



REPUBLIQUE DU SENEGAL

Un Peuple - Un But - Une Foi

Ministère de la Justice

Centre de Formation Judiciaire

Section Magistrature

Promotion 2008

**ETUDE DU REGIME JURIDIQUE DU
MARIAGE EN DROIT SENEGALAIS ET
COMORIEN**

Mémoire de fin de formation

Présenté par

Aïnoudine ALLAOUI

Auditeur de Justice

Sous la direction du Président

Monsieur Alioune NIOKHOR DIOUF

**Juge d'Instruction au Tribunal
Départemental Hors Classe de Dakar**

Année académique 2010 / 2011

A

Mes défunts parents

Qui, durant toute leur vie se sont investis

Pour le bonheur des leurs.

Hommes de cœur et de vertu

Qui ont été pour moi symboles de

La persévérance et de l'honnêteté.

Paix à leurs âmes.

A mes frères et sœurs

A ma femme

A ma belle famille

A tous les magistrats sénégalais

A tous ceux qui ont concouru à mon développement
personnel et professionnel

Je dédie ce mémoire.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont à l'endroit :

Monsieur le Président Alioune NIOKHOR DIOUF, qui a dirigé ces travaux, pour son dévouement, sa disponibilité et ses idées nobles ;

Monsieur Mamadou DIAKHATE le Directeur du Centre de Formation Judiciaire (C FJ) ;

Madame Aïssatou Diallo BA Directrice adjointe du Centre de Formation Judiciaire (C FJ) ;

Aux autorités du pays de la Téranga « le Sénégal » et à celles de mon pays l'Union des Comores, pour la disponibilité qui m'ont offerte ;

Tous nos formateurs qui ont largement contribué à notre formation durant les deux années passées à l'école ;

Le personnel du Centre de Formation Judiciaire (C FJ), et ceux de l'Ecole National D'administration (E N A) ;

Mes collègues de promotion pour les riches échanges de connaissances que nous avons eus ;

Tous ceux de près ou de loin qui m'ont soutenu durant ces vingt quatre mois au Centre de Formation Judiciaire.

SOMMAIRE

Introduction

Première Partie : L'avènement de l'union : un processus relativement similaire sous les deux régimes

Chapitre I : Les fiançailles sous le droit sénégalais et droit comorien

Section I : Les conditions de formation des fiançailles

Paragraphe I : Les conditions de forme et de fond en droit sénégalais

Paragraphe II : Les conditions de fond et forme en droit comorien

Section II : Les effets de fiançailles

Paragraphe I : Les obligations des fiancés

Paragraphe II : Les droits de fiancées

Chapitre II : Le Mariage

Section I : Les conditions de formation

Paragraphe I : Les conditions de forme

Paragraphe II : Les conditions de fond

Section II : Les effets du Mariage

Paragraphe I : Les droits des époux

Paragraphe II : Les devoirs des époux

Deuxième partie : **La séparation des époux des différences notables entre les droits**

Chapitre I : La séparation de corps

Section I : La séparation de corps par consentement mutuel entre les deux législations

Paragraphe I : Les conditions de la séparation en droit sénégalais et comorien

Paragraphe II : Les effets de la séparation de corps

Section II : La séparation de corps contentieuse en droit sénégalais et comorien

Paragraphe I : Les causes de la séparation de corps

Paragraphe II : Les conséquences juridiques de la séparation de corps

Chapitre II : La dissolution du mariage au Sénégal et aux Comores

Section I : La dissolution par la mort de l'un des époux

Paragraphe I : Les obligations du conjoint survivant

Paragraphe II : Les droits du conjoint survivant

Section II : Le divorce en droit comorien et sénégalais

Paragraphe I : Le divorce par consentement mutuel

Paragraphe I : Le divorce contentieux

Conclusion

INTRODUCTION

KOUASSINGAN a pu définir le mariage traditionnel Africain comme étant « le contrat par lequel le chef d'une famille agissait au nom et pour le compte de cette dernière engageant une jeune fille avec ou sans son consentement et sur laquelle il exerce la puissance paternelle dans les liens conjugaux avec un homme, membre d'une autre famille représentée par son chef et moyennant une contrepartie telle qu'elle est définie par la coutume de la jeune fille.

De cette longue définition, apparaissent les traits caractéristiques du mariage tel qu'il était perçu en Afrique.

En effet celui-ci apparaît plutôt comme une convention entre deux familles, à l'exclusion de toute intervention des futurs époux, parfois en dehors de leur volonté.

Ce n'est point la conception Européenne du mariage que PORTALIS définit comme la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par secours mutuel à porter les charges de la vie et pour partager leur commune destinée.

La préoccupation essentielle dans le droit traditionnel n'était pas le mariage, mais le respect des ancêtres et la stabilité du groupe, créant le climat de sécurité et de la continuité dont la société a besoin.

La fonction était dévolue aux différents chefs de carrés de tisser des liens entre leur progéniture pour répondre à ce besoin.

Dès lors, on se passera souvent du consentement des futurs époux, l'homme ne ratifiant que le choix effectué par ses parents, la femme subissant ce choix.

Au niveau de la forme, tout était oral et les seules conditions de fond requises étaient le consentement des représentants et le versement de la dot qui était essentielle pour sceller l'union.

La pénétration de l'islam en Afrique ne s'est pas accompagnée de bouleversement notable.

La conception musulmane du mariage étant identique à celle du droit traditionnel à quelque différences près ; la nouvelle religion s'est installée sans grands heurts.

Il en est ainsi du rôle déterminant des parents, de la dot et de l'âge.

Les seules innovations essentielles concernent la limitation du nombre des épouses et l'introduction des paroles sacramentelles tirées du coran.

Le christianisme par contre n'a pas pu s'insérer aussi facilement dans la société Africaine traditionnelle dans la mesure où il véhiculait la vision Européenne du mariage et les rigueurs de l'église.

Sa tentative d'imposer la monogamie, ses formalités excessives n'ont point reçu l'adhésion des populations, malgré « l'attrait de la semoule ».

Le même échec sera essuyé par le colonisateur qui, imbu de sa mission civilisatrice a voulu insérer le mariage dans un carcan légal rigoureux, en imposant sa propre conception.

Ainsi par le décret, Mandel du 15 juin 1939, il a fixé l'âge des époux et imposé leur consentement; tandis que le décret Jacquinot du 14 septembre 1951 relatif à certaines modalités du mariage entre indigènes rappelle le premier, règlement de la dot, annonce la possibilité de souscription monogamique, supprime le consentement des parents lorsqu'il est contraire à l'intérêt des époux.

Cette nouvelle réglementation institue une dualité de statut, l'un de droit moderne qui devient le droit commun, l'autre le droit traditionnel.

De ce fait, deux formes de mariage vont coexister : le mariage célébré par l'officier d'état civil et celui célébré selon la tradition mais qui pourra faire l'objet d'une transcription à l'état civil.

Une telle réglementation heurtant de front un domaine où la tradition est encore vivace, connu un échec retentissant « la vaillante coutume » continuant à s'appliquer.

A l'indépendance, les nouveaux pouvoirs, obsédés par la construction de l'unité nationale et l'accession à un développement rapide par le bouleversement des structures traditionnelles, continuent l'œuvre du colonisateur.

Néanmoins certains repoussent le droit traditionnel d'un coup de balai et copient le code civil français ; d'autres par contre, adopteront une démarche plus prudente.

Il s'agissait pour eux de « prendre parti sur la valeur des traditions familiales africaines, au regard des exigences de la vie moderne vers laquelle ils souhaitaient diriger les populations le plus rapidement possible¹ ».

Parmi ces pays, on peut citer le Sénégal qui par l'ordonnance 60-56 du 14 Novembre 1960 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal et la loi du 23 juin 1961 sur l'état civil. L'union des Comores par la loi N° 87-01 du 23 septembre 1987 fixant l'organisation judiciaire de la République fédérale islamique des Comores ainsi que la loi N° 84-11/PR / du 19 octobre 1984 régissant l'état civil Comorienne, ont continué l'œuvre du législateur colonial en conservant la dualité des statuts qui consacre le mariage moderne et le mariage traditionnel, en même temps qu'il soumettait la famille à la compétence de la coutume.

Mais les dispositions Sénégalaises sus énoncées n'étaient que transitoires, l'idée de l'élaboration d'un droit des personnes germant déjà dans l'esprit du nouveau pouvoir.

Ainsi, une commission de codification du droit des personnes et des obligations fut créée par le décret 61-145 du 12 avril 1961, elle avait pour but selon GABRIEL D'ARBOUSSIER alors Ministre de la justice ; lors de la séance solennelle de l'installation de ladite commission de « reconnaître les règles du droit coutumier », la codification tendra à consister et à promouvoir l'évolution dans les mœurs.

Ainsi par un long, mais prudent processus, le Sénégal s'est acheminé vers l'élaboration d'un véritable droit des personnes, un questionnaire coutumier fut constitué et diffusé auprès des autorités traditionnelles pour l'exégèse du contenu des coutumes.

Un comité des options pour le code de la famille fut aussi créé par le décret 65-902 du 25 décembre 1965 ; il était chargé de proposer les grandes options de la nouvelle loi et fut installé le 25 Mars 1966 sous la direction du premier Président de la Cour Suprême Monsieur KEBA MBAYE.

Le problème était de parvenir à une loi ou coexisteraient harmonieusement le modernisme et la tradition ; il s'agissait de faire des concessions aux coutumes sans pour autant retourner au droit traditionnel dans sa pureté originelle.

¹ Hilaire : variations sur le mariage. A-propos de la codification en Afrique noire », in Penant 1968. Pp. 145 à 193.

La tâche cependant était d'autant plus ardue qu'il existait une multitude de coutumes.

En effet, l'arrêté du Ministre de l'intérieur du 28 février 1961 avait recensé 68 coutumes applicables au Sénégal, réparties dans 33 groupes ethniques différents, certains de ces groupes connaissant même deux à 3 coutumes différentes.

Une telle difficulté était bien reconnue par ceux qui étaient chargés de l'élaboration du code ; n'est-ce pas le Président Forster qui disait que « nous garderons notre foi intacte en la coutume et que nous placerons sur un pied d'égalité avec les lois de nos droits modernes.

Nous reconnaissons seulement qu'elle est difficile à saisir et à codifier. Pourtant, après douze ans de cheminement laborieux, l'idée de codifier le droit des personnes vit en fin le jour.

Elle s'est concrétisée par la loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant code de la famille et applicable le 1^{er} janvier 1973.

Cependant, ce même processus qui a été pratiquement repris par le législateur Comorien pour l'élaboration du code de la famille comorienne avec le décret n° 05-090/PR portant promulgation de la loi organique n° 05-008/AU du 03 juin 2005 relative au code de la famille.

Il existe également une dualité de forme (mariage coutumier et civil).

Au demeurant une analyse sommaire permet de déceler des similitudes entre le droit de la famille comorienne et le droit de la famille Sénégalaise ; toute fois une étude approfondie permet de voir quelques traits distinctifs malgré leur héritage colonial commun.

C'est ainsi que nous vous proposons d'analyser « l'étude du régime juridique du mariage en droit Sénégalais et comorien », pour une bonne étude comparative, il convient d'axer la réflexion autour de deux grandes axes :

L'avènement de l'union : *un Processus relativement similaire sous les deux régimes (premier partie) et la séparation des époux des différences notables entre les droits, (deuxième partie).*

PREMIERE PARTIE :

L'avènement de l'Union : un Processus relativement similaire sous les deux régimes

Le mariage est une institution. C'est une des raisons pour lesquelles, sa conclusion est souvent précédée d'un processus plus au moins long qui retient l'attention du législateur. On distingue généralement deux phases relativement identiques sous les régimes juridiques Sénégalais et Comoriens : les fiançailles (chapitre 1) et le Mariage (chapitre. 2).

CHAPITRE I :

Les Fiançailles sous les droits sénégalais et comoriens.

Le code de la famille Sénégalais fait des fiançailles une convention solennelle par laquelle un homme et une femme se promettent mutuellement le mariage (article 101).

Pour le législateur comorien, les fiançailles sont d'une promesse solennelle de mariage lorsqu'il y a consentement réciproque d'un homme et d'une femme ayant atteint au moins l'âge de 18 ans révolus (article 8).

Au regard de ces deux dispositions, cette convention n'oblige pas les fiancés à contracter mariage (article 8) du code de la famille comorien et article 102 in fine Code de la famille sénégalais.

La loi essaie ainsi de prévenir les manœuvres qui porteraient atteinte à la liberté au mariage.

Elle a non seulement défini les fiançailles mais, les a aussi réglementées contrairement au droit Français (article 101 à 107 code de la famille sénégalais et les articles 8 à 12 code de la famille comorien)².

Historiquement , les fiançailles n'ont fait l'objet de dispositions ni dans le code civil français de 1804 ni dans les dispositions postérieures à l'exception de l'ordonnance du 4 février 1959 relative aux personnes dont l'état et la capacité civile sont régis par l'un des statuts civils locaux, en

²Décret n°05-090/PR portant promulgation de la loi organique n°05-008/AU du 03 juin, relative au code de la famille comorienne

Article 8 - : Les fiançailles résultent d'une promesse solennelle de mariage lorsqu'il y a consentement réciproque d'un homme et d'une femme ayant atteint au moins l'âge de 18 ans révolus. Cette convention n'oblige pas les fiancés à contracter le mariage.

Article 9 - : Chacun des fiancés doit donner librement son consentement, en connaissance de cause, indépendamment de celui des parents.

Article 10 - : Pendant la période des fiançailles, chacun des fiancés peut recevoir des cadeaux ou des dons.

Article 11 - : En cas de contestation, la preuve des fiançailles s'administre par tous moyens, et notamment par enquête ordonnée par la juridiction saisie.

Article 12 - : Chacun des fiancés a le droit de rompre unilatéralement les fiançailles.

La rupture sans motif légitime peut obliger celui ou celle dont elle est imputable à restituer les cadeaux non consommables.

Tout autre préjudice né de la rupture des fiançailles ou à son occasion est réparé conformément aux dispositions générales de la responsabilité civile.

vigueur dans les départements d'Algérie ainsi que ceux des oasis et du Sahara et qui disposait que « la promesse unilatérale ou l'échange de promesse de mariage ne vaille pas mariage et ne crée aucune obligation de contracter mariage ».

Ainsi, les fiançailles précédant le mariage peuvent être définies comme la promesse réciproque de se prendre plus tard pour époux.

La jurisprudence Française a dû préciser la valeur et les effets des fiançailles en cas de rupture, elle considère que c'est un état de fait qui n'a aucune valeur juridique, car un fiancé ne peut être contraint au mariage.

Seule une rupture abusive peut entraîner la condamnation à des dommages intérêts³.

Dans les deux Codes de la famille sénégalaise et comorienne, les fiançailles sont soumises pour leur formation à des conditions de fond et de forme (section 1) et du point de vue de ses effets (section2), elle engendre des droits et devoirs entre fiancés, ainsi que des réparations en cas de rupture abusive.

