

INTRODUCTION

**« Quand les besoins ont changé,
les lois qui sont demeurées sont
devenues ridicules »¹**

Le droit est l'ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société² ; il est aussi considéré comme un phénomène social, produit de la vie en société³. C'est ainsi qu'il collabore avec plusieurs autres sciences pour mieux assurer la sécurité juridique, judiciaire et l'ordre social. Et parmi ces sciences, on peut noter la psychologie, la technologie, la médecine. L'évolution des sciences qui collaborent avec le droit a un impact sur la société, ce qui ne laisse pas le législateur indifférent. L'évolution **entre autres** de la médecine a **attiré** l'attention du législateur du Code de la famille lors de son élaboration. **La** médecine collabore avec le droit par exemple en matière d'expertise médicale et son évolution a très souvent créé des répercussions dans le domaine du droit.

En effet, le législateur du Code de la famille avait, pour attester son attention à la médecine (à son progrès), protégé l'aliéné mental qu'il a classé parmi les incapables, et tenu compte d'un délai d'attente que la femme divorcée ou veuve doit observer avant un nouveau mariage, afin d'éviter des confusions éventuelles ou des conflits sur le lien de filiation. Et toujours en droit Congolais de la famille, l'on peut noter la résolution du problème de l'insémination artificielle qui permet de féconder en dehors de tout rapprochement sexuel⁴ ; et pour rappel, le Code de la famille a pris une position claire sur la paternité d'un enfant né de l'insémination artificielle :

¹ Voltaire, Dictionnaire philosophique, 1764, Cité par KABWA KABWE, *La protection du patrimoine de l'enfant en Droits français et Congolais Comparés*, Deuschlard, Presses Académiques Francophonies, 2012, p.1.

² NDOMBA KABEYA (E.L), *Cours de droit civil de la famille*, 1^{ère} partie, *La personne*, Kinshasa, CIDFA, 2011, p.5.

³ BOMPAKA NKEYI, Introduction générale au Droit privé, Cours polycopié, 1^{er} graduat, Faculté de Droit, UWB, Kinshasa, 2013-2014, inédit, p.16.

⁴ BOMPAKA NKEYI, Evolution du droit de la famille, Cours polycopié, 3^{ème} graduat, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, 2006-2007, p.37.

« *Le mari ne peut contester sa paternité, s'il est établi que l'enfant a été conçu par voie d'insémination artificielle avec son consentement écrit* »⁵. Et récemment le législateur de la réforme du code de la famille a aussi été assez inquiet de l'évolution de la médecine qui permet le transsexualisme. Et pour protéger l'enfant en famille, il a édicté qu'aucun enfant ne peut être adopté par un transsexuel, puisqu'il estime que cette évolution est contre nos mœurs⁶.

En droit pénal Congolais, la pratique de l'euthanasie ou celle de l'avortement (qui concerne aussi le droit de la famille) fut érigée en infractions suite aux avis intéressants des médecins qui ont démontré que le premier consistait à tuer par pitié un patient pour mettre fin à une agonie accompagnée d'intolérables souffrances, parfois à la demande de la victime elle-même, sous prétexte que sa mort est déjà prévisible, prochaine et certaine⁷ ; et le second consistait à interrompre volontairement et artificiellement la grossesse⁸ en provoquant l'expulsion avant terme du fœtus, quelque soit le stade du développement de celui-ci, indépendamment de sa viabilité⁹. Les médecins ont, pour la plupart, considéré ces pratiques comme mauvaises car elles mettaient fin à la vie humaine. Pour l'avortement cependant, il y a lieu de noter la nuance, *cause de justification*, qu'apportent certains médecins pour faire avorter sans être inquiétés : il s'agit de l'avortement thérapeutique qui permet de sauver la vie de la mère ou de l'enfant, selon la possibilité.

Aujourd'hui que les Congolais viennent de recevoir une loi modifiant et complétant la loi n° 87/010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille, il y a a lieu de soulever que d'autres recherches en médecine attestent la nécessité qu'il y a à revoir certaines dispositions du Code de la famille récemment révisité. Le progrès médical démontre d'une part l'inopportunité qu'il y a à garder la disposition sur le Code de la famille, pour des questions ayant trait à la santé du couple, notamment la question sur le VIH/SIDA et celle sur l'électrophorèse, lesquelles concernent notre étude.

⁵ Article 609 du Code de la famille tel que complété et modifié par la loi n° 16/008 du 15/07/2016, in JORDC, numéro spécial, juillet 2016.

⁶ Article 653 du Code de la famille tel que modifié et complété par la loi n° 16/008 du 15/07/2016, in JORDC, numéro spécial, juillet 2016.

⁷ LIKULIA BOLONGO, *Droit pénal spécial zairois*, Tome I, Paris, LGDJ, 1985, p.57 et l'article 19 du Code de déontologie médicale, Cité par BONY CIZUNGU, *Les infractions de A à Z*, Kinshasa, éditions Laurent Nyangezi, 2011, p.207.

⁸ GUINCHARD (J) et DEBARD(A), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, p.97.

⁹ LIKULIA BOLONGO, *Op.cit*, p.295.

En effet, jusqu'à ce jour, malgré la réforme du Code de la famille¹⁰, la femme mariée qui a divorcé ou dont le mariage a été annulé est tenue de respecter un délai imparti (300 jours) pour se remarier à nouveau. L'époux sidéen, avec la promulgation de la loi portant protection des personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectées, est tenu de dire la vérité sur son état sérologique à son épouse (et vice-versa)¹¹, la personne sidéenne désireuse de se marier doit informer son futur conjoint, pour obtenir de ce dernier son consentement éclairé¹².

Par ailleurs, les couples avisés vont de nos jours consulter le médecin pour que ce dernier puisse diagnostiquer la santé des enfants à venir ; actuellement, il ne suffit plus tout simplement d'être à même de procréer, il faut aussi que cet enfant ait une santé parfaite. En réalité, les couples mariés ou non évitent d'avoir des enfants drépanocytaires ou anémiques, vulgairement, appelés enfants SS ; la plupart de ceux qui sont tombés sur ces enfants se sont séparés¹³, mais ceux qui sont restés ensemble vivent dans la crainte d'ajouter un autre enfant dans le foyer, dès lors qu'ils sont au courant de ce que leur union charnelle peut donner.

L'expertise médicale, comme nous devons le constater, est donc à la base de ces comportements qui causent du tort souvent à la femme et aux enfants soucieux de protéger leur personnalité contre tout acte contraire. Et puisque le droit ne fait, en réalité, que suivre dans ses matières l'évolution des mœurs¹⁴, nous pensons que le législateur Congolais, surtout pour les cas soulevés, constatés et qui sont vécus en famille (Cellule mère de toute société), ne peut pas rester indifférent en vue de sécuriser la famille fondée sur le lien de mariage en particulier et les Congolais en général.

¹⁰ On peut lire dans l'exposé des motifs de la loi qui modifie et complète le Code de la famille que la réforme a visé à pallier plusieurs faiblesses du Code de la famille de 1987, notamment sur la question spécifique du statut de la femme mariée et de l'enfant. L'article 355 du Code de la famille tel que modifié et complété n'a pas chargé curieusement.

¹¹ Article 41 de la loi n° 08/11 du 14 juillet 2008 portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectées, *in JORDC*, numéro spécial, 2008.

¹² Article 8 de la loi précitée.

¹³ Les enquêtes que nous avons menées lors de nos recherches en 3^{ème} cycle ont démontré que dans le district de Tshangu par exemple, les époux parfois se séparent ou même l'un d'eux (l'homme souvent) devient infidèle, sinon le couple vit dans un climat qui n'est plus celui du moment où il n'y avait pas encore d'enfant anémique.

¹⁴ BENABENT(A), *La famille*, 6^{ème} édition, Paris, Litec, 1995, p.12.

Abordant notre sujet, nous sommes butés aux questions suivantes :

- Que pouvons-nous retenir du rapport qu'il y a entre le progrès médical et le droit de la famille relativement à l'organisation du mariage et spécialement sur les questions du délai d'attente, du VIH/SIDA et de l'électrophorèse ?
- Comment le progrès médical illumine-t-il le droit de la famille ?
- Que devra faire de *lege ferenda* le législateur pour remédier aux problèmes posés par le progrès médical ?

C'est dans l'intérêt d'aviser le législateur du droit de la famille des lacunes manifestes du code de la famille et de lui proposer des pistes de solution que nous nous sommes proposé d'étudier ces questions, car le Code de la famille qui organise notamment le mariage a comme but d'unifier et d'adapter les règles qui touchent aux droits de la personne et de la famille à la mentalité congolaise¹⁵.

La présente étude est faite dans le contexte du droit Congolais de la famille, c'est-à-dire de la République Démocratique du Congo depuis 1988, année de l'entrée en vigueur du Code de la famille qui incarne le droit de la famille¹⁶, à ce jour.

Afin de répondre aux principales questions soulevées ci-haut, **le présent travail s'articule en deux points : le premier établit un rapport entre le progrès médical et droit Congolais de la famille. Le second quant à lui, analyse le droit Congolais de la famille à la lumière du progrès médical en considérant les cas du délai d'attente, du VIH/SIDA et de l'électrophorèse. Une brève conclusion met un terme à cette étude.**

¹⁵ Exposé des motifs de la loi n° 07/010 du 01 août 1987 portant Code de la famille, *in JORDC*, numéro spécial, 2014.

¹⁶ Le professeur BOMPAKA NKEYI, affirme et confirme que le droit Congolais de la famille est contenu dans le Code de la famille, cfr Evolution du droit de la famille, p.16 ; toutefois, il faut noter qu'après d'autres textes ont été promulgués et ont un rapport direct avec le Code de la famille ; c'est ainsi que le professeur NDOMBA KABEYA s'est évertué à les publier avec le Code de la famille ; cfr NDOMBA KABEYA, *Nouveau Code de la famille*, textes coordonnés et réglementaires, Kinshasa, Uni Press, 2017

I. LE PROGRES MEDICAL ET LE DROIT DE LA FAMILLE

1.1. Progrès médical

1.1.1. Intérêt de la question

Le discours interdisciplinaire entre médecins et juristes ainsi que les règlements spécifiques relatifs à l'exercice de la profession médicale jouissent d'une longue tradition¹⁷.

Le progrès médical a toujours suscité un vif intérêt de la part des philosophes et tout récemment des sociologues qui s'interrogent tous sur ce qu'on peut faire pour barrer telle philosophie à émerger ou tel comportement social, à encadrer et à réprimer telle ou telle autre attitude par exemple. Ces genres des questions appellent le juriste à s'interroger, y réfléchir et pousser le législateur à éviter des règles de droit en la matière, lesquelles devront être fruits d'un travail de synergie scientifique.

