traitement entre l'homme et la femme est contraire aux art.26 de la constitution, 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. En conséquence, les art.336 à 339 du CP sont contraires à la constitution* »[110].

Cette décision rendue par la Cour Constitutionnelle du Bénin le 30 juillet 2009 est une décision historique en ce qu'elle fait sortir les dispositions incriminant l'adultère du droit positif béninois. A partir du moment où l'élément légal de l'infraction d'adultère a été déclaré contraire à la loi fondamentale, l'adultère ne peut plus être sanctionné pénalement au Bénin, jusqu' à nouvelle législation. En attendant ainsi une législation pénale conforme à la constitution, l'adultère a donc cessé d'être une infraction au Bénin. Il continuera néanmoins d'être considéré comme une cause légale et valable de divorce conformément à l'art.234 du CPF béninois.

§.2. L'adultère en droit familial béninois

Comme pour beaucoup d'autres législations, le devoir de fidélité est un des devoirs réciproques des époux prévus par le code des personnes et de la famille

[110] http:// www. Cour_constitutionnelle_benin.org consulté le 12 juin 2012 à 15h05min.

béninois(CPFB)[111] . En conséquence, le manquement à ce devoir peut entraîner le divorce ou la séparation de corps. L'art.233 du CPFB dispose que chacun des époux peut agir en divorce en fondant son action sur l'une des causes admises par la loi. Ces causes sont précisées à l'art.234 de ce même code. Nous trouvons dans la lecture de cette disposition que l'adultère figure sur la liste des causes pouvant entraîner le divorce pour faute.

Cependant, la procédure de divorce pour faute exige du juge de tenter au préalable la conciliation (art.236 et s. du CPFB). On peut aisément en déduire que même en cas d'adultère le juge doit tenter la conciliation ; ce qui fait dire que l'adultère n'est plus une cause péremptoire de divorce. Aux termes de l'art.273 du CPFB, les causes de la séparation de corps sont identiques à celles du divorce. L'adultère peut donc être à la base de la séparation de corps. La lecture de ces deux dispositions nous amène ainsi à conclure que l'adultère, en tant que violation du devoir de fidélité, constitue une cause légale de divorce et de séparation de corps en droit positif béninois.

[111] Loi n° 2002-07 portant Code des Personnes et de la Famille du Bénin, art. 154.

CHAPITRE III. L'ADULTERE SELON LA LEGISLATION BURUNDAISE

Dans ce chapitre, on aura à étudier l'adultère depuis le droit traditionnel jusqu'à la législation actuellement en vigueur en passant par le droit colonial et postcolonial.

Section 1. Le devoir de fidélité en droit coutumier burundais

En droit coutumier burundais, le devoir de fidélité était un devoir qui pesait sur les époux. Selon Gervais GATUNANGE « *comme un Burundais bien éduqué ne mange pas n'importe quoi et n'importe où même quand il a faim, l'acte sexuel ne se fait pas avec n'importe qui et n'importe où. Chacun des époux doit pouvoir se dominer* »[112].

Toutefois, l'infidélité masculine et féminine ne recevait pas un traitement identique. Si l'adultère du mari restait parfois impuni, il en était autrement pour l'adultère de la femme. Celle-ci devait être strictement fidèle à son mari.

Contrairement à l'adultère de la femme qui était réprimé rigoureusement par la coutume burundaise, l'infidélité du mari était jugée moins sévèrement à telle enseigne qu'on pouvait croire qu'il était dispensé du devoir de fidélité.

Le droit coutumier burundais autorise la polygamie ; cela affaiblissant la teneur du devoir de fidélité du mari. Certains adages kirundi concrétisent cette faveur. Ainsi, on entendra souvent dire « IMPFIZI NTIYIMIRWA » : un taureau ne peut pas être limité dans l'accouplement. Ici, le mari est comparé à un taureau auquel on doit laisser un champ ouvert.

En droit coutumier, l'adultère de la femme était quelque chose de très grave non seulement par la mauvaise réputation de la femme et le discrédit jeté sur la famille mais aussi pour les sanctions qui pouvaient en résulter de la part du mari[113].

---

[112] GATUNANGE (G.), Femme et mariage en droit traditionnel burundais. L'émancipation de la femme burundaise par l'approfondissement des valeurs de la civilisation nationale, Louvain-la-Neuve, Thèse de Doctorat, 1982, p.203.
[113] NSAVYUMUGANWA (E.), La situation de la femme en droit coutumier, UB, Mémoire, FD, 1973, p.33.

De façon générale, à moins qu'il n'ait décidé de rompre le mariage, le mari malheureux se montrait très discret. Il n'allait pas se plaindre aux Bashingantahe parce que c'était une chose dont il avait grande honte de rendre publique[114].

« *Une plainte pour adultère,* nous trace Gervais GATUNANGE, *présente un côté comique puisqu'il s'agit d'un sujet qu'on n'aborde pas en public, dont le langage n'est pas adapté à la solennité de l'audience et que par conséquent on ne peut employer sans provoquer le fou rire à ses dépens* »[115] . C'étaient donc des choses sans intérêt qui n'étaient pas dignes d'être débattues en public. Elles constituaient néanmoins un sujet favori entre intimes.

Quant aux sanctions, l'adultère de la femme était cause de divorce même s'il s'agissait d'un cas isolé. Si c'était une récidiviste, elle était répudiée et le mari pouvait exiger le remboursement de la dot, l'essentiel étant qu'il ait à sa disposition une preuve tangible. Celle-ci pouvait porter sur une étoffe, un couteau ou toute autre chose prise à l'amant de sa femme et susceptible de l'identifier. En cas de flagrant délit, la femme pouvait être copieusement battue et ensuite chassée[116]. L'amant, quant à lui, s'exposait au payement d'une amende, des chèvres ou d'un taurillon au profit des juges qu'étaient les « Bashingantahe »[117].

Néanmoins, la faute de la femme et bien moins celle du complice n'était pas considérée comme suffisamment grave pour justifier la mise à mort même en cas de flagrant délit. Le mari n'avait donc pas le droit de tuer les amants[118].

Il existe toutefois des infidélités tolérées par la coutume et même autorisées par celle-ci. En cas d'absence du mari, son frère ou son ami pouvait le remplacer sans crainte dans les rapports conjugaux, ce que les Barundi exprimaient dans des termes assez diplomatiques : « UGUSANGA URUGO », c'est-à-dire garder la

---

[114] NDUWIMANA (J.P), Evolution de la conception du divorce en droit burundais, UB, Mémoire, FD, 1985, p.7.
[115] GATUNANGE (G.), Op. cit., p.208.
[116] NDUWIMANA (J.P), Op. cit., p.7.
[117] Ibidem.
[118] GATUNANGE (G.), Op. cit., p. 208.

maison[119]. Les frères ou amis pouvaient aussi échanger leurs femmes pour une nuit : « GUHANINGO »[120].

Le cas le plus délicat est celui dénommé « GUTERINTOBO » où le beau père, partenaire sexuel extraordinaire, lançait dans la direction de sa belle- fille un fruit d'une plante dont les dimensions étaient à peu près celles d'une bille. Si elle était consentante, elle ne le lui renvoyait pas, cela signifiant qu'il pouvait aller le chercher chez elle. Dans le cas contraire, elle le lui renvoyait, signifiant par là son refus poli[121].

Section 2. L'adultère en droit colonial et postcolonial

§1. L'action du colonisateur

L'autorité allemande n'a introduit dans le territoire du Ruanda-Urundi qu'un petit noyau de législation administrative et économique. Elle ne s'est pas intéressée à l'élaboration d'une législation touchant le domaine du droit des personnes.

Sous le régime belge, une loi datée du 11 août 1925 unissait administrativement le Ruanda-Urundi au territoire du Congo belge, dont il forma un vice-gouvernement général. Le territoire du Ruanda-Urundi fut ainsi soumis à la législation en vigueur au Congo belge.

Les décrets et ordonnances du Gouverneur Général du Congo belge dont les dispositions n'étaient pas spéciales au Ruanda-Urundi, ne s'appliquaient cependant à ce territoire qu'après y avoir été rendus exécutoires par une ordonnance du vice Gouverneur Général qui l'administrait[122].

En matière de droit des personnes et de la famille, la presque totalité de la population burundaise de même que celle du Rwanda étaient régies par le seul

---

[119] NUGU (C.), La situation juridique de la femme mariée en droit contemporain burundais, UB, Mémoire, F.D, 1981, p.10.
[120] GATUNANGE (G.), Op. cit., p.207.
[121] GATUNANGE (G.), Op. cit., p.207.
[122] NDUWIMANA (J.P), Op. cit., p.18.

droit coutumier : « *L'évolution fut des plus faibles, la puissance administrante ayant manifesté une très grande prudence : sans doute, réalisait-elle les conséquences incalculables qu'eussent pu entraîner des innovations inassimilables par la société burundaise. Ce n'était pas vaine timidité. L'expérience prouve qu'une société est beaucoup plus sensible aux changements qui touchent l'organisation familiale qu'à ceux qui visent la définition des droits politiques* »[123].

Ce n'est qu'en 1948 que le colonisateur est intervenu en matière de droit des personnes spécialement dans le domaine du mariage en vue d'essayer d'adapter le droit coutumier aux circonstances nouvelles.