Section I : Les conditions de Formation des Fiançailles

Nous pouvons distinguer d'une part les conditions de fond et de forme en droit sénégalais (paragraphe 1) et celles de fond et de forme en droit comorien (paragraphe 2).

Paragraphe I : Les conditions de Fond et de forme en droit

Sénégalais.

A. Conditions de fond

Les fiançailles ne peuvent être contractées que si les parties remplissent les conditions exigées pour le mariage. En particulier chacun des fiancés doit donner librement son consentement, indépendamment du consentement des parents nécessaire aux mineurs. Toutefois le minimum requis est inférieur d'un an à celui prévu pour pouvoir contracter mariage (article 103 du code de la famille sénégalais).

³. Article 12 de La loi organique n°05-008AU du 03 Juin 2005 relative au Code de la Famille comorien.

B. Conditions de forme

Elles sont prévues par l'article 104 du code de la famille, la célébration des fiançailles se fait en présence de deux témoins pour chaque fiancé et d'un représentant de chaque famille.

Un cadeau dont la valeur est fixée par la loi à un maximum de 5000 peut être remis à la fiancée par le fiancé ou par sa famille.

La cérémonie, revêtant un caractère de publicité, a valeur d'engagement des deux fiancés et de leurs familles. La preuve s'administre par l'audition des témoins y ayant assisté.

Paragraphe II : Les conditions de Fond et de forme en droit

Comorien.

A. Conditions de fond

Ce sont les mêmes exigences que pour le mariage. Il faut le consentement de chaque futur époux. L'âge légal pour ce faire est au minimum 18 années révolues, chacun des fiancés doit donner librement son consentement en connaissance de cause, indépendamment de celui de ses parents (article 8 et 9 C.F.C).

B. Conditions de forme

Aux Comores, la célébration des fiançailles reste de nos jours coutumiers. Elle n'est encadrée par aucune disposition textuelle. Elle se fait en présence du père et de la mère de chaque fiancé et des autres membres des deux familles. Elle est suivie d'une cérémonie religieuse à caractère coutumier.

Elle s'analyse par les discours des parents et celles des témoins. Le fiancé offre alors à sa promise une première bague « dite bague de fiancée. »

L'article 10 du C.F.C dispose que « pendant la période des fiançailles, chacun des fiancés peut recevoir des cadeaux ou des dons ».

Section II : Les effets des fiançailles

Les fiançailles sont une convention solennelle et une promesse de mariage basé sur le consentement réciproque d'un homme et d'une femme. Elles n'obligent pas à contracter mariage, mais elles donnent lieu à des

obligations (paragraphe 1) et engendrent des droits (paragraphe 2) entre les fiancés, tant en droit sénégalais que comorien.

Paragraphe I : Les Obligations des Fiancés

Au Sénégal comme aux Comores, les fiancés ont le devoir de se conduire l'un et l'autre d'une manière réservée à l'égard des tiers.

Ainsi, les fiancés sont dès lors obligés de ne pas faire des avances à quelqu'un d'autre et de se conduire avec retenue.

Paragraphe II : Les droits des fiancés

Les fiancés au Sénégal ont le droit de visite selon les usages et de fixer raisonnablement le mariage et la durée des fiançailles ne peut pas excéder un an (art. 104. C.F.S alinéa 1).

Cette règle imposée par le législateur Sénégalais vise surtout à enrayer le procédé des « fiançailles au berceau ». La règle de la durée maximale d'une année a aussi pour justificatif de paralyser les manœuvres consistant, pour certains parents, à vouloir prolonger les fiançailles pour soutirer au fiancé un maximum d'avantages.

Du côté Comorien, les fiancés peuvent se rendre visite et selon les modalités fixées dans l'accord donné par les parents de la fiancée. La fixation de la date du mariage leur échappe ; elle est du ressort du conclave qui réunira les deux familles.

Le législateur comorien n'a pas fixé une durée limitant les fiançailles comme l'a fait son homologue sénégalais. Elles peuvent donc durer le temps que les deux familles jugeront nécessaire pour ce faire.

Le fiancé n'a pas droit de sortir avec la fiancée sans l'accord des parents de celle-ci. C'est une disposition coutumière qui régleme cet aspect des fiançailles.

Les fiançailles étant une promesse de mariage lorsqu'il y a consentement réciproque.

De ce point, il peut y avoir rupture laquelle peut être **légitime ou illégitime**.

A- La rupture légitime

L'article 105 du code de la famille sénégalais dispose que « la durée des fiançailles ne peut excéder un an. Les fiancés peuvent se rendre

réciroquement visite conformément aux usages. Ils doivent se conduire, l'un et l'autre, d'une manière réservée à l'égard des tiers.

Au terme de l'alinéa 4 du même code, tout manquement à l'une de ces obligations constitue un motif légitime de rupture souverainement apprécié par le juge.

L'article 12 alinéa 2 du code de la famille comorien de son côté, dispose que : la rupture sans motif légitime peut obliger celui ou celle dont elle est imputable à restituer les cadeaux non consommables.

B- La rupture illégitime

La rupture peut être illégitime comme disposent les articles 107 du C.F.S et 12 du C.F.C que « chacun des fiancés a le droit de rompre unilatéralement les fiançailles ».

Ainsi se pose le problème de la responsabilité découlant de la rupture des fiançailles. Est-ce une responsabilité contractuelle ou délictuelle ?

Selon la jurisprudence Française⁴, les fiançailles qui ne se trouvent même pas dans le code civil de 1804, n'ont aucune valeur juridique ; le fiancé ne peut jamais être contraint au mariage, il peut toujours rompre sauf à payer des dommages intérêts. Les fiançailles sont une convention hors commerce.

Par conséquent, la négation du contrat des fiançailles tend à la négation de toute obligation de se marier.

Ainsi en cas de rupture abusive, la responsabilité du fiancé est engagée mais ne peut l'être que sur le plan délictuel.

Selon la doctrine qui n'a pas partagé l'opinion de la jurisprudence.

JOSSERAND et TOURIER ont soutenu l'existence d'un véritable contrat des fiançailles partant du droit canonique ; si le contrat est reconnu, ceci entraîne l'obligation de se marier. Cependant, l'objectif est que l'article 1142 code civil (article 6. C.O.C.C) s'oppose à l'exécution forcée en nature et en cas d'inexécution bien qu'il y ait contrat, on ne va pas condamner à se marier mais c'est la responsabilité contractuelle qui est engagée.

Le droit sénégalais et comorien a été influencé par cette théorie de JOSSERAND. Les fiançailles étant un contrat, il admet le droit de résiliation

⁴ Code civil français de 1804

unilatérale, l'exécution forcée n'est pas possible (article 6 COCC). Le fiancé qui rompt sans motif légitime engage sa responsabilité contractuelle ; il doit restituer le cadeau et la réparation se fait selon les dispositions de la responsabilité civile en cas de préjudice.

L'article 12 al.2 du code de la famille comorien reprend pratiquement cette position là en disposant que « la rupture sans motif légitime peut obliger celui ou celle dont elle est imputable à restituer les cadeaux non consommables.

Tout autre préjudice né de la rupture des fiançailles ou à son occasion est réparé conformément aux dispositions générales de la responsabilité civile ».

Ainsi le législateur sénégalais a réglementé les fiançailles pour écarter toute intervention familiale sauf pour les mineurs.

Les fiancés peuvent au surplus rompre unilatéralement les fiançailles, ceci dans le but de leur permettre de garder toute liberté de consentement jusqu'au « OUI » final au moment de la célébration du mariage.

CHAPITRE II :

Le Mariage

Ni le législateur comorien, ni le législateur Sénégalais, n'ont défini le mariage. Cette notion est définie par la doctrine comme étant « une union légitime de l'homme et de la femme résultant d'une déclaration reçue en forme solennelle par l'officier d'état civil qui a reçu auparavant les consentements des futurs époux, en vue de la création d'une famille et d'une aide mutuelle dans la traversée de l'existence ». Il y a lieu de relever que cette définition doctrinale renvoie à la réalité française, qui ne connaît que le mariage célébré par l'officier d'état civil.

Ce qui n'est pas le cas pour le Sénégal et les Comores qui reconnaissent le mariage coutumier. Raisons pour laquelle cette définition ne serait pas très adapté à nos réalités de décliner les conditions de formation d'une part et les effets d'autre part. C'est ce que nous verrons successivement.

Section I : Les conditions de formation du mariage

A l'origine, le mariage en Afrique était formé dès que les représentants de la famille des deux futurs époux échangeaient leur consentement suivi de la libération de tout ou partie de la dote. L'union était scellée selon les rites du groupe et tout se passait dans l'oralité. La

publicité était assurée par les fastes de la cérémonie et après l'introduction de l'islam par les paroles sacramentelles prononcées par les autorités religieuses à la mosquée.⁵

Avec l'échec de la tentative de réglementation initiée par le colonisateur, les législateurs sénégalais et comorien de l'après indépendance sont revenus à leur charge pour soumettre le mariage à un régime légal. L'enjeu était de taille : il s'agissait de répondre à une triple nécessité : promouvoir l'unité nationale, organiser un état civil auquel les populations étaient réfractaires, enfin favoriser le développement économique et social. Ainsi, les deux codes de la famille ont posé, pour la conclusion du mariage des conditions de fond et de forme.

Paragraphe I : les conditions de fond

Elles sont réglementées par les articles 108 à 113 code de la famille sénégalais et 13 à 16 code de la famille comorien.

Au total elles sont regroupées autour de certains impératifs.

A. Les impératifs biologiques :

Au terme de l'article 100 du C.F.S et 13 du C.F.C, le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme et une femme.

Ainsi la question du sexe ne se pose pas. Les organes doivent exister et être conformes, ne laissant aucun doute sur le sexe.

L'impératif biologique se ramène dès lors, aux questions de la puberté et de la santé des époux.

1. La puberté

Dans le droit traditionnel, aucun âge n'était fixé pour se marier .la femme pouvait même être mariée à la naissance ou au berceau.

Selon le Président **Kéba Mbaye**, dans le cas du mariage avant la naissance, il s'agissait davantage d'un engagement pris par les futurs parents sous la condition que l'enfant à naître fût du sexe féminin⁶. Le décret Mandel du 15 juin 1939 portant réglementation des mariages entre indigènes, a tenté de fixer un âge minimum de 14 ans pour la femme et de 16 ans pour l'homme.

⁵ Les démarches dans le cadre de la formation à caractère coutumière.

⁶ Kéba Mbaye, « Droit et développement en Afrique francophone de l'ouest », R.S.D., 1967, vol. I pp. 23 et suiv.

Le code de la famille comorien, lui fixe à 18 ans l'âge minimum pour se marier aussi bien pour l'homme que pour la femme.

La violation de ces dispositions est punie pénalement au Sénégal. A cet effet l'article 300 al.1^{er} du code Pénal dispose que « quiconque, lorsqu'il s'agit de la consommation d'un mariage célébré selon la coutume, aura accompli ou tenté d'accomplir l'acte sexuel sur la personne d'un enfant au-dessous de 13 ans accomplis, sera puni de deux ans à cinq ans d'emprisonnement ». Cependant, il ne suffit pas pour les futurs époux d'avoir atteint l'âge requis, un certain état de santé leur est en plus demandé.

2. La santé des époux

Le Sénégal et l'union des Comores n'imposent pas de certificat prénuptial pour la formation du mariage. Et même dans les pays où ce certificat est requis, il n'a d'autre but que d'attirer l'attention des futurs époux sur leur état de santé et son impact possible sur le ménage. C'est au niveau du consentement des futurs époux que les deux codes de la famille ont introduit une innovation décisive.

B. L'impératif psychologique : le consentement

L'exigence du consentement des époux est la conséquence de la conception contractuelle du mariage. Non seulement les époux doivent consentir au mariage, mais encore ce consentement ne doit pas être vicié.

Il doit être personnel et aussi sérieux.

1. Un consentement personnel

Dans le droit traditionnel, le consentement des époux n'était pas nécessaire pour la formation du mariage. Dans un tel système, le ménage était secondaire par rapport à l'équilibre du groupe. Aussi, il a pu être jugé que si une fille désobéissant à l'assentiment de ces parents, refuse d'épouser un homme auquel ils ont voulu la marier, elles doit être frappée, mise aux fers, et si elle s'entête encore, être promener la tête rasée dans les rues du village⁷.

⁷. Jugement n° 64 du 18 septembre 1919, Tribunal de subdivision des deux Guoyes. Cité par Dominique Sarr, Jurisprudence des tribunaux indigènes du Sénégal, *Annales Africaine*, 1975, P. 143

Cette décision, au-delà de son contenu un peu comique, n'est que le reflet de la conception du mariage en tant que contrat social et de la femme entant que sujet passif dans la conclusion de l'union.

Quand il s'agira de la marier, on se passera volontiers de son consentement ; à la limite, une simple consultation à titre informatif suffira.

En effet, la conception du mariage n'est point celle qui prévaut ailleurs où l'on s'unit pour sceller une affection réciproque. Ici, il s'agit plutôt d'unir pour servir le groupe : l'union est alors le ciment pour raffermir le lien d'estime ou de sympathie entre deux familles.

Elle est donc l'affaire des hommes ou de leurs délégataires comme les oncles paternels chez les wolofs dont les seuls consentements peuvent créer un lien matrimonial entre deux conjoints qui se connaissent à peine⁸. Ainsi donc, le seul consentement requis est celui des parents.

La justification se trouve peut être dans le fait que, comme le pense Kouassigan, dans la famille africaine, si l'individu a la pleine capacité de jouissance, il est limité dans la capacité d'exercice de ces droits et les limites sont celles inspirées et édictées par les institutions du groupe familial⁹.

L'article 20 du code de la famille comorien exige que les consentements à mariage soient fermes et inconditionnels.

L'article 108 du code de la famille sénégalais exige également le consentement personnel des futurs époux, même s'ils sont mineurs.

Un tel consentement doit être confirmé devant l'officier d'état civil, même lorsque le mariage est précédé des fiançailles auxquelles les époux avaient consenti.

Cependant, les deux codes ont accordé à la coutume une place par la reconnaissance de la possibilité de procuration (article 108 al. 2) du code de

⁸ .Mouhamadou Moustar Mbacké, la femme sénégalaise en droit coutumier africain, congrès I.D.E.F. , Tunis 27 mai-03 juin 1974, R.J.P. 1974, pp. 519 et suiv

⁹ Guy Kouassigan, quelle est ma loi ?, p.217

la famille sénégalais. Au demeurant, ces dispositions ont installé une incertitude.

En effet, on peut se demander comment peuvent être conciliés les nécessités du consentement des époux au mariage et la faculté de conclure le mariage en leur absence, et le recours, lorsqu'il y a procuration. L'article 19 du code de la famille comorien et les articles 126 et 127 du code de la famille sénégalais, qui visent à s'assurer de la réalité du consentement des époux par l'officier d'état civil, ne font pas disparaître le risque de voir les parents continuer à marier les époux sans leurs consentements.

Ce consentement doit être non seulement personnel mais aussi conscient et sérieux.

