

REPUBLIQUE DU SENEGAL



MINISTRE DE LA JUSTICE
CENTRE DE FORMATION JUDICIAIRE
SECTION MAGISTRATURE



MEMOIRE DE FIN DE FORMATION

Promotion 2008

THEME

**DIVORCE ET MARIAGE COUTUMIER EN
DROIT SENEGALAIS**

Présenté par :
Thioro FALL

Sous la direction de :
Cheikh BA, Juge au Tribunal
Départemental Hors Classe de
Dakar

REMERCIEMENTS

Nous rendons grâce à Allah, Le Tout Puissant, Paix et Salut sur son serviteur et dernier messager Mohamed.

Je certifie toute ma reconnaissance à mes parents et plus particulièrement à ma grand-mère.

Je remercie très sincèrement toutes les personnes qui, de près ou de loin, ont contribué à la réalisation de ce travail et plus particulièrement à mon directeur de mémoire.

DEDICACES

- A ma regrettée mère
- A ma très chère grand-mère qui m'inspire courage ,
humilité et abnégation
- A mon père
- A toute ma famille
- A mes amis
- A mon directeur de mémoire
- Au directeur et à tout le personnel du Centre de
Formation Judiciaire
- A mes camarades de promotion .

Au Sénégal, bien avant les indépendances, mis à part quelques textes de droits dits modernes principalement le code civil français introduit en 1805, l'organisation sociale sénégalaise était régie par les coutumes détenues par les notables gardiens des traditions. La particularité de ces coutumes était leur oralité et leur extrême diversité. Chaque groupe ethnique ou clan avait sa propre coutume différente de celle des autres groupes et était régi en matière de mariage et de divorce par des règles particulières, même si l'on pouvait relever quelques fois des traits communs.

Le mariage, l'union légitime d'un homme et d'une femme¹, était donc essentiellement traditionnelle dans la société sénégalaise. Ce mariage dit coutumier parce que célébré par les chefs coutumiers ou religieux et non par l'officier de l'état civil ne pouvait être dissout que par le décès de l'un des conjoints ou le divorce.

En matière de divorce également, deux systèmes coexistaient : celui des statuts particuliers ou traditionnels d'une part et le système du droit civil d'autre part. La répudiation ou divorce coutumier qui est la dissolution du mariage par la volonté unilatérale du mari a été cependant le mode de rupture du lien matrimonial le plus répandu. Avec ce type de divorce, l'intervention d'un tribunal n'était pas obligatoire. Il résultait simplement de la prononciation de la formule rituelle, par le mari, devant des témoins. Elle était cependant condamnée par l'ensemble des législations africaines et cela en raison de la situation avilissante et indigne qu'elle fasse à la femme. Elle était en effet considérée comme une manifestation de mépris portant atteinte à la dignité de celle-ci².

Du fait de leur extrême diversité et des prérogatives considérables qui ont été accordées à l'homme en matière de divorce qui détenait souvent l'initiative de la rupture, l'application de ces coutumes soulevait beaucoup de problèmes, et débouchait très souvent sur des abus sources de conflits et d'instabilité des ménages .

¹ Cf. Article 100 du code de la famille sénégalais « Le lien matrimonial crée la famille par l'union solennelle de l'homme et de la femme dans le mariage ».

² Cf. Allocution de Me A. Wade « la répudiation est tout simplement indigne d'une société moderne qui proclame l'égalité de l'homme et de la femme. Il faut la supprimer purement et simplement ». Note lue à la séance des 18/10/1966 du comité des options pour le code de la famille. Tome 2. p. 40.

Pour remédier à ces problèmes, le législateur sénégalais, au lendemain des indépendances, soucieux d'uniformiser les comportements sociaux en vue d'assurer l'unité des sénégalais en matière de statuts personnels et la stabilité des ménages, a entrepris un vaste programme d'unification et de modernisation du droit de la famille. Et comme on sait que la famille se crée par le mariage, la solution de la stabilité de la famille se trouve dans une bonne réglementation du mariage dans ses conditions de formation et de dissolution (divorce). C'est en ce sens que ces coutumes ont été écartées du droit positif pour soumettre les sénégalais au même droit.

En effet, le code de la famille de 1972 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1973 contient une disposition capitale qui abroge expressément l'ensemble des coutumes antérieures.³ Cependant en matière de mariage, malgré ses faveurs marquées pour le droit moderne, le législateur sénégalais a maintenu le mariage coutumier et a institué l'option entre deux formes de mariage : celui célébré par l'officier d'état civil ou constaté par lui ou son représentant c'est-à-dire le mariage coutumier auquel peuvent recourir les futurs époux qui observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal [⁴]. Le code de la Famille confère ainsi la même valeur juridique au mariage célébré traditionnellement à celui célébré devant l'officier de l'état civil selon les règles du droit moderne en donnant notamment aux futurs époux la possibilité de célébrer le mariage coutumièrement ou selon le droit moderne (article 114).

Toutefois, aux termes de l'article 146, le mariage célébré selon la coutume doit être déclaré à l'officier d'état civil, faute de quoi, les époux ne pourront pas réclamer et obtenir les bénéfices et les avantages liés au mariage moderne comme par exemple les allocations familiales, les abattements fiscaux, certains soins médicaux pour les enfants nés du mariage.

Cependant, si pour le mariage le code de la famille reconnaît toujours une certaine place à la coutume, en matière de divorce par contre, le législateur nie tout pouvoir aux notables, chefs coutumiers ou religieux. La question du divorce est réglée par le chapitre 2 (articles 157 à 180) du code de la famille de 1972 qui en fait une institution essentiellement judiciaire et institue deux types de divorce : le divorce par consentement mutuel et le divorce contentieux.

³ Article 830 de la loi n°72-61 du 12 juin 1972 portant code de la famille sénégalaise : « A cette date, les dispositions du code civil, les textes législatifs et réglementaires, les coutumes générales et locales, à l'exception de celles relatives aux formalités consacrant traditionnellement le mariage, et les statuts particuliers applicables au Sénégal, cessent d'avoir force de lois ou de coutumes dans les matières qui font l'objet du code de la famille » publiée au Journal Officiel de la République du 12 Aout 1972.

⁴ La liste limitative fut dressée par un arrêté du 28 février 1961, Voir Journal Officiel du 18 Mars 1961, p.359.

En effet, il ressort des dispositions combinées des articles 157 et 165 dudit code que le divorce ne peut être prononcé que par une autorité judiciaire et pour l'une des causes établies par la loi. Cette double exigence de la loi entraîne l'importante conséquence qu'est la suppression du droit de répudiation.

Ainsi, le mariage célébré selon la coutume, même non constaté par l'officier de l'état civil, ne saurait être dissout par répudiation, forme rendue caduque par le code de la famille. Le divorce par décision unilatérale du mari ou répudiation, considéré par la législation actuelle comme étant incompatible avec le principe de l'égalité des sexes est supprimé et il lui est substitué le divorce judiciaire qui nécessite une procédure devant un tribunal. La répudiation n'est donc plus admise en droit sénégalais. Cependant, du fait de l'existence de certaines situations telles que le fort taux d'analphabétisme, la méconnaissance de la loi, l'inutilité d'un acte de mariage au regard des réalités locales, l'attachement des sénégalais aux règles coutumières en matière de famille ainsi que la consécration de la validité du mariage coutumier dans le code de la famille, elle est devenue une pratique courante, même après l'entrée en vigueur du code de la famille. Dans le cadre de cette étude, c'est ce dernier facteur qui nous intéresse c'est-à-dire l'analyse du rapport entre la consécration du mariage coutumier dans le code de la famille et l'institution du divorce judiciaire ou l'invalidité de tout autre mode de rupture du lien matrimonial y compris le divorce coutumier. La coexistence des règles coutumières et celles modernes en matières de formation et de dissolution du mariage, pose en effet, de réelles problèmes dans la pratique. Elle pousse la majorité des sénégalais à penser que comme ils se sont mariés coutumièrement, ils peuvent également divorcer selon leurs coutumes. Alors que la loi, tout en autorisant le mariage coutumier, prévoit expressément que le divorce d'un tel mariage ne peut être prononcé que par un juge moderne. Et, des lors la question qui se pose est la suivante: Qu'advient-il alors lorsque le mariage est dissout coutumièrement ? En d'autres termes, quelle est la sanction du prononcé du divorce d'un mariage, même coutumier, par répudiation ?

La réponse à ces interrogations ressort clairement de la loi de 1972 portant code de la famille sénégalais qui fait du recours à l'autorité judiciaire une condition de validité du divorce. Cela signifie en effet, que tout divorce prononcé par une autorité autre que celle habilitée par la loi n'est pas juridiquement valable, ne dissout donc pas le lien matrimonial. L'indissolubilité juridique du lien matrimonial empêche aux époux de pouvoir contracter un nouveau mariage.

En effet , des sanctions civile et pénale sont prévues lorsqu'une personne , en méconnaissance des règles établies, contracte un nouveau mariage avant la dissolution du précédent .

Il convient cependant de relever que, malgré la rigueur de cette réglementation, on n'a pu empêcher une très grande rupture d'unions continuée de se faire de manière traditionnelle. Dans la pratique, nombreux sont ceux qui préfèrent recourir aux règles coutumières et religieuses que de porter leur affaire devant les cours et tribunaux dits modernes. Et dans la plupart du temps, l'initiative de la rupture vient du mari. Cette pratique est synonyme de répudiation pure et simple sans conséquence pour le mari et pourtant la loi prévoit des sanctions sévères pour de telles pratiques. Le recours à la procédure judiciaire est en effet stigmatisé car, pour la plupart des personnes, tout comme le mariage, le divorce doit être une affaire de famille et par conséquent on n'a pas besoin de l'intervention de la justice, d'où l'intérêt de ce sujet. Il nous permet de mettre en exergue ,les difficultés d'application des règles du droit moderne , malgré ses avantages , dans un pays où la coutume est toujours dominante et Keba Mbaye à ce propos , énonçait que « le droit de la famille est le domaine de prédilection de la coutume. C'est la que les aventures du droit moderne ont été sans succès par ce que les conceptions qui servent de fondements au droit de la famille ont une forte coloration religieuse et prennent leurs sources dans les traditions les plus solidement ancrées en l'être africain ».⁵

Et, pourtant le divorce judiciaire ne présente que des avantages par rapport au divorce traditionnel ou coutumier. Il assure non seulement la stabilité des ménages mais protège les intérêts de la femme en rétablissant notamment l'équilibre rompu dans le cadre du divorce coutumier et l'intérêt des enfants issus du mariage. En conséquence, au-delà même des sanctions auxquelles ils sont exposés en cas de divorce coutumier, les époux ont plus intérêt à divorcer judiciairement. C'est donc par souci de protection des intérêts de la femme et des enfants issus du mariage que le législateur a adopté un tel choix.

Pour une analyse exhaustive de ce sujet, un plan en trois parties sera adopté. Nous consacrons d'abord quelques développements sur le mariage et le divorce en droit coutumier (chapitre 1). Nous montrerons ensuite les raisons de ce choix du législateur (chapitre 2). Nous analyserons

⁵ Youssoupha Ndiaye, Le divorce et la séparation de corps, NEA, 1979.

enfin les conséquences du divorce coutumier ou bien les sanctions en cas d'inobservation du divorce judiciaire (chapitre 3).

Chapitre 1 : Le mariage et le divorce en droit coutumier

Le mariage, l'union légitime d'un homme et d'une femme est une institution sociale. Il crée la famille. En effet, l'article 100 du code de la famille y fait référence lorsqu'il dispose : « le lien matrimonial crée la famille par l'union solennelle de l'homme et de la femme dans le mariage ».

Dans la société sénégalaise, le mariage est essentiellement traditionnelle, c'est une affaire de famille, c'est le mariage coutumier. Et toutes les coutumes au Sénégal confèrent au mariage une importance primordiale dans la vie sociale et dans celle de l'individu, importance qui est attestée par la minutie des règles juridiques qui président à sa conclusion (Section 1) comme à sa dissolution (Section 2).

Section 1 : Le mariage coutumier

Au Sénégal, le mariage revêt différentes formes. Il s'agit entre autres du mariage moderne et du mariage traditionnel. Le mariage moderne ou civil est celui régi par les dispositions du code de la famille au lendemain des indépendances alors que le mariage traditionnel est celui qui existait bien avant la colonisation. ». La loi reconnaît ainsi deux formes de mariages : le mariage célébré encore appelé, mariage civil, qui se passe directement devant l'officier d'état civil et le mariage constaté, que l'on appelle mariage coutumier, qui se passe devant une autorité religieuse (imam ou prêtre) ou coutumière. Le choix est ainsi offert aux futurs époux qui peuvent se marier soit civilement, soit selon leur coutume⁶. Le mariage coutumier est donc celui célébré, non pas par l'officier de l'état civil, mais par une autorité religieuse ou traditionnelle et selon les règles coutumières. Il est marqué par l'emprise de la religion et l'interprétation qu'en donne la société sénégalaise(I). C'est une telle conception du mariage que le code de la famille a tenté aujourd'hui de régler par sa constatation et les conditions de sa validité (II).

⁶ Voir Isaac Y. Ndiaye, « Le mariage à l'épreuve du droit traditionnel », Revue Sénégalaise de droit 2011, N°36, page 17 et s.

Paragraphe 1 : Le mariage en droit coutumier

Le mariage en tant qu'institution sociale au Sénégal, tire toute son importance et sa primauté du fait qu'elle est la seule source légitime de formation d'une famille. C'est par lui que l'individu acquiert une position sociale valorisée susceptible de lui donner une considération sociale.

Cette primauté du mariage sur toute autre forme d'union au Sénégal s'oppose aux modèles familiaux des sociétés occidentales où les couples peuvent se faire et se défaire en dehors du mariage civil ou religieux. Il est fortement influencé par la religion et les cultures locales ; ce qui lui confère ainsi un caractère juridique mais aussi rituel (profane ou religieux) très marqué.

A : La conception traditionnelle du mariage

Au Sénégal, le mariage était considéré comme une alliance entre deux familles qui allait au-delà de l'union des deux conjoints, la décision d'unir les futurs conjoints relevait alors des parents. C'est ainsi qu'un auteur⁷ définissait le mariage en Afrique comme étant « le contrat par lequel le chef d'une famille agissant au nom et pour le compte de cette dernière, engage une jeune fille dans des liens conjugaux avec un membre d'une autre famille représenté par son chef et moyennant une contrepartie telle qu'elle est définie par la coutume de la jeune fille ». C'est ainsi qu'autrefois le mariage était du ressort des parents et unissait non pas deux individus mais deux familles grâce au système d'échange traditionnel.

Ce type de mariage communément connu sous le nom de mariage préférentiel consistait à choisir pour son fils ou sa fille le mari ou l'épouse idéale. Considérées comme des mariages forcés dans la mesure où l'accord des époux n'était pas requis, ces unions, qui consistaient en des alliances croisées, visaient essentiellement à consolider les liens du groupe et l'union portait sur l'échange de la femme en contrepartie d'une compensation (la dot)⁸. Le mariage était à la fois une union préférentielle (et/ou forcée) et précoce, compte tenu de la jeunesse de la future épouse. Le choix portant sur l'un ou l'autre des futurs conjoints était déterminé par le comportement

⁷ Guy A. Kouassigon, Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire Francophone, Revue Pedone Paris 1974.

⁸ Voir Keba Mbaye, le droit de la famille en Afrique et à Madagascar, in Association Internationale, Mars 1968.

social des beaux-parents. L'objectif était d'assurer à l'avance un lien indéfectible destiné à durer toute la vie. Le mariage étant donc un engagement de groupe à groupe c'est-à-dire une affaire de famille, par conséquent, le consentement, notamment celui de la jeune fille n'était pas indispensable à sa validité.

En principe, lorsqu'il s'agit d'une jeune fille, seul son tuteur matrimonial (oncle ou père) peut consentir à son mariage sans avoir à la consulter. Il en est de même du jeune garçon impubère. Par contre, s'il s'agit du fils pubère ou d'une femme veuve ou divorcée, il leur appartient de consentir eux-mêmes à leur propre mariage, ce qui n'exclut pas pour autant l'intervention d'un tuteur matrimonial⁹. Par exemple dans les coutumes sérères islamisées ou non, peulh, toucouleur et ouolof, la personne habilitée à promettre la main de la jeune fille est, soit l'oncle maternel, soit le père. En cas de différend, les parents entraient en jeu et pesaient de tout leur poids pour ramener le couple à la réconciliation.

La condition de la femme n'était donc guère reluisante, même si *à priori* le mariage préférentiel n'était pas nécessairement forcé dans la mesure où les conjoints ne vivaient pas cette union comme une contrainte, mais plutôt comme une façon de rendre hommage à leurs parents et que ceci correspondait à la pratique en vigueur. De son côté, l'homme, s'il n'était guère consulté dans le choix de sa première épouse, pouvait néanmoins compenser en prenant d'autres épouses. La société sénégalaise a été très tôt fortement marquée par l'emprise de l'islam ; la polygamie était très pratiquée. En effet, dans la religion musulmane, le mariage occupe une place prépondérante. On retrouve cette forte influence de la religion et des cultures locales au niveau des formes de célébration du mariage coutumier.

⁹ - Jean CHABAS, «Le mariage et le divorce dans les coutumes des ouolofs habitants les grands centres du Sénégal », Annales de l'Institut des Hautes Etudes de Dakar.

B : La célébration du mariage coutumier

Au Sénégal, le mariage est influencé par la religion et les cultures locales. C'est ainsi que se sont les notables et les chefs coutumiers ou religieux qui sont au cœur de toutes les célébrations et non l'officier de l'état civil. Le chef coutumier ou religieux assiste au mariage et remplace l'autorité civile. Ainsi, bien que le législateur ne l'ait prévu nulle part, il n'est pas contesté que la célébration du mariage coutumier relève de la compétence exclusive de l'autorité traditionnelle. Toute autorité coutumière représente ainsi une coutume déterminée. Cette dernière remplit en sa personne les exigences de la coutume.

La célébration d'un mariage donne toujours lieu à une cérémonie publique, et souvent à une fête, l'ensemble étant appelé « noces ». Le mariage a ainsi un caractère juridique mais aussi rituel (profane ou religieux). Chaque région ou ethnie a sa propre mode de célébration. Ainsi, le mariage peut être célébré soit à la mosquée, soit au domicile de la fiancée en présence d'un religieux et des témoins, soit à l'église etc....L'essentiel c'est de respecter les rites et qu'il soit scellé par un imam ou par quelqu'un qui maîtrise le mode de célébration.