A. Adultère prévu et réprimé par le Décret du 25 juin 1948 en cas de mariage de droit civil ou assimilé

Rendu exécutoire au Burundi par O.R.U n° 21/130 du 5 septembre 1949, le décret du 25 juin 1948 réprime l'adultère et la bigamie commis par une personne mariée selon les règles du droit écrit[124].

Sont ainsi assimilées aux personnes mariées selon les règles du droit écrit, l'indigène et sa femme qui, ayant contracté un mariage selon la coutume, ont demandé et obtenu leur immatriculation au registre de la population civilisée (art.2 du décret du 25 juin 1948).

Signalons ici que l'institution de l'immatriculation faisait passer les autochtones ou « indigènes » qui y recouraient du statut juridique coutumier au statut juridique de droit écrit[125]. Il doit donc s'agir de l'un des deux mariages suivants:

- Le mariage conclu selon les règles du droit écrit ;
- Le mariage conclu selon le droit coutumier et immatriculé au registre de l'état civil.

---

[123] MASSINON (R.), Cours des aspects de l'évolution historique du droit burundais (polycopié), Bujumbura, UOB, FD, 1979-1980, p.16
[124] BELLON (R.) et DELFOSSE (P.), Codes et lois du Burundi, Bruxelles, Larcier, 1970, p.185.
[125] Général LIKULIA (B.), Op. cit. p.279.

1°) Les éléments constitutifs de cette infraction

Le décret du 25 juin 1948 réprimait l'adultère du mari et celui de la femme. Si ces deux adultères renfermaient des caractères généraux communs, ils différaient néanmoins quant à leurs éléments constitutifs.

Certains éléments étaient donc communs aux 2 époux (existence d'un mariage valable et non dissous, consommation des rapports sexuels et intention coupable) alors que d'autres n'étaient propres qu'à l'adultère du mari. Ainsi, s'agissant de l'adultère masculin, l'acte isolé ne suffisait pas à constituer l'infraction. La loi n'était applicable que si « *l'adultère a été entouré de circonstances de nature à lui imprimer le caractère d'une injure grave* (art.3, al.2 du décret précité).

Malheureusement, le législateur n'a pas défini ce qu'il entendait par « *injure grave* ». Il a laissé un grand pouvoir d'appréciation au juge. Celui-ci seul pouvait donc apprécier souverainement quand l'époux coupable méritait de se voir appliquer les sanctions prévues par la loi.

Au Congo Belge, la jurisprudence a essayé d'y apporter la lumière. Ainsi, il a été jugé que le concubinage, par lui seul n'était pas constitutif de l'adultère car on a estimé qu'il n'imprimait pas le caractère d'injure grave à l'adultère du mari. Par contre, pouvait imprimer le caractère d'injure grave à l'adultère du mari l'entretien d'une concubine au domicile conjugal[126].

2°) La procédure de poursuite et de condamnation

La poursuite et la condamnation pour adultère étaient soumises à des règles particulières qui dérogent au droit commun. Ainsi, la mise en mouvement de l'action publique en matière d'adultère était subordonnée à la plainte de l'époux offensé (art.5 du décret précité).

[126] Général LIKULIA (B.), Op. cit., p. 283.

Le Ministère Public ne pouvait donc poursuivre d'office à moins que les faits ne puissent recevoir une autre qualification telle celle d'outrage public à la pudeur, par exemple. De même, la plainte du conjoint venant de divorcer n'était pas recevable. Il s'agissait donc d'une infraction sur plainte de l'époux offensé. La plainte portée contre l'époux adultère permettait également de poursuivre son complice même si celui-ci n'était pas désigné sur cette plainte. Ainsi, l'art. 4 de ce décret disposait : *« En cas d'adultère punissable, les peines portées à l'art.3 seront appliquées au complice »*.

L'art.6 du décret du 25 juin 1948 précité reconnaissait à l'époux offensé un droit de pardon ainsi que la possibilité de mettre fin à l'action publique par son désistement.

En effet, l'al.1er de l'art.6 du même décret disposait : « *Le plaignant pourra en tout état de cause, par le retrait de sa plainte, arrêter la procédure* ». L'époux outragé pouvait donc, en tout état de cause, se désister de sa plainte et mettre fin aux poursuites, même si elles étaient exercées par le Ministère Public. C'était donc le désistement de la plainte. Celui-ci n'était pourtant possible que lorsque le jugement de condamnation n'était pas devenu définitif. Dans le cas contraire, le désistement ne serait plus recevable.

Le décret du 25 juin 1948, à travers l'al.2 de l'art.2, reconnaissait à l'époux outragé un droit exceptionnel, un véritable droit de grâce : il pouvait demander l'élargissement de son conjoint et arrêter les effets de la condamnation à la servitude pénale. Ce droit lui conféré par la loi était subordonné à la condition de consentir à reprendre la vie commune.

3°. Les pénalités

Les art.3 et 4 du décret du 25 juin 1948 fixaient les peines à infliger au conjoint coupable ainsi qu'au complice. La femme convaincue d'adultère devrait encourir

une peine de servitude pénale d'un mois à un an et une amende de cent à mille francs ou d'une de ces peines seulement.

Serait puni des mêmes peines, le mari convaincu d'adultère, si l'adultère avait été entouré de circonstances de nature à lui imprimer le caractère d'une injure grave (art.3 al.2 du même décret).

Quant aux complices, aucune distinction n'était établie ; ils tombaient tous sous le coup des sanctions prévues par l'art.3 précité, quels que soient leur race et leur statut matrimonial. Précisons que le juge n'était pas tenu de prononcer les 2 peines prévues. Il pouvait infliger une seule peine.

Au mois de juillet de la même année, un autre décret est apparu : il s'agit de celui du 5 juillet 1948 relatif à la protection du mariage monogamique des indigènes et à la répression de l'adultère et de la bigamie.

B. L'avènement du décret du 05 juillet 1948

1°). L'opportunité de ce décret

Rendu exécutoire au Burundi par O.R.U n°21/130 du 5 septembre 1949, le décret du 5 juillet 1948 protégeait le mariage monogamique des indigènes et assurait la répression de l'adultère et de la bigamie[127].

Avant la pénétration européenne, notre société traditionnelle était encadrée par une organisation familiale très solide. Le développement de chaque famille était l'objectif de toute la communauté clanique. Dans son ensemble, la société indigène conservait dans le domaine familial un ordre moral strict.

Ceci conduisit certains hommes de loi de la métropole à poser le problème de l'opportunité d'une législation à caractère occidental en matière de droit des personnes.

[127] BELLON (R.) et DELFOSSE (P.), Op.cit. p.113.

Selon J.P. NDUWIMANA, une telle intervention législative aurait été inopportune si notre société traditionnelle était restée ce qu'elle était avant l'arrivée des Européens sur notre territoire avec leur civilisation prétendue universelle[128]. Ainsi, le R.P.VAN WING qui avait pris une part importante aux travaux préparatoires de ce décret avait publié un article sur ce même décret et avait essayé d'en définir sa portée et ses mérites:

« En intervenant au cours du développement institutionnel, a-t-il mentionné, *l'autorité remplit son devoir : elle favorise les orientations vraiment humaines et les aide à prévaloir sur des directions qui tendent à la disparition d'un peuple consécutives à la dénatalité et à la déchéance morale. Envisagé sous ce jour, le décret du 5 juillet 1948 est un aiguillage, il guide la société indigène vers plus d'humanité. Tout ami de la civilisation s'en réjouira ; pour saisir la portée de ce décret, il faut l'envisager comme terme d'une évolution passée et point de départ d'un progrès ultérieur* »[129].

Théoriquement, le décret du 5 juillet 1948 était applicable au mariage monogamique coutumier inscrit dans les formes et conditions à déterminer par le Gouverneur Général et au mariage religieux ayant reçu le statut légal (art.1, al. 1er et 2). Dans la pratique néanmoins, le constat est qu'il s'appliquait à tous les mariages sans exception du moment qu'une minorité de Burundais avaient procédé à l'inscription de leur mariage coutumier et à la demande du statut légal de leur mariage religieux[130].

2°). Les particularités de l'adultère prévu par le décret du 5 juillet 1948

Outre qu'il érigeait en infraction le fait d'enlever, de détourner ou de garder une femme mariée afin de faciliter ou de permettre à cette femme des relations intimes extraconjugales, le décret du 5 juillet 1948 ajoutait à l'infraction d'adultère

[128] NDUWIMANA (J.P), Op.cit. p.20.
[129] R.P VAN WING, cité par NDUWIMANA (J.P), Op. cit. p.33.
[130] GATUNANGE (G.), Op. cit., p.210.

certaines caractéristiques qui lui étaient propres. Ces particularités méritent d'être étudiées sous 2 angles:

- Au niveau des éléments constitutifs ;
- Au niveau du régime répressif.

a) Du point de vue des éléments constitutifs

Si l'adultère prévu par le décret du 5 juillet 1948 exigeait l'état de mariage pour qu'il soit retenu comme l'adultère prévu en cas de mariage de droit écrit ou assimilé , il différait cependant de celui-ci quant à la nature de ce mariage.