2. Un consentement conscient

L'époux qui consent au mariage doit être sain d'esprit.

Cependant, on a reconnu comme valable le consentement exprimé par un dément dans un moment de lucidité. Le problème se pose encore pour les mariages in extremis. Il s'agit d'un époux qui donne son consentement dans ses derniers moments.

Doit-on tenir ce consentement valable même s'il est conscient ?

Le lien matrimonial, selon l'article 100 du code de la famille sénégalais et 13 du code de la famille comorien a pour but de créer la famille, les époux s'obligeant à la communauté de vie aux termes des articles 149 al.1 du C.F.S et 13 al.2 du C.F.C.

Ces dispositions nous semblent incompatibles avec le consentement au mariage d'un agonissant. En fait, le mariage in extremis, le plus souvent, n'a d'autre but que de conférer au conjoint certains avantages matériels que seul le lien matrimonial permet. C'est d'ailleurs tout le problème des mariages simulés.

3. Un consentement sérieux

On évitera ainsi que les époux échangent leur consentement sans une réelle intention de se marier, mais uniquement pour acquérir des avantages, tels que les droits d'héritage, les exemptions de service militaire ou encore le bénéfice d'une naturalisation.

L'exemple le plus frappant a été donnée par le journal "le monde" qui dans son édition du 25 janvier 1978 reprenait une annonce parue dans le

°provençal° et libellée comme suit : mariage blanc : « étrangère intellectuelle, féministe, recherche personne pour faire mariage blanc ; aspect strictement administratif car besoin urgent de naturalisation.

Divorce assuré aussitôt que naturalisation acquise. Aucune obligation de part et d'autre .Tous les frais à ma charge ».

Même si le but recherché n'est pas toujours aussi clairement exprimé, le danger demeure de voir des conjoints simuler un mariage ; d'autant plus qu'il leur est loisible d'en sortir assez facilement.

Ce consentement personnel requis des époux, même s'il est conscient et sérieux, doit cependant être aussi libre. Dès lors ; il mérite qu'on le protège.

C. La théorie des vices consentement

Le consentement de chacun des époux n'est valable que s'il émane d'une volonté libre, éclairée et exempte de vice.

L'article 138 du code de la famille sénégalais qui énumère les causes de nullité relative en son alinéa 1 cite la violence et l'erreur.

Dès lors, pour étudier les vices du consentement, nous nous référons, notamment aux dispositions des articles 58 à 64 du code des obligations Civiles et commerciales, et de leur application jurisprudentielle en matière de mariage. Ces articles retiennent comme vice du consentement le dol, l'erreur, et la violence.

1. Le dol

Il est défini par l'article 63 du C.O.C.C comme étant * une tromperie provoquée par des manœuvres que l'un des contractants a pratiqué à l'encontre de l'autre pour l'amener à donner son consentement *. Il n'est pas retenu par l'article 138 al.1 du code de la famille sénégalais comme vice du consentement.

Il est en effet difficile en matière de mariage de distinguer ce qui est tromperie et ce qui n'est qu'artifice pour plaire¹⁰. Il n'en est pas de même pour l'erreur et la violence.

2. l'erreur

Il y a nullité lorsque la volonté de l'une des contractants a été déterminée par erreur. Cette erreur ne sera retenue que si elle a été déterminante et a porté sur une qualité entrant dans le champ contractuel.

L'application de cette interprétation jurisprudentielle au mariage est difficile, voir périlleuse. Si l'erreur physique est presque impossible, elle est tout de même imaginable.

La bible rapporte ainsi la mésaventure de Jacob dont le beau père LABAN a substitué sa fille LEA aux yeux atteints à la belle RACHEL le soir des noces (Genèse 28-18, 29-30). On peut se demander même si le risque d'une erreur physique n'est pas tout aussi grand dans le cas du mariage par procuration où les époux ne se sont jamais vus avant la consommation. Cependant la détermination du domaine de l'erreur semble se limiter à l'erreur sur l'identité civile que retenait l'article 180 du code civil.

Dans la célèbre affaire Berthon, la cour de cassation se prononçant sur les dispositions de l'article 180 du code civil a arrêté que « l'on ne doit considérer comme une erreur dans la personne, impliquant la nullité du mariage, que celle qui, ayant pour objet soit l'individualité physique, soit l'individualité civile, porte sur la personnalité complète et soulève une question d'identité ».

Dès lors, le mariage contracté par une femme avec un forçat libéré, dans l'ignorance de la condamnation dont il avait été antérieurement frappé, ne peut être annulé pour cause d'erreur sur la personne selon l'arrêt Berthon.¹¹

Annulé, le mariage ne doit s'entendre que d'une erreur qui porte sur l'identité de la personne et par le résultat duquel l'une des parties a épousé une autre que celle avec qui elle comptait s'unir. Cette erreur ne s'étend pas aux simples erreurs sur des conditions et des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elles auraient subies et spécialement à l'erreur de

¹⁰ ** En matière de mariage, il trompe qui peut**, disait Loyseau

¹¹ Cass. Ch. réunie, 4 fév. 1860, DP 1860, 2-87

l'époux qui a ignoré la condamnation à des peines afflictives et infâmantés antérieurement prononcées contre son conjoint.

Les Tribunaux inférieurs résistèrent à cette jurisprudence et continuaient à retenir l'erreur dans l'identité civile.

Ceci amena le législateur français, dans la réforme du divorce en 1975, d'abroger l'article 180 du code civil en retenant désormais l'erreur sur les qualités substantielles. Ce qui n'épuise pas la discussion car la question se pose de savoir ce qu'on attend en matière de mariage en qualité substantielles.

Va-t-on retenir des qualités physiques, intellectuelles ?

Ou alors jugera-t-on indifférente une erreur déterminante dès lors qu'elle ne porte que sur des qualités purement physiques ou morales dans lesquelles la conscience populaire refuse de voir des causes possibles de nullité, selon le mot de Cornu¹².

Le problème de l'erreur ne s'est jamais posé devant les juridictions Sénégalaises et comoriennes depuis l'avènement des codes de la famille, il faudra attendre une décision jurisprudentielle pour savoir avec exactitude la position du juge Sénégalais et du juge comorien qui se sont déjà prononcés sur la violence.

2. La violence

Elle sera retenue comme vice du consentement lorsqu'elle pousse une personne à donner son consentement malgré elle (art.64 C.O.C.C).

Ainsi, si la violence physique ne pose pas de problème, il en est autrement de la violence morale qui doit présenter certain caractère.

Elle doit en effet, être précise et de nature à faire pression sur une personne moyennement impressionnable (la simple plainte référentielle n'est pas retenue). Le consentement ainsi extorqué n'est point valable, et la cour de cassation a annulé un arrêt rejetant une action en nullité de mariage fondée sur des menaces dont le mari aurait été victime de la part des beaux parents¹³. De même une décision de la justice de paix de Bakel a

¹² . Georges Gornu, D, 1959, Chronique, P.215

¹³ civ . 17 mars 1959, D 1959 : affaire Péraldi. La cour a décidé que doit être cassé l'arrêt qui rejette une action en nullité de mariage et en dénégation de paternité fondée sur des menaces dont le demandeur aurait été l'objet de la part des parents de la jeune fille.

annulé un mariage ou la fille avait été contrainte par ses parents de rester avec son mari¹⁴.

Cependant le mariage n'est pas qu'un contrat. Il est aussi une institution qui fait intervenir les parents. C'est le problème des impératifs familiaux.

D. Les impératifs familiaux

Le code sénégalais et comorien ont donnés aux époux un rôle prépondérant dans la formation du mariage .On a alors tôt fait de dire qu'ils ont réduit la famille au niveau du simple ménage ; les parents se limitant à un rôle passif . Pourtant les deux codes ont aménagé une certaine place pour les parents en laissant subsister les autorisations familiales tout en les réglementant. D'un autre côté, il a tenté de rendre à la dot sa pureté originelle.

1- les autorisations familiales

Dans le droit traditionnel, on a pu dire que c'était les familles qui se mariaient et non les époux. Le législateur colonial est même intervenu pour restreindre cette emprise des parents dans la conclusion du mariage. L'article 3 du décret Jacquinot de 14 septembre 1951 disposait en effet que Le défaut de consentement des parents, s'il est provoqué par des exigences excessives de leur part, ne peut avoir pour effet de faire obstacle au mariage d'une fille majeure. Le législateur Sénégalais a repris cette disposition, en posant le principe de la nécessité du consentement des parents, tout en le réglementant. Qui est donc habilité à donner son consentement ? Quelle est la portée du consentement ?

2- Les personnes habilitées

Au terme de l'article 109 du code de la famille Sénégalais, il s'agit de la personne qui exerce la puissance paternelle.

Quant aux dispositions de l'article 17 du code de la famille comorienne, le mariage est valablement formé par le consentement des deux époux dans les conditions admises par le fikqh.

¹⁴ J.P. de Bakel, 17 janv. 1974, recueil Crédila, t. I, n° 17. En fait, dans l'espèce, il s'agissait plutôt d'une absence de consentement

3- Les conditions

L'autorisation des parents n'est requise que pour les mineurs de moins 18 ans (art.109 al.1 C.F.S).

Il peut résulter d'un mandat, d'un écrit ou d'un signe par lequel cet époux a entendu affirmer sa volonté (art.18 in fine C.F.C).

4- Portée de l'autorisation

On a voulu éviter que par le biais de l'autorisation familiale, les parents sournettent le mariage, surtout lorsqu'il s'agit de la jeune fille, à des négociations ou le plus offrant l'emporterait. Ainsi, on peut penser avec Kouassigan qu'en fondant l'existence et la validité du mariage sur le consentement des époux, il est normal que l'empire des parents qui annihile ou vicie le consentement surtout du côté de la jeune fille soit sinon supprimé, du moins largement limité¹⁵.

5 - La procédure

Aux termes de l'article 109 al.2 du C.F.S, le consentement doit être exprès et comporter la désignation des deux conjoints.

Il doit être ferme et inconditionnel dispose l'article 20 du code de la famille comorien.

Il est donné soit par la déclaration faite devant l'officier d'état civil, devant le juge ou le notaire avant la célébration. Cette restriction de l'empire familiale ne se limite pas cependant à la seule autorisation des parents .Elle s'étend également à la dot.

6- La dot

Au terme de l'article 28 du code de la famille comorienne, la dot consiste à tout bien donné par le mari, évaluable en argent et impliquant de sa part, le ferme désir de contracter mariage en vue de créer un foyer. Le montant doit être fixé lors de la conclusion du mariage. Il ne comporte ni un minimum ni un maximum. Le mari peut être dispensé, en partie ou en totalité de la dot à la demande expresse de la femme. La femme peut refuser de consommer le mariage tant qu'elle n'a pas reçu toute ou partie de la dot (Mahar).

¹⁵ . Kouassigan, Quelle est ma loi ? , P. 225

La dot une fois donnée et le mariage consommé, devient la propriété exclusive de la femme (article 29 du C.F.C)¹⁶. L'article 30 du même code dispose que « la femme a droit à la totalité de la dot (Mahar) dans le cas suivant : si le mariage a été consommé, même s'il a été invalidé ultérieurement.

Si l'un des époux est décédé avant la consommation du mariage ».

L'article 132 du code de la famille sénégalais en fait une condition de validité du mariage. Il dispose en effet que, le mariage ne peut être conclu que lorsque la part convenue de la dot a été versée à la femme.

Le législateur sénégalais l'a réglementée « en lui restituant son rôle de moyen d'expression et de symbole de l'engagement au mariage ». Cette réglementation ne figure pas dans le code de la famille sénégalais, mais dans la loi du 24 février 1967 qui en fixe le montant à 3000 francs. Certains pays en Afrique l'ont supprimée purement et simplement (Gabon, la Côte d'Ivoire par exemple).

Pour le président KEBA MBAYE, dans le droit traditionnel, la validité du mariage était subordonnée à l'accord sur la quotité de la dot, celle-ci légitimant le transfert de l'autorité du chef de la famille de la jeune fille au chef de la famille de l'homme.¹⁷ Il refuse ainsi l'argument selon lequel elle constituait le prix d'achat de la femme et en faisait un élément du patrimoine du mari.

La dot serait donc un élément de compensation du manque à gagner que subit cette famille.

KOUASSIGAN, quand à lui, voit en la dot non seulement une condition essentielle de la validité du mariage, mais encore un moyen de preuve de celui-ci en l'absence d'un état civil organisé, ainsi qu'un facteur de stabilité¹⁸. Pour l'auteur, certaines formes de la dot prouvent que l'institution, à l'origine, était destinée autant que possible à rétablir l'équilibre rompu au niveau de la famille de la femme.

En outre elle est la propriété exclusive de la femme.

¹⁵. La loi organique n°05-008AU du 03 Juin 2005 relative au Code de la Famille comorien

¹⁷. K. Mbaye, « Droit et développement en Afrique francophone de l'Ouest, » art. Précité.

¹⁸. Kouassigan, Op. cit., P. 225 et suiv.

E- Les impératifs sociaux

Il s'agit de l'existence d'un lien matrimonial antérieur de la prohibition de l'inceste et du respect du délai de viduité.

1- L'existence du lien matrimonial antérieur

Au terme de l'article 42 du code de la famille comorienne al.2, les empêchements temporaires résultent de l'indisponibilité de la femme en raison du mariage non dissout, de retraite de continence ou IDDA ou délai de viduité.

La femme ne peut contracter une nouvelle union sans la dissolution du lien matrimonial antérieur, même s'il s'agit d'un simple mariage coutumier non constaté précise l'article 113 du Code de la Famille Sénégalais.

Pour l'homme, il lui est reconnu la possibilité d'être polygame, mais il ne peut plus se marier s'il atteint le chiffre limite de quatre épouses ou s'il atteint le chiffre qu'il s'était fixé lui même dans le cadre de la polygamie limitée.

2- La prohibition de l'inceste

Au terme de l'article 44 du code de la famille comorienne, est prohibé le mariage de l'homme avec :

- les descendants de son épouse ou de ces épouses, par le fait de la conclusion du mariage ;
- Les descendants de tous les degrés de son épouse, à condition qu'il y ait eu consommation du mariage avec la mère ;
- Les épouses des ascendants de sa conjointe par le simple fait de la conclusion du mariage ;

L'article 45 du même code dispose, que les prohibitions résultant de la parenté de lait entraîne les mêmes empêchements que la parenté de sang et l'allaité est seul considéré comme enfant de la nourrice et de son époux à l'exclusion des frères et sœurs dudit enfant.

Les dispositions de l'article 110 du code de la famille Sénégalais énumère également les différents cas de prohibition pour cause de parenté ou d'alliance.

Ainsi le mariage de toute personne est interdit avec :

- Ces ascendants ou ceux de son conjoint
- Les descendants de ses ascendants ou de ceux de son conjoint jusqu' au troisième degré.

Dans le cadre de l'adoption, la prohibition existe entre l'adopté et sa famille d'origine de même qu'entre :

- L'adoptant, l'adopté et ces descendants
- L'adopté et le conjoint de l'adoptant et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté
- Les enfants adoptifs du même adoptant
- L'adopté et les enfants de l'adoptant.