La judiciarisation progressive des relations entre médecin et patient, ou entre médecin et famille du patient n'est pas une invention des juristes, mais reflète une sensibilité accrue dans la société en général pour les questions de la santé, de la vie et de la mort. Le droit ne peut ou ne doit donc qu'en réalité suivre les faits pour encadrer les comportements des gens au sein de la société au regard de l'évolution de la médecine.

A titre illustratif, considérons le cas d'un médecin qui fait voir aux futurs époux le danger ou le risque qu'il y a à se marier en leur disant qu'ils auraient des enfants anémiques ou drépanocytaires, suite aux résultats des examens tel celui de l'électrophorèse passé par les futurs époux. Nous pouvons aussi prendre le cas d'un médecin qui déconseille à un futur époux d'épouser l'autre puisqu'il a découvert sur

¹⁷ HEIKE JUNG, « Introduction au droit médical allemand », in *Revue de science criminelle et de droit pénal Comparé*, n°1, Paris, Dalloz, 1996, p.39.

ce dernier, et après test, la maladie du SIDA. On peut aussi noter à titre d'exemple que le médecin peut aujourd'hui résoudre un quelconque conflit sur la paternité et sans débat. la médecine semble donc laisser le droit qui est censé régir ces pratiques, à une distance indescriptible.

Il sied de noter que si la règle de droit, spécialement en matière de famille, est de nature conservatrice, puisqu'elle tend à maintenir l'ordre qu'elle a institué dans la vie sociale, il ne serait cependant pas exact de considérer que la relation entre le droit et le changement social serait une relation univoque, au sens où le droit **ne** ferait que suivre le changement social et entretenir l'évolution des pratiques.

La règle de droit, ne fut-ce que par sa dimension symbolique, contribue inévitablement à orienter elle-même les comportements ; elle peut dès lors freiner ou, au contraire, accélérer les évolutions.

1.1.2. Relativité de la question de l'évolution médicale en droit de la famille

Il convient ici de répondre à la question de savoir si une découverte en médecine est un progrès ou un soulagement pour tous ou le terrorisme des statistiques ? Le constat est qu'une découverte est considérée comme une avancée lorsqu'elle augmente de manière significative (plus précisément, statistiquement significative) la qualité de vie ou la survie d'un groupe d'individus pris dans son ensemble ; cela ne signifie pas, d'une part, que tous en profitent, ni d'autre part que certains n'en subiront que les effets néfastes.

Prenons à titre exemplatif le cas du VIH/SIDA avec la nouvelle législation en la matière qui atteste également la relativité de l'évolution médicale : en effet, l'expertise médicale a signalé le dangerosité du VIH/SIDA, ce qui a poussé le législateur de la loi portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectées, à limiter le respect de la vie privée des personnes séropositives. Pour ces dernières cependant, le législateur n'a pas pris en compte leur droit à la vie privée.

Par ailleurs, la gratuité des soins, la répression de la discrimination et de la stigmatisation à l'endroit des personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectées est très avantageuse pour celles-ci, car c'est une mesure sécurisante permettant ou facilitant leur présence dans tous les domaines de la vie, facilitant leur intégration et dissuadant tous ceux qui abuseront de leur position sociale à leur rencontre.

Considérons également, par exemple, le cas d'une suppression de *Lege ferenda* du délai d'attente auquel est soumise la femme dont le mariage a été annulé ou dissout, suite à l'irréfragable preuve génétique à savoir le test d'ADN : Bien que non encore règlementée de manière expresse, cette pratique existe déjà de nos jours et même les juges pénaux y recourent (cfr Affaire Artiste Comédien Barezo). Notre souhait est de voir le législateur du code de la famille aborder cette question. Mais déjà, certaines personnes qui y sont opposées croient que cela est un laisser-aller que le législateur laisserait à la femme congolaise, laquelle pourrait désormais se marier à tout moment, même la semaine qui suit la dissolution ou l'annulation du mariage. Pour beaucoup d'enfants par contre, cette mesure est efficace et très intéressante pour d'une part permettre à ceux d'entre eux nés dans un pays éloigné et hors mariage de pouvoir venir à la succession, et d'autre part évincer des enfants qui useraient d'autres pièces comme l'acte de naissance ou se serviraient de simple mariage de leurs parents pour accéder venir à une succession.

S'agissant des personnes qui sont opposées au test d'électrophorèse, elles pensent par exemple que cette évolution vient créer une discrimination au sein de la société en diminuant leur chance pour le mariage et même pour la procréation, puisqu'autrefois, ils se marieraient sans qu'un quelconque diagnostic ne soit fait sur l'état de santé des enfants à venir.

1.1.3. Finalités actuelles du progrès médical

Dans le contexte du droit congolais de la famille, le progrès médical vient donner des solutions aux problèmes de délai d'attente, du VIH/SIDA et de l'électrophorèse qui se posent avec acuité au sein de la famille ou précisément au sein des couples.

De ce fait, on peut dès lors affirmer que les finalités visées dans **cette** étude concernent la santé des époux (état physiologique de la femme, le VIH par exemple), la santé des enfants (anémique, maladif), la santé de l'épouse (grossesse).

1.1.3.1. La santé des époux et des enfants : le problème de la procréation

Le mariage ayant essentiellement pour but de fonder une famille, et pendant longtemps grâce à la procréation naturelle sexuée¹⁸, certaines conditions d'ordre physiologique méritent d'être prises en compte grâce à la médecine qui a influencé nos mœurs.

Des lois étrangères, les législations scandinaves et celles de certains Etats d'Amérique contrôlent avant le mariage, la santé des futurs époux¹⁹. C'est en réalité une question liée à l'état physiologique des époux : le mariage implique une union charnelle (laquelle est une obligation jusqu'il existe un « devoir conjugal »), les candidats au mariage doivent être chacun au courant de la santé de l'autre, désormais avec l'évolution de la médecine.

Le VIH/SIDA est une maladie très dangereuse et incurable, jusqu'à ce jour, il est donc capital et vital que les futurs époux soient éclairés dans les choix à opérer.

Certaines conceptions autoritaires conduiraient à interdire le mariage aux individus atteints de certaines maladies ou tares héréditaires²⁰.

Nous **émettons** quant à nous, un avis contraire : Notre souhait est que le droit Congolais choisisse une voie plus libérale en donnant plus d'importance à la

¹⁸ BUFFELAN-LANORE(Y) et LARRIBAU (V), *Droit civil, introduction, biens, personnes, famille*, Paris, Dalloz, 2013, p.604.

¹⁹ MALAURIE (P) et alii, *la famille*, Paris, Cujas, 3^{ème} édition, 1993, p.75.

²⁰ BENABENT (A), *Op.cit*, 6^{ème} éd., Paris, Litec, 1995, p.67.

responsabilité individuelle. Il devra rejeter tout empêchement tenant à l'état de santé des époux puisqu'inefficace²¹ et attentatoire à la liberté individuelle²².

Il n'y a pas que le VIH/SIDA qui demeure à ce jour le seul problème menaçant les époux ou le mariage. Il y a aussi des pathologies que l'on peut retrouver chez les époux et qui constituent un obstacle pour eux d'assurer la santé de leurs enfants à venir.

Certes, un couple peut arriver à avoir des enfants ; mais quelle santé auront-ils ? Les couples mariés et ceux qui vivent en fiançailles ou en union vont passer le test de l'électrophorèse pour éviter d'avoir des enfants drépanocytaires ou anémiques, selon les enquêtes que nous avons menées.

Le couple est généralement informé par le médecin qu'il consulte librement afin que ce dernier puisse pronostiquer sur la santé des enfants à venir à partir du diagnostic. Cela crée des répercussions fâcheuses surtout si l'examen donne des résultats en défaveur du couple ou en défaveur de l'un des conjoints ou futur conjoint. Ce test passé, comme nous l'avons déjà **noté**, est celui de « l'électrophorèse » de l'hémoglobine qui permet de détecter si le couple aura des enfants drépanocytaires ou non, à partir de leur union sexuelle.

1.1.3.2. La santé de l'épouse comme moyen du règlement du conflit de paternité

Le droit de la famille en tient compte de manière implicite. En réalité, il ne s'agit pas de savoir si la femme mariée est en bonne santé, c'est-à-dire, si elle n'est pas malade : le droit de la famille, mieux le code de la famille, surveille le remariage d'une femme dont le précédent mariage a été dissous ou annulé, en veillant à ce qu'elle respecte les règles sur le délai d'attente ; en parlant de la santé de l'épouse comme moyen de règlement du conflit de paternité, l'on cherche juste à mieux organiser la situation de la femme dont le mariage est dissous ou annulé, à partir de ce qu'a prévu le droit Congolais de la famille, lorsqu'elle est enceinte ou non ; si la

²¹ L'époux « interdit » pourra vivre en concubinage ou s'abstenir d'enregistrer le mariage et avoir des enfants.

²² Par crainte d'un arbitraire des médecins et aussi d'une discrimination.

femme est enceinte, à qui appartiendra donc l'enfant en cas de conflit de paternité ? Doit-on user de l'adage selon lequel la paternité se présume par le mariage pour éviter toute équivoque sur la paternité de l'enfant qui va naître ?

Certes, le législateur du Code de la famille a prévu au dernier alinéa de l'article 355 la possibilité pour la femme de bénéficier de la suppression du délai d'attente par le Président du tribunal de paix dans le ressort duquel le mariage doit être célébré.

Mais dans tous les cas, et de nos jours, ce délai d'attente imposé à la femme (divorcée, veuve, ou dont le mariage a été annulé) s'avère inopportun même si le législateur a prévu des exceptions. La plupart des femmes vont tout simplement elles-mêmes chez les médecins, puis décident en complicité avec leur mari, de se marier en évitant cette procédure longue qui amène aussi à dépenser. En plus, en République Démocratique du Congo, la pratique démontre qu'une personne peut se marier dans les 24 Communes de la ville de Kinshasa sans être démasquée. A la base de ce phénomène, on doit noter le défaut d'informatisation des services de l'état civil. Le comportement des couples doit aussi pousser le législateur à prendre des mesures plus adéquates sur cette question ; est ce qu'une femme qui se marie pour la première fois a nécessairement comme enfant, celui issu de sa relation avec son mari ? Les articles 602 à 607 attestent clairement la limite que connaissait l'évolution médicale à l'époque.

Les comptes analytiques du Code de la famille reconnaissent même dans le commentaire de l'article 602, l'impossibilité qu'il y avait autrefois de prouver scientifiquement la paternité²³.