Ainsi, les mariages auxquels devrait s'appliquer ce décret étaient les suivants :

- Le mariage monogamique coutumier inscrit dans les formes et conditions à déterminer par le Gouverneur Général ;
- Le mariage religieux qui a reçu le statut légal conformément aux prescriptions déterminées par le décret du 5 juillet 1948.

A ce niveau, une autre particularité de l'adultère prévu par ce décret apparaît : **c'est la situation du complice**. En effet, serait puni du chef d'adultère *« quiconque, sauf si sa bonne foi a été surprise, a des rapports sexuels avec une femme mariée »* (art.13, al.1er). Ici, la complicité pour adultère de la femme ne pouvait être punie que conformément aux dispositions générales du code pénal relatives à la complicité car ce décret avait érigé en fait principal le fait pour quiconque d'avoir des relations sexuelles avec une femme mariée. Le partenaire de la femme mariée ne serait plus puni comme complice mais bien comme auteur principal de l'adultère.

La lecture de l'al.1er de cette disposition nous amène à conclure que ce texte enlevait à l'acte son caractère délictueux ou infractionnel lorsque la bonne foi de son auteur avait été surprise.

b) Au niveau du régime répressif

Certaines particularités peuvent aussi être signalées au niveau de la poursuite, de la condamnation et des sanctions prévues par ce décret.

➢ **La poursuite et la condamnation**

Aux termes de l'art.15, al. 1er du décret du 5 juillet 1948, la poursuite ne pourrait avoir lieu que sur la plainte de l'époux outragé « *non séparé de corps* ». Nous constatons ici que la non séparation de corps est une autre condition qui vient se greffer sur celle prévoyant que c'était l'époux bafoué qui pourrait prendre l'initiative d'engager la poursuite, cette condition n'étant pas du tout prévue par le décret du 25 juin 1948.

L'alinéa 3 de cette même disposition ajoute une autre précision : « *Le retrait de la plainte ne sera efficace que s'il est appuyé de l'avis conforme suivant les juridictions saisies, soit du Ministère Public, soit du Président du tribunal compétent* ». L'époux offensé pouvait demander l'abandon des effets de la condamnation à la servitude pénale. Mais, le Ministère Public ou le président du tribunal compétent suivant les cas, pouvait apprécier s'il y avait lieu de donner suite à cette demande (art.15, al.4 et 5).

Selon le Général LIKULIA BOLONGO, le rapport du conseil colonial (rapport Louwers) avait recommandé aux représentants du Ministère Public et aux présidents des tribunaux compétents de ne jamais se laisser guider dans leurs décisions que par le souci de l'intérêt public[131]. Aux fins de non recevoir prévues par le décret du 25 juin 1948, le décret du 5 juillet 1948 ajoute une autre : **le consentement ou la connivence du plaignant.**

En effet, l'art.16 de ce décret disposait que le plaignant serait débouté et pourrait être condamné aux frais de l'instance si l'infraction avait été commise de son consentement ou de sa connivence.

[131] Général LIKULIA (B.), Op. cit. p.290.

➢ **Les sanctions**

1. Les sanctions pénales

Aux termes de l'art.3 du décret précité, l'adultère serait puni d'une servitude pénale de six mois au maximum et d'une amende qui n'excéderait pas mille francs ou d'une de ces peines seulement. Tombaient donc sous le coup de ce décret :

- quiconque reconnu coupable d'avoir eu des rapports sexuels avec une femme mariée ;
- le mari reconnu coupable d'avoir eu des rapports sexuels avec une personne autre que son épouse, si l'adultère avait été entouré de circonstances de nature à lui imprimer le caractère d'une injure grave ;
- La femme mariée convaincue d'avoir eu des relations sexuelles avec une personne autre que son conjoint.

D'autre part, le mari qui aurait excité sa femme à commettre l'adultère ou en aurait sciemment favorisé l'exécution serait puni d'une servitude pénale d'un à six mois et d'une amende de deux cent à mille francs (art.16, al.2).

2. Les sanctions civiles

Le décret du 5 juillet 1948 avait prévu également des sanctions civiles. Ainsi, le mari offensé pouvait intenter une action en divorce devant le juge civil contre l'époux coupable en cas de sa condamnation pénale pour adultère.

Le tribunal pouvait aussi prononcer la radiation de l'inscription ou le retrait du statut légal en cas de dissolution ou d'annulation (art.26 du même décret).

La séparation de corps pouvait également être demandée par l'époux outragé lorsqu'il y avait eu condamnation de l'un des époux pour adultère (art.20 al.1er du décret précité). L'al.2 de cette même disposition ajoutait que l'époux bafoué serait déchu de ce droit s'il avait demandé l'abandon des effets de la condamnation à la servitude pénale.

La lecture de l'art.22 montre que le conjoint contre lequel la séparation de corps serait prononcée pourrait être condamné à payer à l'époux injurié une pension alimentaire dont la valeur ne pouvait excéder le 1/3 de ses revenus. Cette action en séparation de corps appartenait exclusivement aux époux (art.23).

Le conjoint ayant obtenu la séparation de corps pouvait encore demander la radiation de l'inscription de son mariage ou le retrait du statut légal (art.29).
Dans tous les cas, le juge pouvait allouer des dommages et intérêts prévus par les coutumes en faveur de l'époux victime (art.33 du décret précité).

c) Le fait d'enlever, de détourner, de cacher ou de garder une femme mariée afin de faciliter ou de permettre à cette femme des rapports sexuels

Aux termes de l'art.14 du décret du 5 juillet 1948 « *sera puni des peines prévues à l'article précédent, sauf si sa bonne foi a été surprise:*

1. *Quiconque enlève, même avec son consentement, une femme mariée ou la détourne de ses devoirs de façon à la soustraire à la garde de son mari ou de la personne chargée de ce soin pour le compte du mari, afin de faciliter ou de permettre à cette femme des rapports adultères ;*
2. *Quiconque cache ou garde cette femme dans la même intention* ».

Cette disposition s'appliquait aussi bien aux parents, aux ascendants qu'à toute autre personne. Alors que les auteurs de ces actes pouvaient être poursuivis comme complices d'adultère dans la logique du décret du 25 juin 1948 relatif au mariage de droit écrit ou assimilé, ils étaient pourtant poursuivis en qualité d'auteurs principaux sous l'empire du décret du 5 juillet 1948. Ils seraient donc punis des mêmes peines que celles prévues par l'art.13.
Signalons que pour revêtir un caractère infractionnel, le rapt et la dissimulation exigent un dol spécial, à savoir le but de faciliter ou de permettre à la femme des rapports sexuels. Par contre, le consentement de la femme demeurait indifférent et inopérant car il n'excusait pas davantage ces infractions qu'il n'excusait l'adultère.

§2. Législation postcoloniale

A. L'adultère selon le C.P.F de 1980

Bien que l'adultère de la femme soit grave au même titre que celui du mari sur le plan moral, la loi se montrait plus souple pour ce dernier. Pour constituer une cause de divorce, l'adultère du mari devrait remplir une condition : « *être offensant* ». Ainsi, à l'art.158, al.2 du C.P.F de 1980 nous lisons, *« Le mari peut demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme. La femme peut demander le divorce pour cause d'adultère offensant du mari »*[132].

Le C.P.F de 1980 admettait donc en son art.158, al.2 que la femme pouvait se prévaloir de l'adultère de son mari comme cause de divorce à condition que cet adultère soit offensant, c'est-à-dire qu'il soit entouré de circonstances de nature à lui imprimer le caractère d'une injure grave. Pourtant, le législateur s'était abstenu de préciser le contenu de l'adjectif « *offensant* ». Il fallait donc se référer à la jurisprudence et à la doctrine.

A cet égard, il a été jugé que le fait d'entretenir une concubine au domicile conjugal ou d'avoir des enfants adultérins constitue une injure grave, cause de divorce[133]. Il a également découlé des résultats de l'enquête sociale menée par le Ministère de la justice en vue d'élaborer le C.P.F de 1980 que l'adultère est offensant « *lorsqu'il est de notoriété publique* »[134].

Il convient de signaler que les deux projets qui avaient précédé le C.P.F de 1980 n'avaient pas fait de différence entre le mari et la femme en ce qui concerne l'adultère[135]. Ainsi, l'art.158 du premier projet et l'art.176 du second étaient libellés comme suit : « *Chacun des époux peut demander le divorce :*

- *pour adultère offensant ;*

---

[132] D-L n°1/1 du 15 janvier 1980 portant C.P.F, in BOB n° 3/80, art.158 al.2.
[133] NDUWIMANA (J.P), Op. cit., pp.59-60.
[134] Ibidem.
[135] NUGU (C.), Op. cit. p.22.

- *pour excès, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre* »[136].

Les causes de divorce étaient donc les mêmes pour le mari et pour la femme.

L'adoption de l'art. 158, al.2 du C.P.F a été quelque part surprenante étant donné que les textes tant nationaux qu'internationaux qui étaient en vigueur à cette époque au Burundi interdisaient toute discrimination fondée sur le sexe.

Par ailleurs, une lutte acharnée pour le principe d'égalité devant la loi avait été menée par l'Union des Femmes Burundaises (U.F.B) lors du congrès international de la femme de 1975. En effet, dans sa résolution n° 8 sur le divorce pour adultère offensant, l'U.F.B avait demandé avec insistance que l'art.176, al.2 du projet du C.P.F de 1980 précisant que chacun des époux pouvait demander le divorce pour adultère offensant soit approuvé et appliqué.