Ainsi donc, les raisons de la prohibition de l'inceste ne sont pas seulement d'ordre physiologique mais aussi moral. Cependant la prohibition pour cause d'alliance entre beau-père et belle-sœur disparaît lorsque l'union qui provoque l'alliance a été dissoute par le décès.

L'établissement d'un lien de parenté se fait par proposition d'un papier d'état civil. Dès lors, se pose la question de savoir quel sort il faudra réserver au mariage entre le père et sa fille naturelle qu'il n'aurait pas reconnue.

3- Le délai de viduité

Il se pose pour la femme qui veut se remarier après le décès de son mari, le divorce ou l'annulation de l'union. La femme qui se trouve dans l'un de ces cas ne peut se remarier aux termes de l'article 112 du code de la famille sénégalais qu'après l'expiration d'un délai de viduité de trois cent jours à compter de la dissolution du premier mariage.

Le délai de viduité peut être réduit à une durée de 3 mois en cas de divorce ou d'annulation et de quatre mois et dix jours en cas de décès du mari (art.112 al.2). En tous les cas, le délai prend fin par la délivrance de la femme.

Ainsi, aux yeux du législateur, le délai de viduité n'est pas seulement « le temps des pleurs », mais surtout un moyen d'éviter la confusion de paternité. Cependant les époux qui ont rempli toutes ces prescriptions de fond doivent encore respecter une certaine forme.

Au terme de l'article 79 du code de la famille comorienne qui a listé les types de délai de viduité :

- a) Le délai de viduité de la femme qui voit régulièrement ses règles est de trois mois ;
- b) Le délai de viduité de la femme ménopausée ou de celle qui n'a jamais eu ses règles, ou qui les voit de façon irrégulière, est de trois mois ;
- c) Le délai de viduité de la femme veuve et de quatre mois et dix jours si elle n'est pas enceinte
- d) Le délai de viduité de la femme enceinte dure jusqu'à ce qu'elle accouche.

L'épouse dont le mariage n'a pas été consommé ne respecte pas le délai de viduité après le divorce. Toutefois, si le mari meurt avant la consommation du mariage (article 80 C.F.C), l'épouse est obligée de respecter le délai de viduité de veuve indiqué (point C de l'article précédent).

Paragraphe II : Les conditions de forme du mariage

A l'origine était le verbe. Le mariage traditionnel Africain n'était soumis à aucune forme. Tout était oral. L'union se formalisait à partir de l'échange de consentement des représentants des époux au mariage et à quelques formules de bénédiction¹⁹.

Le législateur colonial a introduit deux formes de mariage : le mariage célébré devant l'officier d'état civil qui était le droit commun, et le mariage coutumier faisant l'objet d'une transcription ultérieure. Cette dernière forme était réservée aux sujets nationaux et aux étrangers ne possédant pas dans leur pays d'origine le statut de nationaux européens et originaire de contrées comprise entre les possessions françaises de l'Afrique Occidentale et de l'Afrique Equatoriale ou limitrophes de ces pays. Cette dualité fut conservée à l'indépendance.

En effet, la loi du 21 juin 1961 relatif à l'état civil et le décret n° 05-090/PR portant promulgation de la loi organique n° 05 -008/AU du 03 juin 2005, relative au code de la famille déterminaient ceux qui pouvaient se prévaloir de l'une et de l'autre forme. Les deux codes de la famille qui ont unifié la dualité des statuts, ont cependant laissé subsister la dualité des formes du mariage qui constituent un des ilots du droit traditionnel que

¹⁹ . K . Mbaye, « Droit et développement en Afrique francophone de l'Ouest », R.S.D 1967

n'ont pu submerger les flots du droit moderne²⁰. Les formes ici sont similaires, mais s'est posé le problème de leur égalité.

A- La similitude des formes

Les deux codes de la famille ont institué le mariage célébré et le mariage coutumier constaté. Les formalités de la deuxième forme sont recopiées sur la première. Trois phases sont à dégager.

1- La phase antérieure à la célébration ou à la constatation

Les formalités sont communes. Cependant, il y en a une qui est propre au droit coutumier.

2- Les formalités communes

Il s'agit de l'information de l'officier d'état civil par les futurs époux de leur projet un mois avant le mariage, prévu par l'article 125 du C.F.S et qui est la pratique courante aux Comores. Si cette exigence est prévue pour le mariage constaté, elle est évidente pour le mariage célébré, l'officier d'état civil jouant un rôle déterminant dans cette forme.

Il y'a ensuite la remise des pièces prévues pour la célébration (art 115 C.F.S et 35 C.FC). Chacun des époux doit ainsi remettre à l'officier de l'état civil une copie de son acte de naissance datant de moins de 3 mois, la copie des actes accordant les dispenses s'il y a lieu.

Notons encore les questions posées par l'officier d'état civil pour le mariage, ces questions sont relatives à la situation matrimoniale des futures époux, l'officier de l'état civil au Sénégal et le cadi aux Comores doivent s'assurer qu'ils ne sont pas dans des liens de mariage qui constitueraient un empêchement à leur projet, à la preuve du consentement de la personne habilitée s'il est requis, à la dot, à l'option de monogamie ou polygamie, en fin au régime matrimoniale.

Il s'agit enfin de la publicité de l'union et des oppositions s'il y'a lieu. Cependant il y' a une formalité qui est propre au mariage coutumier.

3- La phase de la conclusion

L'officier de l'état civil au Sénégal ou le Cadi aux Comores interviennent dans les deux formes. Dans les mariages célébrés c'est eux mêmes qui scellent l'union après le **oui** des parties. Pour les mariages coutumiers, ils

²⁰ . K . Mbaye, « Evolution des formes du mariage au Sénégal, » In mélanges Ancel, 1975, P.176.

se limitent à un rôle plutôt passif consistant simplement à constater le mariage. Il devra cependant s'assurer du consentement personnel des parties.

4- La phase postérieure à la constatation ou à la célébration

Au Sénégal, il est délivré au mari un livret de famille et à la femme un exemplaire de l'acte de mariage. L'officier d'état civil ayant célébré ou constaté le mariage le notifiera à l'officier d'état civil du lieu de naissance des parties pour la mention de l'acte de mariage en marge de l'acte de naissance.

Au Comores, il est délivré aux époux un exemplaire d'acte de mariage par l'officier d'état civil du lieu de la célébration du mariage des parties, portant les mentions relatives à la dot en précisant si elle est versée entièrement ou partiellement. Le livré de famille est intervenu après la naissance du premier enfant du couple.

Cependant, l'on s'est posé la question de savoir si tous les deux époux devaient relever de cette coutume ou si l'appartenance de l'un seul suffisait pour adopter la forme coutumière. C'est tout le problème des mariages mixtes.

B- Les mariages mixtes

Ce sont les formes de mariage à adopter lorsque l'une des époux au moins relevait d'une coutume applicable au Sénégal comme aux Comores.

Au terme de l'ordonnance du 14 novembre 1960 portant l'organisation judiciaire dans la République du Sénégal et les principes fondamentaux de la réglementation des litiges de droit privé, il est statué selon la coutume de la femme et c'est en fonction de cette dernière que le mariage doit être célébré .

Dès lors, le mariage contracté à Dakar ou à Mutsamudu par une française relevant du code civil selon la coutume wolof islamisé ou Comores-musulman, n'est pas valable s'il n'est pas célébré devant l'officier d'état civil au Sénégal ou devant le Cadi au Comores.

Avec les deux codes de la famille, a disparu la distinction entre nationaux de statut moderne et ceux de statut coutumier. L'article 830 du code de la famille sénégalaise, en faisant table rase de textes antérieurs, notamment

la loi du 14 novembre 1960 a unifié le droit de la famille. On peut alors penser qu'avec le code de la famille le problème de l'égalité des formes du mariage ont trouvé une solution définitive.

1- l'égalité des formes

Aux termes de l'article 114 du code de la famille, selon le choix des époux, le mariage peut être célébré par l'officier d'état civil ou constaté par lui. Cette disposition apparemment claire laisse donc aux futurs époux le soin de choisir le format qui leur convient. Mais la suite de cet article introduit une incertitude. En effet, elle dispose que « le mariage ne peut être constaté que lorsque les futurs époux observent une coutume matrimoniale.

Le problème est de savoir ce qu'il faut entendre par « observer une coutume matrimoniale ». Cette phrase est comprise et interprétée de différentes façons. Elle a donné lieu à une vive controverse doctrinale dont les animateurs ont essayé de déterminer si la forme coutumière du mariage peut être pratiquée par quelqu'un qui n'est pas de statut coutumier. Deux thèses s'affrontent ici.

a) La thèse restrictive

Elle est défendue par Kouassigan²¹. L'auteur soutient que seuls peuvent recourir à la forme coutumière les époux relevant de l'ordre traditionnel. L'essentiel pour lui n'est pas de suivre telle règle coutumière comme pourrait le laisser penser le mot « observer », et le recours à la célébration s'impose chaque fois que la condition d'appartenance à l'ordre traditionnel sénégalais n'est pas remplie par les futurs époux. Dès lors, le bénéfice de la concession ne saurait être étendu aux unions de ceux que rien n'attache à cette tradition, mais à ceux pour qui elle n'est pas une simple formalité mais une manifestation de leur attachement à l'ordre social traditionnel.

Kouassigan aboutit ainsi à la conclusion qu'interpréter la législation au service d'un Etat qui se crée, d'une nation qui naît ou renaît, c'est assurer le triomphe du construit sur le donné, de la réalité souhaitée sur le vécu. Le construit étant la soumission de toutes les unions à une forme unique considérée comme une étape nécessaire sur la voie de l'unification de l'ordre judiciaire interne, le donné quant à lui apparaissant comme le vécu, la diversité des formes coutumières du mariage. Cette thèse est cependant

²¹ . G .Kouassigan, des conflits interpersonnels et internationaux des lois et de leur incidence sur la forme du mariage en Afrique noire francophone, Revue Critique, DIP 1978, PP. 641 et suiv.

combattue par Serge GUINCHARD qui propose une interprétation plus large de l'article 114 du code de la famille.

b) La thèse du libre choix

Elle est soutenue par Mr Serge Guinchard qui reproche à la précédente de remuer les cendres de la pluralité de statut sur laquelle le législateur n'a pas voulu revenir. Sa critique se fonde tant au niveau des principes que de la technique. Pour l'auteur, exiger l'appartenance des époux à la coutume comme une condition essentielle pour accéder au mariage coutumier, c'est transformer une règle de forme en une règle de fond, ce qui ne correspond pas aux véritables ambitions du législateur sénégalais. Ainsi, s'il est vrai que le construit, c'est le mariage coutumier, il n'est pas certain que le législateur ait vu dans le premier le droit commun et dans le second l'exception²².

Dès lors, la frontière n'est pas entre un droit commun représenté par le mariage célébré et un droit d'exception contenu dans le mariage coutumier, mais entre d'une part le mariage célébré ou constaté par l'officier d'état civil et d'autre part le mariage conclu sans l'intervention de ce dernier .

Au niveau de la technique, Mr Guinchard pose la pertinente question de savoir qui sera juge de l'appartenance des époux aux coutumes, problème que n'a pas résolu KOUASSIGAN.

Section II : LES EFFETS DU MARIAGE

Le mariage produit des effets entre les époux puisqu'il crée entre eux, des liens personnels. Le droit civil met à la charge des époux un ensemble de droits et obligations qu'il convient de respecter. Ces règles sont applicables quelque soit le régime matrimonial choisi par les époux et constituent ce que l'on appelle le statut matrimonial de base, elles ne peuvent en aucun cas être écartées par un contrat de mariage.

Paragraphe I : le droit des époux

Au terme de l'article 53 du code de la famille comorienne, les droits réciproques des époux sont.

- La cohabitation, l'assistance, le respect mutuel et la fidélité,
- Le traitement avec bienveillance,

²². S. Guinchard, le mariage coutumier en droit Sénégalais , Revue internationale de droit comparé, 1978, n° 3 , P. 819.

- Les droits de famille et droits de succession,
- Le respect des ascendants de son conjoint.

Dans un mariage, les époux doivent contribuer aux charges du ménage à proportion de leurs ressources respectives à moins qu'un contrat de mariage ne contienne une disposition particulière de ce point. Ces charges concernent l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, mais aussi les dépenses d'agrément en fonction du train de vie du ménage.

A compter du mariage, tous les effets civils se produisent quelque soit la forme choisie par les époux, que leur union ait été célébrée ou constatée par l'officier de l'état civil ou son délégué ou qu'elle ait été déclarée tardivement (art.148 CFS).

Paragraphe II : le devoir des époux

Initialement, le devoir de secours équivaut à une obligation alimentaire limitée au strict minimum. Peu à peu, la conception s'est élargie, l'époux tenu du devoir de secours doit assurer à son conjoint non seulement le minimum vital, mais il doit aussi lui permettre de maintenir le train de vie des époux pendant leur vie commune.

Le mariage crée la famille légitime. Les époux contractent ensemble, par leur mariage, l'obligation de nourrir, d'entretenir d'élever et d'éduquer les enfants (art 155) du code de la famille sénégalais.

Les dispositions de l'article 54 du code de la famille comorien « le mari assure la direction morale et matérielle de la famille. Par le seul fait du mariage, il contracte l'obligation de nourrir, d'entretenir son époux et ses enfants, de la traiter en parfaite égalité avec les autres épouses en cas de polygamie.

Le choix de la résidence du ménage appartient au mari ; la femme est tenu d'y habiter avec lui et il est tenu de l'y recevoir (art.153.CFS).

Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie dans le logement, ou la femme a été installée par son mari, ou celui que les parents de la femme ont construit pour elle (art.56 CFC).

Cependant les époux qui ont rempli toutes les conditions dans un mariage, doivent aussi encore respecter les normes en cas de divorce et de séparation de corps, c'est l'intérêt de notre deuxième partie.

DEUXIEME PARTIE :

LA SEPARATION DES EPOUX : DES DIFFERENCES NOTABLES ENTRE LES DEUX DROITS.

La vie de couple connaît très souvent des tensions tantôt remédiables, tantôt irrémédiables. Dans cette perspective, il a été institué la séparation de corps d'une part et le divorce d'autre part.

La séparation de corps consiste à une séparation temporaire des époux consécutive à un relâchement du lien matrimonial. Le divorce en revanche est une séparation définitive consécutive à la rupture du lien matrimonial.

Ces deux institutions ont été différemment organisées par les législateurs Sénégalais et Comoriens à bien des égards. Il conviendra de relever ces différences en ce qui concerne la séparation de corps (chap.1) d'une part et d'autre part s'agissant de la dissolution du mariage (chap.2).

CHAPITRE I : LA SEPARATION DE CORPS

Essentiellement, la séparation de corps est un jugement qui libère les époux, c'est-à-dire les conjoints mariés, de leurs obligations de faire une vie commune.