Or, de nos jours avec le test de l'ADN, on peut établir que l'enfant a comme père soit le mari de sa mère, soit une personne autre que ce dernier. Il faut donc pour cela des solutions juridiques adéquates.

²³ Exposés généraux et commentaires analytiques des articles du Code de la famille, Rapport inédit de la Commission de réforme du droit Congolais sur le projet du Code de la famille, p.525

En outre, bien que le législateur ne l'ait pas clairement dit, le délai d'attente ne peut en réalité être imposé qu'à l'épouse dont le mariage a été célébré et enregistré mais qui par la suite s'est vue veuve, divorcée, ou à celle dont le mariage a été annulé ; quid alors de celles qui n'ont pas fait enregistrer leur mariage ? Ceci doit nous amener à comprendre que le test d'ADN seul peut résoudre le problème de tous les couples, mariés ou non, sans distinction aucune.

1.2. Droit de la famille

1.2.1. Généralités sur la famille

1.2.1.1. Définitions

La famille est conçue de plusieurs manières et cela selon qu'il s'agit d'une culture d'un pays ou d'un continent, d'une religion, d'une doctrine scientifique ou de toute croyance. Le fait que l'introduction de la famille dans le domaine juridique soit récente ne facilite pas la définition de cette institution²⁴. Toutefois, l'on peut retenir les définitions suivantes que l'on donne à la famille.

1.2.1.1.1. D'après la loi

« On entend par famille l'ensemble des parents et alliés d'un individu tels que définis par la présente loi », allusion faite au Code de la famille²⁵. Il faut noter au sujet de cette définition que les parents et alliés d'un individu sont ceux dont le Code de la famille parle et qu'il définit. On ne peut donc penser à eux en dehors du Code de la famille, sinon on se retrouverait en dehors du droit Congolais.

1.2.1.1.2. D'après la doctrine

Selon le professeur Elie-Léon NDOMBA KABEYA, la famille désigne plusieurs réalités, notamment : « groupe de personnes vivant sous le même toit (ménage), généralement liées entre elles par un lien affectif ou biologique '(famille adoptive) de parenté ou d'alliance »²⁶.

²⁴ MWANZO Idin'AMINYE (E), *Droit civil : Les personnes, la famille et les incapacités*, 1^{ère} année de graduat, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, Kinshasa, Afriquespoir, 2013, p.67.

²⁵ L'article 701 du Code de la famille tel que modifié et complété.

²⁶ NDOMBA KABEYA (E-L), *Droit civil de la famille*, 2^{ème} partie, *La famille et les relations familiales*, Kinshasa, CIDFA, 2011, P.162.

Selon le professeur BOMPAKA NKEYI, du point de vue sociologique et africaine, la famille est considérée comme une Communauté d'individus qui se réclament d'un ancêtre commun, unis les uns aux autres par des liens de parenté, pratiquant le même culte en observant les mêmes interdits qu'il comporte, soumis à l'autorité d'un chef qui est à la fois représentant du groupe et administrateur de son patrimoine commun²⁷.

1.2.1.1.3. Importance et/ou rôle de la famille

La famille sert à beaucoup de choses dont l'importance varie selon le temps et les lieux : procréation et éducation des enfants, activité économique (l'exploitation rurale, l'entreprise commerciale ou industrielle) ou simplement un lieu de tendresse, de sentiments et de recherche de bonheur²⁸.

La famille est liée à la vie et à la mort, à la vie plus qu'à la mort, à la vie paisible plus qu'aux drames. Le cycle d'une vie harmonieuse s'accomplit dans la famille, dans la propagation de la famille : l'homme naît dans une famille, puis à son tour fonde une autre famille qui plus tard constituera de nouvelle famille²⁹. La famille qui ne donne pas la vie ou n'est pas durable dépérit, une société sans famille ou sans familles fécondes est impitoyablement condamnée à disparaître³⁰. Et c'est dans cette optique que SOHIER rapporte que l'Afrique considère le mariage comme étant avant tout l'union des sexes pour deux motifs qui se recouvrent, à savoir la satisfaction légitime du plaisir sexuel et surtout la nécessité de la procréation de façon à assurer la continuité véritable exigé pour la défense des groupes familiaux³¹.

Pour apercevoir l'importance de la famille au point de vue social, et moral, il suffit d'imaginer une société sans famille, c'est-à-dire sans lien juridique entre le père, la mère et les enfants ; la mère et les enfants risqueraient l'abandon par l'homme et l'Etat recueillerait les enfants ; une telle société comprenant une

²⁷ BOMPAKA NKEYI, Droit civil les personnes, notes polycopiées, 1^{er} graduat, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, Kinshasa, 2004-2005, p.17.

²⁸ MALAURIE (Ph) et alii, *op.cit*, p.14.

²⁹ *Idem*

³⁰ *Ibidem*

³¹ SOHIER (A.), « Le mariage en milieu coutumier Congolais », *in RCB*, 1943, n°372 et 381.

poussière d'individus sans intermédiaire entre ceux-ci et l'Etat serait difficilement viable³².

1.2.2. Droit de la famille

1.2.2.1. Pourquoi un droit Congolais de la famille ?

1.2.2.1.1. Définition

Le droit de la famille est défini comme l'ensemble des règles qui régissent les rapports de famille³³. Il intéresse en réalité deux types des rapports familiaux. Le premier concerne les rapports patrimoniaux entre les membres d'une même famille : qui contribue aux charges du ménage ? qui paye les dettes contractées au sein de la Cellule familiale ?... Le second fait référence aux rapports extrapatrimoniaux entre les membres d'une même famille : avec qui peut-on contracter mariage ? Quelles sont les conditions de formation du mariage ?...

1.2.2.1.2. Les raisons d'existence du droit de la famille

On peut noter que c'est pour deux raisons que le groupement naturel qu'est la famille ait également besoin d'une assise juridique. La première est que les liens qui se nouent entre ses membres et les nombreuses relations quotidiennes que la vie en commun postule, requièrent, en raison des divergences d'intérêts inhérentes à la nature humaine, que la vie familiale soit régie par des règles juridiques précises.

La seconde est que la famille juridique ne coïncide pas nécessairement avec celle qui résulte de liens de sang. D'autres liens résultent d'actes juridiques comme l'adoption ou le mariage, peuvent se combiner avec les premiers pour donner à la notion de famille une plus large étendue³⁴.

³² BOMPAKA NKEYI, Cours de droit civil des personnes, Notes polycopiées, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, 2009-2010, p.86.

³³ FREDERIQUE GRANET-LAMBRECHTS et PATRICE HULT, *Droit de la famille*, 4^e éd., PUG, 2014, p.9.

³⁴ Mémorial prononcé par le Procureur Général de la République KENGO wa DONDO sur le thème : « Considérations sur le projet du nouveau Code de la famille » (audience solennelle de rentrée judiciaire du 16 octobre 1976), in *Bulletin des arrêts de la Cour Suprême de Justice de l'année 1976*, Kinshasa, 1976.

1.2.2.2. Rôle du droit de la famille

Le rôle du droit de la famille pose surtout la question des rapports entre l'Etat, les lois, ses fonctionnaires, ses sujets et la famille. Le rôle du droit de la famille est de dessiner la vie quotidienne et la trame profonde d'une société, car il est lié aux mentalités. Le droit de la famille est la constitution civile de la société³⁵, et toutes ses modifications sont liées à un changement des mœurs et sont précédées, à plus ou moins long terme, par un changement de mentalités. Dans le même ordre d'idées, le feu professeur KAPETA NZOVU ne pense pas autrement lorsqu'il écrit : « Dans l'ordre des priorités, nous pensons que dans l'ensemble des grands problèmes du droit, c'est le droit de la famille qui exige au plus haut point l'intégration parce qu'il touche à la charpente même de la vie sociale et est à la base d'où découlent tous les autres droits »³⁶.

Aussi, rien d'étonnant que la charte de l'organisation des nations unies affirme à son article 16 que : « La famille est la cellule naturelle et fondamentale de la société, elle a droit à la protection de la société et de l'Etat »³⁷.

1.2.2.3. Originalité fondement et caractères spécifiques du droit de la famille

1.2.2.3.1. Originalité du droit de la famille³⁸.

Le droit de la famille présente, bien qu'il soit incontestablement une discipline appartenant au droit civil, une certaine originalité et une certaine autonomie au sein de celui-ci. Ses traits particuliers se marquent tout à la fois dans son fondement, dans son évolution et dans son application,... Car le droit de la famille ne fait, en réalité, que suivre dans ses matières l'évolution des mœurs. C'est d'ailleurs, l'un des traits fondamentaux du droit de la famille que cette dépendance à l'état des mœurs.

³⁵ ELLUL(J), « La pensée sociale contre les faits observables », in P.KALTENBACH, La famille contre les pouvoirs, nouvelle cité, 1989, pages 159 et suivants.

³⁶ KAPETA NZOVU, « Divorce en droit zaïrois, situation actuelle et perspectives d'intégration », thèse, Université Nationale du Zaïre, Kinshasa, 1975, p.5.

³⁷ Charte des nations unies, 1948.

³⁸ BENABENT(A.), *Op.cit*, p.12.

1.2.2.3.2. Fondement du droit de la famille

Quant au fondement du droit de la famille, il résulte essentiellement de l'état sociologique de la population à régir. Plus que toutes les autres branches juridiques, le droit est dépendant des bouleversements sociologiques. Il est directement influencé par le progrès médical³⁹, le contexte politique⁴⁰ et même par les conceptions morales ou religieuses en vigueur dans une population, à un moment donné. Il ne faut pas oublier à cet égard que, sous l'ancien droit (en France par exemple), le droit de la famille était une matière qui ne dépendait pas de l'autorité publique mais plutôt de l'autorité ecclésiastique, de sorte qu'il se confondait purement et simplement avec la doctrine religieuse en la matière.

1.2.2.3.3 Caractères spécifiques du droit de la famille

Le droit de la famille est d'abord marqué par le fait que dans le déroulement d'une institution familiale, « Les individus ne pratiquent que de loin, quand ils ne peuvent pas faire et dans l'intervalle, ils vivent comme si le droit n'existait pas, le non droit est l'essence, le droit l'accident⁴¹ ; ce qui ne signifie pas pour autant que les règles régissant la famille sont « *des composés de droit et de mœurs, de droit et de morale, de droit et d'affection, de droit et d'amour* ». Le droit de la famille est au contraire un droit relativement rigide, du moins dans les domaines qu'il régleme de façon technique : le mariage, la filiation laissant très peu de places à l'indétermination ; et s'il s'agit plus de matières entièrement soumises à l'ordre public, celui-ci est encore présent.