Le constat est donc que le C.P.F de 1980 traitait différemment l'adultère selon qu'il était le fait du mari ou de la femme. Cette différence de traitement s'observe également dans le code pénal de 1981.

B. L'adultère selon le code pénal de 1981

Malgré les efforts consentis par les uns et les autres en vue de lutter contre la discrimination fondée sur le sexe dans la répression de l'adultère, le D.L n° 1/06 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal a réservé un traitement différent selon que l'adultère était le fait du mari ou de la femme, comme c'était le cas dans le C.P.F précédemment promulgué en 1980.

Ainsi, à l'art.363 du C.P de1981, nous lisons : « *La femme convaincue d'adultère sera punie d'une amende de mille à dix mille francs.*

Sera puni des mêmes peines, le mari convaincu d'adultère si l'adultère a été entouré de circonstances de nature à lui imprimer le caractère d'une injure grave »[137]. La lecture de l'al.2 de cette disposition montre que l'adjectif

[136] Ibidem.
[137] D-L n° 1/06 du 4 avril 1981 portant réforme du code pénal, in BOB n° 6/81, art.363

« *offensant* » n'accompagne pas le mot adultère comme c'est le cas pour l'adultère du mari. Un seul acte isolé ou le simple fait de relations charnelles de la femme avec un tiers suffisait donc pour qu'il y ait poursuite alors que celui commis par le mari devrait absolument porter le caractère offensant.

Signalons que le législateur pénal de 1981 n'avait pas non plus déterminé ces circonstances. Il fallait alors se référer à la jurisprudence et à la doctrine.

Etait sanctionné des mêmes peines le complice d'adultère (art.364 du C.P de1981). Seul l'époux outragé pouvait engager la poursuite. Il pouvait également arrêter la procédure en retirant, en tout état de cause, sa plainte (art.365 du C.P précité).

Section 3. L'adultère selon la législation burundaise actuelle

§1. Les prévisions du droit civil burundais

A. Introduction

L'art.122 du C.P.F consacre l'obligation mutuelle de fidélité entre les époux[138]. La violation du devoir de fidélité est une faute grave aux obligations nées du mariage. La doctrine et la jurisprudence présentent la violation du devoir de fidélité sous deux formes : l'infidélité matérielle et l'infidélité morale.

Alors que l'infidélité morale se traduit par une légèreté répréhensible qui ne va pas jusqu'aux relations charnelles, l'infidélité matérielle (adultère) est l'union sexuelle d'une personne mariée avec une personne autre que son conjoint. En droit burundais, cette infidélité est sanctionnée pénalement et civilement. Dans notre travail, nous nous limiterons à l'infidélité matérielle.

[138] D-L n° 1/024 du 28 avril 1993 portant réforme du C.P.F, in BOB n° 6/93, art.122

B. Procédure de l'action en divorce pour cause d'adultère

La procédure prévue pour intenter une action en divorce pour cause d'adultère est celle réservée au divorce pour cause déterminée en général. Cette procédure est prévue dans notre C.P.F.

1°) Mesures préliminaires : la réunion du conseil de famille

Contrairement à la règle générale de la procédure civile, l'instance en divorce ne débute point par l'assignation. En cas de divorce pour cause déterminée, elle commence par une réunion de conciliation composée des conseils de famille respectifs des époux. L'art.160 du C.P.F prescrit qu'avant toute action en divorce, l'époux demandeur doit provoquer une réunion de conciliation groupant les époux et leurs conseils de famille respectifs.

Il s'agit donc de deux conseils de famille, l'un représentant la famille de l'époux, l'autre celle de l'épouse qui se réunissent en présence des deux parties en litige. Le jugement rendu par le tribunal de résidence de Buyenzi en Mairie de Bujumbura en date du 30 janvier 2012 nous démontre combien la tenue d'une réunion des conseils de famille est une condition importante et préalable avant d'introduire l'action en divorce : « *Kubera ko sentare yaciye ibatuma icegeranyo c'inama y'umuryango kugira kije muri dossier yabo ;*

Kubera ko sentare yaciye ibaha iyindi sango y'itariki ya 26/02/2010 kugira ngo bazane ico cegeranyo c'inama y'umuryango »[139].

En matière de divorce donc, le législateur espère que les conseils de famille respectifs des époux parviendront à réconcilier les époux ou du moins aboutiront à

[139] Tribunal de résidence de Buyenzi, RCF 5/2010 du 30 janvier 2012 :
« Attendu que le tribunal les a ordonnés d'amener le procès-verbal de la réunion du conseil de famille en vue de le placer dans le dossier ;
Attendu que le tribunal a reporté l'audience à la date du 26/02/2010 pour qu'ils apportent ce procès-verbal de la réunion du conseil de famille ».

atténuer les sentiments hostiles des conjoints[140]. En cas d'échec de conciliation par les conseils de famille, l'époux bafoué pourra introduire l'action en divorce.

2°) Introduction de l'instance en divorce

a. La requête en divorce

La requête en divorce est l'écrit par lequel l'époux demandeur consigne les griefs qu'il estime en droit de formuler à charge de son conjoint pour les soumettre au tribunal.

C'est donc une requête introductive d'une procédure contradictoire qui apparaît comme une forme simplifiée de citation. Elle est personnelle à l'époux qui introduit l'action.

La requête en divorce comporte ainsi un triple but : elle doit éclairer le tribunal sur les motifs de la demande, lui permettre d'en apprécier la gravité; elle doit enfin être assez précise pour que le défendeur sache exactement ce qu'on lui impute et soit ainsi mieux à même de préparer sa défense. A partir du moment où la requête est déposée, un lien d'instance est créé. Le demandeur ne serait plus autorisé à changer radicalement ses prétentions[141].

b. Tentative de conciliation

A la première audience, les époux en litige se présentent en personne devant le juge sans l'assistance de leurs conseils et à huis clos (art.164, al.1er du CPF). Le magistrat conciliateur écoute leurs doléances et explications. Après cette séance, il leur fait des observations qu'il croit convenables en vue d'une réconciliation des époux (art 164, al.2 du CPF).

Pendant la conciliation, le juge s'efforcera d'apaiser leurs sentiments, leur conseillera la réconciliation et l'oubli de leurs griefs respectifs. La tentative de

---

[140] GARAGAZA (C.), La procédure de divorce pour cause déterminée, UB, Mémoire, F.D, 1983, p.11.
[141] Idem, p.13.

conciliation aboutira dans tous les cas, soit à la conciliation, soit à la non conciliation.

En cas de conciliation, le juge dressera un P.V de réconciliation. La demande en divorce est dans ce cas rejetée. Les époux ne pourront intenter une nouvelle action en divorce que pour des faits survenus postérieurement à la conciliation ou inconnus d'eux au moment où elle a eu lieu. Lorsque les époux se réconcilient, le juge n'a à rendre en principe aucune ordonnance.

En cas d'échec de conciliation, le juge constatera dans un P.V la non conciliation ou le défaut du défendeur et autorisera le demandeur à poursuivre l'action (art.163, al.3).

c. Le tribunal compétent

L'action en divorce est de la compétence des tribunaux de résidence (art.12, d COCJ). Selon l'art.161 du CPF, seul le juge du tribunal de résidence du domicile conjugal est compétent pour connaître des demandes en divorce pour cause déterminée.

d. L'avis du Ministère Public

Le divorce requiert l'attention du Ministère Public parce que les intérêts de la société sont mis en jeu. Ainsi, l'avis écrit du Ministère Public est nécessaire dans toutes les affaires touchant à l'état et à la capacité des personnes et dans tous les cas où l'Etat, l'établissement, une société de droit public ou une commune sont directement intéressés ainsi qu'en matière de faillite[142]. L'intervention du ministère public par avis écrit se justifie par le souci d'une meilleure application de la loi.

En effet, la composition des tribunaux de résidence étant à majorité faite de magistrats n'ayant pas fait des études supérieures de droit, l'intervention du

---

[142] NDAYISABA (R.), La jurisprudence en matière d'application du DPF en province judiciaire de Bubanza (Avril 1993-Avril 2004), UB, Mémoire, F.D, 2006, p.66.

Ministère Public est plus que nécessaire pour corriger certaines irrégularités de procédure de divorce très fréquentes dans les tribunaux de résidence.

Certaines illustrations jurisprudentielles montrent que l'avis écrit du Ministère Public occupe une place de choix en matière de divorce pour faute. Dans un jugement rendu le 28 décembre 2011, le tribunal de résidence de Buyenzi énonce : « *Twihweje ko muri iyo ntahe y'icese yanyuma, urubanza rwarungikiwe umushikirizamanza kugira atange iciyumviro ciwe canditse ;*

Twihweje iciyumviro c'umushikirizamanza ;

Kubera ko sentare yahavuye ibasomera iciyumviro c'umushikirizamanza hanyuma bakagira ico bakivuzeko »[143].

Dans le dossier RCF67/2009, un avis écrit du Ministère Public apparaît. Ainsi, dans sa lettre n°552/021/1/327/kc/N.J/09 du 03 décembre 2009, le président du tribunal de résidence de Buyenzi transmet le dossier RCF 67/2009 pour avis écrit du Ministère Public. Le Procureur de la République en Mairie de Bujumbura, à travers sa correspondance n° 552/111/1614/2010 du 24 juin 2010, donne son avis qui a inspiré le juge à rendre son jugement[144].