Elle dispense les époux de vivre en commun avec pour principal avantage de ne pas dissoudre le lien conjugal et de laisser subsister les autres effets du mariage tels que, le devoir de secours, d'assistance et le devoir de fidélité.

La séparation de corps suppose, comme le divorce une décision de justice, rendue à la demande de l'un des conjoints ou du consentement mutuel des époux constaté par le juge du Tribunal Départemental (art.181.a.2).

Le code de la famille sénégalais a réglementé en ces articles (181 à 187) la séparation de corps. Son organisation étant fondée sur les mêmes principes que le divorce, l'on doit recourir à celui-ci, chaque fois que c'est nécessaire, pour la compléter.

En union des Comores, la séparation de corps existe mais elle revêt un caractère particulier tiré du droit musulman « **la séparation ou Twalaka** ».

Le Twalaka qui est une décision prise par le seul époux de se séparer de son épouse avec toute fois la possibilité pour lui de la reprendre avant l'expiration du délai prévu par l'article 79 du code de la famille comorien.

Section I : la séparation de corps par consentement mutuel dans les deux législations.

L'institution de la séparation de corps est différemment organisée par les deux législations. Cette différence se retrouve fondamentalement au niveau de l'initiative de la séparation.

Ainsi au Sénégal, chacun des époux a la possibilité d'initier une procédure de séparation de corps. Aux Comores cela est exclusivement reconnu à l'homme (le mari).

La séparation de corps est la situation juridique de deux époux qu'une décision de justice a dispensés de l'obligation de mener une vie en commune. Elle met donc fin à l'obligation de cohabitation. Elle relâche le lien matrimonial en laissant subsister le mariage.

Il peut résulter du consentement mutuel des époux constaté par le juge du Tribunal Départemental ou d'une décision judiciaire la prononçant à la demande de l'un des époux (art.181.CFC). L'objet du consentement des époux portant uniquement sur le relâchement du lien matrimonial (art.182.CFC)²³.

Du côté comorien, la séparation (TWALAKA) est une décision unilatérale prise par le seul époux de se séparer de son épouse avec toute la possibilité pour lui de reprendre l'union avant l'expiration du délai prévu par l'article 79 du C.F.C.

En effet, le TWALAKA est considéré simple sauf au mari d'en préciser le nombre qui est de deux au maximum avec possibilité de reprise de la vie commune²⁴.

Paragraphe I : les conditions de séparation en droit Sénégalais et Comorien.

En droit sénégalais, la séparation de corps est fondée sur les mêmes principes que le divorce. Les époux peuvent recourir à cette procédure toutes les fois qu'ils le jugent nécessaire.

Saisi d'une action en séparation de corps, le juge prend toutes les mesures provisoires qu'il estime nécessaire. L'action s'éteint pour les mêmes causes comme en divorce. Le jugement n'est pas susceptible d'acquiescement et les voies de recours dont il peut être l'objet produisent, ainsi que leur délai, un effet suspensif (art.183 al.6).

²³ Youssoupha Ndiaye « le divorce et la séparation de corps » préface de Keba Mbaye p. 112 et suiv.

²⁴ Décret n°05-090/PR portant promulgation de la loi organique n°05-008/AU du 03 juin, relative au code de la famille comorien

Le jugement prononçant la séparation de corps est soumis aux mêmes mesures de publicité que le jugement en divorce et prend effet aux mêmes dates (art.183 al.7).

En droit comorien, le mariage se dissout par trois Twalaka prononcé unilatéralement par le mari, même si les dispositions de l'article 62 précise en son alinéa 2 que, « tout Twalaka est **obligatoirement** prononcé devant le juge compétent en présence de l'épouse ou du Wali ».

L'obligation de cette disposition légale n'est jamais respectée par la société comorienne.

Le mari prononce le Twalaka devant son épouse en appelant les parents de ce dernier comme témoins, en précisant le nombre sans pour autant se présenter devant le juge ou le wali comme le prévoit le texte.

Le non respect des textes de loi, s'explique par les conséquences des pratiques coutumières à tradition musulmane d'une société fondée par le métissage Arabo-Bantou.

Paragraphe II : Les effets de la séparation de corps

- Le principal effet est la cessation de l'obligation de cohabitation des deux époux, ils ont désormais chacun une résidence séparée.
- Elle laisse subsister le devoir de secours, d'assistance et de fidélité et la femme conserve l'usage du nom du mari.
- Elle entraîne la séparation des biens (art.393 C.F.S) par conséquent, si les époux étaient en communauté de vie, il devient très difficile de faire application de manière correcte des règles du régime communautaire. Pour que les époux arrivent à vivre séparément, il faut qu'il y ait mésentente entre eux et cette mésentente peut bloquer le fonctionnement du régime communautaire et même présenter un danger, surtout en ce qui concerne les actes d'administration et de disposition des biens.

Les règles qui régissent les effets pécuniaires de la dissolution du régime communautaire en cas de séparation de corps sont les mêmes qu'en cas de divorce. La liquidation anticipée par séparation de bien judiciaire est admise par le code.

- Lorsqu'elle est prononcée aux torts exclusifs de l'un des époux elle entraîne la perte de tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit à l'occasion du mariage, soit depuis sa célébration et inversement. Le juge peut allouer des dommages et intérêts à l'époux non coupable pour le préjudice matériel et moral que lui cause la séparation.
- Comme en cas de divorce, le juge attribue la garde des enfants à l'un ou l'autre des époux en tenant uniquement compte de l'intérêt des enfants.

A- La séparation peut prendre fin de trois manières :

La réconciliation, la conversion en divorce et le décès du conjoint.

1- La réconciliation

Les époux doivent dans ce cas manifester leur désir de reprendre la vie commune, le juge prend alors une nouvelle ordonnance constatant le désistement de l'action de l'époux demandeur ou des deux époux s'il s'agissait de séparation de corps par consentement mutuel.

La reprise de la vie commune concrétise la réconciliation. L'article 185 dispose : « la séparation de corps prend fin par la reprise de la vie commune après réconciliation ». Cependant, le juge devait pouvoir induire la réconciliation des circonstances de nature à l'impliquer²⁵.

La réconciliation efface les effets de la séparation. Cependant les époux demeurent soumis à la séparation de bien (art. 186. C.F.S), sauf à convertir d'un nouveau régime matrimonial ou d'un retour à l'ancien, en observant les formalités prévu par l'article 116.

2- La conversion en divorce

Cette conversion peut avoir lieu dans deux hypothèses : elle peut être tout d'abord demandée par l'un des époux coupable ou innocent sur la base d'une cause nouvelle ou alors par les deux époux lorsqu'il y a consentement mutuel. Elle peut être ensuite prononcée obligatoirement par le juge à la demande de l'un des époux lorsqu'un délai de trois ans s'est écoulé depuis l'intervention du jugement prononçant la séparation de corps. On peut

²⁵ Youssoupha Ndiaye « le divorce et la séparation de corps » préface de Keba Mbaye p. 120

d'ailleurs rapprocher cette hypothèse de conversion de séparation en divorce de la répudiation, du fait que la dissolution du lien matrimonial est imposée à l'époux non demandeur.

Cependant lorsque le mari avait obtenu la séparation de corps pour incompatibilité d'humeur ou par maladie grave et incurable de la femme, le jugement de conversion statue sur l'obligation alimentaire due à la femme par le mari, par application des articles 178 et 262 du code de la famille sénégalais.

Au moment de la conversion, l'époux qui a obtenu le divorce peut demander des dommages et intérêts, par application de l'article 179 du code de la famille sénégalais, et en réparation du préjudice matériel et moral que lui cause la dissolution du mariage, compte tenu, notamment, de la perte de l'obligation d'entretien.

3- Le décès du conjoint

La séparation du corps prend fin par le décès de l'un des époux (art.185.C.F.S). L'époux survivant est dans la même situation qu'un veuf ou veuve ordinaires, sauf l'effet des déchéances qu'il a pu encourir s'il est coupable.

Il en résulte que l'époux auquel la garde des enfants n'avait pas été attribuée reprend en principe cette garde s'il survit, même s'il est coupable, à moins qu'il n'ait été déchu de la puissance paternelle.

En Union des Comores, le TWALAKA est, comme on l'a dit plus haut, la décision prise par le mari de se séparer de son épouse. Il a toutefois la possibilité de la reprendre si le nombre de Twalaka qu'il a eu à prononcer n'a pas atteint le nombre de trois.

Au terme des dispositions de l'article 63 du code de la famille comorien, lorsque le juge compétent ne parvient pas à dissuader le mari à renoncer au TWALAKA, il dresse un acte dans lequel il règle les conséquences de la séparation des époux en fixant notamment la pension alimentaire des enfants et de l'épouse pendant la durée de la retraite légale ainsi que le droit de visite.

En réalité, le problème n'atterrit que très rarement devant le juge.

En effet, dans la plupart des cas, le problème se règle dans l'extrajudiciaire et suivant les règles coutumières.

Il prend l'engagement de prendre en charge les enfants en s'acquittant notamment de la pension alimentaire, des frais médicaux, scolaires et pharmaceutiques.

Dans la coutume comorienne, c'est le mari qui rejoint la femme dans son domicile.

Si bien que l'article 83 du code de la famille comorienne dispose que : « les époux sont séparés de biens et chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ces biens personnels. Sous réserve des droits de succession, la femme ne dispose pas de droit de propriété sur le logement dans lequel, elle a été installée par son mari. Inversement, celui-ci ne peut prétendre à aucun droit sur le logement de sa femme. En l'absence de preuve de leur caractère propre, les biens immeubles acquis au cours du mariage, à l'exception des biens successoraux, sont communs aux deux époux. »

La pratique coutumière a toutefois pris le dessus sur la disposition de la loi.

L'effet de la séparation de corps est aussi la cessation de l'obligation de cohabitation.

Concrètement la femme reste dans le domicile conjugal et le mari, en général, s'installe chez sa sœur ou sa mère sans rien amener avec lui. La jouissance des meubles par exemple appartient exclusivement à l'épouse. L'autre considération est qu'il n'est point honorable pour un homme séparé de sa femme de partir avec quelque bien du ménage.

La femme n'a aucun droit de propriété sur le logement dans lequel elle a été installée par son mari. Le logement en question reste la propriété de sa fille et c'est l'épouse qui reste avec les enfants pour assurer l'entretien et l'éducation de ces derniers en cas de séparation ou de TWALAKA.

Toujours dans les pratiques coutumières de la société comorienne, l'homme laisse subsister le devoir de secours d'assistance et de fidélité et la femme préserve l'usage de son mari.

L'époux doit impérativement respecter le NAFAQAT (mot d'origine arabe) qui comprend à la fois la nourriture, l'habillement, le logement, l'éducation et les soins de santé.

Lorsque le mari prononce le Twalaka et sort de la résidence familiale, il n'apporte aucun bien. Dans cette hypothèse, si le couple n'avait pas encore d'enfant, les biens laissés appartiennent à l'épouse.

Si par contre le couple a des enfants, la propriété des biens revient à ces derniers. Il est important de préciser que cela ne découle de la législation, mais plutôt, des pratiques coutumières dont le fondement essentiel tiennent à une question d'honneur pour l'homme.

En cas du décès de l'époux, l'épouse respecte le délai de viduité qui est de quatre mois et dix jours si elle n'est pas enceinte avant de se remarier (art.79 C.F.C).

SECTION II : La séparation de corps contentieux en droit Sénégalais et Comorien

En droit sénégalais, la séparation de corps contentieuse est fondée sur les mêmes principes et sur les mêmes conditions que le divorce contentieux.

Le juge la prononce pour les mêmes causes et suivant la même procédure que s'il s'agissait d'une même demande contentieuse en divorce. Il prend toutes les mesures provisoires qu'il estime nécessaire.

Il est permis, en tout état de cause, à l'époux demandeur de transformer sa demande en séparation de corps en divorce et à l'époux défendeur de répondre à l'action en séparation de corps par une demande reconventionnelle en divorce.

L'action s'éteint pour les mêmes causes que l'action en divorce.

Le jugement n'est pas susceptible d'acquiescement et les voies de recours dont il peut être l'objet produisent, ainsi que leur délai, un effet suspensif.

Le jugement prononçant la séparation de corps est soumis aux mêmes mesures de publicité que le jugement de divorce et prend effet aux mêmes dates.

Ces conditions et principes fondés par la séparation de corps en droit sénégalais diffèrent de ceux existant en droit comorien. C'est ainsi que la séparation de corps contentieuse n'existe pas réellement en union des Comores à cause de la non application des textes de loi.

Cependant, les pratiques coutumières dominant la société comorienne sont à l'origine du non respect des textes de lois que le législateur comorien s'est donné la peine de les publier.

La pratique coutumière donne, le plein pouvoir à l'époux de prononcer le TWALAKA à l'encontre de sa femme, avec possibilité de reprise de la vie commune sans aucune décision des autorités judiciaires.

Le nombre maximum de TWALAKA que le mari doit prononcer est de deux. Au troisième, il n'a plus aucune possibilité de reprendre la vie commune avec sa femme immédiatement. Il doit donc attendre que la femme se remarie et divorce avec un autre homme pour pouvoir valablement prétendre à sa main. C'est cette pratique coutumière que la société comorienne applique au détriment du droit codifié.

Nous allons étudier les causes et les conséquences juridiques de la séparation de corps contentieuse.

Paragraphe I : les causes de la séparation de corps

Au Sénégal les causes de la séparation contentieuse sont exactement les mêmes que celles du divorce contentieux. Les dispositions de l'article 183 alinéa 3, « le juge de la famille la prononce pour les mêmes causes et suivant la même procédure que s'il s'agissait d'une demande contentieuse en divorce ».

Cette option est expressément prévue par le même article en son alinéa 1^{er} qui dispose : « dans tous les cas ou il y'a lieu à la demande en divorce, les époux sont libres de ne demander que la séparation de corps ».

Comme il y'a l'identité absolue entre les causes du divorce et celle de la séparation de corps, il est permis en tout état de cause, à l'époux demandeur, de transformer sa demande en séparation en demande de divorce (art. 183. alinéa 4 CFS).

Il n'y aurait pas là, une nouvelle demande et une dérogation au principe procédural de l'immutabilité de la demande, puisque celle-ci serait fondée dans les mêmes faits que la première.

On remarquera très bien qu'en droit sénégalais la transformation inverse est toujours possible (art.171.alinéa 3).

En droit comorien, les causes de la séparation de corps ou TWALAKA est une décision prise par le seul époux de se séparer de son épouse avec toutefois la possibilité pour lui de reprendre l'union.

Il peut être prononcé seulement à l'encontre de la femme engagée dans le lien du mariage régulier (article 58 du C.F.C).

Dans la société comorienne, l'époux prononce le TWALAKA si l'épouse lui manque respect ou manque respect à sa belle mère.

Dans ces conditions, l'époux se trouve obligé de prononcer un TWALAKA en espérant que la femme puisse changer de comportement.

Le TWALAKA prononcé par le mari peut être considéré comme simple sauf pour lui d'en préciser le nombre qui est de deux (article 60 du C.F.C).