Qu'il s'agisse de coutumes fétichistes ou de coutumes islamisées, la conclusion du mariage est toujours précédé de démarches entreprises par des représentants (hommes ou femmes) de la famille du jeune homme auprès des représentants de la famille de la jeune fille¹⁰. Le plus souvent, ces démarches, les premières tout au moins, sont l'œuvre des femmes dont le rôle est déterminant. Lorsque l'accord est scellé, il est rendu public par des cadeaux variables destinés à en assurer la publicité: le futur doit fournir un certain nombre de prestations en nature ou en travail sur les champs de la famille de la promise, tandis que cette dernière doit, des ce moment, avoir une conduite réservée. Encore que la renonciation à la promesse soit possible, les familles tiennent à honorer leur parole. Par exemple chez les musulmans, principalement wolof et peuhl, le mariage coutumier consiste pour l'essentiel dans la remise de la jeune fille par sa famille au futur époux contre versement par ce dernier ou par sa famille d'une dot. Dans ces sociétés

¹⁰ Gabriel ARRIGHI, « Le droit de la famille au Sénégal », in le droit de la famille en Afrique Noire et à Madagascar, études préparées à la requête de l'UNESCO, 1968, pages 109 et suivants.

fortement islamisées, le mariage coutumier se compose donc de la dot, de la cérémonie religieuse qui a souvent lieu à la mosquée et de la valise. Cette opération est précédée par d'autres formalités s'insérant dans un cérémonial rigoureux que la coutume a minutieusement réglementé. Cette coutume présente quelques variantes suivant les ethnies¹¹. Toutefois, elle exige toujours la présence de deux témoins qui, par la suite, viendront affirmer l'existence du mariage. Les deux témoins sont généralement un des deux tuteurs matrimoniaux de la femme et un témoin de l'homme.

Ainsi, au Sénégal, la cérémonie religieuse précède toujours une éventuelle cérémonie civile et dans tous les cas, c'est la première qui scelle l'union. Le mariage civil est une formalité administrative non obligatoire. Les chrétiens sont davantage concernés par ce mariage qui doit précéder le mariage religieux. Et le Code de la famille ne contient aucune disposition qui permet d'imposer aux autorités traditionnelles la conclusion d'un mariage coutumier ; ce qui se passe entre les futurs époux et cette autorité, la loi l'ignore. En fait tout reposera de ce point de vue sur l'autorité traditionnelle, alors qu'il convient de relever que certaines de ces coutumes en vigueur ne sont pas toujours acceptées par le droit moderne. En général, au moment de la conclusion du mariage, certaines règles de fond telles que l'âge des époux, leur consentement etc. ne sont pas respectées.

Il ressort de ces analyses que cette situation n'était pas toujours bien vécue par les conjoints, surtout par la femme dont les aspirations n'étaient pas prises en compte. Dès qu'il s'agissait de mariage, les consentements étaient échangés entre les familles et ceux des époux ne jouaient aucun rôle dans la célébration de celui-ci, ce qui pouvait être source de tension permanente dans le couple. C'est une situation jugée anormale et contraire aux principes essentiels des droits humains et de la civilisation. C'est pour remédier à cela que le code de la famille, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1973 va minutieusement réglementer les conditions de fond et de forme du mariage qui, cesse d'être une affaire de famille pour devenir l'affaire des futurs époux d'où la primauté de leur consentement sur celui des parents. Cependant, le législateur n'est pas allé jusqu'au bout de sa logique par ce que la forme de célébration coutumière du mariage a été maintenue.

¹¹ Selon Chabas, « la célébration du mariage est une question qui relève du droit religieux et qui varie avec la religion des époux et les rites observés », article précité.

Paragraphe 2 : Le mariage coutumier dans le code de la famille.

Le code de la famille n'a pas pu briser les règles coutumières qui privilégient le mariage religieux ou coutumier sur le mariage civil, c'est en ce sens que le maintien du mariage coutumier a été décidé. En effet, l'article 114 dispose : « selon le choix des futurs époux, le mariage peut être célébré par l'officier d'état civil ou constaté par lui dans les conditions prévues par la loi ». La loi reconnaît ainsi deux formes de mariages : le mariage célébré encore appelé, mariage civil, qui se passe directement devant l'officier d'état civil et le mariage constaté, que l'on appelle mariage coutumier, qui se passe devant une autorité religieuse (imam ou prêtre) ou coutumière. Ce principe d'égalité des systèmes traditionnels et modernes, consacré par le législateur, dépendra alors du choix des citoyens sénégalais qui peuvent se marier soit civilement, soit selon leur coutume¹². Le code de la Famille confère une même valeur juridique au mariage célébré traditionnellement à celui célébré devant l'officier de l'état civil selon les règles du droit moderne. Il offre ainsi aux futurs époux la possibilité de célébrer leur mariage coutumièrement ou selon le droit moderne. Toutefois, il est aisé de remarquer que le législateur a une faveur pour l'utilisation généralisée de l'état civil au Sénégal. Cette préférence se perçoit le mieux par l'article 146 du code de la famille aux termes desquels le mariage célébré selon la coutume doit être déclaré à l'officier d'état civil, faute de quoi, les époux ne pourront pas réclamer et obtenir les bénéfices et les avantages liés au mariage moderne, comme par exemple les allocations familiales, les abattements fiscaux, certains soins médicaux pour les enfants nés du mariage...

Le législateur voulait ainsi réhabiliter toutes ces formes non civiles du mariage (coutumières) pour généraliser l'état civil, sans pour autant bousculer les traditions solidement ancrées dans la société sénégalaise. C'est en ce sens que bien que n'ayant pas supprimé cette forme de mariage, il oblige les époux à le faire par-devant un officier de l'Etat civil également, ou à défaut le faire tout au moins constater. C'est au cas où aucune des deux formalités n'aurait pas été

¹² Voir Isaac Y. Ndiaye, article précité.

respectées que l'article 146 vient sanctionner le manquement, en déclarant un tel mariage inopposable à l'Etat.

A : La constatation du mariage coutumier

Comme nous l'avons déjà relevé, le mariage coutumier au Sénégal est d'essence religieuse et est une affaire de famille. C'est une telle conception du mariage que le code de la famille tente de réglementer par sa constatation et les conditions de sa validité. En observant ainsi une coutume dans la célébration du mariage, une constatation pour la rendre valide et donc opposable à l'Etat est nécessaire. En effet, l'article 146 dispose : « lorsque les époux ont choisi de ne pas faire célébrer leur mariage par l'officier de l'état civil, si pour une raison quelconque la conclusion de leur union n'a pas été constatée par l'officier d'état civil ou son représentant, le mariage non constaté est valable mais ils ne peuvent s'en prévaloir à l'égard de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics ou privés pour prétendre notamment aux bénéfices des avantages familiaux ». A la lecture de cette disposition, il apparaît alors qu'est inopposable à l'Etat tout mariage coutumier non constaté par l'officier d'état civil.

La constatation du mariage n'a plus pour seul but d'obtenir des époux d'avoir recours à l'état civil pour établir la preuve de leur union. Elle apparaît à travers la nouvelle réglementation essentiellement commandée par la volonté de l'Etat de contrôler la conformité des règles de fond du mariage coutumier avec le code de la famille. En effet, les coutumes en vigueur en Afrique ne sont pas toujours acceptées par le droit. En général, il n'y a pas de conditions d'âge. On a assisté à des mariages d'enfants de moins d'un an dans certaines tribus africaines en vue de consolider des rapports ethniques. De plus, le consentement des futurs conjoints n'est pas requis, ils sont souvent mis sur le fait accompli¹³. Par exemple, lors du mariage religieux à la mosquée, on ne recueille pas le consentement des principaux intéressés : la femme n'est jamais présente,

le mari rarement ; ce sont donc leurs représentants qui témoignent de l'accord des familles. Le père de la mariée ayant en principe consulté sa fille au préalable.

¹³ Guy. A. Kouassigan « Le mariage en Afrique est un engagement de groupe à groupe et le consentement notamment celui de la jeune fille n'est pas indispensable à la validité de cet engagement », article précité.

valider les mariages mixtes entre sénégalais et étrangers sous la forme coutumière¹⁹ si la coutume de la femme est applicable au Sénégal ; étant en effet entendu que selon le droit traditionnel les négociations en vue du mariage sont régies par la coutume de la femme²⁰ .

A ces conditions de fond viennent s'ajouter des conditions de forme.

Les formes de la constatation ne sont guère différentes de celles de la célébration par la procédure de constatation des articles 125 à 130 .En effet aux termes desdits articles, les époux qui choisissent de s'unir selon leur coutume doivent, après avoir informé l'officier de l'état civil un mois à l'avance, se présenter devant lui pour la remise des pièces prévues par l'article 115. Il les interroge sur leur consentement à l'union projetée et remplit un formulaire type portant mention des réponses données par les conjoints. Il procède à la publication et reçoit les oppositions si elles existent.

Le jour de la constatation tout se passe donc comme pour la célébration : remise à l'officier d'état civil des pièces requises, questionnement sur le consentement, le statut matrimonial de l'époux, le montant de la dot et son impact sur la validité du mariage, le régime matrimonial, avant enregistrement et établissement de l'acte de mariage et sa remise à l'épouse.

L'officier de l'état civil a donc un rôle plus ou moins important à jouer dans la constatation du mariage. En réalité, même s'il ne fait qu'assister aux formalités, il a toutefois l'obligation de vérifier la réalité du consentement des futurs époux et l'admission de la coutume en droit sénégalais. Cependant dans la pratique, c'est très rarement le cas. En cas de mariage religieux ou traditionnel, l'officier de l'état civil se trouve en général, dans l'incapacité de recueillir le consentement des conjoints, même à posteriori.

Toutefois, le mariage coutumier, même non constaté, reste valable et produit des effets aussi bien à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants. C'est ainsi qu'il crée entre les époux les mêmes droits et devoirs que la loi fait découler du mariage et les enfants issus de ce mariage sont des enfants légitimes. En effet, l'article 219 du code de la famille attribue la qualité d'enfant légitime à « celui dont la filiation est régulièrement établie à l'égard d'un père et d'une mère réputés mariés ou mariés au moment de sa conception ». Le législateur entendait par l'utilisation des termes « père et mère réputés mariés » la situation des époux mariés coutumièrement sans constatation de leur union.

¹⁹ Cour Suprême, 15 Mars 1969, Revue sénégalaise de droit 1970, n°7 et 61. Note Bourel.

²⁰ Guy A. Kouassigan. Article précité, p. 226.

On peut affirmer que la consécration de la validité de l'union non constatée se justifie par la prise en compte des réalités sociales. En effet, une partie importante des populations sénégalaises refuse de tenir compte du droit civil. La nullité du mariage en l'absence de toute constatation aurait entraîné de dramatiques situations. Les unions célébrées auraient été de simples concubinages et les enfants issus de l'union de simples enfants naturels. C'est pourquoi, la seule sanction prévue en cas de non constatation est l'inopposabilité du mariage à l'Etat.

B : La sanction de l'absence de constatation

Aux termes de l'article 146, le mariage non constaté est valable entre époux, mais ils ne peuvent s'en prévaloir à l'égard de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics ou privés pour prétendre notamment au bénéfice des avantages familiaux.

La sanction de la non constatation du mariage célébré en la forme coutumière est donc l'inopposabilité de celui-ci à l'Etat. Le mariage coutumier non constaté est ainsi dépourvu de tout effet civil à l'égard de l'Etat. En effet, le poids de la coutume et de la religion empêche au législateur de faire de la constatation du mariage coutumier une condition de sa validité. Dans le souci de développer le droit moderne, le législateur, à défaut de procéder à une suppression du droit coutumier a, au moins, entendu pousser les populations vers l'état civil en leur accordant des avantages s'ils procèdent à la constatation de leur union célébrée sous la forme coutumière. C'est de tels avantages familiaux qu'il entend les priver en cas de défaut de constatation. Comment se manifeste alors cette inopposabilité du mariage à l'Etat ?

L'inopposabilité se perçoit aussi bien lorsque les époux sont dans le lien matrimonial qu'à la dissolution de ce dernier.

Les avantages consentis aux époux mariés civilement se perçoivent par l'attribution d'allocations familiales, les abattements fiscaux etc. Il s'agit de toutes les formes de prestations offertes par l'Etat, les collectivités publiques et établissements privés. Ainsi, le code de sécurité sociale, dans son chapitre deuxième consacré aux conditions d'attribution, accordent des

prestations familiales²¹ aux enfants à la charge du travailleur salarié lorsque ces enfants sont issus du mariage du travailleur à condition qu'ils aient été inscrits sur les registres d'état civil et que le mariage ait été célébré ou constaté par l'officier de l'état civil. L'article 31 du même code édicte qu'en sus de ces prestations en espèce, des prestations en nature seront servies aux épouses et aux enfants du travailleur. Il ressort donc de ce développement que la caisse de sécurité sociale n'offre des avantages qu'au travailleur dont l'union est civile. Ces prestations peuvent être différentes selon les collectivités mais aussi selon les établissements. C'est de tels avantages que l'Etat a entendu supprimer aux conjoints réputés mariés.

Outre ces sanctions pécuniaires, d'autres sanctions peuvent apparaître quant aux conditions d'acquisition de la nationalité sénégalaise. L'article 7 du code de la nationalité énonce qu'« une femme étrangère qui épouse un sénégalais acquiert la nationalité sénégalaise au moment de la célébration ou de la constatation du mariage ». Cela signifie concrètement que le mariage ne peut produire cet effet que si l'acte a été dressé sur le registre des mariages par l'officier de l'état civil l'ayant célébré ou constaté.

Au moment de la dissolution du lien matrimonial également, il convient de préciser que depuis l'entrée en vigueur du code de la famille, même si le mariage est célébré selon la coutume, les conjoints qui manifestent leur volonté de se séparer ne peuvent le faire que devant la justice nationale. Le législateur n'admet désormais que le divorce judiciaire qui peut résulter d'un consentement mutuel des époux ou être prononcé par le juge. Il a, en outre, prévu que toute demande en divorce faite par les époux doit être accompagnée de leur acte de mariage. En effet, d'après l'article 29 du code de la famille, l'état des personnes n'est établi et ne peut être prouvé que par les actes de l'état civil. L'absence de tout écrit émanant de l'officier de l'état civil pose des problèmes de preuve de l'existence de ces mariages coutumiers non constatés alors qu'en matière de divorce la présentation de l'acte de mariage est une condition de recevabilité de la demande. La question qui se pose dès lors est la suivante : comment la justice peut-elle dans ce cas prononcer la dissolution d'un mariage coutumier non constaté?

La Cour Suprême, par une première approche de la question, avait dégagé sa position dans un arrêt du 20-07-1977²², en refusant d'admettre le divorce des conjoints dont le mariage n'aurait pas été constaté.

²¹ Ces prestations familiales sont énumérées par l'article 14 du code de sécurité sociale : il s'agit notamment des allocations de maternité, des allocations familiales, des indemnités journalières de congé de maternité.

²² Serge Guichard, Etude de l'article 29 du code de la famille, Cour Suprême, 20 juillet 1977, Penant 1978, p.385.

Cette solution très rigide a été allégée par la suite par la loi du 24 novembre 1979 qui dispense les époux de produire l'acte de mariage lorsque trois conditions sont réunies : la question de la preuve du mariage doit avoir été soulevée dans une procédure de divorce ou de séparation de corps, aucun acte n'a été dressé de leur union célébrée coutumièrement, enfin le mariage coutumier doit avoir lieu avant l'entrée en vigueur du code de la famille. C'est dans ce cas seulement que le juge peut prononcer la dissolution du lien matrimonial sans production d'un acte de mariage.

Par contre, quant il s'agit des mariages coutumiers non constatés célébrés bien après l'entrée en vigueur du code de la famille, les époux doivent produire leur acte de mariage ou faire recours aux formes supplétives de constatation du mariage coutumier : à savoir l'autorisation d'inscription (art. 87 du code de la famille ».²³

En sanctionnant ainsi la non constatation du mariage coutumier par son inopposabilité à l'Etat, le législateur entendait en faire une sanction efficace c'est-à-dire apte à faire recourir les populations locales à l'officier de l'état civil et par la même occasion, faire disparaître certaines coutumes dites contraires au droit moderne. Il convient cependant de souligner que cette menace, n'est pas assez dissuasive pour obliger les époux à déclarer leur mariage célébré coutumièrement. . L'écrasante majorité des sénégalais se marie encore sous la forme coutumière, en marge du code de la famille et ce malgré la rigueur de la loi. En effet, nombreux sont les mariages contractés par- devant un marabout et deux témoins et qui ne sont jamais transcrits à l'état civil, conduisant ainsi à la situation embarrassante qu'on ne sait jamais qui est marié et qui ne l'est pas faute de certificat de mariage. On observe aussi qu'au moment de la dissolution du mariage, ce sont les mêmes règles coutumières qui sont appliquées.

Section 2 : Le divorce en droit coutumier

Le divorce est la dissolution du mariage du vivant des époux. En droit coutumier, la procédure de divorce est généralement très simple. Elle obéit en général aux règles édictées par le droit musulman dans ce domaine et résulte, en l'absence de consentement mutuel (répudiation convenue), d'une décision unilatérale du mari .Ainsi, en matière de divorce en droit coutumier,

²³ Cour de Cassation du Sénégal , Ramatoulaye Barry c/ Doudou Coly : « il résulte des dispositions combinées des articles 29, 98, 146 et 168 du code de la famille que la procédure de divorce , même par consentement mutuel, ne peut se développer que si les époux établissent la preuve de leur état par le seul moyen que la loi autorise et qui est, en l'espèce , la production de l'acte de mariage pouvant s'obtenir, s'il n'a pas été dressé , par l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 87 du code de la famille », Arrêt n° 41 du 03 février 1999.

on reconnaît soit au mari le pouvoir de répudier sa femme, soit aux époux la possibilité de consentir conjointement au divorce ou à défaut le recours à un divorce contentieux. Il n'y avait donc pas de normes de divorce communes à tous les groupes sociaux. Certains sénégalais étaient soumis au statut du droit moderne c'est-à-dire celui du droit civil tandis que d'autres relevaient des divers statuts traditionnels.

Cependant, il convient de souligner que même si les causes de divorce n'étaient pas les mêmes pour toutes les coutumes(I), la répudiation était en revanche pratiquée par presque toutes les coutumes(II).