[143] Tribunal de résidence de Buyenzi, RCF 58/2010 du 28 décembre 2011 :
« Vu que dans la dernière audience le dossier a été transmis au Ministère Public pour qu'il donne son avis écrit ;
Vu l'avis du Ministère Public ;
Attendu que le tribunal leur a lu l'avis écrit du Ministère Public afin qu'ils donnent leurs considérations ».
[144] Tribunal de résidence de Buyenzi, RCF 67/2009.

C. Le régime des preuves

Le droit burundais prévoit un régime de preuve en matière d'adultère. Mais avant de voir comment se fait l'administration de la preuve, il nous semble utile de débuter par une brève présentation des généralités sur cette matière.

1°) Généralités

En matière de divorce pour cause déterminée, il ne suffit pas que l'époux demandeur engage une instance en divorce, encore faut-il avoir des arguments suffisants pour justifier les fautes commises par le défendeur. En d'autres termes, celui qui a l'intention de former une demande en divorce doit examiner dans quelle mesure et par quels moyens, il pourra prouver les réalités de ses griefs. Pour cela, il devra établir non seulement que les griefs allégués existent bien, dans la réalité, mais encore qu'ils sont imputables à son conjoint puisque le divorce sanctionne la faute commise par un époux à l'encontre de l'autre. Il appartiendra donc à son adversaire, le défendeur, de détruire les preuves apportées par le demandeur.

2°) L'administration de la preuve

De façon générale, les causes de divorce peuvent être prouvées par tous les moyens. Il convient de noter cependant que bien que la règle en matière de preuve soit la preuve par tous les moyens, il est des preuves qui, en raison de leur imprécision et des dangers qu'elles présenteraient dans les procès ayant, au point de vue social et familial, des répercussions graves, exigent que le juge use d'une extrême prudence pour les admettre : il s'agit en l'occurrence de la preuve par commune renommée et la notoriété publique.

En matière de divorce pour cause déterminée, les moyens de preuve les plus couramment utilisés sont la preuve par écrit, les témoignages, le constat d'huissier et les présomptions. Ces modes de preuve sont donc valables pour le cas d'adultère qui fait l'objet de notre recherche.

a. La preuve écrite

Par preuve écrite, on entend généralement les lettres. En matière d'adultère, un époux peut faire état de lettre adressée par son conjoint à un tiers et cela sans l'assentiment de ce dernier ou de la lettre écrite à son conjoint par un tiers pourvu que cette correspondance ne se soit pas procurée de façon illicite[145]. Peuvent ainsi être produites des lettres trouvées dans les vêtements du conjoint ou dans un lieu où elles sont habituellement accessibles ou qu'on aura retirées d'une boîte aux lettres.

Mais, ce moyen de preuve pose parfois de problèmes délicats dans la mesure où le demandeur est à mesure de rédiger lui-même une lettre devant servir de preuve à charge de son conjoint. Il appartiendra à l'époux contre qui les écrits sont produits de démontrer qu'ils ont été obtenus par des procédés illicites. Quoi qu'il en soit, c'est au juge d'apprécier la valeur des déclarations contenues dans ces lettres missives.

b. Les témoignages

Le témoignage est un mode de preuve auquel les époux font le plus souvent recours en matière de divorce. Le tribunal peut donc entendre les témoins, mais cela ne veut pas dire qu'il soit obligé de les croire. Il accorde aux témoignages le crédit qu'il voudra bien leur accorder. Il s'agit d'une preuve par intime conviction du juge. Croire les témoins à tout coup serait fort hasardeux dans la mesure où les personnages forts respectables peuvent dire des choses tout à fait contradictoires sur une même situation.

Ainsi, les témoins peuvent être utilisés pour établir l'adultère de l'un des conjoints, ou du moins pour confirmer les présomptions qui avaient pu déjà être produites devant le tribunal.

---

[145] GARAGAZA (Cl.), Op. cit, p.23.

Toutefois, le témoignage des descendants des conjoints est prohibé en droit burundais (art.166 du CPF). Le législateur a estimé qu'il serait contraire au devoir de respect qui leur incombe à l'égard de leurs parents de leur demander un tel témoignage. Il serait d'ailleurs immoral et révoltant de voir un enfant contribuer à la déchéance morale de l'un de ses auteurs.

Signalons que certains auteurs notamment Jean Libman estiment qu'au contraire le témoignage déposé par les descendants des époux serait précieux. Selon cet auteur, « *Les enfants adultes sont souvent les seuls à pouvoir fournir un témoignage direct sur la façon dont l'un des époux qui n'avait pas démérité, avait pu être l'objet de la part de l'autre, à longueur d'années, de tracasseries, d'injures et d'humiliation de toute nature, qui avaient rendu la vie commune extraordinairement pénible (...)*[146].

A notre avis, cette position de Jean Libman n'est pas convaincante dans la mesure où la contribution des enfants dans la rupture du lien conjugal de leurs parents serait tout simplement immorale et manifestement inopportune. Donc, le témoignage des enfants, même adultes, en matière de divorce pour faute n'est pas à préférer.

c. Les constats

En droit burundais, l'adultère peut être établi par un constat. Sur demande de l'époux offensé, un O.M.P. ou un O.P.J se rendra sur les lieux en vue de surprendre les amants en flagrant délit et constater matériellement l'adultère.

Généralement, les amants ne sont pas surpris sur les faits mais la jurisprudence admet que l'adultère peut se déduire d'un ensemble de présomptions tel que le séjour d'un couple dans une chambre d'hôtel, les traces encore chaudes de deux corps dans un lit, le mélange de leurs effets d'habillement, etc[147].

---

[146] Jean Libman, cité par GARAGAZA(C.), Op. cit, p.24.
[147] GARAGAZA (C.), Op. cit, p.27.

Signalons toutefois que les visites domiciliaires sont interdites avant six heures du matin et après dix neuf heures sauf autorisation du président du T.G.I ou de tout autre président d'un tribunal ordinaire en cas de nécessité (art.52, al.2 du C.P.P).

Le juge n'est pas lié par le constat effectué par un O.M.P ou un O.P.J. Il le considèrera toujours comme une présomption. Seul le tribunal garde tout pouvoir d'appréciation, le conjoint outragé pouvant prouver que les énonciations contenues dans le procès-verbal de constat sont inexactes ou ne sont pas de nature à établir des relations adultérines prétendues.

d. Les présomptions

L'adultère pourra aussi être établi par des présomptions, celles-ci devant être graves, précises et concordantes. Le cas le plus fréquent est celui de la naissance d'un enfant désavoué par son père.

Ainsi, en matière de filiation, du moment que la maternité est prouvée, on présume que le mari de la mère est le père de l'enfant. Cette présomption est posée par la loi car elle repose sur la vraisemblance, sur une haute probabilité : dans la très grande majorité des cas, les femmes mariées sont fidèles à leurs maris, il est donc raisonnable de penser que le mari est bien le père de l'enfant[148].

Pour détruire la présomption de paternité et partant prouver l'adultère de la femme, on peut avancer des faits qui rendent la paternité impossible. A titre d'exemple, le fait que le mari était, pendant la période légale de conception de l'enfant, éloigné de sa femme et qu'il est certain qu'il n'a pas pu la rencontrer.

En conséquence, lorsqu'un mari obtient une décision qui désavoue sa paternité vis-à- vis de l'enfant que son épouse a mis au monde, c'est que l'enfant n'est pas issu de ses œuvres. Comment dès lors ne pas admettre que la femme ne fut adultère?

[148] NKURUNZIZA (N.), Op. cit., p.39.

C. Sanctions civiles

Aux termes de l'art.122 du C.P.F, les époux se doivent mutuellement fidélité. En cas de violation de ce devoir, les sanctions civiles qui sont appliquées sont celles qui sont réservées au divorce pour cause déterminée en général. Ainsi notamment, l'époux victime pourra demander le divorce (art. 158 du C.P.F). Cette action qui sera portée devant le juge civil n'appartient qu'aux époux (art. 161 C.P.F).

Le législateur burundais a prévu une possibilité pour le cas de l'époux interdit. Ainsi, l'art.162 al.1er stipule : *« Si l'époux qui aurait droit de demander le divorce est interdit, son tuteur peut, avec l'autorisation du conseil de famille, demander la résidence séparée »*[149].

Une demande reconventionnelle en divorce peut aussi être introduite par un simple acte de conclusions (art.165 du C.P.F).

L'époux contre lequel le divorce a été prononcé perd tous les avantages que l'autre époux ou les parents de celui-ci lui avaient fait soit par contrat de mariage, soit par acte ultérieur (art.182, al.1er du CPF). L'époux ayant obtenu le divorce conserve néanmoins les avantages à lui faits, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas eu lieu (art. 182, al.2 du CPF).

Un établissement sur les biens de l'époux coupable ou une pension alimentaire est accordé à l'époux victime s'il apparaît qu'il n'a pas de ressources suffisantes pour assurer sa subsistance (art.183, al. 1er du CPF).