³⁹ Par exemple pour le cas de l'électrophorèse, du VIH/SIDA, actuellement, ou de l'insémination artificielle à l'époque.

⁴⁰ Par exemple le cas de la politique de recours à l'authenticité qui voulait que le nom soit puisé dans le patrimoine culturel Congolais.

⁴¹ RUBELLIN DEVICHI (J), *Droit de la famille : mariage, divorce*, Paris, Dalloz, 1996, p.3.

II. DROIT CONGOLAIS DE LA FAMILLE A LA LUMIERE DU PROGRES MEDICAL

Les cas du délai d'attente, du VIH/SIDA et de l'électrophorèse.

« L'originalité du droit de la famille, c'est sa dépendance à l'état de mœurs d'autant plus qu'il est lié aux modifications des valeurs de la société et des choix politiques ».

Après avoir fait un exposé d'une part sur le progrès médical et d'autre part sur le droit de la famille, il convient à présent qu'on s'ingénie à démontrer cette lumière qu'apporte le progrès médical sur le droit de la famille, en ce qui concerne le délai d'attente, le VIH/SIDA et l'électrophorèse. Cette lumière nous amène à travers les exposés qui suivent à pouvoir donner des justifications sur la nécessité d'adapter le Code de la famille qui organise la famille créé par le mariage, aux réalités sociales actuelles, les mœurs de la République Démocratique du Congo ayant beaucoup évolué, notamment sous l'influence du progrès médical.

2.1. Le cas du délai d'attente

2.1.1. Position du droit de la famille

2.1.1.1. Analyse de la base légale

La disposition du Code de la famille qui traite du délai d'attente, c'est l'article 355. Cet article est libellé comme suit : « *La femme ne peut se remarier qu'après l'expiration d'un délai de trois cents jours à compter de la dissolution ou de l'annulation du précédent mariage.*

Ce délai prend fin en cas d'accouchement. En outre, le président du tribunal de paix dans le ressort duquel le mariage doit être célébré peut, par ordonnance rendue sur requête de la femme, fixer un délai moindre, lorsque celle-ci prouve que son ancien mari s'est trouvé de manière continue dans l'impossibilité de cohabiter avec elle.

Il peut supprimer ce délai si cette impossibilité de cohabiter a duré au moins cent jours ou si la femme fait établir médicalement qu'elle n'est pas enceinte ».

Les comptes analytiques rapportent que cette disposition reprend sous une forme relativement simple les dispositions qui se rencontrent dans de nombreuses législations, à savoir l'interdiction faite à la femme qui s'était mariée de se remarier avant l'expiration d'un délai qui constitue la période légale la plus longue de la conception.

Afin d'éviter l'incertitude quant à la filiation paternelle de l'enfant qui, selon la présomption légale de la conception pourrait avoir pour père chacun de deux maris de sa mère, ce délai est imposé par un grand nombre de législations. C'est la raison pour laquelle on l'a maintenu mais sous une forme très favorable pour la femme.

En ce qui concerne la terminologie, on a opté pour le délai d'attente plutôt que pour le délai de viduité puisque le délai en question s'applique aux veuves mais également aux femmes divorcées ou à celles dont le mariage a été dissous pour une autre raison⁴². Nous pensons qu'il peut également s'agir des femmes dont les mariages ont été annulés.

Observons que pour supprimer le délai d'attente, conformément au dernier alinéa de l'article 355 du Code de la famille, le législateur précise que seule, la production du certificat médical, ne constitue pas un mode de preuve péremptoire, car le président du tribunal apprécie la valeur du certificat qui est produit devant lui et vérifie pour savoir s'il n'y a pas eu en collusion entre la femme et le médecin qui lui a délivré le certificat produit. En fait ici, de *lege lata*, l'on craint la grossesse de la femme qui donne lieu à des doutes, alors que ce qui doit le plus préoccuper et est déjà résolu en médecine, c'est l'appartenance de l'enfant à son père biologique. Le législateur du Code de la famille, en l'état actuel de notre législation a consacré le principe qui confirme la présomption de paternité, à savoir « *pater is est quem nuptiae demonstrant* ». Ceci revient à dire que la famille organisée par notre Code de

⁴² Comptes analytiques du Code de la famille, *Op.cit*, p.138.

la famille repose sur le mariage, duquel naissent les enfants légitimes, rattachés automatiquement au mari *de la mère par la présomption de paternité*. Le lien de famille se tisse donc entre tous les membres grâce au mariage ; le père et la mère sont unis par le lien du mariage et les enfants individuellement rattachés à leurs deux parents⁴³.

Relevons aussi que le législateur du Code de la famille ne résout pas clairement la question de l'expiration du délai d'attente. Une analyse consacrée à l'expiration du délai d'attente s'avère donc importante ; nous allons pour cela recourir au droit étranger.

2.1.1.2. L'expiration du délai d'attente

2.1.1.2.1 Le cas de remariage après décès.

Le délai de trois cent jours commence à courir à compter du jour du décès du mari, il peut être abrégé dans les cas où la femme accouche après le décès de son mari⁴⁴ ou lorsqu'elle produit un certificat médical attestant qu'elle n'est pas enceinte⁴⁵. La date du décès du mari se constate par un certificat de décès.

2.1.1.2.2. L'application du délai d'attente en cas de mariage après un divorce

Ici nous sommes en présence de deux hypothèses : celle de la suppression du délai d'attente et celle de la modification du point de départ du délai d'attente.

- *De la suppression du délai d'attente* : En France par exemple, ce délai était supprimé lorsqu'une séparation de corps venait à être convertie en divorce et que la décision avait pris force de chose jugée. En droit Congolais, *de lege lata*, ce délai ne peut être supprimé que conformément à l'alinéa 3 de l'article 355 du Code de la famille.

⁴³ RUFFELAN-LANORE(Y) et LARRIBAU-TERNEYRE(V.), *Op.cit*, p.585.

⁴⁴ FREDERIQUE EVDIER, *Droit de la famille*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2003, p.46 ; Voir aussi l'ancien Code civil français d'avant la loi du 26 mai 2004, l'article 228, alinéa 2.

⁴⁵*Idem*

- *De la modification du point de départ du délai d'attente* : le délai d'attente commence normalement à courir à partir du jour où la décision de divorce a pris force de chose jugée. Cependant le point de départ du délai est avancé lorsque pendant la procédure de divorce, les époux ont été autorisés par le juge à résider séparément, ou, s'il s'agit d'un divorce sur requête conjointe, comme en droit français, lorsque la condition temporaire prévoyant la résidence séparée a été homologuée par le juge. Autrement dit, le délai d'attente commence à courir à compter de la date de la décision judiciaire qui peut autoriser soit la séparation des époux en ce qui concerne leur résidence, soit directement le divorce.

2.1.1.2.3. Quid du délai d'attente en cas d'un mariage non enregistré ?

Bien que le mariage célébré en famille sorte tous ses effets à la date de sa célébration, il se pose toujours beaucoup de problèmes quant à sa protection, notamment le problème relatif à sa preuve, au regard de seuls modes de preuve admis par le Code de la famille en la matière⁴⁶.

A lire l'alinéa 1 de l'article 355 du code de la famille, cette condition de délai d'attente ne concerne que la femme mariée qui a fait enregistrer son mariage, lequel fut par la suite annulé ou dissous pour des raisons valables. Le législateur du code de la famille semble négliger la situation de la femme dont le mariage n'a pas été enregistré. N'y avait-il pas à craindre pour elle ?

Le principe selon lequel « *pater is est quem nuptiae demonstrant* », ne s'applique-t-il qu'au mariage enregistré ou célébré par l'officier de l'état civil ? Ce qui est vrai c'est que pour qu'un mariage soit dissous par le divorce, il faut qu'il ait été enregistré par l'officier de l'état civil. Et tant qu'il n'a pas été enregistré et que l'un des époux en invoque les effets en justice, le tribunal suspend la procédure jusqu'à l'enregistrement.

⁴⁶Nous savons que la possession d'état d'époux est une preuve peu fiable surtout lorsqu'elle est confrontée à d'autres preuves. Elle est une preuve inefficace lorsque par exemple le couple qui l'invoque est en face d'une personne qui la réclame aussi en amenant des témoins de l'ancienne habitation. Comment peut-on alors prouver que l'on est marié et se prévaloir pour cela de quelques droits lorsqu'on n'a aucune preuve ?

Pour que l'on parle d'un délai d'attente à observer par la femme qui veut se remarier, il faut que son premier mariage ait été enregistré et qu'il y ait eu par la suite divorce, mort de l'un des époux au moins ou encore que l'on soit dans le cas de remariage du conjoint de l'absent ou de nullité. Pour une femme dont le mariage n'a pas été enregistré et dont le mari meurt par la suite, au regard de l'esprit du code de la famille et selon notre déduction, elle sera exemptée de ce délai puisqu'il n'y aura aucune preuve d'existence du précédent mariage dans les registres de l'état civil. Cela est une faiblesse de la loi qui n'a jamais inquiété le législateur qui continue à soumettre jusqu'à ce jour la femme congolaise au respect de ce délai.

2.1.2. Le délai d'attente à l'épreuve du progrès médical

2.1.2.1. Problèmes juridiques posés et inopportunité du délai d'attente

Pour rappel, le délai d'attente est imposé à la femme divorcée, veuve, ou à celle dont le mariage a été annulé.

Cependant plusieurs problèmes se posent :

- Quid des femmes dont le mariage n'a été célébré qu'en famille et n'a pas fait l'objet d'enregistrement ni de célébration à l'état civil ?
- Peut-on leur opposer aussi cette condition relative au délai d'attente ?
- Qu'en est-il aussi d'une femme dont le mariage a été célébré en famille et dont le mari venait de mourir ? A partir de quelle date commence à courir le délai d'attente ?

Relevons que l'inopportunité de cette condition s'atteste aujourd'hui par la facilité avec laquelle il est désormais possible d'obtenir en cas de besoin la certitude scientifique de paternité biologique. Le législateur du code de la famille, soucieux de protéger l'union légale et de ne reconnaître que la femme mariée ayant fait enregistrer le mariage ou voulant le faire ⁴⁷ était limité, nous semble-t-il, au stade où se trouvait la science médicale et particulièrement au Congo, comme l'indique bien le commentaire de l'article 609 du code de la famille dans le compte analytique.

⁴⁷ En effet, les dispositions ainsi que les commentaires du compte analytique des articles 379, 380, et 382 attestent à suffisance que les situations juridiques de la femme ayant fait enregistrer le mariage et de celle qui ne l'a pas fait ne sont pas les mêmes : La procédure en vue de la protection du mariage enregistré est simplifiée.