Paragraphe 1 : Les causes de divorce dans le droit coutumier

Ici, il est question d'étudier les causes de divorce invoquées devant les tribunaux indigènes lorsque les époux en conflit décident de porter leur litige devant ces juridictions. En effet, chaque groupe social était régi, en matière de divorce, par des règles bien particulières même si l'on pouvait relever quelquefois des traits communs. Les causes de divorce variaient également selon les coutumes. D'ailleurs une même cause de divorce pouvait changer d'une coutume à l'autre, ce qui posait alors beaucoup de difficultés au juge qui avait des problèmes quant à l'application des coutumes invoquées.

La principale conséquence qui en découlait, c'était la pluralité des causes de divorce et le plus souvent leur caractère arbitraire.

A : La pluralité des causes de divorce dans le droit traditionnel

Le droit traditionnel retient de nombreuses causes de divorce. Cela étant du à la diversité des statuts qui était telle qu'on pouvait observer qu'à l'intérieur d'une même ethnie, la coutume n'était pas toujours unique. Ces causes sont souvent d'ailleurs des causes de nullités du mariage, plutôt que des causes de divorce.

Dans la coutume, les causes de divorce et de nullité de mariage sont donc le plus souvent confondues. Elles variaient d'une coutume à l'autre, sont souvent extrêmement vagues et ne sont pas limitativement fixées comme dans le droit moderne. On peut les diviser en deux catégories :

D'une part, les causes de divorce qui sont fondées essentiellement sur la violation des devoirs imposés aux époux par le mariage ou celles des obligations prises au moment du mariage et concernant la vie en commun comme le défaut d'entretien de la femme par le mari ; l'incompatibilité d'humeur ; les mauvais traitements infligés à la femme ; l'adultère de la femme ; les injures ou accusations graves (adultère, sorcellerie) ; l'abandon du domicile conjugal ; le manquement aux engagements pris lors de la conclusion du mariage ; le manque d'égards vis-à-vis des beaux-parents ; la stérilité de la femme ; l'inconduite du mari ; le partage inégal des nuits par le mari polygame ; la condamnation infamante.

D'autre part, les causes de divorce qui sont en même temps des cas de nullité du mariage. Ceux-ci se présentent lorsque fait défaut une condition nécessaire à la validité du mariage ou en cas de maladie de l'un des époux. Ce sont : le défaut de consentement ; l'impuberté ; l'impuissance du mari ; l'état de grossesse de la femme ; l'inobservation du délai de viduité ; la différence de caste ou de religion ; la maladie grave (folie, lèpre, éléphantiasis) ; le non paiement de la dot ; l'erreur sur la personne etc.

Il faut remarquer que ces causes entraînent la dissolution du mariage sans qu'il soit possible de préciser s'il s'agit d'un divorce ou d'une nullité. Elles étaient admises au Sénégal par presque toutes les coutumes.

B- Le caractère arbitraire de certaines causes de divorce

Elles sont nombreuses les causes de divorce qui présentaient ce caractère, mais nous allons nous intéresser principalement à l'adultère et à l'erreur sur la personne.

Les cas d'adultère étaient fréquents. Le droit traditionnel faisait la distinction entre l'adultère de l'homme et celui de la femme dans la mesure où ce dernier était considéré comme le plus grave et en conséquence le plus sévèrement puni. En effet, l'adultère de l'homme n'entraînait aucune conséquence, il était toléré, alors que celui de la femme n'était pas accepté. L'explication qui a été donnée à cette distinction est que l'homme n'était pas tenu à la fidélité aussi strictement que la femme dont l'adultère pouvait entraîner une confusion de parts.

Autrement dit, l'adultère n'était considéré comme une cause de divorce que lorsque la femme était en cause. Etant un acte grave, l'adultère n'était pas sanctionné de la même façon par la

coutume et par les tribunaux. La justice indigène considérait l'adultère comme un délit et condamnait les coupables d'adultère à des peines d'amende ou de prison. L'article 83 du code pénal indigène punissait ainsi l'adultère de la femme d'une peine d'emprisonnement allant de six mois à deux ans. Cependant celle-ci ne pouvait être poursuivie qu'à la demande du mari. Il pouvait soit mettre un terme aux poursuites. Le complice de la femme était puni au même titre que la femme, de plus il pouvait être condamné à verser une indemnité²⁴.

Par contre, dans beaucoup de sociétés africaines, l'adultère de la femme était assimilé à un crime passible de châtiments corporels, voire de la peine de mort. C'est ainsi que la coutume considérait la peine de mort, la compensation pécuniaire ou la flagellation comme des sanctions pénales beaucoup plus appropriées que la peine de prison. En effet, la loi islamique et les coutumes punissaient l'adultère de peines corporelles.

Dans les autres coutumes, le chef du pays confisquait tous les biens de l'homme adultère tandis que la femme était arrêtée, vêtue d'une culotte d'homme et frappée publiquement.

Le mari dont la femme était coupable d'adultère pouvait alors demander le divorce avec remboursement de la dot ou le paiement de dommages et intérêts. Le tribunal condamne le complice de la femme à s'acquitter de ces pénalités.

Le constat que l'on peut faire c'est qu'il n'était pas tenu compte de l'intérêt des enfants.

En effet, en plus du préjudice que peut leur causer la séparation de leurs parents, ils pouvaient souffrir des condamnations humiliantes auxquelles sont soumis ces derniers (une femme adultérée vêtue en culotte et frappée publiquement).

Il en était de même de l'erreur sur la personne qui s'entend en principe, de l'erreur sur l'identité civile de la personne.

En revanche pour les tribunaux indigènes une croyance erronée dans une qualité ou l'ignorance d'un grave défaut du futur conjoint suffisait. C'est ainsi qu'une femme qui croyait épouser un homme de sa condition mais qui apprend plus tard que son mari est casté, obtiendra le divorce

²⁴ Dominique Sarr : « Les causes de rupture du lien matrimonial de 1872 à 1949 (jurisprudence des tribunaux indigènes du Sénégal », Annales Africaines 1975.

par ce qu'elle veut comme mari un homme de sa caste²⁵. Une cause de divorce qui, il faut le dire est contraire au principe d'égalité des hommes.

Cette pluralité des causes de divorce était à l'origine de la multiplicité et de la facilité excessive des divorces. .

Paragraphe 2 : La pratique de la répudiation

Les sénégalais qui étaient soumis au système des statuts traditionnels n'avaient pas l'obligation d'aller au tribunal pour divorcer. En effet, le recours à la procédure judiciaire est stigmatisé car pour la plupart des personnes le divorce doit rester dans la sphère familiale. : on n'a pas besoin de l'intervention de la justice. Tout comme le mariage, le divorce doit être une affaire de famille. Faire intervenir l'appareil judiciaire c'est presque reconnaître l'échec du groupe social c'est-à-dire de sa famille²⁶. La répudiation qui est la dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux et plus particulièrement du mari, a été le mode de rupture du lien matrimonial le plus répandu. Les époux ont donc plus de liberté en matière de divorce en droit coutumier qu'en droit positif, surtout le mari. La coutume continue, en effet, de reconnaître à celui-ci les prérogatives exorbitantes que lui confère le droit musulman en la matière. Il peut ainsi valablement dissoudre unilatéralement le mariage par la répudiation de sa femme en droit coutumier alors que le code de la famille n'admet pas une telle pratique jugée en droit moderne comme une injure grave. En droit coutumier, la répudiation obéit à certaines conditions et peut prendre plusieurs formes.

A : Les conditions de la répudiation

Il s'agit des conditions de fond et de forme qui sont souvent confondues. Dans la société sénégalaise traditionnelle, le divorce était généralement une prérogative réservée aux hommes à travers la répudiation. Dans la pratique, bien que les coutumes et l'islam aient reconnu ce droit aux deux conjoints, il revenait au mari le privilège d'en prendre l'initiative. Et il s'est posé la question de savoir si la séparation peut émaner de la volonté de la femme elle-même. On a

²⁵ Dominique SARR, article précité, page.173.

²⁶ - Fatou Binetou DIAL, « Que ce soit l'oncle responsable du mariage de la femme, le père social qui a donné sa main, ou les amis du mari ou ses frères à qui la femme ou l'homme peut faire appel en cas de conflit », Le divorce dans les différentes catégories sociales à Dakar, IRD-UCAD.

constate que dans certaines coutumes, celle-ci est possible sous réserve de certaines conditions. En effet, pour que la femme puisse demander à son mari de la répudier et l'obtenir obligatoirement, elle doit lui restituer tous les biens qu'elle a reçus de lui. C'était la répudiation convenue qui équivaut aujourd'hui au divorce par consentement mutuel. Ce qui est cependant le plus répandu est la répudiation à l'initiative du mari. Institution tolérée par le coran, la répudiation suppose l'existence d'une certaine capacité physique. De même qu'il existe une capacité pour se marier, il existe une capacité pour répudier son épouse : il s'agit de la puberté que l'on retrouve dans les deux cas.

La répudiation suppose, entre autre, une volonté librement exprimée par le mari. Ce qui amène naturellement à préciser dans quelles formes doit se faire la répudiation et à se demander si ce droit peut être exercé par une personne autre que lui-même. En effet le mari, pour exprimer sa volonté, doit employer devant des témoins la formule rituelle. Compte tenu de l'emploi de formules sacrées et parfois à caractère religieux, il revient au mari lui-même et à lui seul le droit de répudier son épouse. Certaines coutumes admettent cependant si le mari est mineur ou incapable, que ce droit soit exercé par son tuteur. Il est également prévu, dans certaines coutumes, en cas de longue absence du mari que la répudiation soit prononcée par la famille dans l'intérêt et l'honneur de celui-ci. Des fois même la répudiation était faite par tirage au sort appelé « tirer à la courte paille » lorsque le mari était polygame et voulait répudier au hasard une de ses nombreuses femmes²⁷.

La répudiation intervenait ainsi en dehors de toute autorité judiciaire mais, si postérieurement, un conflit s'élevait ou que les anciens époux souhaiteraient régulariser une situation administrative, les témoins attestaient de l'existence de la répudiation devant le tribunal et dans ce cas le juge va la constater en même temps qu'il tranchait le litige qui lui a été soumis²⁸.

Quant aux motifs de la répudiation, il y a lieu de faire observer que dans la mesure où l'intervention d'un tribunal n'était pas nécessaire, l'homme pouvait répudier sa femme sans

²⁷ Cf. l'intervention de Monsieur Daouda Sow, in Travaux du Comité des Options pour le code de la famille, Tome 2, p. 59.

²⁸ Cour d'Appel de Dakar, Notons que l'affaire était portée devant les juridictions avant l'entrée en vigueur de la loi de 1972. La Cour déclare dans l'arrêt : « Attendu que selon la coutume des parties, la répudiation est l'apanage exclusif du mari des l'instant où il la formule soit par lettres, soit par parole devant la femme et devant des témoins, sa décision est irrévocable ; qu'il convient en conséquence de dire et constater que le mariage des époux Traore Coulibaly est rompu par répudiation unilatérale du mari », Affaire du 24 Mai 1973, in jurisprudence et législation du Sénégal (Recueil ASERJ 1973 n°2, p. 86.

motifs. Si certaines coutumes (celles islamisées) imposent un motif valable de répudiation invoqué par le mari comme l'adultère par exemple, d'autres par contre (celles animistes) permettent au mari de ne pas dévoiler ses motifs ou à ne les faire connaître qu'aux parents seulement, ce qui revient à lui donner un pouvoir absolu sans le moindre contrôle. Cependant pour sauvegarder efficacement les droits de la femme, certaines coutumes ont décidé que lorsque la femme est répudiée sans motif, elle conserve la dot qu'elle a reçue et quant au mari, il peut être contraint à s'acquitter entièrement de la portion de dot qu'il n'a pas encore versée.

B : Les différentes formes de répudiation

Il faut distinguer deux sortes de répudiation : la répudiation révocable et la répudiation définitive.

La répudiation révocable ou simple est une répudiation que le mari n'a pas voulue définitive et sur laquelle il peut revenir. Elle peut cesser sur la simple décision de reprendre la vie en commun. Pour certaines coutumes, il faut que la femme y soit consentante tandis que pour d'autres la volonté du mari suffit. Quant à ses effets, ils varient avec les différentes coutumes. Pour certaines, elle dissout le mariage, supprime la puissance maritale et oblige la femme à observer la retraite de continence²⁹ tandis que pour d'autres, la femme doit observer la retraite de continence mais le mariage n'est pas dissout. Le mari conserve l'obligation d'entretien mais ils ne peuvent plus cohabiter. Cette répudiation peut se transformer en répudiation définitive lorsque le mari la maintient après que le délai de continence ait écoulé et si la femme refuse de reprendre la vie commune si cette condition est prévue par la coutume.

Quant à la répudiation définitive, elle se présente sous deux degrés.

-La répudiation sur laquelle le mari ne pourra plus revenir sauf en contractant un nouveau mariage avec son conjoint ou en faisant une rétractation solennelle de la répudiation. Le nouveau mariage devra se faire dans les formes et les conditions légales.

²⁹ « La femme se trouve en effet, après la première répudiation révocable en retraite de continence. Cette retraite dure 03 mois et peut être prolongée jusqu'à l'accouchement si la femme est enceinte », Racine Mbaye, Les crises entre époux en droit sénégalais, Thèse Ucad, 1988.

-La répudiation définitive « batta »³⁰ qui est une répudiation irrévocable pour laquelle les futurs époux ne peuvent plus ensuite se remarier. Toutefois, pour certaines coutumes, un second mariage pourrait encore être possible.

La répudiation définitive produit les effets suivants : le mariage est dissous ; la puissance maritale cesse ; le reliquat de la dot devient immédiatement exigible ; l'obligation d'entretien subsiste pour les enfants et cesse en ce qui concerne la femme sauf si elle est enceinte et dans ce cas, l'obligation d'entretien est maintenue jusqu'à sa délivrance.

La répudiation telle que pratiquée dans les coutumes mettait donc la femme à la merci, à la volonté de l'homme. Ce qui était plus choquant dans l'institution, c'est que la femme ainsi maltraitée par son mari n'avait pas de moyens de défense par ce qu'en effet la décision du mari de répudier sa femme n'était pas la plupart du temps soumise au contrôle du juge. Ainsi pour divorcer de sa femme, le mari n'avait ni l'obligation de suivre une procédure, ni celle d'invoquer des motifs sérieux. La répudiation intervenait donc sans raison et de façon unilatérale. Cette facilité de rupture entraînait d'importantes conséquences telles que l'instabilité des ménages, la méconnaissance des intérêts de la femme et ceux des enfants issus du couple. En effet, lorsqu'il est procédé à la rupture du lien matrimonial devant les chefs religieux ou coutumiers conformément à la tradition, il n'incombe pas à l'homme, comme le prévoit le code de la famille, de prendre en charge ses enfants, ni d'ailleurs de payer des dommages et intérêts à la femme.

Avec le code de la famille, le divorce ne résulte plus de la seule volonté du mari, mais relève dorénavant de la justice et s'applique au même titre aux deux époux. Désormais, les époux qui désirent se séparer ne peuvent le faire que devant les tribunaux.

Chapitre 2 : Fondement de l'institution du divorce judiciaire

Le divorce est défini par la loi comme étant la dissolution du mariage du vivant des époux et pour certaines causes établies par la loi. D'une part, il se distingue de l'annulation du mariage qui sanctionne un vice de formation du lien matrimonial et fait disparaître celui-ci rétroactivement. D'autre part, il se rapproche de la séparation de corps qui est prononcée pour

³⁰ Youssoupha Ndiaye, ouvrage précité, p.150.

des causes identiques mais qui relâche seulement, sans le rompre, le lien matrimonial. Avant l'avènement du code de la famille, le divorce soulevait beaucoup de problèmes car il n'existait pas de règles uniformes en la matière. Comme nous l'avons déjà vu, deux systèmes coexistaient :

- d'une part, les coutumes dont l'application débouchait souvent sur des abus qui faisaient de la femme non un sujet de droit mais uniquement un objet de droit que l'homme utilisait à sa guise : le droit de répudiation qu'avait l'homme en est une parfaite illustration.

- D'autre part, l'application du code civil français qui ne réglait pas toutes les questions.

Ce qui était source d'instabilité des ménages mais surtout, il a été remarqué que ce sont les femmes et les enfants qui subissaient les conséquences néfastes de ces systèmes. Il s'agissait donc pour le législateur d'instituer des règles permettant de protéger ces personnes vulnérables contre les abus de ces coutumes (Section 2) et de maintenir les époux dans le mariage chaque fois que cela est possible en essayant notamment de décourager les actions en divorce (Section1).

Section 1 : La stabilité des ménages

Le législateur fait du divorce une institution essentiellement judiciaire et le régleme de façon particulière en exigeant une double condition : Il doit être prononcé par une autorité de justice et pour l'une des causes prévues par la loi (articles 157 et 165 du code de la famille). L'institution du divorce judiciaire est un moyen de renforcer les liens matrimoniaux entre les époux et constitue ainsi pour certains auteurs un moyen de stabilité du mariage³¹. La stabilité résiderait, en effet, dans le fait qu'une fois les liens scellés, les époux éprouveront de sérieuses difficultés pour divorcer. Ils sont, en effet, obligés de respecter la procédure légale.

En droit coutumier, la dot jouait le même rôle. Cette façon de percevoir la dot comme stabilité du mariage est partagée par un certain nombre d'auteurs³².

³² - Henri Solus soutient que « la coutume exige généralement que, en cas de rupture du mariage et notamment au cas où la femme, refusant de rester avec son mari, était revenue au domicile de ses parents, les objets ou cadeaux remis soient restitués par le chef de famille qui les avait reçus à celui qui les lui avait remis, il arrivait souvent que les parents de la femme qui pouvaient avoir quelques griefs à opposer à son mari, conseilleraient à celle-ci de temporiser, de faire preuve de calme et de patience et, si elle l'avait quitte, de réintégrer le domicile conjugal ; et ceci précisément afin de ne pas avoir à effectuer le remboursement des objets ou cadeaux reçus ».