---

[149] D-L n° 1/024 du 28 Avril 1993 portant réforme du C.P.F, in BOB n° 6/93, art.162, al.1er.

§2. Les prévisions du droit pénal burundais

A. Notions

L'art.526 du C.P de 2009 définit l'adultère comme *« l'union sexuelle d'une personne mariée légalement et dont le mariage n'est pas dissout avec une personne autre que son conjoint »*[150] .

Cette définition nous paraît claire et sans équivoque. Elle renferme tous les éléments constitutifs de l'adultère à savoir l'existence d'un mariage valable et non dissout, les rapports sexuels consommés et l'intention coupable.

Nous n'allons pas revenir sur le développement détaillé de ces éléments car ils ont déjà fait l'objet d'étude au premier chapitre[151].

B. Le régime répressif de l'adultère

1°. Procédure

a) Mise en mouvement de l'action publique

❖ Nécessité de la plainte de l'époux bafoué

Comme pour d'autres législations traitées précédemment, l'adultère du mari ou celui de la femme ne peut être poursuivi que sur la plainte de l'époux qui se prétend offensé (art.529 C.P). Ainsi, n'est pas recevable la plainte ou la dénonciation émanant d'une personne étrangère à l'union conjugale peu importe les liens de parenté qui l'unissent à l'époux outragé, les circonstances de sa perpétration ainsi que la qualité du témoin[152].

En effet, un parent, même le plus proche du conjoint offensé n'est pas habilité à engager une poursuite contre l'époux adultère. En matière d'adultère, le lien de parenté ne joue aucun rôle dans la poursuite de cette infraction.

---

[150] Loi n° 1/05 du 22 Avril 2009 portant révision du code pénal, in B.O.B n° 4 Bis/2009, art. 526.
[151] Voir supra, pp. 7-11
[152] Général LIKULIA (B.), Op. cit., p. 284.

En outre, les circonstances dans lesquelles l'adultère a été commis ne déterminent pas la personne compétente pour mettre en mouvement l'action publique. Ainsi, la personne qui surprend un homme ou une femme mariée en flagrant délit d'adultère n'est pas fondée à intenter un procès contre ce dernier ou cette dernière.

Enfin, l'O.P.J ou le magistrat du Parquet qui assiste à la perpétration de cette infraction ne peut agir d'office contre l'auteur ou le complice de cette incrimination.

Bref, seul l'époux outragé a la prérogative d'engager la poursuite contre son époux adultère. Contrairement à ce qui se fait pour d'autres infractions, le Ministère Public ne peut se saisir d'office d'un cas d'adultère. Celui-ci est donc une infraction sur plainte.

- **Forme de la plainte**

En matière d'adultère, la loi n'a prescrit aucune forme de la plainte. Celle-ci peut être engagée soit par dénonciation verbale, soit par une plainte écrite. L'existence d'une plainte est constatée souverainement par le juge.

- **Effet de la plainte**

En matière d'adultère, la poursuite de l'époux coupable entraîne également celle de son complice même si celui-ci n'est pas désigné sur cette plainte. Néanmoins, l'époux offensé ne pourrait pas porter plainte contre le seul complice sans dénoncer son conjoint auteur principal.

Le Ministère Public saisi d'une plainte pour adultère apprécie librement la suite à donner. Il peut poursuivre ou non selon son appréciation. Il peut même poursuivre même si l'époux bafoué vient à mourir après sa plainte.

b) Désistement et pardon de l'époux offensé

Le législateur burundais a reconnu un droit de pardon ainsi que la possibilité de mettre fin à l'action publique par un désistement à l'époux trompé.

➢ **Désistement**

Aux termes de l'art.529 du C.P, « *le plaignant peut en tout état de cause, par le retrait de sa plainte arrêter la procédure* ».

Le désistement peut être exprès ou tacite. Il est exprès lorsque l'époux bafoué déclare formellement retirer sa plainte.

Il est par contre tacite si une réconciliation est intervenue entre les conjoints avant la condamnation définitive. La reprise de la vie commune présume évidement la réconciliation.

Le désistement n'est possible que lorsque le jugement de condamnation n'est pas définitif. Il éteint donc l'action publique et efface le caractère délictueux de l'acte. D'où le complice en bénéficie en même temps que l'auteur principal.

➢ **Pardon de l'époux trompé**

Le législateur a accordé à l'époux trompé un droit exceptionnel : il peut demander l'élargissement de son conjoint et arrêter les effets de la condamnation. Le droit de pardon concédé à l'époux offensé ne peut s'exercer qu'en faveur de l'époux coupable et non du complice. Celui-ci, s'il est condamné, doit exécuter sa peine[153].

2°. Fins de non recevoir

La mise en mouvement de l'action publique peut se heurter à une série de fins de non recevoir qui empêchent les poursuites pour adultère. En effet, le décès du coupable, la réconciliation, la nullité relative ou absolue du mariage, le divorce, la

[153] Loi n° 1/05 du 22 avril 2009 portant réforme du CP, in BOB n°4 Bis/2009, art. 529

chose jugée et la prescription sont, outre le désistement, également admis comme fins de non recevoir.

En cas de réconciliation ou de décès du coupable, le complice est lui aussi épargné des poursuites car l'action publique est déjà éteinte.

Précisons que dans le cas du décès du coupable, il n'y a pas de poursuite si le décès a eu lieu avant le dépôt de la plainte. Les poursuites sont arrêtées si le décès a eu lieu ultérieurement.

3°. Les pénalités

Le législateur de 2009 a considérablement évolué en matière de répression de l'adultère. Alors que dans le code pénal de 1981 le mari n'était poursuivi que s'il était convaincu d'adultère revêtant un caractère offensant (art.563 du code pénal de 1981), le C.P de 2009 réprime « *tout conjoint convaincu d'adultère* » sans distinguer les époux et sans déterminer le caractère que doit revêtir l'adultère commis par l'un ou l'autre époux (art.527 du C.P de 2009).

Donc, chaque époux adultère est poursuivi en tout lieu et en toutes circonstances. Aucune discrimination fondée sur le sexe n'est à signaler.

La peine prévue a également été actualisée. Dans le C.P de 1981, l'amende était de 1000F à 10.000Fbu. En 2009, le législateur l'a réprimé par une amende allant de 20.000 à 100.000Fbu (art.527).

CONCLUSION GENERALE

Au terme de notre analyse, il nous paraît nécessaire de jeter un regard rétrospectif sur les points saillants sur lesquels elle s'articulait et de donner nos suggestions. Il convient de signaler d'emblée qu'au cours de la rédaction de ce travail, nous nous sommes heurté au problème de l'ampleur du sujet traité, étant donné que le domaine du mariage est tellement vaste et tellement intéressant que le lecteur reste sur sa soif parce qu'il veut tout connaître.

Rappelons d'abord que notre étude portait sur un phénomène sociologique courant et partant connu : **« l'adultère ».**

Avant d'entrer dans le vif du sujet, nous avons jugé opportun de donner sommairement les généralités sur l'adultère. L'objet de ce chapitre n'est autre que de permettre au lecteur de comprendre aisément les développements ultérieurs afférents à notre sujet: **« L'adultère sous son double aspect pénal et civil en droit comparé ».**

La grande partie de notre travail qui, en définitive est le pivot de notre recherche a porté sur la comparaison de quelques législations tant africaines qu'européennes en matière d'adultère. Nous avons opté pour l'étude des législations française, marocaine, béninoise et burundaise.

En France, l'adultère qui était jusqu'en 1975 une infraction, a fini par être dépénalisé. La loi du 11 juillet 1975 sur le divorce a donc retiré à l'adultère son caractère infractionnel. En abrogeant les articles 336 à 339 du CP qui étaient consacrés à la répression de l'adultère, cette loi n'a fait que suivre les recommandations du IX^{e} congrès International de droit pénal tenu à la Haye en 1964. Non seulement la répression de l'adultère encourait le reproche d'être discriminatoire à l'égard de la femme mais aussi, comme le souligne Gérard CORNU, elle était plus virtuelle qu'effective.

L'adultère demeure, cependant, une faute au sens du droit du mariage. Avant la réforme de 1975, l'adultère constituait une cause péremptoire de divorce.

A l'heure actuelle, il ne constitue qu'un manquement aux obligations du mariage susceptible de constituer une cause facultative de divorce. Au divorce s'ajoute une autre sanction : la condamnation à des dommages et intérêts.

Avec la légalisation de l'homosexualité en France, nous nous sommes posé la question de savoir si les relations homosexuelles constituent l'adultère. La jurisprudence française a donné une réponse à cette interrogation : L'adultère n'étant plus soumis à un régime spécifique avec la réforme du 11 juillet 1975, la distinction n'a plus lieu d'être. Donc, les relations homosexuelles sont constitutives d'adultère.

Que dire de l'adultère commis lorsqu'il y a connivence ou réciprocité ou encore lorsque l'époux offensé avait lui-même commis d'autres fautes?

Selon Emmanuel VERGE et Roger SEGOGNE, l'époux qui a favorisé ou autorisé l'adultère de son conjoint ne saurait par la suite demander le divorce pour adultère .Un époux qui fait donc tomber son époux dans des pièges ne sera pas mieux indiqué à le lui reprocher.