En France par exemple, le respect du délai de viduité (délai d'attente en droit Congolais) était supprimé par la loi du 26 mai 2004. Cette règle semblait être discriminatoire à l'égard des femmes, en ce sens qu'elle laissait sous-entendre une certaine méfiance que l'homme ou mieux le législateur vis-à-vis de la femme.

Cette condition du respect du délai d'attente constitue encore une charge pécuniaire pour l'homme et la femme car ils seront appelés à payer d'autres frais et faire des navettes au tribunal pour obtenir de ce dernier l'autorisation de se marier avant le délai légal prévu. Connaissant la lenteur qui caractérise les juridictions congolaises, nous estimons que c'est une perte de temps également pour les époux, outre le caractère discriminatoire à l'encontre de la femme. La méfiance à la femme est entre autre déduite de la lecture profonde et combinée des articles 602 et 603 du code de la famille : même si l'acte de naissance de l'enfant n'indique pas le mari de la mère comme père de l'enfant, ou lorsqu'il indique qu'un autre homme est père de l'enfant, l'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours après la dissolution du mariage a pour père le mari de sa mère.

2.1.2.2. Solution actuelle aux problèmes posés : test d'ADN

Cette solution est déjà une pratique reconnue et admise grâce à l'expertise médicale, malgré que le code de la famille n'en parle pas. La solution ici est le test d'ADN que l'on exige pour résoudre de nos jours un conflit sur la paternité de l'enfant

2.1.2.2.1. Que retenir concrètement et brièvement du test d'ADN ?

L'ADN (Acide Désoxyribonucléique) est la molécule, présente dans toutes les cellules vivantes, qui renferme l'ensemble des informations nécessaires au développement et au fonctionnement d'un organisme. C'est le support de l'hérédité car il est transmis lors de la reproduction, de manière intégrale ou non. L'ADN porte l'information génétique et constitue le génome des êtres vivants. C'est l'ADN qui va déterminer les couleurs des yeux, des cheveux, la stature, la densité des os et de nombreux autres traits⁴⁸.

Il convient de noter que parmi les technologies issues des découvertes scientifiques qui ont impacté en profondeur le fonctionnement de la société, les tests d'ADN tiennent une belle place puisqu'ils ont bouleversé jusqu'au fonctionnement de la justice elle-même. Tout droit de la famille d'un pays doit absolument aborder cette question capitale pour régler le contentieux en matière de filiation.

⁴⁸ LASSERE(V), « La refondation de la famille et de la société par les gènes », in *Archives de philosophie du droit*, tome 57, la famille en mutation, Paris, Dalloz, 2014, pp 21 et 22..

Toutefois, il faut relever le caractère africain de notre droit, ou mieux l'esprit traditionnel de notre droit de la famille qui dans certains cas, s'éloigne de la médecine ou de la biologie, même lorsque des faits avérés sont établis en privant une personne de son droit de paternité lorsqu'elle n'a pas accompli certaines conditions coutumières et en l'attribuant à une autre. Nous pensons que c'est ainsi qu'il a été jugé que « est fondé, le grief qui reproche à la décision de n'avoir établi la paternité juridique du défendeur que sur base de l'expertise sanguine alors que la preuve de celle-ci devrait aussi être établie sur la base de la coutume des parties⁴⁹. Nous devons relever que toutefois la coutume à appliquer ne doit pas être contraire à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Les exemples sont légion, pour démontrer l'importance du test de l'ADN :

- En 1997, un test d'ADN(test de paternité) postmortem a révélé qu'Yves Muntand, décédé 6 ans plutôt, n'était pas le père d'Aurore Drossard, qui réclamait jusque là être sa fille cachée (c'était en France) ;
- En 1998, à Settle, aux Etats-Unis, à l'issue d'une enquête exactement compliquée, l'auteur d'un double meurtre a pu être arrêté grâce aux traces de sangs retrouvés sur sa veste. L'analyse d'ADN indiquait qu'il n'y avait qu'une chance sur 350 millions que le sang retrouvé ne soit pas celui du chien du couple assassiné, chien assassiné lui aussi d'ailleurs. 15 ans plutôt, cela aurait été complètement impossible, l'assassin serait toujours en liberté ;
- En janvier 2000, on a pu reconstituer une grande partie de l'arbre généalogique de Toutankchamon au Caire en partant des restes d'ADN extrêmement fragiles, de plus de 3000 ans.
- En janvier 2011, toute la presse du monde se faisait l'écho de la libération de Comeclius Dupice, innocenté au Texas après avoir passé 30 ans derrière les barreaux pour un viol et un braquage qu'il n'avait pas commis. Selon les chiffres *d'Innonce projet*, une organisation qui se bat pour faire libérer les innocents injustement condamnés, Comelius est l'un de 271 cas de disculpation aux Etats-Unis depuis l'introduction de la méthode des tests d'ADN.

L'avantage de l'ADN, comme on peut s'en rendre compte, c'est que pratiquement tout ce qui est vivant sur terre laisse sa petite trace, clairement identifiable, des bactéries aux baleines en passant par des champignons, les plantes, les différents animaux. L'on peut donc désormais identifier l'existence d'un lien entre un être et ses progénitures par exemple.

⁴⁹ Cour Suprême de Justice, RC 132, du 28 juin 1977, in BA, 1977, p.54.

2.1.2.2.2. Suggestions de *Lege ferenda*

Il n'y a plus des raisons à craindre le conflit quant à la paternité de l'enfant, car le médecin sera à mesure de démontrer, en cas de conflit, le père à qui appartient l'enfant. Le test de l'ADN apparaît comme une exception au principe général du droit de la famille sur la présomption de paternité, à savoir : « *pater is est quem nuptiae demonstrant* ». En effet, bien que le mari de la mère est présumé être le père de l'enfant conçu ou né pendant le mariage, cette présomption, au regard de tout ce que nous venons de relever, devient refragable avec l'assurance que nous apporte le progrès médical. L'on ne devra désormais à notre avis, retenir la présomption que lorsqu'il n'y a aucune contestation d'une tierce personne.

Il faudra par conséquent *de lege ferenda* qu'une disposition soit ajoutée dans le code de la famille, à notre avis, à l'alinéa 2 de l'article 608 : « *Sauf disposition contraire, la paternité peut être contestée et établie sur expertise médicale, au frais de la partie diligente, défenderesse ou demanderesse* ».

Cette disposition aura désormais l'avantage de ne plus renfermer les parties au procès dans le calcul de délai légal de conception ou de la présomption de paternité. Il faut aussi affirmer que cette disposition aura l'avantage de permettre à toute personne non mariée de pouvoir contester même la paternité d'un individu marié, surtout que le délai d'attente auquel est soumis la future épouse qui veut se marier à nouveau ne concerne que celle dont le mariage a été annulé ou dissous, comme nous l'avons déjà relevé, autrement dit celle dont le précédent mariage était avant tout enregistré.

Avec le test d'ADN, il n'y a donc plus lieu à craindre le conflit sur la paternité due à l'impossibilité scientifique qu'il y avait autrefois pour le prouver. Le commentaire de l'article 602 du code de la famille⁵⁰ devient inopportun avec l'évolution médicale. Cela étant, *de lege ferenda* l'article 602 devra être reformulé de la manière suivante : « *Sauf expertise médicale, et nonobstant toute convention contraire. L'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cent jours après la dissolution ou l'annulation du mariage a pour père le mari de sa mère* ». Et dans l'action en recherche de paternité, nous savons qu'il y a lieu de prouver l'existence de la filiation par l'ADN. C'est dans ce sens que, commentant l'article 601 du Code de la famille, MUPILA NDJIKE et WASENDA N'SONGO affirment que le procédé médical de l'ADN permet d'établir avec latitude le lien de filiation paternelle⁵¹.

⁵⁰ Comptes analytiques du code de la famille, op.cit., p.252 où on peut noter la faiblesse autrefois révélée par le législateur : « *Comme il est actuellement impossible de prouver scientifiquement la paternité et afin de promouvoir la tranquillité des mariages, le code prévoit que le mari d'une femme mariée doit être considéré comme le père de tous les enfants qui naissent pendant ou qui ont été conçus dans les trois cents jours après la dissolution de celui-ci* ».

⁵¹ MUPILA NDJIKE KAWENDE et WASENDA N'SONGO, *Code de la famille, modifié, complété et annoté*, Kinshasa, Pax Congo, Editions Universitaires, 2017, p.373.

2.2. Le cas du VIH/SIDA

2.2.1. Problèmes socio-juridiques posés par la question du VIH/SIDA

L'épidémie du SIDA/Syndrome d'immuno déficience acquise a fait resurgir au sein de nos sociétés contemporaines des peurs que l'on croyait définitivement éteintes, celles qui se manifestaient, autre fois devant la peste, ou il a quelques années devant le choléra, la tuberculose ou même l'épidémie d'EBOLA découverte en République Démocratique du Congo.

L'ampleur de l'épidémie du SIDA et le fait que la maladie ait au départ davantage touché certaines catégories de personnes ont largement contribué à l'émergence d'un discours moral et parfois irrationnel : certaines voix n'ont pas hésité à dire que le Sida était un châtimeur envoyé par Dieu aux personnes ayant des comportements condamnables⁵².

Il est frappant de constater que ce discours n'appartient pas qu'aux « siècles obscurs » et qu'il rencontre encore un certain écho dans la société moderne qui se prétend rationnelle, scientifique et libérée des mythes⁵³.

Le droit Congolais de la famille actuel, spécialement dans le code de la famille, n'a pas résolu la question de la santé des époux, encore moins de leurs enfants, en rapport avec le VIH/SIDA. Les futurs époux se marient sans tenir compte du problème de VIH/SIDA.

Le Sida a envahi le monde avec une vague de souffrances et d'angoisses. Quoiqu'une perspective juridique au problème soit inadéquate, le recours au droit est quand même nécessaire avant tout pour régler les questions de responsabilité et de dépistage. C'est ainsi qu'une loi portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectées a été promulguée par le président de la République.

Bien avant cette loi, les couples Congolais instruits allaient déjà se dépister en vue du mariage. Et lorsque l'on constatait la présence du VIH/SIDA, c'est la séparation qui s'ensuivait, due souvent à la divulgation du secret par le médecin, sous prétexte qu'il fallait sauver l'autre partenaire afin qu'il ne soit pas

⁵² Gilles (M), « Sida et droit pénal », in *Revue de science criminelle et de droit pénal Comparé*, n°1, Paris, Dalloz, 1996, p.81.