Il est blâmable au mari de prononcer le TWALAKA au cours d'une période menstruelle et pendant l'état de grossesse de la femme (article 59 du C.F.C), c'est les mêmes conditions posées par le droit codifié que la pratique coutumière l'impose.

Au cas où le mari persiste dans sa démarche, l'épouse peut saisir le juge compétent ou le cadî, qui enregistre son TWALAKA sous peine d'une amende civile à l'encontre du mari²⁶. Ces cas d'espèce ne se présentent jamais devant les juridictions, à cause de la croyance de la société comorienne en Dieu et leur respect envers le saint Coran.

Paragraphe II : les conséquences juridiques de la séparation de corps

La séparation met fin au devoir de cohabitation avec les époux. Elle autorise aux époux donc à vivre séparément mais, ils n'ont aucun droit de faire leur vie puisque le mariage n'est pas dissout.

L'épouse conserve l'usage du nom de son mari à moins que le jugement de séparation de corps l'interdise.

Contrairement au divorce, la séparation de corps laisse subsister le devoir de secours et d'assistance entre les époux, c'est ainsi qu'une pension alimentaire sera versée à l'époux le plus démuné. Pour en fixer le montant, le juge prendra en compte les ressources et les besoins de chacun des époux. Cette pension sera attribuée sans prendre en considération les torts.

²⁶ Décret n°05-090/PR portant promulgation de la loi organique n°05-008/AU du 03 juin, relative au code de la famille comorienne

Toutefois, l'époux débiteur peut être déchargé par le juge du paiement de cette pension dans le cas où l'époux créancier a gravement manqué à ces obligations.

Qui dit séparation de corps dit séparation de biens parce que soumis au régime matrimonial de la séparation de biens.

En cas de décès de l'un des époux séparés de corps, l'autre époux conserve les droits que la loi accorde aux conjoints survivants.

En union des Comores, la séparation de corps ou TWALAKA ne dissout pas le mariage complètement, mais il met fin au devoir de cohabitation avec les époux.

Le TWALAKA révocable ne rompt pas les liens du mariage entre les époux et conserve notamment le droit de l'épouse au logement et au NAFAQAT (article 88 du C.F.C).

Chacun des époux séparé conserve l'usage du nom de l'autre.

Toutefois, c'est en pratique coutumière que ça se passe en l'absence d'un jugement.

Cependant, si la séparation de corps entraîne toujours une séparation de bien, ce n'est jamais le cas aux îles Comores, à cause de la pratique coutumière dominant la société vivant dans ces îles de l'océan indien habitées à quatre vingt dix neuf pour cent (99%) par des musulmans.

Les époux séparés pourvoient toujours aux besoins alimentaires des enfants.

L'article 86 du code de la famille comorienne dispose que, pèse sur eux l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants dans l'affection : NAFAQAT.

En cas de décès de l'un des époux séparés de corps, l'autre époux conserve les droits que la loi et la coutume lui accorde.

CHAPITRE II : LA DISSOLUTION DU MARIAGE AU SENEGAL

ET AUX COMORES

La dissolution du mariage consiste à proprement parler, en une rupture de tous les liens juridiques résultant de la qualité d'époux. Elle lève notamment l'obstacle que pourrait éventuellement opposer l'existence du mariage à la conclusion d'une nouvelle union légitime. La dissolution du mariage peut résulter du décès de l'un des conjoints survivants. On parle alors de veuf ou de veuve selon le sexe.

Section I : la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux

La dissolution du mariage par suite du décès de l'un des époux donne une situation juridique nouvelle au survivant, et cette situation varie suivant qu'il s'agisse du décès du mari ou de celui de la femme.

La mort de l'un des époux entraîne la dissolution du mariage.

Cependant, la liberté de la femme est restreinte par rapport à celle du mari survivant.

Tout d'abord, dans certaines coutumes, il est prévu que la femme ou les femmes du défunt seront prises pour épouse par son héritier (sérer et Peulh).

Dans la majorité des cas, la veuve est libérée des liens conjugaux et retrouve sa liberté mais, il ne peut pas se remarier ni même se fiancer avant d'avoir observé une retraite de continence de 90 jours.

Cette restriction à la liberté de la veuve paraît se justifier à la fois par des raisons de décence et par le désir d'éviter les confusions de paternité.

Cette retraite est toutefois limitée à une période de trois mois, ce qui est très différent du délai de trois cent jours prévu par le code civil.

Lorsque le mariage est dissout par la mort du mari, la veuve conserve sa dot et ses biens personnels, elle garde le logement qu'elle occupait du vivant de son époux. Cette question relève d'avantage du droit des successions des régimes matrimoniaux, la veuve conserve en dehors de sa

dot, de ces biens et effets personnels et de sa part successorale le logement dans lequel elle vivait ainsi que le mobilier dont il était garni.

D'autre part le code de la famille comorien en son article 65 dispose que, le mariage se dissout par la mort de l'un des époux, par trois TWALAKA prononcé par le cadi, ou par le Twalaka irrévocable ou divorce prononcé par le juge compétant sur requête de l'époux.

La mort de l'un des époux entraîne également la dissolution du mariage et chacun d'eux reprend sa liberté et peut se remarier. La femme dont le mari est décédé ne peut contracter un nouveau mariage qu'après avoir observé le délai de viduité qui est de quatre mois et dix jours si elle n'est pas enceinte (article 66 C.F.C).

A l'expiration de la retraite légale consécutive à un Twalaka simple ou double, le mariage est considéré comme définitivement dissout.

Dans la coutume existant aux Comores, la femme dont le Twalaka est devenu irrévocable peut contracter un nouveau mariage, contrairement à ce que l'article 70 du code de la famille comorienne qui dispose que « la femme dont le Twalaka est devenu irrévocable ne peut contracter un nouveau mariage que si elle réunit les conditions de l'article 63 du même code ».

Cependant les conditions de cet article qui dit que « lorsque le juge ne parvient pas à dissuader le mari à renoncer au Twalaka, il dresse un acte, fixe les règles, les conséquences de la séparation des époux en fixant une pension alimentaire et un droit de visite ». Ces conditions du législateur comorien ne sont jamais respectées.

Après le décès du mari, la femme garde tout bien dont la maison est garnie quand bien même qu'ils auraient été achetés par le mari pour équiper la maison de la femme.

Paragraphe I : Les obligations du conjoint survivant

Le législateur sénégalais et comorien ont porté atteinte à l'égalité de la femme avec l'homme à la dissolution du lien matrimonial. Aux termes des articles 112 code de la famille sénégalais et 66,79 du code de la famille comorien disposent que, « la femme ne peut se remarier qu'à l'expiration

d'un délai de viduité de 300 jours à compter de la dissolution du présent mariage. Elle peut cependant limiter le délai à 3 mois en cas de dissolution du mariage par divorce ou par annulation et à 4 mois et 10 jours en cas de décès du mari²⁷.

Dans ce cas, si la femme accouche moins de 300 jours après la dissolution du mariage antérieur, l'enfant est présumé être issu des œuvres du précédent mari. Dans tous les cas le délai prend fin par la délivrance de la femme. L'enfant né avant 300 jours après la dissolution du mariage mais, dont la mère avait demandé à bénéficier d'un délai de viduité abrégé, ne sera pas rattaché au précédent mari. Il est présumé n'être pas issu des œuvres du précédent mari. Cependant, la femme est obligée de rester au foyer pour le respect du délai de viduité.

Paragraphe II : les droits du conjoint survivant

En droit sénégalais, le conjoint survivant comme la conjointe survivante ont des droits égaux en matière de succession ab intestat.

C'est ainsi, lorsque le dé-cujus laisse des enfants légitimes, le conjoint survivant a droit à une part d'enfant légitime le moins prenant sans qu'elle puisse être supérieure au quart de la succession.

A défaut de descendant légitime lorsque le conjoint est en concours avec les ascendants (père et mère) et des collatéraux (frères et sœurs) et à défaut de descendants, des frères et sœurs avec les ascendants de ligne paternelle et de ligne maternelle, le conjoint survivant a droit à la moitié de la succession ; par ailleurs, selon l'article 565 du code de la famille sénégalais, le conjoint survivant est réservataire ; à défaut de descendants légitimes et de parents au degré successible, la succession est dévolue en totalité au conjoint survivant.

L'équilibre de l'égalité sera toutefois rompu au détriment de la femme à deux points de vue.

- La première concerne le respect du délai de viduité.
- la deuxième est relative aux droits successoraux que lui reconnaît la loi et qui sont inférieurs à ceux du mari lorsque le mari de son vivant a manifesté sa volonté de voir son héritage dévolu selon les règles du droit musulman.

²⁷ Serge Guinchard « Droit patrimonial de la famille au Sénégal. 1980.

On sait que le droit musulman fait une différence entre les héritiers du sexe masculin et ceux du sexe féminin en faisant à ces derniers une situation inférieure par apport aux premiers. Ainsi explique t-on fort bien que la conjointe survivante ait moins de droit que le conjoint survivant.

C'est ainsi que selon le code, lorsque la femme est décédée sans décédant, le mari a droit à la moitié de sa succession tandis que dans le cas inverse la femme n'a droit qu'au quart de la succession (art. 607).

Lorsque la femme laisse un ou plusieurs descendants successibles, la part légitime du mari est du quart tandis que celle de la femme est du huitième lorsque l'inverse se produit (art.608).

Le code dispose en outre que dans les mariages polygamiques la légitime à laquelle ont droit les conjointes survivantes qui est soit du quart de la succession du mari, soit du huitième de la succession selon les hypothèses, est répartie entre les femmes par tête, ceci par respect pour le principe du droit musulman selon lequel, dans un mariage polygamique, les époux ont droit à égalité de traitement (art.609 et 610 C.F.S).

En droit comorien, le conjoint survivant et la conjointe survivante ne sont pas égaux en matière de succession.

Cependant dans la pratique coutumière, la femme comorienne n'hérite que le logement construit par ses parents. Si les parents n'ont pas pu construire pour elle, une parcelle de terre lui ait attribué à la place du logement.

C'est ainsi, lorsqu'elle décède, son bien revient directement à sa fille, à défaut à son garçon.

En outre si c'est le mari qui décède et qu'il se trouve que c'est le mari qui avait construit la maison familiale ; la femme reste avec les enfants dans la maison familiale mais cette maison est le bien des enfants. La priorité est donnée aux enfants de sexe féminin.

Généralement, en matière de succession dans la pratique coutumière existant aux Comores, le père est le véritable chef de la famille qui fait le partage dès son vivant.

Si ce dernier n'a pas pu le faire à temps, c'est par des réunions familiales que ça se fait tout en respectant les normes coutumières mais aussi en respectant à la lettre les dernières recommandations qu'il a laissé avant sa mort.

Section II : le divorce en droit Sénégalais et comorien

Le divorce implique une rupture du lien conjugal prononcé par un jugement, soit par requête conjointe des époux (divorce par consentement mutuel), soit en raison de l'absence de communauté de vie (divorce remède ou divorce faillite) soit en raison de la faute commise par l'un des conjoints (divorce sanction).

Il peut aussi 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 selon le législateur sénégalais en son article 157 du CFS.

Quant a son homologue comorien, il énonce que le divorce peut être prononcé d'office par trois Twalaka prononcé par le mari, il peut être aussi prononcé sur demande de l'épouse en cas de défaut d'entretien (faskh), absence prolongé sans contact manifeste avec l'épouse, démence ou maladie grave.

Ainsi, nous allons nous focaliser sur le divorce par consentement mutuel et contentieux.

Paragraphe I : le divorce par consentement mutuel

Ce type de divorce se caractérise par sa simplicité et sa rapidité dans la procédure. Point n'est besoin qu'un tel divorce repose sur une faute, les époux peuvent en faire usage chaque fois que la vie commune est impossible.

Il se caractérise également par sa simplicité dans la procédure judiciaire, mais aussi très simple pour ceux qui le font à usage coutumier aux îles Comores.

A- Condition de fond

Le divorce par consentement mutuel est une forme de dissolution du lien matrimonial provoquée d'un consentement commun par les époux.

Ainsi, l'existence du lien est à la direction des époux, libre à eux d'y mettre fin par accord commun. Une seule condition est requise par l'article 158 du code de la famille Sénégalais : le consentement de chacun des époux au divorce doit émaner d'une volonté libre et exempte de vices.

A l'analyse de l'article 158, il n'existe pas de délai d'attente pour intenter une procédure de divorce par consentement mutuel. C'est donc

dire qu'un couple peut se marier un jour et décider de se séparer le lendemain.

A titre comparatif, cela est impossible en France avec la loi française n° 75 617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce ; celle-ci exige en plus du consentement mutuel des époux, qu'il se soit écoulé un délai de 6 mois après le mariage pour que les époux puissent accéder à ce type de divorce et une fois la demande faite elle leur donne un délai de réflexion de 3 mois pour renouveler la demande ; à défaut de renouvellement de la demande dans les 6 mois, elle est considérée comme caduque.

L'article 158 du code de la famille précise que le consentement doit porter non seulement sur la rupture du lien conjugal, mais aussi sur la situation des anciens époux quand aux biens qu'ils possèdent et sur le sort réservé aux enfants.

Toute liberté est laissée aux époux pour régler ces questions sous réserve du respect dû à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Le code comprend parmi les dispositions relevant de l'ordre public, celle concernant l'intérêt de l'enfant telles que les obligations qui incombent aux parents quant à l'entretien, la garde, l'éducation et la moralité des enfants. Cette attitude du législateur s'explique par le souci qui l'anime de protéger l'enfant qui ne doit pas être victime d'une telle situation.

Il est aussi une forme de dissolution du lien matrimonial provoquée d'un consentement commun des époux qui se manifeste dans la société comorienne à l'usage des pratiques coutumières si la vie commune est devenue impossible.

Cependant, il est très rare que ce genre de cas se présente devant le cad i ou le juge.

La liberté est laissée aux époux pour régler ces questions sous réserve du respect dû à l'ordre public à la coutume et aux bonnes mœurs.

L'article 86 du code de la famille comorien dispose que, les parents doivent des aliments à leurs enfants mineurs. Pèsent sur eux l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants dans l'affection. »

La pratique coutumière est bien respectée dans la société comorienne, elle est posée comme étant une règle psychologique et inaliénable.

B- Condition de forme

La demande de constatation de divorce doit être présentée par écrit ou verbalement au juge par les époux eux-mêmes.

Aucune forme particulière n'est prescrite par la loi en ce qui concerne la constatation de cet accord outre la remise du livret de famille et éventuellement les actes de naissance et de décès des enfants. Toutefois la demande doit être obligatoirement accompagnée d'une déclaration écrite ou verbale mentionnant d'une part l'accord entre les époux en ce qui concerne leurs biens ; les biens omis étant soumis à l'application des règles du régime matrimonial et d'autre part l'accord des époux relatif au sort réservé aux enfants issus du mariage. C'est ainsi que les problèmes de garde des enfants, de l'attribution de la puissance paternelle et de la pension alimentaire pour l'entretien des enfants sont fixés librement par les époux sous réserve du respect dû à l'ordre public et aux bonnes mœurs énoncé par l'article 158 alinéa 2 du code de la famille sénégalais.