Deux types de divorce sont prévus par la loi : le divorce par consentement mutuel et le divorce contentieux. En effet, l'article 157 dispose que le divorce peut résulter du consentement mutuel des époux constaté par le juge de paix ou d'une décision judiciaire prononçant la dissolution du mariage à la demande de l'un des époux. Et, l'article 165 poursuit « chacun des époux peut agir en divorce en fondant son action sur l'une des causes admises par la loi. La loi a minutieusement réglementé chaque cas de divorce et a donné au juge des pouvoirs considérables en la matière. Ce qui constitue une avancée par rapport au droit traditionnel du divorce. Nous allons ainsi voir les deux types de divorce à savoir le divorce par consentement mutuel (I) et le divorce contentieux (II) et le rôle du juge (III).

Paragraphe 1 : Le divorce par consentement mutuel

Il s'agit du divorce sollicité conjointement par les deux époux. Ces derniers décident d'un commun accord de divorcer sans être obligés de faire connaître les raisons. Cette volonté est matérialisée dans une convention qui en règle les conséquences et qui sera soumise au juge pour homologation. Le divorce par consentement mutuel nécessite donc deux conditions relatives notamment aux parties et à l'homologation.

A : La procédure

L'article 159 du code de la famille dispose que les époux se rendent en personne devant le juge de leur domicile pour présenter, soit par écrit, soit oralement, leur demande conjointe de divorce. La loi attribue compétence, en matière de divorce, au tribunal départemental³⁴. Quant à la compétence territoriale, il ressort de l'article 159 que les époux doivent présenter leur requête au juge du tribunal départemental de leur domicile. Ce qui ne pose aucun problème si les époux vivent ensemble car, il leur suffit dans ce cas de déposer leur requête auprès du juge du tribunal départemental de leur domicile conjugal.

Mais quid si les époux vivent séparément ?

Le divorce par consentement mutuel étant en principe un accord de volonté des époux sur la dissolution amiable de leur lien conjugal, ces derniers peuvent convenir de saisir soit le juge

- Guy A. Kouassigan continue sur la même lancée : « puisque la rupture des liens conjugaux entraîne la restitution de la dot, la menace permanente de cette restitution est un moyen d'assurer la stabilité des mariages ». Article précité, p.216.

³⁴ La juridiction compétente en matière de divorce est l'ex-justice de paix devenue tribunal départemental aux termes de la loi n° 84-19 du 2 février 1984 et son décret d'application n°84-1194 du 22 octobre 1984.

départemental du domicile du mari ou celui du domicile de la femme .L'essentiel est qu'ils soient d'accord là-dessus car chacun de ces juges peut être compétent surtout les règles en matière de compétence territoriale ne sont pas d'ordre public mais édictées simplement dans l'intérêt des particuliers³⁵.

En ce qui concerne la présentation de la requête, l'article 159 exige que les époux présentent ensemble et en personne, par écrit ou verbalement, au juge de paix de leur domicile, leur demande conjointe de divorce. Mais, dans la pratique, on admet que la requête puisse être présentée par un seul époux. Dans ce cas, il s'agira non pas d'une demande verbale, mais écrite revêtue de la signature des deux époux. Ainsi, les convocations invitant ces derniers à comparaître sont généralement remises à l'époux qui a déposé la requête à charge pour lui de remettre à son conjoint la sienne. Il exige, en outre, la production, à l'appui de leur requête d'un certain nombre de pièces. Il s'agit de l'acte de mariage, du livret de famille ainsi que, s'il y a lieu, les actes de naissance et de décès de tous les enfants issus du mariage. Outre ces pièces, les époux doivent joindre à leur requête un document (convention) par lequel ils se prononcent sur les conséquences du divorce notamment sur leur situation respective quant aux biens qu'ils possèdent et le sort réserve aux enfants issus du mariage. En effet, le législateur tout en donnant aux époux la liberté de dissoudre leur lien matrimonial, leur donne en même temps la faculté de régler eux-mêmes les conséquences de cette dissolution. Pour ce faire, l'article 160 fait obligation aux époux de faire l'inventaire de tous les biens meubles et immeubles leur appartenant tout en indiquant l'attribution qui en est faite. Pour ce partage, il n'y a généralement pas de problème particulier. Mais à propos de la garde, de l'entretien, de l'éducation et de la moralité des enfants issus du mariage, la loi fait obligation aux époux de respecter l'ordre public et les bonnes mœurs. Ils doivent non seulement mentionner dans la convention l'époux qui en a la garde et par conséquent la puissance paternelle mais aussi la part contributive de l'autre conjoint à leur entretien et à leur éducation. Après le dépôt de la requête conjointe accompagnée des pièces précitées et de la convention des époux réglant les conséquences du divorce, ces derniers doivent comparaître devant le juge. Cette comparution est provoquée par une convocation que le juge adresse aux époux. Elle permet au juge, d'une part, de faire des observations à ces derniers et, d'autre part, de vérifier si le consentement de chacun d'eux relève

³⁵ Monsieur Youssoupha Ndiaye admet que l'accord prévu par l'article 158 alinéa 2 puisse s'appliquer au choix du juge départemental à saisir en cas de domicile séparé des époux. Ouvrage précité, p.31.

d'une volonté libre et éclairée ainsi que la conformité de la convention à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

En définitive, tout dépend de la conviction du juge sur les circonstances dans lesquelles chacun des époux a exprimé son consentement, sa volonté d'accepter un divorce par consentement et sur la conformité de la convention à l'ordre public et aux bonnes mœurs. C'est seulement à partir de ce moment qu'il peut prendre sa décision.

B : La décision du juge

Une fois ces conditions remplies, le juge a trois possibilités. Il peut décider d'ajourner l'audience de la procédure de divorce (article 161 alinéa 5). Mais cet ajournement doit non seulement être motivé mais il doit être aussi limité dans le temps. Ce renvoi peut permettre d'espérer une réconciliation des époux surtout si ces derniers doivent encore réfléchir et se concerter sur les modifications à apporter sur leur accord.

Le juge peut aussi décider de rejeter la requête s'il estime que le consentement de l'un des époux ne s'est pas manifesté « conformément à la loi ». Le motif du rejet doit être un vice du consentement de l'un des époux.

Le juge rend une décision constatant le divorce par consentement mutuel s'il est convaincu que la volonté des époux est libre, éclairée et exempte de vice et que leurs accords sur les conséquences du divorce sont conformes à l'ordre public et aux bonnes mœurs (articles 161 alinéa 4 et 162).

Le jugement, une fois rendu, dissout le lien matrimonial et homologue l'accord conclu entre les époux sur les conséquences du divorce.

Ces accords deviennent exécutoires à l'égard des époux dès le prononcé du jugement (article 164 alinéa 1 et 2). Chaque époux est donc tenu de respecter les obligations découlant de ces accords.

A l'égard des tiers, ces accords prennent effet à compter du jour où la mention du jugement est portée sur les registres de l'état civil (article 164 alinéa 2).

L'alinéa 3 du même article fait une exception pour les créanciers d'un époux commerçant. Pour ces derniers en effet, les accords des conjoints ne leur sont opposables que 03 mois après, d'une

part, la mention du jugement au registre du commerce et, d'autre part, l'insertion d'un avis du jugement dans un journal d'annonces légales paraissant dans le ressort du tribunal départemental qui a constaté le divorce.

A défaut d'obtenir un divorce par consentement mutuel, chaque époux peut recourir à la procédure de divorce contentieux.

Paragraphe 2 : Le divorce contentieux

Il est, par opposition au divorce par consentement mutuel, le divorce obtenu à l'initiative d'un seul époux. Le caractère contentieux vient de ce que les époux ne sont d'accord ni sur les modalités du divorce, ni sur l'imputation des torts, ni sur les conséquences qui en découlent etc. Et le fait pour l'époux défendeur d'accepter le divorce en cours de procédure ou d'introduire une demande reconventionnelle en divorce, n'enlève en rien le caractère contentieux. Ce mode de divorce est régi par les dispositions des articles 165 et suivants.

La dissolution du mariage par divorce contentieux intervient à la suite de certaines causes, et selon une certaine procédure.

A : Les causes de divorce

Depuis l'avènement du code de la famille, les causes de divorce sont limitativement énumérées. En effet, l'article 165 confère à chacun des époux la possibilité de solliciter le divorce en se fondant sur les causes de divorce admises par la loi et énumérées à l'article 166. Des lors, les époux qui veulent divorcer ne peuvent que choisir parmi ces dix causes prévues par la loi. Elles sont généralement réparties en deux groupes et chaque cas correspond à une situation particulière de mésentente entre les époux. Il y a ainsi des cas où on retient comme cause du divorce des faits constitutifs d'une faute et des cas où le prononcé du divorce intervient en l'absence de toute faute dès que la vie commune devient intolérable³⁶.

Le premier groupe fondé sur la faute recouvre deux catégories de causes :

-Il y a les causes qui apparaissent comme des sanctions infligées à l'un des époux pour non respect des obligations résultant du mariage telles que la violation des obligations conjugales ou

³⁶ Voir Youssoupha . Ndiaye, ouvrage précité. P. 44 et s.

familiale ou bien la violation des obligations prises au moment de la célébration et concernant la vie en commun. Il s'agit notamment de l'adultère de l'un des époux ; des mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible ; du défaut d'entretien de la femme par le mari ; du refus de l'un des époux d'exécuter les engagements pris en vue de la conclusion du mariage et de l'abandon de famille ou de domicile conjugal.

- Tandis que la seconde catégorie est fondée essentiellement sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante.

- Le deuxième groupe constitue de causes de divorce sans faute se subdivise, lui aussi, en deux catégories de causes :

- celle qui repose sur l'idée de rupture de la vie commune, soit de caractère strictement conjugal ou médical : il s'agit de l'absence déclarée de l'un des époux ; de la maladie grave et incurable découverte pendant le mariage et de la stérilité définitive médicalement établie.

- L'incompatibilité d'humeur que certains auteurs considèrent comme une cause de divorce permissive³⁷.

Le législateur a, ainsi, consacré, à côté des causes classiques de divorce fondées sur la faute, des causes objectives de divorce.

Dans la première catégorie fondée sur la faute c'est-à-dire sur un manquement aux obligations résultant du mariage, la constatation de celle-ci est un préalable nécessaire à l'aboutissement de la procédure. Tandis que dans la deuxième catégorie fondée sur des situations dites objectives, le doute n'est plus permis. Des lors, il devient inutile pour le juge de rechercher un quelconque manquement aux obligations du mariage. Le divorce devient alors un mode de régulation des conflits conjugaux, une thérapie à la faillite du mariage³⁸.

Il convient aussi de souligner que dans la pratique, le demandeur n'est pas obligé de citer dans sa requête une ou plusieurs causes, il lui suffit de relater les circonstances qui l'ont amené à introduire sa requête en vue du divorce. Il appartiendra alors au juge de qualifier les faits conformément aux dispositions de l'article 166 pour prononcer le divorce.

³⁷ Isaac Y. Ndiaye, article précité. P.31.

³⁸ Isaac Y. Ndiaye, article précité. P.33.

Aussi, si l'époux demandeur cite dans sa requête une cause de divorce, celle-ci ne lie pas le juge qui peut décider de retenir une autre cause de l'article 166.

B : La procédure

La procédure de divorce contentieux est réglementée dans le code de la famille. Elle commence par une requête individuelle en divorce, se poursuit par une audience de conciliation et une audience au fond pour se terminer par un jugement de divorce.

C'est en effet, par une requête adressée au président du tribunal départemental que l'époux demandeur déclenche la procédure de divorce contentieux. Cette requête doit être, aux termes de l'alinéa 1 de l'article 167, déposée par l'époux demandeur en personne au juge de paix du domicile de l'épouse. Les dispositions de cet article constituent une exception au droit commun³⁹. Donc le juge compétent est celui du domicile de la femme, peu importe que celle-ci soit demanderesse ou défenderesse.⁴⁰

Cependant aux termes de l'article 170, le juge ne se prononce sur sa compétence que lorsqu'il ait étudié la requête, entendu le demandeur et organisé même une audience de conciliation qui s'est terminée par un échec⁴¹.

La requête doit indiquer les causes pour lesquelles le divorce est sollicité et doit être accompagnée d'un certain nombre de pièces. En effet, l'article 168 dispose que l'époux demandeur doit obligatoirement déposer au greffe du juge saisi une copie de l'acte de mariage et les actes de naissance et de décès des enfants issus du mariage.

³⁹ En droit commun, c'est le tribunal du domicile du défendeur qui est compétent, Article 34 du Code de Procédure civile sénégalais, décret n°64-572 du 30 juillet 1964.

⁴⁰ Tribunal de 1ere Instance de Dakar 27 Aout 1976, Youssoupha Ndiaye, ouvrage précité, p.235. « Ce jugement infirme un jugement de l'ex-justice de paix de Dakar qui s'était déclarée incompétente à la suite d'une demande de divorce faite par une femme en se fondant sur une déclaration faite par celle-ci. Le juge d'appel reproche au premier juge de n'avoir pas admis sa compétence à défaut, de pouvoir déterminer avec précision le domicile de la femme, alors que la règle de l'article 167 alinéa 1 du code de la famille est faite en faveur de la femme et que celle-ci a le libre choix entre "son juge naturel et celui du domicile de son époux ».

⁴¹ Tribunal départemental de Dakar, jugement n° 305 du 25 février 1985, inédit.

Cette disposition légale répond au souci légitime des pouvoirs publics de créer au Sénégal, un service d'état civil aussi efficace que possible. Le juge aura donc pour rôle, à l'occasion de chaque procédure de divorce, de mettre à jour l'état civil des individus par ce qu'en effet, aux termes de l'article 29 du code de la famille, l'état des personnes n'est établi et ne peut être prouvé que par les actes de l'état civil. Mais l'application de l'article 168-3 entraîne des difficultés considérables dans la pratique. En effet, la majeure partie des époux demandeur au divorce sont dans l'impossibilité de présenter au juge la copie de leur acte de mariage. Par ce que celui-ci célébré selon la coutume, n'a pas été enregistré conformément à l'article 125 du code de la famille. Faut-il dans cette perspective, déclarer la demande irrecevable ? Faut-il, au contraire, « geler » la demande et inviter le demandeur à emprunter la voie de la procédure d'autorisation d'inscription du mariage prévue par l'article 87 ? La question semble être résolue par un arrêt du 20 juillet 1977 rendu par la 1^{ère} section de la Cour Suprême⁴². Elle décide en effet que « les règles de procédure prescrites par l'article 168 sont d'ordre public et apparaissent comme complémentaires de celles fixées par les articles 29, 98 et 146 du code de la famille, desquels il résulte notamment que les époux, dont l'union n'a pas été constaté, ne peuvent pas divorcer, même par consentement mutuel, tant qu'ils ne sont pas en mesure d'établir la preuve de leur état par les seuls moyens que la loi autorise et qui sont en l'espèce, soit la production de l'acte de mariage, soit, si cet acte n'a pas été dressé, l'accomplissement en vue de son obtention et de sa production, des formalités prescrites par l'article 87 du code de la famille, texte à l'aide duquel l'état des personnes peut être établi et sans le respect duquel toute organisation d'un état civil serait illusoire ». Il résulte donc en substance de cette décision que la procédure de divorce, même par consentement mutuel, ne peut se développer que si les époux établissent la preuve de leurs états par le seul moyen de preuve que la loi autorise et qui est, en l'espèce, la production de l'acte de mariage. La célébration coutumière des mariages constitue ainsi un obstacle majeur au respect de la procédure judiciaire de divorce prévue par le code de la famille en raison de l'obligation de production de l'acte de mariage. L'essentielle conséquence qui en résulte est que les époux, pour dissoudre le lien matrimonial, vont recourir aux coutumes dont le législateur entendait supprimer les pratiques illégales.

⁴² Youssoupha . Ndiaye, ouvrage précité, arrêt n° 50 du 20 juillet 1977, annexe d16, p. 236.

Il convient aussi de préciser que la demande en divorce peut être principale ou reconventionnelle, elle peut être aussi en rapport avec une demande en séparation de corps. Ces demandes peuvent être introduites par simple déclaration faite à l'audience. Une fois la demande introduite, le juge doit procéder à la tentative de conciliation des époux (article 169). Quant à ce qui concerne son rôle durant cette phase et les pouvoirs que la loi lui confère, ils feront l'objet de développements ultérieurs.

Cependant, en cas de non conciliation, le juge doit se prononcer sur le divorce. Et, l'article 171 précise que la cause est instruite en la forme ordinaire et débattue en audience non publique. Le jugement est cependant rendu en audience publique. Il doit indiquer l'époux aux torts duquel le divorce est prononcé, il peut aussi l'être aux torts réciproques. Il doit, en outre, régler les rapports des anciens époux et se prononcer sur la garde des enfants. La décision qui prononce le divorce doit également être portée à la connaissance des tiers ; elle doit être rendue publique lorsqu'elle est définitive. La loi a organisé cette publicité en prescrivant la mention du jugement et de l'ordonnance de non conciliation en marge de l'acte de mariage et de l'acte de naissance de chacun des époux conformément aux dispositions de l'article 46. Cette publication est requise par le juge de paix ou par le ministère public (article 174) qui est tenu de demander la mention dans le délai de 15 jours à compter de la date à laquelle la décision n'est plus susceptible de voies de recours. La mention peut également être demandée directement par les parties et lorsque l'un des époux est commerçant, mention du divorce est portée au registre du commerce et du crédit mobilier. Il y a cependant lieu de relever que dans la pratique, ces formalités ne sont pas effectuées par -ce que les personnes qui doivent faire les diligences nécessaires ne le font presque jamais.

La procédure de divorce telle qu'elle est décrite participe activement à la stabilité des ménages. En effet, certains facteurs tels que les difficultés pour obtenir le divorce, la lenteur de la procédure et la crainte de supporter les effets du divorce vont pousser les époux à éviter autant que possible la rupture.

Cependant, le législateur ne s'est pas simplement limité à élaborer une règle uniforme en matière de divorce et à régler minutieusement la procédure de divorce, il a aussi tenu à assurer le respect de ces règles. Pour ce faire, il a donné au juge qui est chargé d'accomplir cette tâche les

moyens nécessaires : des pouvoirs presque absolus en matière de divorce. Des lors, on peut se demander, quel est le rôle du juge départemental dans la rupture du lien matrimonial.

Paragraphe 3 : Le rôle du juge

Dans la rupture du lien matrimonial, le rôle du juge varie selon le cas de divorce.