⁵³*Idem*.

atteint. Le législateur n'a parlé de la transmission du SIDA pour la 1^{ère} fois qu'en 2006, et sans tenir compte des cas qui peuvent surgir entre personnes mariées⁵⁴.

Aujourd'hui avec la nouvelle loi, la transmission du VIH/SIDA de manière délibérée est érigée en infraction⁵⁵ ; la loi prévoit aussi une exception au principe de confidentialité et du respect de la vie privée⁵⁶, en disposant que sous peine de tomber sous les dispositions de la présente loi, toute personne se sachant séropositive informe aussitôt son conjoint et ses partenaires sexuels de son état sérologique au VIH ; et toutefois, si le patient s'abstient de faire connaître son statut à son conjoint, le médecin peut, à titre exceptionnel, déroger au secret professionnel. En outre, la même loi oblige le consentement éclairé considéré désormais comme preuve que l'on est informé de l'état sérologique de son conjoint ou futur conjoint.

Toutes ces dispositions **indexées** de la loi sur le VIH/SIDA viennent poser d'autres problèmes en droit de la famille, spécialement en ce qui concerne le mariage. Ces problèmes sont les suivants :

- S'agissant de la contamination de la maladie de manière délibérée par l'un des conjoints à l'autre, qui doit porter plainte ? Est-ce, toute personne intéressée, même le ministère public, à défaut de la victime ? La loi ne dit rien à ce sujet, elle se contente seulement à réprimer l'acte infractionnel.
- Quand à la dérogation au secret professionnel, qu'advient-il au cas où le médecin refuse de divulguer le secret en ce cas exceptionnel ? Le code de la famille ne règle pas une telle question. Comment alors protéger le couple marié face à ce problème quand même le droit pénal n'est pas claire à ce sujet.
- Quant au consentement éclairé, le code de la famille ne le cite pas parmi les conditions de formation du mariage, encore qu'il ne prévoit pas comme condition un quelconque test lié à l'état sérologique des époux. L'époux trompé, c'est-à-dire celui à qui l'on a caché le statut sérologique de son conjoint, peut-il se prévaloir d'un quelconque droit comme la nullité par exemple, sous prétexte de vice de consentement ?

⁵⁴ Article 174 du code pénal tel que modifié par la loi n° 06/08 du 20/07/2006 modifiant et complétant le décret du 30 janvier 1940 portant code pénal congolais. Cette disposition parle de la transmission de manière délibérée d'une infection sexuellement transmissible incurable. On peut ainsi citer le VIH/SIDA.

⁵⁵ Article 45 de la loi n° 08/011 du 14 juillet 2008 portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectées.

⁵⁶ Article 41 de la loi précitée.

2.2.2. Intérêt de la question et perspectives de réforme en droit Congolais

2.2.2.1. Intérêt de la question

Pour comprendre l'intérêt qu'il y a à faire une telle étude, il suffit de comprendre le danger que présente cette maladie non seulement pour la société Congolaise mais aussi et surtout pour le couple marié. Le mariage intègre les époux dans la famille⁵⁷, celle-ci conservant et promouvant la vie ; or, le Sida est une des graves maladies qui met fin à la vie et même à celle des autres s'ils n'y prennent garde.

En plus, envisager le Sida sous l'angle du droit pénal⁵⁸, c'est implicitement reconnaître que cette maladie peut susciter des comportements en conflit avec les normes de notre société, ces dernières étant l'expression de nos valeurs⁵⁹. Et au regard du droit de la famille dans l'organisation des conditions de formation du mariage, envisager la notion du Sida peut apparaître comme un obstacle à la liberté du mariage, qui est un droit sacro saint reconnu et protégé par toutes les sociétés. Loin de là, la réalité est que « envisager le VIH/SIDA » sous l'angle du droit de la famille est une solution permettant aux couples de mieux perpétuer leur espèce et de vivre une vie de famille saine, car le VIH/SIDA déstabilise l'homme sur tous les plans. Le VIH/SIDA est considéré comme une mort lente mais sûre car lorsqu'on en est atteint, il est rare de faire dès la découverte de la maladie le quart d'un siècle.

2.2.2.2. Perspective de réforme en droit Congolais

Nos perspectives constituent donc des réponses pratiques à ce que devra faire le législateur dans l'avenir. Ainsi, nous pouvons réfléchir de la manière suivante :

2.2.2.2.1. De l'examen prénuptial de dépistage

Nous proposons que le législateur du code de la famille puisse prévoir *de lege ferenda* le test de dépistage comme condition de formation du mariage. Comme nous l'avons déjà relevé, aujourd'hui en République Démocratique du Congo, c'est le comportement qu'ont les futurs époux intellectuels et avertis plus souvent. Il arrive souvent qu'ils soient contraints par les responsables religieux à passer certains tests notamment celui du VIH/SIDA avant la célébration du mariage à l'Eglise, laquelle est toujours précédée par la célébration devant l'officier de l'état civil.

⁵⁷ HESS.FALLON, Brigitte et alii, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p.32

⁵⁸ GILLES(M), *Op.cit.*, p.81.

⁵⁹ *Idem.*

Cet examen sert à dépister d'éventuelles pathologies dans le couple et les futurs enfants. L'examen prénuptial devra être individuel, chaque futur conjoint gardant la maîtrise des informations. Cependant pour le cas du VIH/SIDA, il y a une exception au principe de confidentialité et de la vie privée. Cette exception peut paraître contraire aux dispositions de l'article 36 de la loi portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectées. En effet, l'article 36 précité dispose : *« le test de dépistage du VIH est volontaire, anonyme, confidentiel et gratuit. Il est précédé et suivi des conseils appropriés. Sans préjudice de l'article 13 de la présente loi, le test est assorti, en cas de don de sang, de tissus ou d'organes humains, du consentement éclairé du donneur »*.

On déduit de cette disposition que nul ne peut être obligé à faire le test de dépistage au VIH/SIDA ; le test du VIH/SIDA est confidentiel, c'est-à-dire le résultat ne peut être révélé à une autre personne en dehors de la personne concernée, sauf par exemple le cas des personnes incapables comme les mineurs ou les déments dont les résultats pourront respectivement être donnés à celui qui exerce l'autorité parentale ou aux parents et au curateur ou tuteur.

L'exception consacrée par la loi portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectées est rencontrée à l'article 41 de cette loi. *« Sous peine de tomber sous le coup des dispositions de l'article 45 de la présente loi, toute personne se sachant séropositive informe aussitôt son conjoint et ses partenaires sexuels de son statut sérologique au VIH. Toutefois, si le patient s'abstient à faire connaître son statut sérologique à son conjoint, le médecin peut, à titre exceptionnel, déroger au secret professionnel »*.

La condition de test prénuptial devra être insérée dans les conditions de fond du mariage en droit Congolais, contrairement à ce que pensent le professeur IBULA TSHIATSHILA et Monsieur ANGELESI BAYENGA. En effet, si avec ANGELESI BAYENGA, nous pensons contrairement au professeur IBULA TSHIATSHILA que la condition de test prénuptial du VIH/SIDA est une condition de fond⁶⁰, nous nous distinguons néanmoins d'ANGELESI BAYENGA en ce que nous pensons que la réforme devra plutôt être insérée dans le code de la famille en créant des alinéas à l'article 351 au lieu de l'insérer dans la loi portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectée⁶¹. Ainsi, le législateur du code de la famille pourra ajouter la condition du test prénuptial de la manière suivante, à l'article 351:

⁶⁰ IBULA TSHIATSHILA, « Le droit au mariage à l'épreuve de la loi n°08/11 du 14 juillet 2008 portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectées », thèse de doctorat en Droit, Université de Kinshasa, 2013, inédit, p.494 où l'auteur pense qu'il s'agit d'une condition de forme.

⁶¹ ANGELESI BAYENGA, « La protection des époux et de leurs enfants contre le risque de transmission du VIH/SIDA en droit Congolais de la famille », mémoire de DES en Droit, Université de Kinshasa, 2011-2013, inédit, p.76 où l'auteur estime qu'il s'agit plutôt d'une condition de fond.

« Sans préjudice au principe de la confidentialité des examens médicaux du respect de la vie privée garanti en droit Congolais, les personnes désireuses de se marier devront passer le test du VIH/SIDA et de l'électrophorèse trois mois avant la célébration ou l'enregistrement de leur mariage par l'officier de l'état civil.

Chacun des futurs époux se sachant séropositif informe aussitôt l'autre futur conjoint de son statut sérologique au VIH.

Toutefois, le statut sérologique ou l'incompatibilité des futurs époux ou de l'un d'eux n'est pas un obstacle à la liberté du mariage, s'il est avéré que les futurs époux ont obtenu l'un de l'autre un consentement éclairé »

Enfin, notons que le test prénuptial devra être mentionné dans un document appelé certificat prénuptial à produire devant l'officier de l'état civil parmi les pièces requises.

2.2.2.2. Rôle et responsabilité du médecin consulté

Ce n'est que de vive voix que le médecin tenu au secret professionnel pourrait prévenir le conjoint de la personne vivant avec le VIH/SIDA⁶². La loi ne dit rien au cas où le médecin s'abstient de divulguer le secret à l'autre conjoint. Au stade actuel de notre droit, nous pensons que le médecin pourra être poursuivi pour faux et usage du faux s'il est établi qu'il aurait rédigé un certificat médical prénuptial pour les futurs époux alors qu'il n'a pas en réalité fait des examens médicaux. Au cas où le médecin s'abstiendrait de déroger au secret professionnel dans le cas prévu par la loi, il sera poursuivi pour non assistance à personne en danger. Mais pour mieux renforcer la protection des époux contre le VIH, il faudrait *de Lege ferenda* ajouter un alinéa qui sera le 2^{ème}, à l'article 405 du code de la famille :

« Si le consentement donné par erreur a exposé l'époux induit en erreur à contracter le VIH/SIDA, le médecin qui s'est abstenu à révéler l'état sérologique, l'officier de l'état civil qui aura célébré le mariage alors qu'il ne lui a pas été donné un certificat médical prénuptial, ainsi que l'autre époux contamination seront punis de cinq à six ans de servitude pénale principale et de 1.000.000 de francs Congolais d'amende ».