Cette règle n'est pas néanmoins automatique. Elle connaît des exceptions : la faute de l'un n'exclut pas nécessairement celle l'autre ; tout dépend des circonstances et de la gravité respective des faits.

Nous avons également étudié l'adultère lorsqu'il est commis pendant la procédure du divorce. Le constat a été que la position de la cour de cassation française a connu une certaine variabilité, laquelle s'explique par le fait que l'adultère n'est plus une cause péremptoire de divorce.

Selon sa première position, le devoir de fidélité subsiste en cas de procédure en divorce jusqu'au jour où le divorce sera définitif.

Dans sa seconde position, cette même cour a jugé qu'en raison de la longueur de certaines procédures de divorce, l'adultère commis postérieurement à l'ordonnance de non conciliation pouvait perdre son caractère de faute. Donc, deux positions distinctes pour des affaires similaires. A notre avis, l'obligation de fidélité devrait subsister, même pendant l'instance en divorce, jusqu'au jour de la prononciation définitive de la rupture du lien de mariage.

L'adultère est prouvé par tous les moyens y compris les présomptions. En général, les modes de preuve de l'adultère les plus couramment utilisés sont, comme nous l'avons remarqué, le constat d'huissier, les témoignages, les aveux, les lettres et l'existence d'un enfant adultérin.

Outre ces moyens de preuve susmentionnés, le droit islamique en ajoute un autre : *le serment d'anathème*. Celui-ci constitue un privilège accordé au mari lorsqu'il accuse son épouse d'adultère et qu'il ne peut l'établir en produisant les quatre témoins exigés par le coran.

Au cours de notre étude, la question de savoir la portée du devoir de fidélité en cas de mariage polygamique nous est venue à l'esprit.

Thérèse MALONGUE ATANGANA, appuyée par Alexis GABOU, a donné une réponse qui, à notre sens, est claire et satisfaisante : « *Le mari astreint à des fidélités multiples ne doit avoir des relations qu'avec ses femmes actuelles. Commettrait ainsi l'adultère le mari qui entretiendrait des relations avec une femme autre que les siennes, y compris sa fiancée* »

Le coran a également prévu des sanctions contre l'adultère. Contrairement à ce que l'on peut penser, la lapidation n'est nulle part mentionnée dans le coran comme sanction de l'adultère.

Seuls quelques textes appartenant à la *Sunnah* en font mention. Les sanctions prévues par le coran sont l'enfermement dans une maison jusqu'à la mort et la peine de cent coups de fouet.

Si le législateur français est arrivé à dépénaliser l'adultère, son homologue marocain a plutôt sévèrement sanctionné cette infraction. L'article 491 du CPM réprime cet acte d'une peine d'emprisonnement ferme allant d'un à deux ans.

Contrairement aux législations qui ont fait l'objet de notre étude, où l'engagement de la procédure de poursuite pénale est subordonné à l'initiative du seul époux outragé, le code pénal marocain a prévu une exception à ce principe : Le Ministère Public peut se substituer au mari lorsque celui-ci se trouve hors du territoire marocain ; un privilège dont ne bénéficie pas la femme lorsqu'elle se trouve à l'étranger. Nous trouvons en cela une inégalité devant la loi.

Ce n'est pas que l'art 491 du CPM qui opère un traitement distinct entre l'homme et la femme. En effet, à l'art. 418 du CPM nous lisons : « le meurtre, les blessures et les coups sont excusables s'ils sont commis par l'époux sur son épouse ainsi que sur le complice à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère ». Le CPM accorde donc des circonstances atténuantes à l'époux offensé qui déciderait de se faire justice soi-même. Plus étonnant, le législateur marocain n'a pas prévu de texte qui applique la réciproque. Aucune excuse légale ne sera donc invoquée pour atténuer la peine de l'épouse bafouée qui se vengerait physiquement sur son époux.

Un petit regard a aussi été jeté sur la MOUDAWANA ou le nouveau code du statut personnel marocain. Celui-ci connaît une amélioration par rapport au précédent surtout en matière de droits de la femme. Ainsi, contrairement à l'ancien code qui faisait de la fidélité de la femme le premier des droits du mari, le nouveau prescrit une fidélité mutuelle.

La troisième section du chapitre II a été réservée au droit béninois. Comme on l'a déjà souligné dans l'introduction, le choix du Bénin a été motivé par le fait qu'il a été l'un des rares pays africains à prendre la décision de retirer l'adultère de son code pénal. Ainsi, dans sa décision DCC 09-081 du 30 juillet 2009, la cour constitutionnelle du Bénin a déclaré inconstitutionnels les articles 336 à 339 du CP relatifs à l'adultère. Aujourd'hui donc, l'adultère ne peut plus être sanctionné au plan pénal en droit positif béninois, jusqu'à nouvelle législation. En cas de commission de cet acte, on fera recours au droit civil (art.154 et 234 du CPFB).

Dans notre recherche, une place prépondérante a été réservée au cas du Burundi (chapitre III).

Dans l'optique d'éclairer le lecteur, nous avons choisi de prendre notre départ dans le Burundi traditionnel. En droit traditionnel burundais, le devoir de fidélité était un devoir qui pesait sur les époux. La violation de ce devoir ne recevait pas néanmoins un traitement identique. Si l'adultère du mari demeurait parfois impuni, il en était autrement de celui de la femme. En cas de flagrant délit, la femme était copieusement battue et par ensuite chassée. La faute de la femme n'était pas suffisamment grave pour justifier la mise à mort.

Nos développements ont été par la suite orientés vers le droit positif burundais, en passant par le droit colonial et post colonial.

Par le biais de deux décrets importants, celui du 25 juin 1948 relatif au mariage de droit civil ou assimilé et celui du 05 juillet 1948 protégeant le mariage monogamique des indigènes et réprimant l'adultère et la bigamie, l'action du colonisateur a été d'une importance non négligeable dans la réglementation de l'adultère.

Signalons toutefois que ces deux décrets consacraient des dispositions revêtant un traitement discriminatoire selon que l'auteur de l'adultère était l'homme ou la femme. Cette discrimination s'observe également dans les législations postcoloniales notamment dans le CPF de 1980 et le CP de 1981.

Il fallait attendre 2009 pour que cette discrimination fondée sur le sexe en matière de répression de l'adultère soit supprimée. Ainsi, le CP en vigueur réprime « *tout conjoint convaincu d'adultère* » sans tenir compte de son sexe dans la détermination des circonstances pouvant entrainer la poursuite. Chaque époux est donc poursuivi en tout lieu et en toutes circonstances.

A l'issue de cette comparaison, le constat est que l'adultère est un phénomène social qui est une réalité dans diverses sociétés et qui pose des problèmes sérieux au sein des institutions familiales. Généralement, il est la première cause de divorce et par conséquent de dislocation des familles. Le divorce et les sanctions pénales entrainent sans doute des effets négatifs non seulement aux époux mais aussi à leur progéniture.

Nous invitons alors le législateur à y faire face avec prudence en adoptant des lois conformes à la civilisation de son peuple. Le principe d'égalité devant la loi étant devenu universel, le législateur qui n'a pas encore instauré des lois égalitaires en la matière devrait s'écarter de tout traitement discriminatoire dans la constitution et la répression de l'adultère. Il est donc invité à revoir sa législation. La sensibilisation des citoyens sur les droits et devoirs des époux jouerait également un rôle prépondérant.

Enfin, il serait excessif de notre part de prétendre avoir été exhaustif dans notre recherche sur le phénomène sociologique de l'adultère.

Un bref survol d'un problème aussi vaste ne peut en tracer que les grandes lignes. Si un jour les lignes qui précèdent pouvaient susciter l'intérêt d'autres recherches, notre travail serait récompensé.

BIBLIOGRAPHIE

I. Textes législatifs et réglementaires

1. BELLON (R.) et DELFOSSE (P.), Codes et lois du Burundi, Bruxelles, Larcier, 1970, 1092 p.

2. D-L n°1/1 du 15 janvier 1980 portant Code des personnes et de la famille (abrogé), in BOB n° 3/80, pp. 83-104.

3. D-L n°1/06 du 4 avril 1981 portant réforme du Code pénal (abrogé), in BOB n° 6/81, pp.250-298.

4. D-L n°1/024 du 28 avril 1993 portant réforme du Code des personnes et de la famille, in BOB n° 6/93, pp. 231-244.

5. Loi n° 1/015 du 20 juillet 1999 portant réforme du Code de procédure pénale, in BOB n° 1/2000, pp. 3-54

6. Loi n° 2002-07 portant CPF Béninois tiré de http:// www.quotidienlematin.com html

7. Décret n° 1-04-22 du 3 février 2004 portant promulgation de la loi n°70-03 portant code de la famille du Maroc, Bulletin officiel n° 5358 du 06/octobre/ 2005 tiré de http://www.bladi.net/forum/43874-adultere-liaisons-dangereuses-societe-marocaine.html

8. Loi n° 1/05 du 22 avril 2009 portant réforme du CP, in BOB n°4 Bis/2009, pp. 891-973

II. Ouvrages consultés

1 BATTEUR (A.), Droit des personnes, de la famille et des incapacités, 3e éd., Paris, L.G.D.J, 480p.

2 BENABENT (A.), Droit civil : La famille, 10e éd., Paris, Litec, 2001, 515p.

3 BENMELHA (G.), Eléments du droit algérien de la famille : le mariage et sa dissolution, T.I, Paris, Publisud, 258 p.

4 BLAN (F-P), Le droit musulman, 2e éd., Paris, Dalloz, 2007, 352p.

5 CARBONNIER (J.), Droit civil : La famille, 15e éd., T.II, Paris, P.U.F, 1992, 616 p.

6 CARBONNIER (J.), Les concubinages : Approche socio-juridique, Paris, éditions du CNRS, 1986, 236p.

7 CHAGNOLLAND (J-P), L'influence islamique au Maghreb : Histoire et Perspectives méditerranéennes, Paris, L'Harmattan, 2009, 399p.