A : Dans le divorce par consentement mutuel

Le divorce par consentement mutuel est réglementé par les articles 158 à 164 du code de la famille. Dans ce cas de divorce, la volonté des époux « est le centre de gravité de tout le divorce⁴³ ». La volonté est au début et à la fin du lien matrimonial. Cela obéit au principe dit du parallélisme des formes tant cher aux publicistes. Ainsi, si la volonté peut faire le mariage, il peut aussi le défaire. C'est ce qui justifie bien le divorce par consentement mutuel. Ainsi donc le juge ne fait que contrôler la volonté des époux et la conformité de la convention réglant les effets du divorce à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Aux termes de l'article 158 du code de la famille portant sur les conditions de fond du divorce par consentement mutuel, « le consentement des époux n'est valable que s'il émane d'une volonté libre, éclairée et exempt de vice ». C'est par là justement que le contrôle du juge va s'appesantir. En effet, le juge doit vérifier la réciprocité de la volonté sur, non seulement, le principe de dissoudre le lien matrimonial, mais aussi sur tous les effets tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux découlant de cette dissolution.

En ce qui concerne la dissolution du lien matrimonial, il appartient au juge de voir si la volonté est éclairée et libre. Pour cela, il convient d'apprécier la capacité psychologique et physiologique des époux (notamment en ce qui concerne le mineur ou le majeur soumis à des régimes de protection).

Le vice du consentement visé ici est le même que celui envisagé lors de la formation du mariage et qui est sanctionné par la nullité relative tel qu'il résulte de l'article 138 du code de la famille. Il s'agit notamment de l'erreur et de la violence. Le juge donc va voir si le consentement de l'un des époux (la plupart, il s'agit de celui de la femme) n'est pas obtenu par violence surtout moral.

⁴³ J. Charbonnier, Droit Civil. La famille.

Il est, en effet, possible que l'un des époux ait été amené par l'autre à accepter un divorce par consentement mutuel qu'il ne voulait pas⁴⁴. Dans ce cas, on ne peut parler de volonté librement exprimée car le consentement de l'époux 'fauteur' est plutôt extorqué par son conjoint. A chaque fois que l'un des époux a été contraint d'accepter le divorce par consentement mutuel par chantage, on considère que sa volonté ne s'est pas librement exprimée⁴⁵. La vérification que chacun des époux a exprimé librement sa volonté peut également se faire à partir des accords conclus sur les conséquences du divorce. En effet, s'il y a des libéralités flagrantes d'un époux au profit de l'autre, il est possible que le consentement du bénéficiaire ait été 'acheté'.

Toujours sur la vérification de la volonté éclairée des époux, il faut signaler qu'un époux peut bien accepter un divorce par consentement mutuel proposé par son conjoint alors qu'il ignore ses droits et obligations à ce propos. Ainsi, le juge doit vérifier si chaque époux a exprimé sa volonté en toute connaissance de cause et si aucun d'eux n'a été victime d'une erreur ou d'une ignorance. La présence obligatoire des époux au moment du dépôt de la requête prévue par l'article 159 semble s'expliquer par le désir du législateur de permettre au juge de se faire une idée sur le consentement des époux. Toujours est-il que si d'aventure l'un des époux n'a pas donné son consentement lors de la comparution, le juge pourra éventuellement refuser de poursuivre la procédure pour défaut de consentement de l'un des époux⁴⁶. En définitive, tout dépend de la conviction du juge sur les circonstances dans lesquelles chacun des époux a exprimé son consentement, sa volonté d'accepter un divorce par consentement.

S'il est convaincu que la volonté de chaque époux a été libre, éclairée et exempte de vice au moment de donner son consentement, il passe à la vérification de la conformité de la convention des époux réglant les effets du divorce à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

⁴⁴ Racine Mbaye, « Par exemple quand l'un des époux a commis une faute ou une maladresse que l'autre promet de garder secrète si le fautif accepte le divorce par consentement mutuel ». Les crises entre époux en droit sénégalais, thèse. UCAD. 1988.

⁴⁵ R. Mbaye « Il faut néanmoins souligner qu'on peut parfaitement accepter qu'un mari qui a surpris sa femme en flagrant délit d'adultère puisse proposer à cette dernière un divorce par consentement mutuel non pas par chantage, mais pour sauvegarder l'honneur de la famille ». thèse précitée.

⁴⁶ Tribunal départemental de Dakar, jugement n° 390 du 21 mars 1985, inédit. Dans cette décision, le juge n'a pas été convaincu de la volonté de la femme d'accepter un divorce par consentement mutuel.

Relativement aux effets, il convient de préciser que, tout comme le mariage, le divorce crée des effets que les époux sont tenus de régler dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel. Il s'agit précisément de leurs biens et de la situation de leurs enfants. Ainsi, il appartient aux parents de déterminer qui d'entre eux est plus apte à préserver les intérêts de l'enfant en lui confiant la garde, d'organiser bien le droit de visite et la contribution de l'époux qui n'a pas la garde à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Cela exige donc un minimum d'entente et de coopération entre les époux qui s'apprête à « entrer en divorce. Le législateur leur donne sur ces questions une liberté quasi absolue pourvu seulement qu'ils respectent « l'ordre public et les bonnes mœurs » (art. 158 code de la famille). Est considéré comme relevant de l'ordre public, tout ce qui est en rapport avec les enfants issus du mariage. Il s'agit particulièrement de la garde, de l'éducation, de la sécurité, de la moralité. Et le rôle du juge consiste à examiner la convention, afin de voir si elle ne viole pas cet ordre public. Ainsi, même si la volonté des enfants n'est pas requise pour le divorce de leur parent, celui-ci ne se fera qu'avec la prise en compte suffisante de leur intérêt. Et le juge est encore appelé à faire prévaloir cet intérêt auquel le législateur attache beaucoup d'importance même dans le cadre de l'annulation du mariage.

En effet, tout ce qui a trait à l'intérêt des enfants relève de l'ordre public et le non respect de cet intérêt entraîne le rejet de la partie concernée du consensus.

Ainsi, doit être considéré comme contraire à l'ordre public, l'accord des époux selon lequel ils acceptent de confier la garde des enfants à une personne dont la moralité a été jugée douteuse. Doit également être considérée comme contraire à l'ordre public, l'acceptation même écrite par l'un des époux de ne pas user de son droit de visite aux enfants. Ce qui est important ici ce n'est pas l'acceptation de l'époux de ne pas se prévaloir de son droit de visite mais plutôt l'intérêt des enfants qui ont en principe besoin de voir leur père et mère même s'ils sont séparés par un divorce. En acceptant donc de ne pas user de son droit de visite, l'époux qui y a renoncé porte atteinte aux intérêts des enfants.

Outre l'ordre public, les époux doivent également respecter les bonnes mœurs dans leur consensus (article 158 alinéa 3). Ainsi, ils ne peuvent pas décider de tout ce qu'ils veulent. Ils doivent respecter dans leurs stipulations les pratiques et usages de leur milieu. C'est ainsi qu'il n'est pas permis aux époux de se mettre d'accord sur l'affectation d'un bien à l'un d'eux à condition que l'autre renonce aux enfants.

Si ce respect de l'ordre public est constaté par le juge, il le mentionne dans le dispositif de son jugement en ces termes : « qu'il ne résulte de leur (les époux) accord aucune disposition contraire à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

En outre, le juge doit vérifier si cette convention prend suffisamment en charge les intérêts réciproques des deux époux. Ceci pour éviter qu'un époux plus armé techniquement ne puisse léser l'autre, malgré son consentement. En effet, si le juge estime que cette convention n'est pas conforme « à la légalité, à l'ordre public et aux bonnes mœurs », il en avertit les époux afin qu'ils les respectent. Il n'appartient donc pas au juge de modifier la convention des époux en cas d'irrégularité. Toutefois, l'article 161, lui donne le pouvoir de rejeter la demande de divorce s'il estime que le consentement de l'une des parties n'a pas été exprimé dans les conditions légales.

Par contre si la convention répond aux conditions exigées par la loi, « le juge retient l'affaire et rend sur le champ un jugement constatant le divorce ». Dans le cadre donc du divorce par consentement mutuel, même si ce sont les époux qui sont au début et à la fin de la procédure, le juge a un rôle plus ou moins important à jouer.

B : Dans le divorce contentieux

Le divorce contentieux comme son nom l'indique postule l'existence d'un désaccord entre les époux. Il est régi par les articles 165 à 180 du code de la famille. Le juge est ici chargé de concilier les époux et, s'il n'y parvient pas, de prononcer le divorce. Le mariage crée une communauté de vie (au sens large du terme) entre les époux. Et dans toute vie commune entre personnes, des problèmes, qui peuvent parfois rendre cette vie intolérable ou même insupportable, peuvent surgir. Ce qui peut donc pousser les époux à demander le divorce. Mais vu l'importance de l'institution du mariage (qui crée la famille légitime) et des effets parfois désastreuses du divorce, la loi donne au juge un certain nombre de prérogatives.

C'est ainsi qu'en recevant l'époux demandeur le juge lui fait « toutes les observations qu'il estime convenables » (article 168 code de la famille).

Outre ces observations, le juge a d'autres prérogatives : convoquer l'époux défendeur ou donner commission rogatoire si ce dernier réside dans un autre ressort judiciaire et prendre des mesures provisoires.

Le juge invite donc le conjoint qui a introduit la demande à comparaître devant lui. Cette comparution a pour but de lui permettre de mieux s'informer du litige, d'apporter ses observations et de faire confirmer l'action en divorce. En effet, lors de la comparution du demandeur, le juge invite ce dernier à relater en détail les faits qui l'ont poussé à solliciter le divorce. Cette première audition du demandeur lui permet de faire à ce dernier les observations « qu'il estime convenables » suite aux informations qu'il a recueillies. Et ces observations constituent, à notre avis, une première tentative de conciliation des époux car le juge peut, à ce stade de la procédure, fournir des informations qui peuvent inciter le demandeur à abandonner son action ou du moins à être plus disposé à envisager une solution amiable à la crise. Et dans ce cadre, le juge en se rendant compte par exemple de l'ignorance par le demandeur des conséquences du divorce sollicité, peut lui fournir des renseignements à ce propos et notamment ceux relatifs à la garde des enfants, la pension alimentaire, et éventuellement des dommages et intérêts. Et dans la pratique, il n'est pas impossible de voir des demandeurs moins enclins à poursuivre leur action en divorce après ces informations du juge sur les conséquences du divorce.

La comparution préalable du demandeur avant l'ouverture des débats contradictoires prévue par l'article 168 permet donc au juge de faire des observations à ce dernier. Si celui-ci persiste dans son souhait de divorcer, il convoque les époux pour une audience de conciliation. L'objectif de cette audience (réglementé par l'article 169 du code de la famille), est d'apaiser la tension entre les époux, les sensibiliser sur toutes les conséquences patrimoniales comme extrapatrimoniales du divorce à leur égard comme à l'égard des enfants issus du mariage. C'est pourquoi, cette audience se tient « hors la présence des conseils éventuels » des époux. En effet, c'est pour permettre au juge de discuter avec les époux en toute quiétude afin de trouver un consensus. Cela montre le caractère social et même coutumier de la justice sénégalaise car la conciliation des époux se faisait sous l'arbre à palabre. Si le juge estime qu'une éventuelle réconciliation est possible, il peut ajourner la suite de l'instance à une date qui n'excédera pas six mois. Le temps de permettre aux époux de revenir à de meilleurs sentiments et peut être une nouvelle affection va s'instaurer entre temps. La non comparution de l'époux demandeur est considérée comme un désistement de sa part. Cependant, si c'est l'époux défendeur qui ne se présente pas, le juge commet un huissier pour lui notifier une nouvelle citation. S'il ne se présente pas à cette nouvelle date, il est considéré comme refusant toute conciliation.

Si la conciliation échoue, le juge doit se prononcer sur le divorce. Mais à ce niveau de la procédure, il peut déjà prendre certaines mesures provisoires. Ainsi, dès le dépôt de la demande de divorce, l'article 168 du code de la famille dispose en son alinéa 3: « en cas d'urgence, le juge peut autoriser provisoirement, l'époux demandeur à avoir une résidence séparée et prendre toutes les mesures provisoires qui s'imposent relativement aux enfants ». En effet, au moment où l'un des époux demande le divorce, le ménage est profondément trouble et parfois, la vie commune devient impossible. Et, la procédure de divorce, devant durer un temps plus ou moins long, il est nécessaire pour le juge de prendre des mesures provisoires pour sauvegarder les intérêts des époux en conflits et ceux des enfants. Le champ de ces mesures provisoires recouvre toutes les mesures relatives à l'exercice de l'autorité parentale, aux obligations alimentaires, à la résidence des époux etc. Elles sont, en général, édictées dans l'ordonnance de non conciliation et sont dictées uniquement par l'urgence.

Avec l'échec de la tentative de conciliation, le juge rend une ordonnance de non conciliation qui va lui permettre de retenir l'affaire, et de se prononcer sur l'action en divorce ou bien renvoyer l'audience à une date ultérieure. Mais dans tous les cas, il appartient au juge de se prononcer sur le divorce qui devient alors inévitable. C'est pourquoi dit-on que dans le divorce contentieux, le juge est « l'homme-orchestre ». Contrairement à l'audience de conciliation, à ce stade, tout se passera en présence des conseils des époux. Il étudie les causes et se prononce sur les effets du divorce.

Le législateur a décidé, en ce qui concerne les causes de rupture du lien matrimonial, qu'aucune cause ne rend le divorce obligatoire. Les causes de divorce sont toutes facultatives et le juge possède ainsi de larges pouvoirs d'appréciation. Ainsi, chaque fois qu'un époux évoque un grief, il appartiendra au juge d'en faire une appréciation afin de décider ou non du divorce. Le juge va, ainsi, apprécier la faute, car le fait pour un époux de demander le divorce, ne signifie qu'il n'est pas lui-même fautif. Il détermine ainsi le fautif et apprécie s'il mérite des dommages et intérêts de la part de l'époux fautif ou bien si les torts sont partagés. Le juge doit non seulement prononcer le divorce mais il doit aussi fixer toutes les conséquences du divorce à savoir notamment statuer sur la garde des enfants, sur les biens des époux etc. C'est ainsi que la production des pièces telles que l'acte de mariage des époux, le livret de famille ainsi que les

actes de naissance et de décès des enfants issus du mariage est très importante dans la mesure où celles-ci permettent au juge d'effectuer un certain nombre de contrôle.

En outre, le juge décide de la garde des enfants. Il s'agit ici de déterminer lequel des parents va revenir la puissance paternelle qui, il faut le rappeler appartient (pour les enfants légitimes vivant avec leur parents) au père et à la mère (art. 277 code de la famille). Cependant, pour ce qui est de cette garde, le juge ne le détermine pas en tenant en compte de la faute ou du fautif. Un seul critère doit être pris en compte : l'intérêt de l'enfant. Ainsi la garde sera donnée au parent qui pourrait bien protéger les intérêts de l'enfant même s'il est le fautif. L'autre époux a un droit de visite réglementé par le juge. Celui-ci fixe aussi sa contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Cette démarche du législateur est à saluer car, l'enfant doit toujours être protégé et mis à l'écart du conflit de ses parents.

Dans le cadre donc du divorce contentieux, le juge joue un rôle très important.

Ces dispositions constituent sans nul doute une avancée considérable par rapport aux règles coutumières, surtout pour la femme et les enfants. En ce qui concerne la femme, la justice moderne la protège en lui accordant plus facilement le divorce et en lui octroyant aussi des réparations si le divorce induit des préjudices moraux ou matériels.

Section 2 - La protection de la femme et de l'enfant

Avec l'institution du divorce judiciaire, le législateur assure non seulement la stabilité des ménages mais aussi la protection des femmes jadis victime de répudiation, en réduisant ainsi les abus des coutumes. S'agissant de ces abus, on peut noter entre autres la pratique de la répudiation qui mettait la femme à la merci de l'homme. En effet, avec la pratique de la répudiation, l'homme avait la possibilité de chasser la femme de son foyer sans avoir à subir un effet quelconque de la rupture. Quant aux enfants issus du mariage, ils étaient le plus souvent les victimes de la séparation. Abandonnés par leur père légitime, ils étaient alors à la charge exclusive de leur mère ou bien ils sont élevés par des tantes ou des oncles qui, la plupart du temps ne pouvaient pas leurs assurer une bonne éducation. Ils se retrouvaient donc tout simplement sans véritable foyer. Le législateur de 1972 ne pouvait rester indifférent à ces problèmes et ainsi, il va aménager des normes assurant l'amélioration du sort de la femme, (I) et la protection des intérêts des enfants en cas de divorce(II).

Paragraphe 1 : -L' Amélioration du sort de la femme

La loi de 1972 a consacré l'égalité des époux dans le divorce mais, mieux encore, il va garantir à la femme un véritable droit au divorce.

L'amélioration du sort de la femme est encore plus poussée dans certains cas dans la mesure où l'égalité de la femme et de l'homme dans le désaccord est rompue en faveur de celle-ci.

A : L'égalité de L'homme et de la femme dans le désaccord

On retrouve cette égalité au niveau de toutes les règles régissant le divorce que ce soit le divorce par consentement mutuel ou celui contentieux.

-Dans le divorce par consentement mutuel, la dissolution du lien matrimonial est laissée à la discrétion des époux. La loi exige du juge qu'il vérifie la réciprocité de la volonté des époux sur, non seulement, le principe de dissoudre le lien matrimonial, mais aussi sur tous les effets tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux découlant de cette dissolution. Il doit également voir si le consentement de l'un des époux, en l'occurrence celui de la femme, n'est pas obtenu par violence surtout morale.

Dans le divorce contentieux, il appartient également au juge de veiller à l'égalité instaurée par la loi tant en ce qui concerne les conditions d'exercices de l'action en divorce, les causes ainsi que les effets du divorce.

Le législateur a donné à la femme une pleine capacité juridique en matière de divorce. Ainsi, au même titre que l'homme, la femme peut agir en divorce en tant que défenderesse mais aussi comme demanderesse.

Sur ce point, il convient de rappeler les dispositions de l'article 165 « chacun des époux peut agir en divorce ». L'action en divorce n'est plus l'apanage de l'homme contrairement à ce qui existait dans le divorce coutumier. En raison du caractère personnel de l'action qui risque de disparaître en cas de représentation de l'époux incapable, des règles d'habilitation de cet époux ont été aménagées. C'est ainsi que les faibles d'esprit et prodigues, placés sous le régime de la curatelle, devront se faire assister de leur curateur, qu'ils soient demandeurs ou défendeurs.⁴⁷ Le

⁴⁷ Voir les développements de Monsieur Youssouf Ndiaye, ouvrage précité, p.69.

droit d'agir en divorce devient aussi un droit essentiellement personnel. Désormais, seul un époux peut demander le divorce contre l'autre conjoint. En conséquence, l'action en divorce ne peut être exercée ni par les créanciers, ni par les parents des conjoints, ni même continuée par les héritiers (article 172-1). En effet, dans le divorce coutumier, du fait de l'abus des coutumes, les parents s'arrogeaient le droit de répudier leur belle fille.