Comme commentaire à cet alinéa proposé, nous pouvons reprendre les idées essentielles développées dans le commentaire de l'article 405 du code de la famille tel que modifié et complété, par le compte analytique du code de la famille : les circonstances telle que l'impuissance du mari, la stérilité ou la maladie de l'un des conjoints n'empêchent pas un mariage d'être valide, néanmoins, s'il est prouvé qu'au moment du mariage l'un des époux n'était pas au courant de la déficience de

⁶² Article 41 de la loi sur la protection des droits des personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectées.

l'autre, le premier pourra invoquer cette ignorance et obtenir la nullité du mariage. Spécialement pour ce qui est du VIH/SIDA, le médecin et l'officier de l'état civil seront ici concernés par des sanctions pénales. Mais s'agissant de l'électrophorèse, l'alinéa 1 de l'article 395 actuel suffit pour l'époux victime à demander simplement et seulement la nullité du mariage ou même le divorce s'il prouve que suite à ce vice de consentement, le maintien de la vie conjugale n'est plus possible.

2.2.2.2.3. Rôle et responsabilité de l'officier de l'état civil

L'officier de l'état civil devra désormais exiger aux futurs époux le dépôt d'un certificat prénuptial où il sera signalé que les futurs époux ont passé les deux examens proposés en vue du mariage, à savoir le VIH/SIDA et l'électrophorèse. En conséquence, l'officier de l'état civil qui désormais aura procédé à la publication des banns et à la célébration d'un mariage sans que lui aient été remis le certificat médical prénuptial devra être sanctionné.

De Lege ferenda, l'on devra se référer à l'alinéa 2 de l'article 405 que nous avons proposé, pour ce qui est du VIH/SIDA. S'agissant de l'électrophorèse en application de l'article 395 du code de la famille, tel que modifié et complété.

2.2.2.2.4. Rôle et responsabilité des époux ou de l'un d'eux

Les futurs époux devront être placés devant la responsabilité chacun. Ils devront faire le test prénuptial auprès du médecin de leur choix. Il est recommandé pour le test de l'électrophorèse que les futurs époux le fassent dans un même Centre hospitalier, pour que, s'ils le veulent, un diagnostic leur soit révélé afin de les rendre plus responsables sur les décisions d'engagement à prendre malgré le caractère confidentiel des tests médicaux ou même de toute consultation médicale. Lors de nos enquêtes menées auprès des médecins de grands hôpitaux de Kinshasa, nous avons curieusement constaté dans les registres médicaux que le test est toujours fait par les époux ; les médecins admettent cela et estiment que c'est plus sûr quand le test se passe ainsi.

La responsabilité de l'un des époux sera retenue s'il transmet *délibérément* la maladie à l'autre. Le législateur avait estimé sage d'ajouter l'adverbe « *délibérément* », car il a lui-même autorisé le mariage de la personne sidéenne avec une personne saine, à condition d'avoir obtenu de cette dernière son consentement éclairé. C'est une cause de justification. Cependant, la loi ne dit rien sur les personnes pouvant porter plainte ou ester en justice, ce qui dérange l'esprit du droit

de la famille, d'autant plus que généralement, en droit pénal de la famille, l'on tient toujours à sauvegarder l'intimité du foyer et certaines méconduites infractionnelles peuvent être passibles des amendes coutumières ou des amendes financières sans emprisonnement. Et souvent dans les rapports entre époux, lorsque l'un d'eux commet une infraction, comme par exemple l'adultère⁶³ ou la bigamie, seul l'époux victime ou lésé, peut porter plainte ou quelques personnes bien déterminées et dans un cercle restreint. Cependant le législateur de la loi sur le VIH (LPP/VIH) laisse croire que toute personne, peut porter plainte et ternir même l'image d'un couple. En droit de la famille, l'article 45 de la loi portant protection des droits les personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectées est un danger pour la sécurité, la stabilité et l'unité de la famille, car en droit pénal, il est de principe que lorsque le législateur n'a pas déterminé les noms des personnes pouvant ester en justice dans une matière, le principe est qu'on se réfère au droit commun, c'est-à-dire tout le monde pourra porter plainte ou même dénoncer et le ministère public pourra se saisir d'office.

2.3. Le cas de l'électrophorèse

2.3.1. Intérêt de la question

Il ne suffit pas seulement d'être apte à procréer, mais il faut également chercher à avoir des enfants en bonne santé. Beaucoup de couples mariés ont divorcé parce qu'ils ont eu des enfants drépanocytaires à cause de l'incompatibilité détectée dans leur sang. D'autres couples désireux de contracter mariage se sont séparés jusqu'après consultation du médecin, les époux ont compris qu'il y a peu de chance à avoir des enfants en bonne santé.

Il faut donc, pour éviter de tomber sur ce coup, faire l'examen dénommé « *électrophorèse* » (mieux dénommé *l'électrophorèse de l'hémoglobine*). L'évolution de la médecine a démontré l'utilité de ce test, et les couples avisés n'hésitent pas de passer ce test. Le danger qu'il y a ici c'est que le droit de la famille, mieux le code de la famille, ne connaît pas de réglementation d'une telle pratique, ce qui laisse le médecin se comporter comme il l'entend et les familles respectives des époux ou des futurs époux à entrer dans la vie privée sanitaire du couple, en obligeant les futurs époux à divulguer le résultat, ce qui les amènent quitte à décider du sort du couple.

⁶³ LUZOLO BAMBI et BAYONA BAMEYA, *Manuel de procédure pénale*, PUC, Kinshasa, 2011, p.173.

Comme pour la section précédente, nous allons faire presque la même démarche, mutatis mutandis, en ce qui concerne les perspectives relatives au test de l'électrophorèse.

2.3.2. Perspectives de réforme

2.3.2.1. De l'examen prénuptial de l'électrophorèse

Les couples avisés et intellectuels, rappelons-le, vont se faire examiner pour savoir si leur union charnelle ne donnera pas naissance aux enfants anémiques ou drépanocytaires.

Le fait précédant le droit et le droit régissant les faits afin d'assurer la protection de tous en préservant la société contre d'éventuels désordres ou troubles entre autres familiaux, le législateur devr*de lege ferenda* disposer que le contrôle de l'état physiologique des époux soit obligatoirement pris en compte. Il faudra donc outre l'examen de dépistage au VIH, passer le test d'électrophorèse comme test prénuptial.

Cet examen prénuptial d'électrophorèse permettra d'identifier s'il y aurait une incompatibilité des sangs des futurs époux, ce qui est source de malformation ou des maladies pour les futures progénitures et qui généralement amène les personnes mariées ou non à divorcer ou à se séparer. Le progrès médical a démontré l'utilité de ce test mais le danger c'est que le droit de la famille ne connaît pas de réglementation d'une telle pratique.

2.3.2.2. Rôle et responsabilité du médecin consulté

S'agissant du test de l'électrophorèse, le médecin ne devra mentionner que les époux ont passé le test en vue du mariage. La responsabilité du médecin ne sera retenue que lorsqu'il donne de faux résultats à chacun des époux. Il doit juste constater que les époux ont réellement passé le test de l'électrophorèse en vue du mariage, dans le certificat médical prénuptial à produire devant l'officier de l'état civil.

Les époux eux pourront chacun en ce qui les concerne garder ou divulguer le secret des résultats à l'autre.

2.3.2.3. Rôle et responsabilité de l'officier de l'état civil

Comme pour la section précédente, l'officier de l'état civil devra vérifier si les époux ont passé les examens prénuptiaux proposés. Il ne pourra pas procéder à la publication et à la célébration du mariage sans que lui aient été remis les certificats médicaux prénuptiaux des époux, car un tel mariage ne pourra plus jamais être célébré. Toutefois, le mariage devra ou pourra être célébré sur autorisation du procureur de la République, en raison des circonstances empêchant les époux à obtempérer à cette nouvelle condition que nous proposons.

Si l'officier de l'état civil procède de plein droit à l'enregistrement ou à la célébration du mariage, il devra être passible des peines d'amendes. Le rôle de l'officier de l'état civil est donc de sécuriser la vie du futur couple contre certaines maladies qui toucheraient même la vie de leurs enfants et aussi de rendre chacun des époux responsable des engagements à prendre, en âme et conscience.

2.3.2.4. Responsabilité de chacun des époux ou de l'un d'eux

Les époux sont tenus à présenter à l'officier de l'état civil le certificat médical. Ils ne peuvent s'y abstenir de plein droit.

La responsabilité d'un époux devra être retenue lorsqu'il fait faire un faux certificat médical, c'est-à-dire, celui qui ne reprend pas les noms et les signatures des médecins, le nom de l'hôpital dont il s'agit et qui ne précise pas l'examen réellement passé.

Il devra être poursuivi sur le plan pénal, pour faux en écriture et usage du faux. Sur le plan civil, l'époux victime pourra solliciter la nullité du mariage pour erreur sur la personne, en raison des révélations du vrai état physiologique postérieure.

2.3.2.5. De la preuve des tests prénuptiaux : le certificat médical prénuptial.

Il faut noter que cette perspective concerne aussi le VIH/SIDA.

Le projet du mariage ne pourrait plus être publié sans la production du certificat qui en fait la preuve, ce qui devrait faire de cette exigence un empêchement prohibitif au mariage (dans la mesure où l'on peut présumer que le consentement des parties n'était ou n'est pas éclairé).

2.3.2.5.1. Objectifs

Le certificat médical prénuptial devra devenir un acte régi par le code de la famille. Il devrait être remis aux futurs époux (à chacun d'eux) par le médecin ou l'infirmier consulté. Le médecin ou l'infirmier consulté quant à lui ne devra seulement délivrer le certificat médical prénuptial qui indique que le futur époux ou les futurs époux avaient bel et bien passé les tests de l'électrophorèse et du VIH/SIDA. Le certificat médical prénuptial devra devenir un document nécessaire pour établir un dossier de mariage.

2.3.2.5.2. Présentation du certificat médical prénuptial

Le législateur du code de la famille devra *de lege ferenda* obliger que soit fourni avant le mariage à l'officier de l'état civil, un certificat médical datant d'au plus trois mois, par les époux. Ce certificat, comme nous venons de le voir, devra simplement affirmer que les époux sont passés par des tests médicaux exigés en vue du mariage. Il faut reconnaître que le principe de la liberté matrimoniale consacrée tant par la constitution que par le code de la famille interdit certainement que le législateur exige *de lege ferenda* la délivrance d'un certificat médical prénuptial attestant la bonne ou la mauvaise santé des époux ; on pourrait en revanche prôner une meilleure information du futur conjoint, par exemple en ne permettant au médecin de délivrer le certificat qu'une fois établie la connaissance par l'autre, des résultats des examens pratiqués, dans le cas du test du VIH/SIDA où la séropositivité de l'un des futurs conjoints serait établie. Outre la mention selon laquelle les époux ont réellement passé les tests médicaux prénuptiaux, que doit contenir le certificat médical prénuptial, ce dernier devra en outre contenir les énonciations ou mentions obligatoires ci-après :

- le (les) nom(s), sexe(s), le lieu et la date de naissance, ainsi que le domicile ou la résidence ;
- la date du test ou des tests passés en vue du mariage ;
- le nom du Centre hospitalier où les examens ont eu lieu ;
- le nom du médecin ainsi sa signature.