8 CHAILLOU (P.), Guide du droit de la famille et de l'enfant, Paris, Dunod, 1996, 294 p.

9 CORNU (G.), La famille, 3e éd., Paris, Montchrestien, 1993, 582p.

10 CORNU (G.), La réforme du divorce (étude de la loi du 11 juillet 1975, Paris, Paris Ve, 1976, 310 p.

11 COURBE (P.), Le divorce, 4e éd., Paris, Dalloz, 2004, 602 p.

12 DARGENT (H.), Le droit pénal spécial au Burundi, Bujumbura, 1977, 230p.

13 DUELZ (A.), le droit du divorce, 2e éd., Bruxelles, De Boeck Université, 2002, 427 p.

14 GENERAL LIKULIA (B.), Droit pénal spécial zaïrois, 2e éd., T.I, Paris, LGDJ, 1985, 600p.

15 GARE (T.), Droit des Personnes et de la famille, 3e éd., Paris, Monchrestien, 2004, 239 p.

16 GUINCHARD (S.), Lexique des termes juridiques, 17e éd., Paris, Dalloz, 2009, 769 p.

17 JURIS-CLASSEUR Civil, art.216 à 330, 1968.

18 LELEU (Y-H), Droit des Personnes et des familles, Bruxelles, Larcier, 2005, 711p.

19 MALAURIE (P.) et AYNES (L.), Cours de droit civil : La Famille, 3e éd., Paris, éditions Cujas, 1992/93, 566 p.

20 MALONGUE ATANGANA (T.), Droit camerounais de la famille, Paris, 2006, 1246 p.

21 MERLE (R.) et VITU (A.), Traité de droit criminel : Droit pénal spécial, Paris, éditions Cujas, 1982, 2111 p.

22 POIRIER (D.), La famille, V.10, Bruxelles, Bruylant, 1998, 287 p.

23 RODIERE (J.), Le divorce et la séparation de corps, Paris, Europa, 1969, 157p.

24 RUBELLIN-DEVICHI (J.), Droit de la famille, Paris, Dalloz, 2001, 932 p.

25 SCREVENS (R.), Les Novelles. Droit Pénal, T.III, Bruxelles, Larcier, 1972, 588p.

26 STASI (L.), Droit civil : Personnes, Incapacités, Famille, Orléans, Paradigme, 2007, 287 p.

27 TERRE (F.) ET FENOUILLET (D.), Droit civil : Les Personnes, la famille, les incapacités, 7e éd., Paris, Dalloz, 2005, 1382 p.

28 VERGE (E.) et SEGOGNE (R.), Nouveau répertoire de droit, T.III, 2e éd., Paris, Dalloz, 1128 p.

III. Thèses, mémoires et cours

1. GACUKO (L.), La séparation de fait et son impact sur l'institution de mariage au Burundi, Bujumbura, Mémoire, UB, FD, 1993, 135 p.

2. GARAGAZA (C.), La procédure de divorce pour cause déterminée, Bujumbura, UB, FD, 1983, 65 p.

3. GATUNANGE (G.), Femme et mariage en droit traditionnel burundais. L'émancipation de la femme burundaise par l'approfondissement des valeurs de la civilisation national, Thèse, UCL, 1983, 476 p.

4. MASSINON (R.), Cours des aspects de l'évolution historique du droit burundais (polycopié), 2ème candidature, Bujumbura, UOB, FD, 1979-1980.

5. NDAYISABA (R.), La jurisprudence en matière d'application du CPF en province judiciaire de Bubanza (avril 1993-avril 2004), Bujumbura, Mémoire, UB, FD, 1986, 62 p.

6. NDAYISBA (D.), Les injures graves comme cause de divorce en droit burundais, Bujumbura, Mémoire, UB, FD, 1990, 70 p.
7. NDUWIMANA (J.P.), Evolution de la conception du divorce en droit burundais, mémoire, Bujumbura, UB, FD, 1985, 90 p.
8. NKURUNZIZA (N.), L'application du CPF dans la province judiciaire de Ngozi (avril 198-avril 1984), Bujumbura, UB, FD, 1986, 62 p.
9. NSAVYUMUGANWA (E.), La situation de la femme en droit coutumier ancien, mémoire, Bujumbura, UOB, FD, 1973, 89p.
10. NUGU (C.), La situation juridique de la femme mariée en droit burundais, Bujumbura, UB, FD, 1981, 89p.

IV. Sites internet

1. http://www.pedagogie2ac-reunion.fr
2. http://www.wikipedia.fr
3. http://deux-en-un-over-blog.com
4. http : //www.awa-net/spip ?article2654
5. http://www.affection.org/experiences/extraconjugales.html
6. http://www.lemague.net/dyn/spip.php?550
7. http://www.avmaroc.com/forums/article/0_t-t-3372-le-droit-musulman-assez-long-a-lire.html
8. http://www.cesbc.org.quelle_fidelite_dans la polygamie.html
9. http://www.bladi.net/forum/43874-adultere-liaisons-dangereuses-societe marocaine.html
10. http://www.alkhabar.tv/article1.php?s=0189668078
11. http://www.lanouvelletribune.info/index.php?
12. http://www.cour-constitutionnelle-benin.org.

TABLE DES MATIERES

DEDICACE ..... **i**

REMERCIEMENTS ..... **ii**

SIGLES ET ABREVIATIONS ..... **iii**

INTRODUCTION GENERALE **1**

CHAPITRE I. GENERALITES **4**

Section 1. Quelques données historiques 4

Section 2. Notions générales sur l'adultère 6

§.1. Définition 6

§.2. Eléments constitutifs de l'adultère 7

A. Etat de mariage 7

B. L'union consommée des sexes 8

C. L'élément moral ou intentionnel 10

§.3. Nature et éléments constitutifs de la complicité 11

A. Nature 11

B. Eléments constitutifs de la complicité 12

Section 3. L'adultère et les notions voisines 13

§.1. Adultère et fornication 13

§.2. Adultère et concubinage 13

§.3. Adultère et injure grave 15

CHAPITRE II. L'ADULTERE EN DROIT COMPARE 17

Section 1. L'adultère en droit français 17

§.1. Adultère : une infraction disparue en France 17

A. Fondement de sa dépénalisation 17

B. Dépénalisation proprement dite 19

§.2. L'adultère en droit civil français 19

A. Généralités sur le devoir de fidélité 19

a) Le divorce ou la séparation de corps 20

b) Condamnation à des dommages et intérêts 21

B. L'adultère et l'obligation de fidélité proprement dite 22

C. Les modes de preuve de l'adultère 27

Section 2. L'adultère en droit marocain 30

§.1. L'adultère selon le droit musulman en général 31

1. Définition 31

2. Les principaux modes de preuve établis par l'Islam 31

A. L'aveu 31

B. Le témoignage 32

C. Le serment d'anathème (al li 'an) 33

D. La procédure 35

3. Cas du mariage polygamique 36

4. Les sanctions coraniques 38

§.2. L'adultère en droit positif marocain 39

A. Prévisions du droit pénal marocain 39

B. L'adultère selon la Moudawana 41

Section 3. L'adultère en droit béninois....43

§.1. L'adultère : une incrimination déclarée inconstitutionnelle....43

A. L'origine de la décision DCC 09-081 du 30 juillet 2009....43

B. Les arguments avancés en vue de sa décriminalisation....44

C. L'abrogation proprement dite des articles 336 à 339 du code pénal béninois ...46

§.2. L'adultère en droit familial béninois....46

CHAPITRE III. L'ADULTERE SELON LA LEGISLATION BURUNDAISE....48

Section 1. Le devoir de fidélité en droit coutumier burundais....48

Section 2. L'adultère en droit colonial et postcolonial....50

§1. L'action du colonisateur....50

A. Adultère prévu et réprimé par le Décret du 25 juin 1948 en cas de mariage de droit civil ou assimilé....51

B. L'avènement du décret du 05 juillet 1948....54

1°). L'opportunité de ce décret....54

2°). Les particularités de l'adultère prévu par le décret du 5 juillet 1948....55

§2. Législation postcoloniale....60

A. L'adultère selon le C.P.F de 1980....60

B. L'adultère selon le code pénal de 1981....61

§1. Les prévisions du droit civil burundais....62

A. Introduction....62

B. Procédure de l'action en divorce pour cause d'adultère....63

C. Le régime des preuves....67

1°) Généralités....67

2°) L'administration de la preuve 67

§2. Les prévisions du droit pénal burundais 72

A. Notions 72

B. Le régime répressif de l'adultère 72

CONCLUSION GENERALE 76

BIBLIOGRAPHIE 82

TABLE DES MATIERES.....86