En ce qui concerne les causes de divorce, le juge apprécie souverainement le grief invoqué. Ce qui est une bonne initiative de la loi, ainsi la femme sera protégée contre l'abus de l'homme. Même en cas de divorce pour incompatibilité d'humeur, le juge va vérifier si le grief invoqué constitue une cause suffisante d'incompatibilité d'humeur.

Toutefois, l'égalité est douteuse en ce qui concerne la stérilité de l'un ou l'autre époux qui constitue une cause de divorce lorsqu'elle est définitive et médicalement établie. Il convient de souligner qu'il s'agit en général de la stérilité de l'épouse. L'admission de cette cause de divorce nous semble donc rompre l'égalité au détriment de la femme sauf si on faisait de l'impuissance du mari une cause de divorce au même titre que la stérilité de la femme comme l'a soutenu un auteur⁴⁸. Cela permettrait sans doute de maintenir l'égalité de la femme et de l'homme dans le désaccord.

Quant aux effets du divorce, il appartient au juge d'attribuer les torts et de confier la garde des enfants à l'un des époux. Dans ce cas, le divorce peut être prononcé soit aux torts exclusifs de l'homme ou de la femme, soit aux torts réciproques.

Egalement, aussi bien la femme que l'homme peut bénéficier de la garde des enfants et dans certains cas, elle est partagée.

Cependant, cette inégalité au détriment de la femme notée au niveau de certaines causes de divorce telles que la stérilité, est dans une certaine mesure compensée par le législateur. En effet, dans certains cas, l'égalité est rompue en faveur de la femme.

⁴⁸ Gabriel Arrighi, intervention lors des travaux du comité des options, Travaux du comité des options pour le code de la famille, Tome 2, p.119 et 120.

B : Une égalité rompue en faveur de la femme

Il faut souligner que la loi privilégie dans certains cas la femme notamment en ce qui concerne les effets du divorce. Il en est ainsi en cas de divorce pour incompatibilité d'humeur ou pour maladie grave et incurable.

En principe, la dissolution du mariage entraîne la disparition des obligations entre époux. Paradoxalement, l'obligation d'entretien, de soins et d'assistance prévue par les articles 151 et 375 du code de la famille survit exceptionnellement dans le cas où le mari a obtenu le divorce pour incompatibilité d'humeur ou maladie grave et incurable de la femme⁴⁹.

Dans cette hypothèse, l'article dispose que l'obligation d'entretien est transformée en obligation alimentaire ainsi que le précise l'article 262 alinéa 3. Celle-ci prend effet à compter du jugement pour une durée de trois mois lorsqu'il s'agit d'un divorce pour incompatibilité d'humeur et de trois ans s'il s'agit d'un divorce pour maladie grave et incurable. Elle cesse si le mari établit qu'il n'a plus de ressources ou si la femme se remarie avant l'expiration de ces délais.

Contrairement au droit français où seul le défendeur en bénéficie (article 281 alinéa 1^{er} du code civil), en droit sénégalais cette obligation est mise à la charge du mari qui a obtenu le divorce (articles 178 et 262 alinéa 3 du code de la famille). Pour discuter du fondement de cette obligation, on peut faire remarquer que la prise en considération des réalités sociales et économiques n'est pas étrangère à celle-ci. En effet, dans les pays comme le notre, rares sont les femmes qui ont les moyens de subvenir à leurs besoins, mêmes élémentaires. Il faut dès lors éviter que par l'effet d'une rupture non voulue du mariage, qu'elles se retrouvent, du jour au lendemain, totalement démunies. La survie de l'obligation d'entretien tend, à cet égard, à éviter cette conséquence. Mais, il faut reconnaître qu'il s'agit d'une piètre consolation⁵⁰. Le législateur avait pensé que la menace d'avoir à payer une pension alimentaire inciterait le mari à moins de hardiesse dans sa volonté unilatérale de mettre un terme au mariage. La pratique judiciaire révèle qu'il n'en est rien. L'incompatibilité d'humeur, en effet, est la cause de divorce la plus sollicitée parmi celle prévues par la loi et la survie de l'obligation d'entretien a finalement eu l'effet inverse.

⁴⁹ Youssoupha Ndiaye, ouvrage précité, p. 100.

⁵⁰ L'expression est empruntée à Monsieur Isaac. Ndiaye, article précité.

Les dispositions combinées des articles 178 et 179 du code de la famille ne permettent cependant pas d'étendre la pension alimentaire aux autres causes de divorce. Ainsi l'époux, au profit duquel le divorce a été prononcé, ne peut demander et obtenir une pension alimentaire que dans les deux hypothèses envisagées par l'article 178 dudit code. En dehors de celles-ci, l'époux triomphant ne peut obtenir que les dommages et intérêts prévus par l'article 179.

En outre, il existe en principe une égalité de droit dans les conséquences du divorce notamment sur le sort des enfants. En effet, le juge doit tenir compte de l'intérêt de ces derniers et de l'ordre public. Mais dans la pratique, c'est la femme qui est favorisée surtout lorsqu'il s'agit d'enfants de bas âges même si le divorce est prononcé à ses torts⁵¹. Et dans le cas où le divorce est prononcé aux torts du mari, la femme pourra bénéficier de dommages et intérêts (article 179), de la garde des enfants et de la pension alimentaire allouée à ces derniers. C'est ainsi qu'on a pu avancer que le code de la famille favorise la femme. D'autres sont allés plus loin pour dire que le code de la famille est fait pour les femmes. Cela constitue à notre avis un argument de facilité car ce qu'il ne faut pas perdre de vue c'est que tous les êtres naissent égaux et le code de la famille n'a fait que rétablir l'équilibre rompu entre les droits et obligations de l'homme et ceux de la femme dans le mariage. Mais le législateur ne s'est pas limité là, il a aussi pensé aux enfants. Il est évident que le divorce va avoir des effets sur les rapports des parents et des enfants. En effet, ceux-ci conservent leurs droits antérieurs et demeurent soumis à la puissance paternelle. Toutefois, celle-ci va subir nécessairement quelques aménagements du fait de la cessation de la vie familiale commune, mais le souci du législateur est d'assurer aux enfants un véritable foyer même en cas de divorce.

⁵¹ Tribunal Régional de Kaolack, jugement n°68 du 21 juin 2007. Dans cette décision, le juge déclare : « attendu que pour ce qui de la garde des enfants seul leur intérêt doit être pris en considération... attendu qu'en raison du jeune âge des enfants (7ans et 1 an et demi), ils ont encore besoin de l'affection et de l'attention de leur mère ; qu'il y a lieu de confier la garde à cette dernière et de réserver le droit de visite le plus large au père ».

Paragraphe 2 : La protection des intérêts de l'enfant

Les intérêts des enfants sont protégés aussi bien dans le divorce par consentement mutuel que dans celui contentieux.

Ainsi, dans le divorce par consentement mutuel ou divorce conventionnel, comme nous l'avons déjà relevé, les époux ont toute liberté pour régler le sort réservé aux enfants issus du mariage. Mais le législateur a précisé que cela doit se faire sous réserve du respect de l'ordre public et aux bonnes mœurs. Sont considérés comme relevant de l'ordre public toutes les obligations qui incombent aux parents quant à l'entretien, la garde, l'éducation, la sécurité et la moralité des enfants.

Dans le divorce contentieux par contre, c'est le juge qui décide de leur sort. Aux termes de la loi, en même temps qu'il prononce le divorce, le tribunal règle la question de la garde des enfants. En la matière, le juge dispose de larges pouvoirs d'appréciation.

A : Le droit de garde

L'article 278 du code de la famille dispose : « le jugement prononçant ou constatant le divorce statue sur la garde de chacun des enfants qui, pour son plus grand avantage, sera confié à l'un ou l'autre des parents ou, s'il est nécessaire, à une tierce personne, et quelle que soit la personne à laquelle la garde est confiée, les père et mère contribuent à l'éducation et à l'entretien de l'enfant ». Les enfants sont donc confiés à l'un ou l'autre parent en tenant compte uniquement de leurs intérêts. La garde ne doit tenir compte ni du profit ni des torts du divorce. L'intérêt de l'enfant peut ainsi amener le juge à confier celui-ci à l'époux coupable. Il arrive parfois que le juge divise le droit de garde en cas par exemple de mérite égal des deux parents. Cependant, il est plus souhaitable de regrouper tous les enfants autour soit de leur père, soit de leur mère pour assurer l'unité de direction et de pédagogie⁵². De même, si les deux parents sont l'un et l'autre mal placés pour élever correctement les enfants, le juge peut confier ceux-ci à une tierce personne (grands-parents, oncles ou tantes, voir même un établissement d'éducation ou une institution spécialisée). La décision de garde peut toujours être modifiée suivant l'intérêt de l'enfant lorsqu'interviennent des faits nouveaux.

⁵² Avis de Youssoupha Ndiaye, ouvrage précité, p.104.

Il convient de préciser aussi que le décès du parent investi de la garde entraîne le transfert de la puissance paternelle au parent survivant qui n'en a pas été déchu. Cependant, ce transfert n'est pas automatique. En effet, le juge peut, à la demande de tout parent intéressé et dans l'intérêt exclusif de l'enfant, décider de confier la garde à toute autre personne (article 279 in fine). De même, le juge peut soumettre l'exercice de la garde à certaines modalités, notamment en cas de remariage de la veuve, si l'intérêt de l'enfant l'exige (article 279 alinéa 1^{er}).

L'attribution de la garde entraîne certaines conséquences. C'est ainsi que l'enfant est domicilié au lieu fixe par son gardien [article 284 cf.]. Ce dernier dirige son éducation et jouit de certaines prérogatives dans l'exercice de la puissance paternelle. L'attributaire de la garde peut ainsi solliciter une mesure d'assistance éducative [article 293]. Quant au parent privé du droit de garde, il ne perd pas tous ses droits de puissance paternelle. Il peut des lors saisir le juge de paix du domicile du mineur pour lui demander de contrôler et de sanctionner éventuellement les décisions à l'égard du mineur par le parent gardien [article 287cf]. Il surveille donc en quelque sorte l'éducation et l'entretien de l'enfant. Le parent privé de garde a aussi un droit de visite que le tribunal doit organiser.

B : Le droit d'éducation et d'entretien

La contribution à l'entretien des enfants continue à peser sur les deux époux après le divorce. En effet, l'article 278 alinéas 2 du code de la famille dispose : « Quelle que soit la personne qui exerce le droit de garde, les père et mère contribuent à l'entretien et à l'éducation des enfants dans la mesure de leurs ressources et à proportion de leurs facultés ». Cette obligation s'exécute le plus souvent par le versement d'une pension alimentaire à l'époux gardien de l'enfant. Elle constitue une contribution de l'époux privé du droit de garde aux frais d'éducation et d'entretien de l'enfant. Si l'un des conjoints est sans ressources, ces frais incombent entièrement à l'autre.

Le débiteur doit acquitter intégralement le montant de la contribution telle qu'elle a été fixée par le juge sans prétendre imputer sur le montant de celle-ci les allocations familiales versées pour l'enfant au parent qui en a la garde.

Aussi, lorsque des mesures d'assistance éducative ont été prises en faveur du mineur conformément aux dispositions des articles 593 et suivants du code de procédure pénale et 293

du code de la famille, les frais d'entretien de l'enfant incombent à celui qui exerce la puissance paternelle et aux personnes auxquelles les aliments peuvent être réclamés (article 293 alinéa 2).

Il faut cependant relever que l'obligation de contribuer à l'entretien de l'enfant peut s'exécuter sous la forme de remboursement à celui qui a fait face seul à ces dépenses d'entretien.

La loi de 1972 s'est donc préoccupée du sort des enfants. Toutefois, il convient de souligner que dans de nombreux cas les dispositions législatives n'empêchent pas aux enfants de souffrir de la séparation de leurs parents et parfois même leurs intérêts sont sérieusement atteints.

Le divorce judiciaire présente donc plus d'avantages, plus de sécurité, surtout pour la femme. La justice moderne tente, en effet, de la protéger en lui accordant plus facilement le divorce et en lui attribuant des réparations si le divorce induit des préjudices moraux ou matériels. Les femmes trouvent incontestablement plus d'intérêt à divorcer judiciairement. Souvent gardiennes des enfants à la suite du divorce, le juge peut imposer aux hommes de participer à l'éducation et l'entretien des enfants, car même un père déchu de puissance paternelle doit verser une pension alimentaire à ses enfants. Le divorce judiciaire permet aussi aux femmes de percevoir des dommages et intérêts, lorsque le divorce est prononcé aux torts et griefs de l'homme. C'est ainsi que d'après les résultats de certaines enquêtes, dans les villes, les femmes, bien plus souvent que les hommes, font appel à la justice moderne pour rompre les liens du mariage. Celle-ci tend à les libérer et à les protéger. Les femmes semblent donc prendre de plus en plus conscience des avantages du divorce judiciaire et l'on note un accroissement des divorces à l'instigation des femmes⁵³. Et, cet accroissement des divorces sur l'initiative des femmes, en milieu urbain, semble témoigner en faveur d'un changement social⁵⁴. L'engagement d'une procédure judiciaire de divorce par la femme semble ici être lié davantage au niveau d'instruction de celle-ci et le non engagement traduit l'insuffisance ou la méconnaissance des femmes de leurs droits, l'existence de préjugés sociaux. Par contre, en milieu rural, la tendance est tout autre. Il ressort en effet des analyses que le divorce coutumier ou répudiation reste toujours une pratique courante en milieu rural.

⁵³ phénomène déjà souligné par le professeur A.B.Diop (1985)

⁵⁴ Par exemple à Saint-Louis, à partir des greffes du tribunal, on constate que sur quatre-vingt cas de divorce judiciaire, cinquante-cinq cas étaient du ressort de la femme, treize de l'homme et onze cas à l'instigation des deux conjoints (F. B. Dial, 1999).

En effet, dans les campagnes, du fait de l'image négative de la justice, nombreuses sont les femmes qui ont honte d'y recourir. Tout un discours social négatif est construit autour du divorce judiciaire surtout à l'initiative de la femme. Ce qui les pousse ainsi à recourir au divorce coutumier dont les conséquences, en cas de remariage, sont parfois dramatiques.

Chapitre 3 : Les sanctions en d'observation du divorce judiciaire

Avec l'institution du divorce judiciaire, le divorce n'est valable que lorsqu'il a été prononcé par le juge même si le mariage a été célébré traditionnellement et sans que l'officier de l'état civil en soit informé pour le constater. En effet, la loi ne considère pas qu'il y ait divorce et leur mariage reste ainsi valable.

Dès lors, la femme ne peut pas se remarier, tout comme l'homme, s'il a fait une option de monogamie au moment du mariage, ne peut pas prendre une seconde épouse sous peine de commettre une faute. En effet, le fait de contracter un nouveau mariage avant la dissolution du précédent constitue à la fois une faute civile cause de nullité absolue du nouveau mariage (Section 1) et une infraction pénale (Section 2).

Section 1 : La sanction civile : La nullité du nouveau mariage

Tant que le divorce n'est pas prononcé par un juge, aucun autre mariage n'est possible sur le plan civil, qu'il s'agisse d'une célébration ou d'une constatation pour la femme et pour l'homme qui avait opté pour la monogamie ou qui a déjà eu le nombre d'épouses retenu par son option (article 113 du code). Dans toutes ces situations la question de l'indissolubilité juridique du lien matrimonial se pose et la loi prévoit qu'en cas de célébration d'un nouveau mariage dans ces conditions, celui-ci est sanctionné par la nullité absolue.

En effet, la validité du mariage dépend du respect de ses conditions de formation dont la méconnaissance entraîne la nullité et, l'article 141 du code de la famille dispose : « quelle que soit la forme du mariage, sa nullité doit être prononcée lorsque la femme était dans les liens d'une union antérieure non dissoute ; lorsque le mari ne pouvait plus contracter une nouvelle union en raison des dispositions de l'article 133 ».

La nullité est ainsi définie comme étant la sanction d'un vice contemporain à la conclusion du mariage et nous allons voir ses conditions d'exercice (I) et ses effets (II).

Paragraphe 1 : L'action en nullité

A : Les causes de nullités

L'article 113 du code de la famille dispose : « la femme ne peut contracter un nouveau mariage avant la mention sur le registre de l'état civil de la dissolution du précédent et l'homme ne peut contracter un nouveau mariage s'il a un nombre d'épouses supérieur à celui autorisé par la loi, compte tenu des options de monogamie ou de limitation de polygamie souscrites par lui ». Les causes de nullité sont donc au nombre de deux : c'est lorsque la femme était dans les liens d'une union antérieure non dissoute et lorsque le mari ne pouvait plus contracter une nouvelle union en raison des dispositions de l'article 133 du code de la famille. En effet, cet article prévoit que le mariage peut être conclu soit sous le régime de la polygamie auquel cas l'homme ne peut avoir simultanément plus de quatre épouses, soit sous le régime de la limitation de polygamie, soit sous le régime de la monogamie. La nullité est encourue lorsque la personne contracte une nouvelle union alors qu'elle était dans l'impossibilité légale eu égard soit à l'existence d'un lien précédent non dissout soit à l'option choisie. En effet, la personne qui est sous le lien d'un mariage non dissout, ne peut contracter un nouveau du fait de l'empêchement du lien en découlant.

La violation de l'empêchement du lien est une cause de nullité absolue du mariage (article 141 alinéas 5^e et 6^e du code de la famille⁵⁵). A préciser cependant qu'au Sénégal, l'homme n'est tenu par l'interdit que s'il a pris un nombre d'épouses correspondant à l'option volontaire ou légale de polygamie autorisée par la loi⁵⁶.