Le législateur devra également *de lege ferenda* ajouter un point 4 à l'article 373 du code de la famille. En effet, l'article précité énumère les pièces que doit exiger l'officier de l'état civil pour la célébration ou l'enregistrement du mariage : Les époux devront désormais, chacun déposer le certificat ou leur certificat médical prénuptial.

CONCLUSION

Le code de la famille a donné à la République Démocratique du Congo un droit de la famille unique et uniforme auquel nul ne peut déroger pour d'autres raisons. Etendant son application sur tout le territoire, il fait régner, en **RDC**, les mêmes lois civiles tendant à concilier les droits de la personne et de la famille.

Le but poursuivi par le code de la famille est d'unifier et d'adapter les règles qui touchent aux droits de la personne et de la famille à la mentalité Congolaise⁶⁴. Mais, est-ce par l'effet de codification que le code de la famille devient la source unique exclusive du droit de la famille ?

En lui-même, le code de la famille ou le droit de la famille n'a pas été conçu par ses auteurs comme une œuvre finie, figée, immuable, parfaite, car et comme l'a **affirmé** Portalis : « *On ne fait pas un code mais il se fait avec le temps* ». Il poursuit en **ajoutant que** : « *Puisque la loi n'a ni yeux, ni oreille, elle doit pouvoir être modifiée d'après ce que l'équité exige, suivant les circonstances et suivant les inconvénients qu'elle produit dans les cas particuliers.*

Voilà pourquoi aujourd'hui le progrès médical qui crée des confusions dans les mentalités de certaines sociétés, ne peut laisser indifférent le droit de la famille qui est appelé à dessiner la vie quotidienne et la trame profonde d'une société ; il faut de nos jours que le droit de la famille trace une autre voie pour le progrès médical qui influence certaines questions liées au mariage qui crée la famille, celle-ci étant le rempart des libertés et même une institution fondamentale de la société. On ne peut donc laisser la famille être influencée sans **des** normes adéquates. Et puisque le droit de la famille est lié aux mentalités, ses modifications, nous l'estimons, doivent être liées au changement des mœurs.

Dans le cadre de **ce** travail, nous avons précisé en quoi est-ce que le progrès médical influence le droit de la famille dans l'organisation du mariage. Nous avons relevé que de nos jours, le progrès médical a changé les mentalités des couples, des futurs couples et des familles, à travers les tests recommandés en vue du mariage tels que l'électrophorèse et le dépistage du VIH/SIDA.

En plus, le débat sur la paternité de l'enfant est révolu grâce au test d'ADN, ce qui devra désormais permettre à la femme mariée d'être exemptée de cette obligation. Grâce au test d'ADN, le délai d'attente prévu par le législateur et auquel est soumis la femme mariée devient inopportun et constitue, au regard de l'évolution des mœurs et du progrès médical, une discrimination à l'égard de la femme.

⁶⁴ Exposé des motifs du code de la famille.

Revenant sur l'électrophorèse et le VIH/SIDA, nous avons souligné que ces tests facilitent les couples à avoir des enfants en très bonne santé au cas où ils comprennent leur bien-fondé et suivent attentivement les conseils du médecin.

Bref, le législateur devrait désormais tenir compte également de *lege ferenda* (en droit de la famille) des tests de dépistage du VIH/SIDA, de l'électrophorèse et de l'ADN (en supprimant le délai d'attente) parce que chaque société définit de manière plus ou moins consciente un système de valeurs qui inspire les individus dans leurs attitudes et comportements. Le législateur Congolais du code de la famille ne peut donc se passer des réalités actuelles sus exposées dues à l'évolution louable de la médecine.

BIBLIOGRAPHIE

I. TEXTES OFFICIELS

- Loi n°87/010 du 01 août 1987 portant code de la famille, in *JORDC*, numéro spécial, 2014.
- Loi n° 06/08 du 20 juillet 2006 modifiant et complétant le décret du 30/01/1940 portant Code pénal congolais, in *JORDC*, numéro spécial, 2009.

- Loi n° 08/011 du 14 juillet 2008 portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectées, in *JORDC*, n° spécial, 2008.
- Loi n°16/008 du 15/07/2016 modifiant et complétant la loi n°87/010 du 01 août 1987 portant code de la famille, in *JORDC*, n° spécial, 2016.

II. DOCTRINE

1. Ouvrages

- BENABENT (A), *la famille*, 6^{ème} éd., Paris, Litec, 1995.
- BONY CIZUNGU, *Les infractions de A à Z*, Kinshasa, Editions Laurent Nyangezi, 2011.
- BUFFELAN-LANORE(Y) et LARRIBAU (V), *Droit civil, introduction, biens, personnes, famille*, Paris, Dalloz, 2013.
- FREDERIQUE EVDIER, *Droit de la famille*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2003.
- FREDERIQUE GRANET-LAMBRECHTS et PATRICE HULT, *Droit de la famille*, 4^e éd., PUG, 2014.
- GUINCHARD (S) et DEBARD(T), *Lexique des termes juridiques*, Paris, 19^e éd., Dalloz, 2011.
- HESS FALLON et alü, *Droit de la famille*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2002.
- LIKULIA BOLONGO, *Droit pénal spécial zaïrois*, Tome I, Paris, LGDJ, 1985.
- LUZOLO BAMBI et BAYONA BAMEYA, *Manuel de procédure pénale*, Kinshasa, PUC, 2011.
- MALAURIE (P) et allié, *la famille*, Paris, Cryas, 3^{ème} édition, 1993,
- MUPILA N'DJIKE KAWENDE et WASENDA N'SONGO, *Code de la famille, modifié, complété et annoté*, Kinshasa, Pax Congo, Editions Universitaires, 2017.
- MWANZO Idin'AMINYE (E), *Droit civil : Les personnes, la famille et les incapacités*, 1^{ère} année de graduat, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, Kinshasa, Afriquespoir, 2013.
- NDOMBA KABEYA (Elie Léon), *Cours de droit civil de la famille*, 1^{ère} partie, *La personne*, CIDFA, Kinshasa, 2011.
- NDOMBA KABEYA (Elie Léon), *Droit civil de la famille*, 2^{ème} partie, *La famille et les relations familiales*, Kinshasa, CIDFA, 2011.
- NDOMBA KABEYA(Elie Léon), *Nouveau Code de la famille*, textes coordonnés et réglementaires, Kinshasa, Uni Press, 2017
- RUBELLIN DEVICHI (J), *Droit de la famille : mariage, divorce*, Paris, Dalloz, 1996.

2. Cours

- BOMPAKA NKEYI, Introduction générale au Droit privé, Cours polycopié, 1^{er} graduat, Faculté de Droit, UWB, Kinshasa, 2013-2014, inédit.
- BOMPAKA NKEYI, Evolution du droit de la famille, Cours polycopié, 3^{ème} graduat, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, 2006-2007, inédit.

3. Articles

- ELLUL(J), « La pensée sociale contre les faits observables », in *P.KALTENBACH, La famille contre les pouvoirs*, nouvelle cité, 1989,
- Gilles (M), « Sida et droit pénal », in *Revue de science criminelle et de droit pénal Comparé*, n°1, Paris, Dalloz, 1996.
- HEIKE JUNG, « Introduction au droit médical allemand », in *revue de science criminelle et de droit pénal Comparé*, n°1, Paris, Dalloz, 1996
- KENGO WA DONDO, « Considérations sur le projet du nouveau code de la famille », audience solennelle de rentrée judiciaire du 16 octobre 1976, in *Bulletin des arrêts de la Cour Suprême de Justice* de l'année 1976, Kinshasa, 1976.
- LASSERE(V), « La refondation de la famille et de la société par les gènes », in *Archives de philosophie du droit*, tome 57, *la famille en mutation*, Paris, Dalloz, 2014.
- SOHIER (A.), « Le mariage en milieu coutumier Congolais », in *RCB*, 1943.

III. AUTRES DOCUMENTS

- Exposés généraux et commentaires analytiques des articles du Code de la famille, Rapport inédit de la Commission de réforme du droit Congolais sur le projet du Code de la famille.

IV. MEMOIRES ET THESES

- ANGELESI BAYENGA, « La protection des époux et de leurs enfants contre le risque de transmission du VIH/SIDA en droit Congolais de la famille », mémoire de DES en Droit, Université de Kinshasa, 2011-2013, inédit.
- IBULA TSHIATSHILA, « Le droit au mariage à l'épreuve de la loi n°08/11 du 14 juillet 2008 portant protection des droits des personnes vivant avec le VIH/SIDA et des personnes affectées », thèse de doctorat en Droit, Université de Kinshasa, 2013, inédit,
- KAPETA NZOVU, « Divorce en droit zaïrois, situation actuelle et perspectives d'intégration », thèse, Université Nationale du Zaïre, Kinshasa, 1975.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE I. LE PROGRES MEDICAL ET LE DROIT DE LA FAMILLE.....	5
Section I. Progrès médical	5
§1. Intérêt de la question	5

§2. Relativité de la question de l'évolution médicale en droit de la famille.....	6
§3. Finalités actuelles du progrès médical.....	7
Section II. Droit de la famille	11
§1. Généralités sur la famille	11
B. Importance et/ou rôle de la famille	12
§2. Droit de la famille	13
CHAPITRE II. DROIT CONGOLAIS DE LA FAMILLE A LA LUMIERE DU PROGRES MEDICAL.	16
Les cas du délai d'attente, du VIH/SIDA et de l'électrophorèse.	16
Section I. Le cas du délai d'attente.....	16
§1. Position du droit de la famille	16
§2. Le délai d'attente à l'épreuve du progrès médical	20
Section II. Le cas du VIH/SIDA.....	24
§1. Problèmes socio-juridiques posés par la question du VIH/SIDA.....	24
§2. Intérêt de la question et perspectives de réforme en droit Congolais.....	26
Section III. Le cas de l'électrophorèse	30
§1. Intérêt de la question	30
§2. Perspectives de réforme	31
CONCLUSION	34
BIBLIOGRAPHIE	35
TABLE DES MATIERES	37

L'INFLUENCE DU PROGRES MEDICAL SUR LE DROIT DE LA FAMILLE
« Cas du mariage au regard du délai d'attente, du VIH/SIDA et de
l'électrophorèse »

François LUKUSA KABWE

- *Assistant à la Faculté de Droit/UNIKIN*
- *Avocat au Barreau de Kinshasa/Gombe*
- *Bio éthicien*