En droit comorien, la demande de contestation en divorce doit être présentée par requête écrite pour les époux qui se présentent devant le cadi ou le juge. Pour ceux qui le font en suivant la pratique coutumière ; il s'agit là d'un message informant les deux familles proches.

Le problème de logement familial ne se pose pas, puisque c'est le mari qui part automatiquement, car tous les enfants disposent dans le logement familial d'un droit de jouissance. En outre, chacun des filles a droit au moment de son mariage, au logement construit par ces propres parents conformément à la coutume (art.82 C.F.C).

La garde des enfants revient à la femme, la pension alimentaire et l'entretien des enfants revient aux époux conformément à l'article 87 et au devoir psychologique coutumier.

1- Le rôle du juge

Le juge qui doit prononcer le divorce ne dispose en aucun cas d'un pouvoir d'appréciation comme cela se passe dans le divorce contentieux, son rôle de pure conciliation au début de la procédure se ramène en cas d'échec à une homologation du consentement des époux après s'être assuré qu'il présente toutes les qualités exigées par la loi.

Le juge doit en outre vérifier que dans l'accord intervenu entre les époux, il y a tout le respect dû à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

En droit comorien, le juge ne prononce pas le divorce qu'après une tentative de conciliation restée infructueuse, pour les époux qui se présentent devant le juge.

En pourcentage, les époux qui ne se présentent pas devant le juge sont plus élevés et ils règlent leurs contentieux conformément aux règles coutumières c'est-à-dire dans le cadre familial.

2- Le jugement

Le jugement est rédigé dans la forme des jugements obligatoires ; il mentionne expressément dans son dispositif le consentement exempt de vices émanant des époux et réglant le sort de leurs biens et de leurs enfants.

Comme le jugement n'est pas susceptible de voies de recours du fait que le divorce et les effets du divorce ont été acceptés et réglés d'un commun accord par les époux, il n'est pas suspensif, il dissout le lien matrimonial et rend exécutoire les conventions établies par les époux.

A l'égard des époux, le jugement produit ses effets du jour où il a été rendu et à l'égard des tiers à compter de la mention sur les registres de l'état civil²⁸.

Pour éviter la collusion frauduleuse entre les époux au détriment de leurs créanciers, l'article 162 al 2 régit spécialement les effets du divorce par consentement mutuel lorsque l'un des époux est commerçant. C'est ainsi que les dispositions de l'accord intervenu entre époux et concernant les biens ne sont opposables aux créanciers qui ont passé un délai de 3 mois à compter de la mention du jugement au registre du commerce et de l'insertion d'un avis donné dudit jugement dans un journal d'annonces légales paraissant dans le ressort de la justice. Pendant ce délai, les créanciers de l'époux commerçant peuvent exercer leurs poursuites sur les biens meubles qu'ils estiment lui appartenir, la charge de preuve leur incombant.

Il faut noter que la même règle s'applique aux mutations immobilières consécutives à l'accord des époux et ceci en l'absence d'oppositions signifiées au conservateur de la propriété foncière du lieu de situation de

²⁸ Y. Ndiaye : le divorce et la séparation de corps « préface » de Kéba Mbaye »

l'immeuble par le créancier poursuivant. Les créanciers de l'époux commerçant sont par conséquent bien protégés contre toute collusion frauduleuse entre deux époux de mauvaise foi qui voudraient recourir au divorce par consentement mutuel pour mettre les biens de l'époux commerçant à l'abri de toute poursuite des créanciers.

Le divorce par consentement mutuel tel qu'il est conçu dans le code , fait du mariage à la fois un contrat et une institution ; il en fait d'une part un contrat par le fait que comme tout contrat, le mariage peut naître et prendre fin avec l'accord des contractants et d'autre part, en fait une institution par le fait que l'autorité publique qui a collaboré avec la volonté des époux à la formation du mariage intervient en la personne du juge pour vérifier si toutes les conditions requises par la loi et l'ordre public ont bien été respectées.

En droit comorien, le jugement est rédigé lorsque les époux se présentent devant le juge. Il est rédigé dans la forme des jugements obligatoires. Il mentionne expressément dans son dispositif le consentement exempt de vices émanant des époux et réglant le sort de leurs biens et de leurs enfants.

Comme le jugement n'est pas susceptible de voies de recours du fait que, le divorce et les effets du divorce ont été acceptés et réglés d'un commun accord par les époux. Il n'est pas suspensif, dissout le lien matrimonial et rend exécutoire les conventions établies par les époux.

A l'égard des époux, le jugement produit ses effets du jour ou le jugement a été rendu et à l'égard des tiers à compter de la mention sur les registres de l'état civil.

Pour les époux qui ne se présentent pas devant le Tribunal, c'est dans l'intimité et le respect des pratiques coutumières que ça se règle et généralement sans aucune contrainte.

La coutume fait du mariage à la fois un contrat et une institution, il peut naître et prendre fin avec l'accord des contractants si toutes les conditions requises par la loi et la coutume ont bien été respectées.

Paragraphe II : le divorce contentieux

Dans ce divorce, la femme comme le mari peut agir en justice en fondant son action sur l'une des causes prévues par la loi ; par conséquent, il faut que l'un ou les époux se soient rendus coupables d'une des causes

prévues par l'article 166 du code de la famille sénégalais et les articles 72 et 77 du code de la famille comorien.

Ce divorce nécessite toute une procédure et produit des effets qu'il convient d'étudier d'autant plus que là encore l'égalité entre époux s'affirme du fait que les règles appliquées sont identiques pour les deux époux. Cependant, la coutume joue un rôle très important dans la société comorienne qui est respectée autant que ce que le législateur a laissé en leur portée.

A- Cause du divorce contentieux

En plus les quatre causes prévues par les articles 229 et 232 du code civil Français qui sont l'adultère, la condamnation à une peine afflictive et infamante, les excès, sévices ou injures graves ; les articles 166 du code de la famille sénégalais et 77 du code de la famille comorien ajoutent l'absence déclarée de l'un des époux, le défaut d'entretien de la femme par le mari, le refus de l'un des époux d'exécuter les engagements pris en vue de la conclusion du mariage, l'abandon de famille ou de domicile conjugal, la stérilité définitive médicalement établie, la maladie grave et incurable de l'un des époux pendant le mariage et en fin l'incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal.

A la lecture des articles 166 du code de la famille sénégalais et 77 du code de la famille comorienne, on peut distinguer trois catégories de causes de divorce qui sont les causes reposant sur la violation des obligations conjugales, celle reposant sur une condamnation infamante et celle reposant sur la maladie grave incurable et l'incompatibilité d'humeur.

1- Causes reposant sur la violation des obligations conjugales.

On peut inclure l'adultère, les mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves, l'absence déclarée de l'un des époux, défaut d'entretien de la femme par le mari, refus de l'un des époux d'exécuter les engagements pris en vue de la conclusion du mariage et en fin l'abandon de la famille ou du domicile conjugal.

Par mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves, il faut entendre les brutalités du mari à l'égard de la femme, les injures verbales ou écrites lorsqu'elles sont jugées inadmissibles et qu'elles rentrent dans un ensemble de griefs, les imputations calomnieuses ou diffamatoires, la non consommation du mariage.

L'article 16 du code de la famille sénégalais, définit l'absence comme la personne dont le manque de nouvelle rend l'existence incertaine ; dans ce cas dès que la réception des dernières nouvelles remonte à plus d'un an, la femme peut introduire auprès du Tribunal du dernier domicile connu du présumé absent ou de sa dernière résidence une demande de présomption d'absence. Après communication de la requête au parquet, il est procédé à une enquête sur le sort du présumé absent. Le parquet doit faire en sorte que la demande soit assortie de publicité nécessaire notamment par voie de presse et de radio diffusion même à l'étranger s'il y a lieu.

Un an après le dépôt de la requête si le présumé absent ne donne pas signe de vie, le Tribunal pourra déclarer la présomption d'absence. C'est seulement deux ans après le jugement déclaratif de présomption d'absence que la femme pourra introduire une demande en déclaration d'absence qui lui permettra de demander le divorce pour cause d'absence.

L'article 74 du code de la famille comorien dispose que : **en raison d'une absence prolongée et sans contact manifeste du mari, lorsque les époux vivent séparés de fait chacun dans un lieu connu depuis au moins six mois. Le juge compétent prononcera le divorce s'il est établi que cette absence occasionne à la femme un préjudice, alors même que des biens laissés par le mari pouvaient servir à son entretien. Néanmoins, la décision de divorce n'interviendra qu'après une mise en demeure du mari restée vaine de reprendre la vie commune ou de divorcer avec son épouse.**

Cause reposant sur une condamnation infamante

Il suffit que la peine soit infamante pour que le conjoint puisse obtenir le divorce.

Cause reposant sur la maladie grave, incurable et incompatibilité d'humeur.

2- Déroulement de l'action intentée par les époux.

La procédure se déroule en plusieurs phases : la requête en divorce, les observations et mesures conservatoires urgentes prises par le juge, tentative de conciliation l'instance proprement dite, le jugement.

3- La requête en divorce

Elle est présentée par l'époux demandeur sous forme orale ou écrite ; elle doit contenir l'exposé des griefs contre le conjoint, être signé du

demandeur. Mention est faite s'il y a lieu que le demandeur ne sait ou ne peut signer. L'action ne peut être intentée que par les époux en personne. C'est ces mêmes procédures pour les époux comoriens qui décident de se présenter devant un juge concernant la demande en divorce.

Pour ceux qui le procèdent par les pratiques coutumières, leurs présences devant un juge est exclu dans la mesure où tout se règle en famille conformément aux pratiques coutumières existant aux Comores.

B- Observation et mesures provisoires urgentes prises par le juge.

Le juge après avoir entendu le demandeur lui adresse les observations qu'il estime convenables pour tenter d'éviter si c'est encore possible la rupture du lien conjugal.

Si le demandeur persiste, le juge convoque les parties devant lui au jour et à l'heure qu'il fixera pour tenter la conciliation et il indique au demandeur qu'il doit obligatoirement déposer au greffe le livret de famille.

L'épouse demandeur peut en cas d'urgence être autorisée par le juge à avoir une résidence séparée, ceci ayant surtout pour but d'éviter des scènes de violence.

Des mesures provisoires peuvent aussi être prises en faveur des enfants dans ce cas, la décision du juge est uniquement guidée par l'intérêt des enfants.

Si le demandeur réside dans un autre ressort territorial, il peut y avoir commission rogatoire. Le juge demande alors au magistrat compétent du Tribunal le plus proche de la résidence du défendeur d'entendre ces derniers.

Le cadi ou le juge comorien, après avoir entendu le demandeur ne prononce le divorce, que si les faits sont prouvés, qu'après une tentative de conciliation restée infructueuse.

Les mesures provisoires peuvent aussi être prises en faveur des enfants, la décision du juge est uniquement guidée par l'intérêt des enfants.

1- L'audience de conciliation

Au jour et à l'heure indiquée par le juge, les époux comparaissent en personne hors de la présence de leurs conseils éventuels. Si le demandeur

ne comparait pas à la date fixée sans justifier d'un motif légitime, il est considéré comme s'étant désisté de sa demande ; si c'est le défendeur qui ne comparait pas, le juge lui notifie une nouvelle citation ; s'il refuse à nouveau de comparaître, il est considéré comme refusant toute conciliation.

Après avoir écouté les aveux et explications des époux, le juge leur fait des observations et décide de l'opportunité ou non de renvoyer la tentative de conciliation à une date qui n'excédera six mois par une ordonnance de sursis à statuer ; cette ordonnance peut être renouvelée mais en tout état de cause le délai total ne peut pas excéder un an.

Lorsqu'il y a conciliation, elle est constatée par procès verbal du juge qui met fin à l'action ; en cas de non conciliation, le juge après avoir éventuellement écouté les conseils des parties, statue sur sa compétence et peut, soit retenir l'affaire immédiatement et se prononcer sur l'action en divorce, soit la renvoyer à une audience ultérieure dont il indique la date.

Lorsque le jugement ne peut être immédiatement prononcé, le juge après audition des conseils des parties présentes et sur leurs demandes, prend des mesures provisoires qui peuvent peser lourdement au moment du prononcé du divorce, qui intéressent en dehors de la remise des effets personnels, la résidence des époux, la garde des enfants et le droit de visite, la pension alimentaire et toutes autres mesures nécessaires pour la sauvegarde des intérêts des enfants ou de chacun des époux. Lorsqu'il y a désaccord entre les parents et que chacun réclame la garde des enfants, la loi met à la disposition du juge un moyen de lui permettre de statuer sur cette question en commettant toute personne qualifiée notamment l'assistance sociale sur la situation matérielle, morale, l'état de santé, l'éducation des enfants etc.... le Tribunal n'est pas lié par les conclusions de l'enquête, mais en réalité il en tient compte le plus souvent surtout lorsqu'elle est faite avec conscience. Aucune différence n'est faite entre le mari et la femme lorsque les mesures provisoires sont prises par le juge.

La décision n'est guidée que par la sauvegarde des intérêts de chacun des époux et surtout des enfants.

En droit comorien, l'audience de conciliation se fait devant le cadi ou le juge pour les couples qui se présentent devant le Tribunal.

Après avoir écouté les aveux et explications des époux, le cadi ou le juge leur fait des observations et décide de l'opportunité ou non de

renvoyer la tentative de conciliation à une date qui ne dépassera pas deux mois au maximum.

Lorsqu'il ya conciliation, le juge le constate par procès verbal et le signifie aux époux.

Si c'est le cas contraire, il prononce le divorce en leur indiquant la charge qui pèse sur eux, l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants dans l'affection : le Nafaqat qui comprend à la fois la nourriture, l'habillement, le logement, l'éducation et les soins de santé.

Pour les époux qui le font en suivant la pratique coutumière, les démarches se réalisent au sein des deux familles, aux respects de la coutume y compris le Nafaqat qui fait partie des premières formes de respect dans la société comorienne en matière de divorce.

2- L'instance devant le tribunal

La cause une fois introduite est instruite en la forme ordinaire ; les débats ne sont pas publics ; ceci pour éviter une publicité autour d'un procès touchant à l'intimité des familles.

Les demandes reconventionnelles en divorce ou en séparation sont introduites par simple déclaration faite à l'audience et le demandeur peut transformer sa demande en divorce en demande de séparation de corps ; une fois fixé sur la nature de la demande le juge peut entendre à titre de témoins toute personne y compris les parents à l'exception des descendants, et les domestiques des époux peuvent être entendus comme témoins ; ceci pour une raison de décence. Il faut noter que l'instance peut s'éteindre par suite du décès de l'un des conjoints, de la réconciliation des époux.

Après l'achèvement de l'instruction, le jugement prononçant le divorce est rendu.

Au Comores, une fois La cause introduite, est instruite en la forme ordinaire ; les débats ne sont pas publics ; ceci pour éviter une publicité autour d'un procès touchant à l'intimité des familles.