L'empêchement du lien est de caractère diriment, rendant les époux incapables de contracter valablement mariage. Il convient cependant de constater que compte tenu des formalités auxquelles les futurs époux sont soumis, cette union illicite ne peut se concevoir que dans l'hypothèse où les époux ont prononcé leur divorce selon leur coutume. En effet, l'article 116 du code de la famille prévoit qu'en prévision de leur mariage, les candidats doivent indiquer à l'officier d'état civil s'ils sont déjà engagés dans un lien matrimonial et « le futur époux devra justifier, le cas échéant, de ce que les liens matrimoniaux déjà contractés ne constituent pas à

⁵⁵ L'article 141 du code de la famille traitant des cas de nullité absolue édicte que : « quelque soit la forme du mariage, sa nullité doit être prononcée : lorsque la femme était dans les liens d'une union antérieure non dissoute ; lorsque le mari ne pouvait plus contracter une nouvelle union en raison des dispositions de l'article 133 ».

⁵⁶ Articles 113 et 133 du code de la famille, précités.

son égard un empêchement au mariage projeté ». Mieux, pour les besoins de la célébration du mariage, de sa constatation ou de sa déclaration tardive, les articles 115, 116, 126 et 147 dudit code édictent l'obligation faite aux futurs époux de remettre à l'officier d'état civil une copie d'un acte de naissance datant de moins de trois mois.

Le risque de fraude sur l'existence d'un mariage antérieur est amenuisé des lors que tout mariage précédemment contracté et la nature de l'option monogamique ou polygamique du mari, font l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance de chacun des époux. Avec cependant cette précision qu'au Sénégal, l'état civil n'est pas bien tenu. Même si le mariage est célébré devant l'officier d'état civil, il n'est pas sûr que les mentions prévues par l'article 124 du code de la famille, soient faites.

Et, il appartient à tout candidat au mariage de prouver l'absence d'un lien matrimonial antérieur dès qu'il entend contracter une nouvelle union. Cette charge de la preuve qui pèse sur lui résulte des termes de la loi⁵⁷. Ici, la preuve de l'empêchement du lien n'est exigée que dans le cas de l'existence d'un lien matrimonial antérieur. L'absence de ce lien peut résulter du fait que le futur époux ne s'est jamais marié ou que son mariage a été dissout conformément à la loi. La preuve est administrée conformément aux règles en vigueur. L'administration de la preuve du lien matrimonial obéit donc au principe de reconstitution légale par l'exigence d'acte juridique authentique appelé acte d'état civil établi par un officier d'état civil. En pratique cette preuve est rapportée par la production de l'extrait de mariage, tiré de l'acte dressé lors de la célébration ou de la transcription du mariage par l'officier d'état civil sur un registre ouvert à cet effet. . En ce sens, il a été jugé que « si les règles gouvernant les modes de preuve sont celles en vigueur au jour où le juge statue, les preuves préconstituées sont soumises aux règles en vigueur au jour de l'acte qu'il s'agit de prouver⁵⁸ ». Néanmoins si l'état de marier doit figurer sur les registres d'état civil, le défaut de transcription n'entame en rien la validité du mariage. La transcription prévue aux articles 60 et 124 du code de la famille n'est qu'un mode de publicité et d'opposabilité du mariage aux tiers dont l'Etat vis-à-vis duquel, en l'absence de cette formalité, les époux sont

⁵⁷ cf. Articles 115 et 116 précités.

⁵⁸ Cour de Cassation du Sénégal, chambre civile et commerciale, arrêt n° 61 du 03 mars 1999, sones contre Abdoulaye Diallo et autres, bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, N 7, avril 2005, p.27.

malvenus à exiger un quelconque avantage attaché au statut de personnes mariées [allocation familiales par exemple⁵⁹).

B : Les conditions d'exercices de l'action

Aux termes des dispositions de l'article 141 du code de la famille, l'action en nullité peut être exercée : par les époux eux-mêmes, par toute personne y ayant intérêt et par le ministère public du vivant des époux. L'action est donc plus élargie. Elle ne peut être couverte. Aussi, convient-il de préciser que l'action en nullité du second mariage est imprescriptible. Cette règle est justifiée des lors que l'état des personnes n'entrant pas dans le commerce juridique, est indisponible et ne peut en conséquence s'acquérir ou se perdre par voie de prescription. Ce caractère imprescriptible de l'action en nullité du mariage est une exception au principe de la prescription qui s'attache à toute action en justice. L'action est de la compétence du juge civil et plus précisément du Tribunal Régional. En effet, le mariage est lié à l'état des personnes et l'article 95 du code de la famille édicte que les actions d'état relèvent exclusivement de la compétence des juridictions civiles et sont portées devant le tribunal régional. Il s'agit principalement de l'action en contestation d'état⁶⁰, qui tend à mettre fin à l'état qu'une personne possède actuellement et de l'action en réclamation d'état⁶¹, qui est celle introduite par toute personne désireuse de faire établir que la loi lui confère un état différent de celui qu'elle possède actuellement.

La nullité est également encourue quel que soit la forme du mariage, quel soit célébré par l'officier d'état civil ou constaté par lui ou son représentant. En effet, l'absence de constatation du mariage coutumier est sans incidence sur sa validité. C'est ainsi que lorsque le mariage civil est célébré postérieurement au mariage coutumier, il est nul et de nul effet⁶².

Maintenant, il se pose la question de savoir s'il est possible de prouver l'état d'époux autrement ? La liberté de la preuve n'est pas en principe admise au profit des époux. En effet, s'il

⁵⁹ cf. Article 146 du code de la famille.

⁶⁰ cf. article .94alinea 2 du code de la famille.

⁶¹ cf. article .94 alinéa 1 du même code.

⁶² Justice de Paix de Dakar 29 Mai 1975 : « Attendu que les époux sont de coutume musulmane ; qu'ils s'étaient mariés dans les formes prévues par leur statut personnel et quelques temps après, ils ont procédé à une seconde célébration de leur mariage devant l'officier de l'état civil ; qu'il est constant que le mariage contracté selon le rite musulman est antérieur à celui célébré suivant le code civil ; qu'il echet en conséquence de déclarer nul et de nul effet le mariage contracté devant l'officier de l'état civil ».

s'agit d'apprécier une question de nature civile, le juge doit appliquer les règles de droit civil sauf si la loi en dispose autrement. Selon l'article 29 du code de la famille « l'état des personnes n'est établi et ne peut être prouvé que par les actes de l'état civil ». La Cour de Cassation du Sénégal rappelle ce principe dans son arrêt n°41 du 03 février 1999 de la chambre civile et commerciale décidant que les époux établissent « la preuve de leur état par le seul moyen de preuve que la loi autorise et qui est la production de l'acte de mariage pouvant s'obtenir, s'il n'a pas été dressé, par l'accomplissement des formalités prescrites à l'article 87 du code de la famille et relatives à la procédure d'autorisation judiciaire d'inscription tardive⁶³.

Il convient cependant de préciser que si la question de la nullité du mariage est discutée devant le juge pénal, en cas de poursuite pour bigamie par exemple, l'article 333 semble admettre devant le juge pénal, la liberté de la preuve de l'existence de la précédente union. Il dispose en effet que les peines de la bigamie sont encourues même si le « précédent mariage n'a été ni célébré ni constaté, ni déclaré tardivement ». Cette liberté de la preuve de l'existence de la précédente union pourrait être admise dès lors que le mariage non déclaré ne fait pas l'objet d'une transcription sur les registres d'état civil. Aucun acte ne pourra en être délivré. Dans ce cas, il est inconcevable de demander, au mépris des termes de ce texte, la production d'un acte d'état civil à titre probatoire. La preuve se fera par tous moyens notamment par la production d'un jugement supplétif d'autorisation d'inscription tardive, la possession d'état d'époux, le témoignage ou l'aveu libre et spontané des époux.

En outre, au profit des tiers la liberté de la preuve peut être admise. Ces derniers peuvent, en effet, dénoncer l'existence d'une union antérieure non dissoute, preuve à l'appui ou par aveu de l'époux concerné. En cas de reconstitution d'un registre de mariage détruit ou disparu la preuve de l'état peut se faire par tout moyen approprié notamment par témoins comme lors de la demande d'inscription tardive.

Quant à la nature de la nullité, la loi dispose qu'il s'agit d'une nullité absolue c'est-à-dire qu'elle produit ses effets à l'égard de tous.

⁶³ Ramatoulaye Barry contre Doudou Coly, arrêt n°41 du 03 février 1999, bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, n°7, avril 2005, p.17, précité.

Paragraphe 2 : Les effets de la nullité

La nullité produit des effets à l'égard de tous.

A : A l'égard des époux

Le mariage nul produit ses effets, comme s'il avait été valable, jusqu'au jour où la décision prononçant la nullité est devenue définitive, il est réputé dissous à compter de ce jour. La nullité ne rétroagit donc pas. Le jugement prononçant la nullité du mariage possède l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous. Cela signifie que ces effets sont opposable à tous du jour de l'accomplissement des formalités prévues à l'article 99 du code de la famille. Aux termes dudit article, lorsque l'état d'une personne est établi par un acte ou par un jugement mentionné ou transcrit sur les registres de l'état civil, aucun état contraire ne pourra être reconnu postérieurement sans qu'un jugement établisse au préalable l'inexactitude du premier état. Le dispositif de la décision prononçant la nullité est mentionné à la diligence du ministère public en marge de l'acte de mariage et de l'acte de naissance de chacun des époux. Si le mariage a été célébré à l'étranger ou si les époux sont nés hors du Sénégal, le dispositif est transcrit sur les registres de l'état civil du 1^{er} arrondissement de la commune de Dakar.

En ce qui concerne les biens, la dissolution remonte quant à ses effets entre les époux au jour de la demande, elle n'est opposable aux tiers que du jour de l'accomplissement des formalités prévues à l'article 143.

Le jugement prononçant la nullité doit, également statuer sur la bonne foi de l'un et l'autre des époux ; celle-ci est présumée.

Si les deux époux sont déclarés de mauvaise foi, le mariage est réputé n'avoir jamais existé, tant dans les rapports des époux entre eux que dans leurs rapports avec les tiers.

Lorsqu'un seul des époux est déclaré de mauvaise foi, le mariage nul est réputé n'avoir jamais existé à son égard tandis que l'autre peut se prévaloir des dispositions de l'article 144.

B : A l'égard des enfants

Quant aux enfants issus du mariage, ils conservent à l'égard de leurs auteurs et des tiers leur qualité d'enfants légitimes sans que l'époux de mauvaise foi puisse s'en prévaloir à leur encontre⁶⁴.

En effet, les enfants nés du mariage contracté avant le jugement prononçant la nullité du précédent mariage, sont considérés comme des enfants légitimes, nés de père et de mère mariés. Cela nous permet ainsi de répondre à la question relative au sort de l'enfant né du mariage dissout coutumièrement c'est-à-dire l'enfant né durant la période contentieuse.

La législation sénégalaise prévoit que la répudiation ne dissout pas le lien matrimonial et que dès lors l'enfant issu de ce mariage au cours de cette période bénéficie de la présomption de paternité. Le droit moderne attribue alors à l'enfant une situation légitime.

Il a été retenu que le mariage sous un régime de bigamie produit les effets du mariage régulier au moins pour ce qui est du statut des enfants. . En effet, l'absence de production de l'acte de mariage suffisait pour écarter la filiation légitime auquel cas l'enfant n'acquiert que le statut d'enfant naturel, cependant aujourd'hui on exige plus à l'enfant d'apporter l'acte de mariage de ses parents. A cet effet, la loi 89-01 du 17 Janvier 1980 prévoit la possession d'état à l'égard du père.

Tous ces problèmes sont la conséquence de l'indissolubilité juridique du lien matrimonial. Procéder au divorce judiciaire aurait renseigné les époux sur la qualité des enfants issus de la période de conciliation. Ici, il est donc question de protéger les enfants contre les conséquences des fautes de leurs parents.

Cependant, dans la pratique, il est rare que la justice soit saisie d'une annulation de mariage, les épouses, principales concernées, se font remarquer par leur mutisme.

⁶⁴ L'enfant né de ce mariage bénéficie de la présomption de paternité de l'article 191 du code de la famille, Tribunal de Première Instance Dakar, jugement n°1793 du 17 Aout 1979, inédit.

Section 2 : Les sanctions pénales

Si le divorce n'est pas prononcé par le juge, il risque d'y avoir des conséquences à deux niveaux : la femme comme l'homme, s'il a opté pour la monogamie ou la limitation de polygamie, ne pourra pas se remarier tant que son précédent mariage n'a pas été dissous par le juge sous peine de commettre les délits de bigamie(I) et d'adultère(II) prévus par les articles 333 et 329 du code pénal.

Paragraphe 1 : La bigamie

Le délit de bigamie consiste pour une personne à contracter un second mariage alors qu'elle en était empêchée par l'effet d'un précédent mariage non dissout, même si ce précédent mariage n'a pas été célébré, ni constaté, ni déclaré tardivement.

La bigamie peut donc être définie comme l'état d'une personne engagée deux fois dans un lien matrimonial. L'état de bigame résulte d'un lien matrimonial illicite (le fait de contracter illégalement un nouveau mariage). Il est prohibé eu égard à des considérations à la fois sociologiques, économiques et religieuses. Attentatoire à l'état civil de la personne, la bigamie, considérée au Sénégal comme un délit, est prévue et punie par l'article 333 du code pénal qui prévoit ses conditions d'existence et les sanctions.

A : Les conditions d'existence de l'infraction

Le code pénal sénégalais punit pour bigamie tout époux marié en la forme coutumière qui, avant la dissolution de cette union, contracte un nouveau mariage (en la forme civile ou coutumière). La bigamie suppose pour le mari le non respect de l'option de monogamie ou de polygamie limitée. Il en est ainsi lorsque celui-ci épouse un nombre de femmes supérieur à celui autorisé par son option⁶⁵.

Pour la femme, elle commet ce délit lorsqu'elle se remarie alors qu'elle n'a pas encore divorcé avec son premier mari. En effet, la femme n'a pas encore divorcé avec son premier mari, lorsque

⁶⁵ C'est ainsi le cas :

Lorsqu'il a deux (2) épouses, alors qu'il avait opté pour la monogamie.

Lorsqu'il a trois (3) épouses, alors qu'il avait opté pour la polygamie limitée à deux (2) épouses. Lorsqu'il a quatre (4) épouses, alors qu'il avait opté pour la polygamie limitée à trois (3) épouses. Lorsqu'il a plus de quatre (4) épouses, alors que le maximum autorisé par la loi se limite à quatre (4) épouses.

le divorce n'est pas encore définitif, il en est ainsi en cas d'appel⁶⁶. Il n'y a également pas de divorce lorsque celui-ci n'a pas été prononcé par un juge, c'est le cas en cas de répudiation ou de divorce coutumier. Pour qu'elle soit punissable, il faut la réunion de certains éléments constitutifs.

Le délit de bigamie suppose d'abord, une condition préalable : l'existence d'un précédent mariage. Le précédent mariage est une condition préalable à la commission de l'infraction. Il doit exister et son existence doit être prouvée, il doit également être valable et non dissout. Le mariage est dissout en cas de divorce, de décès ou d'absence judiciairement déclarée. S'il est déclaré nul, l'empêchement de lien disparaît sous réserve des effets liés à son caractère putatif judiciairement constaté⁶⁷. À souligner cependant qu'il a été jugé que « la bigamie existe et le mariage doit être annulé si, par suite d'une erreur, les registres de l'état civil font mention d'un divorce qui n'a pas été prononcé ou d'un décès qui ne s'est pas produit »⁶⁸.

La répression du délit de bigamie nécessite, en outre, l'existence d'un nouveau mariage mettant l'agent pénal dans une situation d'illégalité. Contrairement au précédent mariage, la nouvelle union contractée par la personne poursuivie est un élément constitutif de la bigamie en l'absence duquel ne peuvent avoir lieu ni infraction ni la prononciation d'une peine. La condition préalable est extérieure à la réalisation de l'infraction tandis que l'élément constitutif, tendant à l'atteinte par l'agent pénal d'un but illicite univoque sanctionné par la loi, en constitue la condition d'existence. En vertu du principe de matérialité, le nouveau mariage contracté est objectivement révélé par un fait extérieur quel qu'en soit le résultat. L'infraction découle d'une action ou d'une omission⁶⁹ dont le juge pénal, seul compétent, est fondé à en apprécier les conditions de réalisation⁷⁰. Naturellement, le juge saisi d'une infraction en examine souverainement les éléments constitutifs. Il retrouve l'exercice de ses pleins pouvoirs. La célébration de celui-ci consomme l'infraction. Le terme célébration évoque ici le fait de sceller l'union matrimoniale quel qu'en soit la forme. Peu importe que le nouveau mariage soit célébré ou constaté par l'officier d'état civil ou déclaré tardivement par les époux. En effet, l'article 333 du code pénal sanctionne du délit de bigamie, toute personne qui aura contracté une nouvelle union, alors qu'elle serait dans l'impossibilité légale eu égard soit à l'existence d'un lien précédent non

⁶⁶ Voir articles 173 alinéas 3 et 175 alinéa 1 du code de la famille.

⁶⁷ Cf., article 144 du même code.

⁶⁸ TGI. Nanterre, 15 Janvier 1975 : voir sous note 1 de l'article 147 du code civil français, édition 2006

⁶⁹ Voir Khokhane . Sene, Bigamie et nullité du mariage . Les pouvoirs du juge pénal p, 10.

⁷⁰ La tentative ne suffit pas pour poursuivre du chef de bigamie, Kokhane . Sene, article précité.

dissout soit à l'option choisie. L'action de contracter la nouvelle union est l'acte incriminé par la loi. Le délit est consommé au moment de la célébration du nouveau mariage. Ainsi, la jurisprudence fixe le point de départ de la prescription autour de celle-ci. La bigamie est considérée à cet effet comme une infraction instantanée qui se réalise dès la célébration marquant l'accomplissement de l'acte délictueux⁷¹.

Comme le précédent mariage, la nouvelle union doit aussi être valide, sous réserve du vice de bigamie dont il est nécessairement atteint, et non dissoute. La question de sa nullité peut être discutée devant le juge pénal. Le nouveau mariage, étant un élément constitutif de l'infraction de bigamie, le juge répressif, peut donc dans l'exercice de sa compétence en examiner la nullité qu'il est apte à constater. En effet, même si ce texte fait de la nullité du mariage une question préjudicielle au jugement, le juge pénal, compte tenu des grands principes qui régissent la matière, dispose d'une plénitude de juridiction dans l'appréciation des différents éléments de toute infraction dont il est saisi.

Et s'agissant de l'élément intentionnel, il convient de faire remarquer que cette condition constitue le paramètre d'appréciation de l'intention délictuelle exigée dans la constitution de l'infraction puisque les faits ne sont punissables que lorsque la personne poursuivie a connaissance de l'existence d'une précédente union qui subsisterait au moment où la nouvelle union est scellée. Il convient cependant de souligner qu'en général, cet élément fait défaut. Et, beaucoup de femmes déclarées coupables de bigamie et condamnées sont parfois de bonne foi. En effet, malgré l'existence de sanctions pénales, les époux mariés coutumièrement continuent de se référer au droit musulman pour prononcer leur divorce. Le droit musulman admet la répudiation sur faute de la femme. La seule obligation devra être la présence de témoins pouvant attester de la décision unilatérale du mari de rompre son union. En conséquence, au moment de se remarier, certaines femmes pensent être divorcées 'légalement' selon la coutume de leur mariage.

⁷¹ Cassation Criminelle, 5 février 1963, bulletin Criminel n°65, répertoire Dalloz, octobre. 2002, n° 45.

B : La répression de la bigamie

La bigamie est punie civilement et pénalement.

Lorsqu'il y a délit de bigamie, la loi prévoit que le juge doit prononcer la nullité du ou des mariages constitutifs du délit, c'est-à-dire ceux qui ont été contractés avant que le juge n'ait prononcé la dissolution du premier mariage. Ainsi, le prévenu poursuivi du chef de bigamie peut contester, par voie d'exception devant le juge pénal, la validité du mariage et faire valoir, pour échapper à la répression, qu'il n'a pas l'état de marier ou n'a point violé son droit d'option.

Le mariage délictueux sera alors dissout au jour du jugement prononçant la nullité.

La dissolution peut être demandée par les époux eux-mêmes, par toute personne intéressée, ou par le ministère public. Lorsque celle-ci est invoquée par voie d'exception devant le juge pénal, les prérogatives qui lui sont reconnues dépendent de la nature et du régime juridique prévu par la loi. S'il ne peut passer outre, compte tenu des pouvoirs qui lui sont légalement conférés, il devra surseoir à statuer au profit du juge civil. Ce qui rend incompetent le juge pénal tenu de surseoir a statué au profit du juge civil sur le fondement de l'article 96 du code de la famille. La nullité du mariage peut être invoquée à titre principal <<voie d'action>> devant le juge compétent.

Au plan pénal, l'article 333 du code pénal prévoit une peine d'emprisonnement de six mois à un an et d'une amende de 20 000 à 300 000frs. Quant à l'officier d'état civil, qui apporte aide et assistance à la célébration d'un mariage qu'il savait atteint du vice de bigamie, il est considéré comme complice et encourt les mêmes peines. La juridiction compétente est le tribunal départemental.

En définitive, l'agent pénal ne tombe sous le coup de la loi pénale que s'il contracte, en méconnaissance des règles établies, un nouveau mariage avant la dissolution du précédent qui le met dans l'impossibilité juridique d'avoir un état additif. L'acte matériel délictueux est réalisé et crée un lien bigame dès la célébration même si les époux ne remplissent pas les obligations inhérentes à l'état de marier. En pratique, il n'est pas facile de commettre l'infraction compte tenu des formalités auxquelles les futurs époux sont soumis. En effet, en prévision de leur mariage, l'article 116 du code de la famille prévoit que les candidats doivent indiquer à l'officier d'état civil s'ils sont déjà engagés dans un lien matrimonial et « le futur époux devra justifier, le cas échéant, de ce que les liens matrimoniaux déjà contractés ne constituent pas à son égard un empêchement au mariage projeté ». Mieux, pour les besoins de la célébration du

mariage, de sa constatation ou de sa déclaration tardive, les articles 115, 116, 126 et 147 édictent l'obligation faite aux futurs époux de remettre à l'officier d'état civil une copie d'un acte de naissance datant de moins de trois mois. Le risque de fraude sur l'existence du lien antérieur est amenuisé dès lors que tout mariage précédemment contracté et la nature de l'option monogamique ou polygamique du mari, font l'objet d'une mention en marge de chaque acte de naissance de chacun des époux. Au regard donc de toutes ces considérations, on peut affirmer que l'infraction de bigamie ne peut se concevoir, en général que dans le cadre d'un mariage coutumier.

Parfois, l'infraction de bigamie est souvent cumulée avec celle d'adultère⁷².

Paragraphe 2 :L'adultère

Le devoir de fidélité traduit l'interdiction de commettre l'adultère.

L'adultère est défini comme étant le fait d'avoir des relations sexuelles avec une personne autre que son conjoint. Il est prévu et puni par l'article 329 du Code pénal qui prévoit les éléments constitutifs et les sanctions.

A : Les éléments constitutifs du délit

Il ressort de l'article 329 précité que l'adultère est le fait pour une personne mariée d'avoir des relations sexuelles avec quelqu'un qui n'est pas son conjoint. Il en est ainsi de la femme qui est coupable du délit d'adultère dès lors que la dissolution du mariage n'est pas prononcée par le juge ; qu'il importe peu de savoir si elle était ou non répudiée par son mari⁷³. Cependant, l'existence d'un mariage légalement reconnu par l'Etat est un élément constitutif du délit⁷⁴.

⁷² Cour d'Appel de Dakar, chambre d'Accusation, arrêt n°57/97 du 11 mars 1997, inédit.

⁷³ Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°286 du 18 juin 1979.

⁷⁴ Cour d'Appel de Dakar, arrêt n°31 du 13 janvier 1982 : La Cour déclare « est mal venu à vouloir faire reconnaître par les cours et tribunaux le délit d'adultère par la partie civile qui n'a pas fait constater le mariage célébré selon sa coutume, par l'officier de l'état civil. En choisissant de ne pas procéder à cette formalité, après la promulgation du code de la famille qui sanctionne l'inobservation de cette formalité par l'inopposabilité à l'égard de l'Etat, la partie civile ne peut se prévaloir des effets du mariage sans doute valable sur le plan religieux et coutumier mais inopposable à l'Etat dont elle a décidé de ne pas respecter la loi.

De même, pour l'époux polygame lorsque ses relations ont lieu en dehors des limites fixées par son option. Au Sénégal, l'adultère est une cause de divorce et est considéré comme un délit qui porte un grave préjudice moral à l'un des conjoints. L'adultère suppose que celui qui en est accusé soit toujours dans les liens du mariage. Aussi, définit-on l'adultère-comme une violation par Un époux de l'obligation de fidélité, laquelle interdisant à chaque conjoint toute relation sexuelle extraconjugale avec une autre personne.

Au Sénégal, il faut préciser que le mari polygame ne peut être accusé d'adultère avec une de ses épouses tant que les liens conjugaux les unissant n'ont pas été dissous.

C'est. Pourquoi une disposition particulière de l'article 329 alinéa 2 du code pénal sénégalais prévoit que pour les maris polygames, les usages tolérés par la coutume ne sauraient en eux-mêmes constituer l'adultère.

L'adultère suppose un fait matériel, mais surtout un fait intentionnel⁷⁵.

En effet, l'adultère doit comporter, pour pouvoir être retenu à l'encontre d'un époux non seulement, un élément matériel mais aussi un élément intentionnel, ce dernier impliquant la conscience par l'auteur de l'acte incriminé, de se soustraire à la foi conjugale.

Avant l'avènement du code de la famille, le droit traditionnel faisait la distinction entre l'adultère de l'homme et celui de la femme qui était plus sévèrement puni. Il faut remarquer qu'aujourd'hui, le juge ne se base pas sur les préceptes de l'islam exigeant quatre témoins pour prouver l'adultère mais sur des faits précis et univoques. Ainsi, il a été jugé que le constat d'huissier ne suffit pas pour prouver un adultère. Il faut en sus que les relations entre les coupables ne souffrent d'aucune équivoque⁷⁶. C'est ainsi que les seules modes de preuves admises par la loi sont : outre le flagrant délit, l'aveu ou les lettres ou autres pièces écrites par le prévenu⁷⁷.

⁷⁵ Voir Tribunal de 1er Instance de Dakar, 21 février 1978, Youssoupha Ndiaye, ouvrage précité, annexe D2, p.181.

⁷⁶ Tribunal de 1ère Instance de Dakar, jugement n°61 du 21 juin 1983, inédit.

⁷⁷ Article 331 du code pénal.

B : La répression du délit

La loi prévoit des sanctions civiles et pénales à l'encontre de son auteur.

Sur le plan civil le conjoint trompé peut demander la séparation de corps et même le divorce, l'adultère fait partie des dix causes de divorce prévues par la loi.

Il peut également demander que lui soient versés des dommages et intérêts car l'adultère est une tromperie, une trahison douloureuse qui bouleverse moralement la personne qui en est victime. Les dommages et intérêts ont alors pour but de « réparer » le préjudice moral ainsi causé.

Sur le plan pénal l'adultère est puni d'une amende de vingt-mille (20 000) à cent mille (100 000) FCFA (article 330). Compte tenu de sa gravité et des conséquences que cela entraîne dans la vie familiale, la loi prévoit des règles particulières pour la dénonciation de l'adultère.

La gravité est telle que la loi limite aux seuls époux la possibilité de sa dénonciation. Elle dispose en effet que l'adultère ne peut être dénoncé que par le conjoint. La stabilité du couple est ainsi préservée contre les dénonciations fantaisistes ou motivées par certaine jalousie ou une volonté délibérée de détruire le couple. La condamnation peut cependant, être évitée si le conjoint retire sa plainte.

Toutefois, l'article 329, alinéa 2, retient que des usages tolérés par la coutume ne sauraient en eux-mêmes constituer l'adultère. Ce qui signifie que le mari polygame a l'obligation de partager équitablement les nuits entre ses épouses, sans que l'une d'elles ne puisse, en se fondant sur le devoir de fidélité, lui reprocher un quelconque adultère.

Quant au complice, c'est-à-dire celui ou celle avec qui l'époux coupable a eu des relations sexuelles, il risque la même peine que le conjoint fautif.

L'adultère peut être prouvé selon trois (3) moyens principalement:

- le flagrant délit, c'est-à-dire le fait de surprendre le complice avec le conjoint coupable en train de commettre l'acte sexuel ;
- les lettres qu'il a adressées au conjoint coupable faisant allusion aux relations sexuelles qu'ils ont eues ensemble ;
- les déclarations (ou aveux) par lesquelles il reconnaît les faits qui lui sont reprochés.

Il faut cependant relever que dans la pratique ce sont plutôt les femmes qui sont poursuivies pour les délits de bigamie et d'adultère et des abus sont constatés en ce domaine⁷⁸. En effet, certains hommes, après plusieurs années d'abandon de leurs femmes ou après les avoir répudiés, initient la procédure, en cas de remariage de celles-ci. Ils ont, non seulement commis une faute étant entendu que la répudiation est considérée comme une injure grave cause de divorce, mais pire encore, ils utilisent l'appareil judiciaire pour empêcher à leurs anciennes épouses de recommencer une nouvelle vie.

Conclusion

Avec l'institution du divorce judiciaire, l'objectif recherché par le législateur était d'écarter certaines pratiques coutumières pour d'une part assurer l'unité des sénégalais en matière matrimoniale et protéger les intérêts de la femme jadis victime d'inégalité sociale et ceux des enfants issus du mariage. Force est cependant de constater qu'aujourd'hui, plusieurs années après l'entrée en vigueur du code de la famille, la grande majorité de la population ignore le contenu de ce code et ne l'applique pas en ce qui concerne ses dispositions matrimoniales. En fait, la faible application du code en traduit les limites⁷⁹.

En effet, les règles qui y sont posées, en matière de mariage et de divorce sont souvent en contradiction avec les traditions sénégalaises. On constate un retour plus marqué aux traditions et une réticence à appliquer le droit moderne, plus particulièrement en ces matières.

Dans la pratique, hormis dans les villes où la tendance est toute autre, nombreux sont ceux qui préfèrent recourir aux règles coutumières et religieuses que de porter leur affaire devant les cours et tribunaux dits modernes.

Ce recours aux règles coutumières plutôt qu'au juge moderne dans le règlement des litiges peut s'expliquer par plusieurs raisons :

Il s'agit entre autres de l'analphabétisme, de la méconnaissance des textes de lois par la plupart des populations, de facteurs et de pesanteurs socioculturelles, des coûts élevés pour payer un avocat, de la peur du prétoire et du désir de ne pas étaler son problème à la place publique, plus précisément en audience publique.

⁷⁸ Voit Tribunal Départemental de Kaolack, jugement n°774 du 27 Aout 2009.

Voir également jugement n°85 du 03 juin 2010.

⁷⁹ Comme le fait remarquer Marène Ndiaye (2007) : « *le statut des femmes, même s'il fait l'objet d'une législation favorable, ne peut avoir d'impact concret sur leur situation qu'à condition d'être effectivement appliqué* »

Certaines femmes, notamment celles qui vivent dans des environnements qui subissent l'influence de la religion musulmane, s'inscrivent dans la logique de l'obligation coutumière renforcée par l'islam qui autorise la répudiation.

Ce qui justifie amplement la nécessité de sa vulgarisation, surtout en milieu rural où l'on note une forte survivance des règles coutumières en matière de famille.

A cela s'ajoute ce qu'on peut appeler l'incohérence législative avec notamment la consécration dans le code de la famille de la validité du mariage coutumier. Ce maintien du mariage coutumier est à l'origine des difficultés de mise en application du divorce judiciaire. En effet, si l'intention du législateur était d'écarter les coutumes et soumettre les sénégalais aux règles du droit moderne, le maintien de la célébration coutumière du mariage dans le code de la famille ne se justifie pas : soit il supprime le mariage coutumier , soit il valide le divorce coutumier .

Bibliographie.

1) : Législation

- Code de la famille du Sénégal: Loi n°72-61 du 12 juin 1972
- Code de procédure civile du Sénégal : Décret n°64-572 du 30 juillet 1964
- Code pénal du Sénégal : Loi n°65-60 du 21 juillet 1965.

2) : Ouvrages, thèses, articles...

- Abdel Kader Boye : Les mariages mixtes en droit international privé sénégalais, Thèse, Paris II, 1979.
- Amsatou Sow Sidibé : Le pluralisme juridique en Afrique (L'exemple du droit successoral sénégalais), Thèse, 1991.
- Dial Fatou Binetou : Le divorce, source de promotion pour les femmes ? L'exemple des femmes divorcées de Dakar et Saint-Louis (Sénégal), Colloque international : Genre, population et développement en Afrique, Abidjan, 16-21 juillet.
- Dial Fatou Binetou : Promotion sociale et économique après divorce à Dakar, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, DEA 2000.
- Guy A. Kouassigan : Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire Francophone, Revue Pedone, Paris 1974, p.91 et suivants.
- Isaac Yankhoba Ndiaye : Le mariage à l'épreuve du droit traditionnel, Revue sénégalaise de droit n° 36, 2011.
- Isaac Yankhoba Ndiaye : Etude critique de l'article 114 alinéa 1 du code de la famille, Revue Edja n°23, 1994, p.7.
- Keba Mbaye : L'évolution des formes du mariage au Sénégal, Mélanges Ancel, Pedone 1975, Tome 1.
- Keba Mbaye : Le droit de la famille en Afrique et à Madagascar, Etudes préparées à la requête de l'UNESCO, Paris, 1968.
- Khokhane Sene, Bigamie et nullité du mariage : les pouvoirs du juge pénal,
- Lala Fall : La notion de mariage inopposable à l'Etat, Mémoire de maîtrise, UCAD, 1999.
- Maimouna Kane : De la protection des droits de la femme et le maintien de la famille sénégalaise, Revue sénégalaise de droit, Décembre 1974, n°16, p.33.

Me Mbaye Jacques Ndiaye : La loi reconnaît le mariage traditionnel, mais non le divorce coutumier, [www. Xibar.net](http://www.Xibar.net).

-Racine Mbaye : Les crises entre époux en droit sénégalais, Thèse UCAD, 1988.

-Serge Ginchard : Le mariage coutumier en droit sénégalais, Revue international de droit commercial, 1978.

-Serge Ginchard : Etude critique de l'article 29 du code de la famille, Cour Suprême 20 juillet 1977, Penant 1978, p.385.

-Youssoupha Ndiaye, Le divorce et la séparation de corps, NEA 1979.

-Youssoupha Ndiaye : Le nouveau droit africain de la famille, Ethiopiques n°14, Avril 1978.

Tables des matières

Introduction

Chapitre 1: Le mariage et le divorce en droit coutumier

Section 1 : Le mariage coutumier

Paragraphe 1 : Le mariage en droit coutumier

A : La conception traditionnelle du mariage

B : La célébration du mariage coutumier

Paragraphe 2 : Le mariage coutumier dans le code de la famille

A : La constatation du mariage coutumier

B : La sanction de l'absence de constatation

Section 2 : Le divorce en droit coutumier

Paragraphe 1 : Les causes de divorce dans le droit coutumier

A : La pluralité des causes de divorce

B : Le caractère arbitraire de certaines causes de divorce

Paragraphe 2 : La répudiation

A : Les conditions de la répudiation

B : Les différentes formes de répudiation

Chapitre 2 : Fondement de l'institution du divorce judiciaire

Section 1 : La stabilité des ménages

Paragraphe 1 : Le divorce par consentement mutuel

A : La procédure

B : La décision du juge

Paragraphe 2 : Le divorce contentieux

A : Les causes de divorce

B : La procédure

Paragraphe 3 : Le rôle du juge

A : Dans le divorce par consentement

B : Dans le divorce contentieux

Section 2 : La protection de la femme et de l'enfant

Paragraphe 1 : L'amélioration du sort de la femme

A : L'égalité de l'homme et de la femme dans le désaccord

B : Une égalité rompue en faveur de la femme

Paragraphe 2 : La protection de l'enfant

A : Le droit de garde

B : Le droit d'éducation et d'entretien

Chapitre 3 : Les sanctions en cas d'inobservation du divorce judiciaire

Section 1 : La sanction civile : La nullité du nouveau mariage

Paragraphe 1 : L'action en nullité

A :: Les causes de nullité

B : Les conditions d'exercice de l'action en nullité

Paragraphe 2 : Les effets de la nullité

A : A l'égard des époux

B : A l'égard des enfants

Section 2 : Les sanctions pénales

Paragraphe 1 : La bigamie

A : Les conditions d'existence de l'infraction

B : La répression

Paragraphe 2 : L'adultère

A : Les conditions d'existence de l'infraction

B : La répression

Conclusion