Les demandes reconventionnelles en divorce ou en séparation sont quasiment très rares, on peut même dire que cela ne se passe pas si ce n'est sous forme d'une simple demande.

Le cadi ou le juge peut entendre à titre des témoins les parents des époux. L'instance peut s'éteindre par suite du décès de l'un des conjoints de la réconciliation des époux.

Après l'avènement de l'instruction, le jugement prononçant le divorce est rendu pour les époux qui se présentent devant le Tribunal et pour ceux qui optent pour les pratiques coutumières n'ont pas besoin d'un jugement.

3- Le jugement de divorce

Il doit indiquer l'époux aux torts duquel le divorce est prononcé, il peut aussi être rendu aux torts et griefs réciproques ; dès lors que, les mesures provisoires prises sont caduques au profit de celles prises dans le jugement.

Le jugement en divorce n'est pas immédiatement exécutoire, il est en effet susceptible de voie de recours, toutefois, l'acquiescement est interdit au jugement ou à l'arrêt qui prononce le divorce à moins qu'il n'est était rendu sur conversion de séparation de corps, article 173 alinéa 3.

Même si aucune voie de recours n'a été exercée, le jugement ne peut être publié sur les registres avant l'expiration des délais de recours plus une marge de 15 jours. La loi exige la mention du divorce sur les actes d'état civil et sur le registre de commerce lorsque l'un des époux est commerçant.

Le législateur comorien indique que le jugement en divorce pour les époux qui se présentent devant le juge, doit indiquer à l'époux les torts pour lesquels le divorce est prononcé, il peut aussi être rendu aux torts et griefs réciproque ; dès lors que, les mesures provisoires prises sont caduques au profit de celles prises dans le jugement.

Le jugement en divorce n'est pas immédiatement exécutoire, il est en effet susceptible de voie de recours.

Pour les époux qui adoptent le divorce dans les règles coutumières, le divorce est immédiatement exécuté avec le respect de toutes ces règles.

C- Effets du divorce contentieux

Au Sénégal comme aux Comores, dès qu'il est prononcé, le divorce fait cesser les devoirs de fidélité, de secours et d'assistance réciproques auxquels les époux étaient soumis par la loi et par la coutume. Les époux

sont libres de se remarier sauf respect du délai de viduité par la femme ; la femme doit cesser de faire usage de nom du mari.

1- Effets dans les rapports entre époux et leurs enfants

Selon l'article 278 le jugement prononçant ou constatant le divorce statue sur la garde de chacun des enfants qui pour son grand avantage seront confiés à l'un ou l'autre des parents ou s'il est nécessaire à une tierce personne.

La décision du juge est essentiellement guidée par l'intérêt de l'enfant.

L'article 92 du code de la famille comorienne, le droit de garde est dévolu par préférence à la mère si l'intérêt de l'enfant ne s'y oppose et sous les réserves suivantes :

Qu'elle ne parte pas s'installer à l'étranger avec l'enfant sans l'assentiment du père.

Qu'elle soit de bonne moralité.

Dans la pratique coutumière, c'est la mère qui prend la garde des enfants, car la mère s'occupe mieux des enfants qu'un père.

2- Effets sur les biens des époux

Selon l'article 177 du code de la famille, le divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux entraîne pour lui la perte de tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit à l'occasion du mariage, soit depuis sa célébration.

Le code prévoit aussi que l'époux qui a obtenu le divorce pour cause d'incompatibilité d'humeur ou pour maladie grave et incurable de la femme doit verser à la femme une pension alimentaire qui prend effet à compter du jugement pour une durée de 3 mois lorsqu'il s'agit d'un divorce pour incompatibilité d'humeur et de 3 ans au maximum lorsqu'il s'agit d'un divorce pour maladie grave et incurable ; mais cette pension qui est une transformation de l'obligation d'entretien en obligation alimentaire prend fin aussitôt que la nécessité ne se fait plus sentir.

Par ailleurs, le mari est tenu d'entretenir sa femme divorcée alors qu'elle était enceinte pendant toute la grossesse.

En mettant fin au mariage, le divorce entraîne la dissolution de la communauté (art. 176,396 du C.F.S), la communauté est considérée comme

dissoute à compter du jour de la demande du divorce ce qui permet aux époux de prendre des mesures conservatoires pendant l'instance du divorce et d'attaquer les actes faits par l'un des époux en fraude des droits.

Tandis qu'à l'égard des tiers, la dissolution de la communauté ne produit d'effet que du jour de la publicité du jugement en divorce, c'est-à-dire du jour de la mention en marge de l'acte de naissance.

Les époux ne peuvent donc pas opposer aux tiers, les effets pécuniaires du divorce tant qu'il n'y a pas eu publicité du jugement de divorce ce qui donne aux tiers le droit de saisir les biens acquis par les époux pendant l'instance au divorce du fait que pour eux, à ce stade, les biens sont toujours réputés être communs.

Selon l'article 82 du code de la famille comorienne, tous les enfants disposent sur le logement familial, d'un droit de jouissance. En outre, chacune des filles a droit, au moment de son mariage, aux logements construits par ses propres parents conformément à la coutume.

Ce logement peut néanmoins être émis, en cas de nécessité, à la disposition d'une autre fille à l'occasion de son mariage²⁹.

Sauf stipulation contraire de leur contrat de mariage, les époux sont séparés de bien et chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Sous réserve des droits de succession, la femme ne dispose pas le droit de propriété sur le logement dans lequel elle a été installée par son mari. Inversement, celui-ci ne peut prétendre à aucun droit sur le logement de sa femme. En l'absence de preuve de leur caractère propre, les biens immeubles acquis au cours du mariage, à l'exception des biens successoraux, sont communs aux deux époux (art.83).

Cependant, en pratique coutumière aux Comores, le logement appartenant au mari qui vivait ensemble avec ses enfants reste aux dispositions des filles avec tous les biens communs qui auraient été achetés par les époux le mari ne peut en aucun cas expulser l'épouse de l'appartement même si c'est lui qui l'avait construit.

²⁹ Décret n°05-090/PR portant promulgation de la loi organique n°05-008/AU du 03 juin, relative au code de la famille comorienne

Conclusion

Nous constatons que, les législateurs Sénégalais et Comoriens ont soumis le mariage à des conditions de formation qui touchent aussi bien le fond que la forme. Au niveau du fond, le problème le plus crucial était de reconnaître aux époux un rôle prépondérant dans la conclusion du mariage.

Aussi, les deux codes de la famille ont exigé le consentement personnel des époux, même mineurs, ont fixé un âge minimum pour se marier, mais le mariage était aussi une institution touchant de près la vie familiale.

Il a fallu concéder à la famille une parcelle d'autorité. C'est ainsi que les époux mineurs ne peuvent se marier qu'avec l'autorisation de leurs parents tant qu'ils se limitent à protéger leurs intérêts et que la dot est maintenue.

Quant à la protection de la société, elle est assurée par la prohibition du mariage lorsqu'il existe un lien matrimonial antérieur interdisant le mariage ou des liens de parenté assez proche.

D'autre part, le Sénégal comme les Comores conserve la dualité des formes qui, même si elles sont similaires, continuent à poser des incertitudes quant à leur égalité, notamment lorsque les époux ne relèvent pas de coutumes applicables surtout au Sénégal.

Cependant, la violation de toutes ces conditions n'est pas sanctionnée avec la même rigueur. Si les deux codes de la famille ont édicté des nullités relatives ou absolues, l'idée qui soutient la réglementation est de restreindre ce domaine de nullité.

D'abord, par la détermination des personnes habilitées à agir mais aussi par le nombre de cas de couverture, et surtout par la reconnaissance de la validité du mariage non constaté ou passé au mépris de certains interdits qui ne sont que simplement prohibitifs.

Au plan organisationnel, le législateur Sénégalais a mis l'accent sur une bonne organisation du respect des textes de loi. La société sénégalaise suit la logique du respect des textes dans le cadre du contentieux en droit de la famille.

En effet, son homologue Comorien, malgré l'effort de la codification des textes de loi, la société comorienne ne les respecte pas.

Cette dernière, prend beaucoup en considération la pratique coutumière que le droit codifié.

Ainsi, il est temps que la société comorienne prend conscience en suivant la bonne voie au respect des textes de loi.

Comme la voie qu'a suivi la société Sénégalaise en traitant tous litiges en matière familiale dans les Tribunaux Départementaux compétents en la matière.

BIBLIOGRAPHIE

DOCTRINE

_Hilaire. Variation sur le mariage à-propos de la codification en Afrique noire, Penant 1965, P. 145 à 193.

Kouassigan : ‘ Quelle est ma loi ? Tradition est modernisme dans le droit privée de la famille en Afrique noir Francophone : Paris Edition A Pedone 1974.

Kéba MBAYE : Droit et développement en Afrique francophone de l’Ouest

R S D 1976 n° p. 23.

Kéba MBAYE : l’évolution des formes du mariage au Sénégal. Mélanges Ancel 1975, p. 176 et suiv.

Serge GUINCHARD : Réflexion critiques sur les grandes orientations du code de Sénégalaises. Penant 1978.

Dominique SARR : les causes de rupture du lien matrimonial de 1972 à 1949

AA 1975 p. 143.

George Cornu. Chronique, D 1959, P215.

Youssoupha NDIAYE : Divorce et séparation de corps Nouvelles éditions Africaines.

Oussmane KANE : Des conditions de formation du mariage et leurs sanctions 1981-1982.

Boubacar Albert GAYE : Les rapports entre époux dans le code sénégalais de la Famille. 1979-1980.

LEGISLATION

Loi du 23 juin 1961 portant organisation de l’état civil au Sénégal

Loi 72-61 du 12 juin 1972 modifié par la loi 74-37 du 18 juillet 1974 et la loi n° 79-31 du 24 janvier 1979, portant code de la famille Sénégalais.

Code de la famille comorien du 03 juin 2005 ;

Décret n° 05-090 PR Portant promulgation de la loi organique n°05-008/AU du 03 juin 2005, relative au code de la famille.

Code civil français.

Décret Mandel, 15 juin 1939 portant réglementation des mariages entre indigènes.

Décret Jacquinet, 14 sept 1951 relatif à certaines modalités du mariage entre indigènes.

Ordonnance du 14 novembre 1960 portant organisation de la cours suprême.

JURISPRUDENCE

Tribunal indigène Nioro, 15 JANVIER 1909, Annal Africaines 1975, P. 143.

CIV. Ch. Réunies, Affaire Berthon 4 Fév. 1960, DP 1860, 2, P.87.

CIV. 30 juillet 1900, GAJC, 7è édit. P. 24.

J P Bakel, 15 Janvier 1974, Rec. Gredila, t. I n° 17.

Recueil du crédila Tome 1 et 2.

Table des matières	
INTRODUCTION	3
PREMIERE PARTIE :	7
L'avènement de l'Union : un Processus relativement similaire sous les deux régimes	7
CHAPITRE I :	8
Les Fiançailles sous les droits sénégalais et comoriens.	8
Section I : Les conditions de Formation des Fiançailles	9
Paragraphe I : Les conditions de Fond et de forme en droit.....	9
Sénégalais.	9
A. Conditions de fond.....	9
B. Conditions de forme	10
Paragraphe II : Les conditions de Fond et de forme en droit	10
Comorien.	10
A. Conditions de fond.....	10
B. Conditions de forme	10
Section II : Les effets des fiançailles	10
Paragraphe I : Les Obligations des Fiancés	11
Paragraphe II : Les droits des fiancés	11
A - La rupture légitime	11
B - La rupture illégitime	12
CHAPITRE II :	14
Le Mariage	14
Section I : <i>Les conditions de formation de mariage</i>	14
Paragraphe I : <i>les conditions de fond</i>	15
A. Les impératifs biologiques :	15

1. La puberté.....	15
2. La santé des époux	16
B. L'impératif psychologique : le consentement.....	16
1. Un consentement personnel.....	16
2. Un consentement conscient	18
3. Un consentement sérieux	18
C. La théorie des vices consentement	19
1. Le dol.....	19
2. l'erreur	20
2. La violence	21
D. Les impératifs familiaux	22
1- les autorisations familiales	22
2- Les personnes habilitées	22
3- Les conditions.....	23
4- Portée de l'autorisation	23
5 - La procédure	23
6- La dot.....	23
E- Les impératifs sociaux	25
1- L'existence du lien matrimonial antérieur	25
2- La prohibition de l'inceste	25
3- Le délai de viduité.....	26
Paragraphe II : Les conditions de forme du mariage	27
A- La similitude des formes	28
1- La phase antérieure à la célébration ou à la constatation.....	28
2- Les formalités communes	28

3- La phase de la conclusion	28
4- La phase postérieure à la constatation ou à la célébration	29
B- Les mariages mixtes	29
1- l'égalité des formes	30
a)- La thèse restrictive	30
b)- La thèse du libre choix	31
Section II : LES EFFETS DU MARIAGE	31
Paragraphe I : le droit des époux	31
Paragraphe II : le devoir des époux.....	32
DEUXIEME PARTIE :.....	33
LA SEPARATION DES EPOUX : DES DIFFERENCES NOTABLES ENTRE LES DEUX DROITS.	33
CHAPITRE I : LA SEPARATION DE CORPS	34
Section I : la séparation de corps par consentement mutuel dans les deux législations.	34
Paragraphe I : les conditions de séparation en droit Sénégalais et Comorien.	35
Paragraphe II : Les effets de la séparation de corps	36
A- La séparation peut prendre fin de trois manières :.....	37
1. La réconciliation	37
2. La conversion en divorce.....	37
3. Le décès du conjoint.....	38
SECTION II : La séparation de corps contentieux en droit Sénégalais et Comorien	40
Paragraphe I : les causes de la séparation de corps.....	41
Paragraphe II : les conséquences juridiques de la séparation de corps ..	42
CHAPITRE II : LA DISSOLUTION DU MARIAGE AU SENEGAL	44

ET AUX COMORES	44
Section I : la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux.....	44
Paragraphe I : Les obligations du conjoint survivant.....	45
Paragraphe II : les droits du conjoint survivant.....	46
Section II : le divorce en droit Sénégalais et comorien.....	48
Paragraphe I : le divorce par consentement mutuel	48
A- Condition de fond	48
B- Condition de forme	50
1- Le rôle du juge	50
2- Le jugement.....	51
Paragraphe II : le divorce contentieux	52
A- Cause du divorce contentieux.....	53
1- Causes reposant sur la violation des obligations conjugales.....	53
2 -Déroulement de l'action intentée par les époux.....	52
3 - La requête en divorce	54
B- Observation et mesures provisoires urgentes prises par le juge.	55
1- L'audience de conciliation.....	55
2- L'instance devant le tribunal.....	57
3- Le jugement de divorce	58
C- Effets du divorce contentieux.....	58
1- Effets dans les rapports entre époux et leurs enfants.....	59
2- Effets sur les biens des époux	59
Conclusion	61
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	63
<i>DOCTRINE</i>	63
<i>LEGISLATION</i>	63

<i>JURISPRUDENCE</i>	64
----------------------------	----