

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

1978-1979

DIVISION JUDICIAIRE

3e ANNEE

**De l'application de certaines dispositions
du code sénégalais de la famille
en matière de mariage :
un exemple de conflit entre la loi et la coutume**

Mémoire présenté par

SIDYA BODIAN

PROMOTION
1978-1979

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION ET
DE MAGISTRATURE

(E. N. A. M)



** **

SUJET : DE L'APPLICATION DE CERTAINES DISPOSITIONS
DU CODE SENEGALAIS DE FAMILLE EN MATIERE DE
MARIAGE : UN EXEMPLE DE CONFLIT ENTRE LA LOI
ET LA COUTUME

DIYA DIVISION JUDICIAIRE

346
BOD

ANNÉE SCOLAIRE 1978 - 1979

1ère PARTIE : La conception négro-africaine du mariage.

Section I : Le consentement au mariage et l'âge matrimonial.

Section II : La dot coutumière.

Section III : La polygamie.

2ème PARTIE : Le législateur Sénégalais en la matière.

Section I : Ses préoccupations.

Paragraphe I : Conditions physiologiques et psychologiques.

A - L'âge matrimonial

B - Le consentement au mariage

Paragraphe II : Une dualité de forme du mariage.

Paragraphe III : La polygamie.

Paragraphe IV : La dot.

Section II : Un compromis difficile à réaliser : la résistance du droit africain et le triomphe progressif du droit moderne.

Paragraphe I : La résistance du droit africain.

Paragraphe II : Le triomphe progressif du droit moderne.



INTRODUCTION.

Jusqu'à une époque récente, les institutions qui intéressent la famille africaine ont connu une intervention réservée, prudente : du législateur colonial, ensuite après l'indépendance, du législateur africain.

Mais depuis quelques années, la famille africaine semble avoir irrémédiablement subi les assauts des législateurs africains. Au Sénégal, a été votée la loi 72-61 du 12 juin 1972 portant Code sénégalais de la famille. Il est aisé de s'apercevoir, à la lecture de certaines dispositions de ce Code, que certains points ont été une véritable pierre d'achoppement pour le législateur sénégalais.

La lecture des travaux du Comité des Options pour le Code de la famille l'atteste mieux encore. L'intention du législateur a été de clouer au pilori certaines institutions propres à la civilisation africaine et jusqu'alors tolérées par le législateur colonial. Il en est ainsi de la polygamie, de la dot coutumière, bref du mariage dans sa conception négro-africaine.

Il est vrai que d'une manière générale, les méthodes d'élaboration des nouveaux codes africains ont varié d'un pays à un autre, mais une constante demeure pour tous ces pays d'Afrique noire : "au nom du mythe du progrès, les législateurs africains entendent réaliser des oeuvres législatives révolutionnaires".

Au Sénégal, si le législateur n'a pas osé proclamer purement et simplement la suppression de la polygamie, il a été plus audacieux quant à l'imposition d'un âge minimum pour contracter mariage et quant à l'exigence du consentement des futurs époux, comme une des conditions de fond du mariage.

Cette cascade de dispositions rigides au détriment des droits négro-africains se veut pour mission d'atténuer, et même^{de} supprimer un conflit vertuel entre deux conceptions diamétralement opposées de l'institution du mariage celle occidentale et celle africaine moins conforme aux exigences du développement.

Il est bien évident que pour faire mieux ressortir ce conflit entre la loi et la coutume, il est utile de rendre compte du contenu de celle-ci. C'est ce que nous essayons de faire dans une première partie que nous intituleons : la conception africaine de l'institution du mariage. Cette conception a, pendant la période coloniale, subi les assauts du colonisateur. Cette première partie nous paraît d'ailleurs même indispensable pour la compréhension de la seconde partie puisqu'il est bon, dès le départ, de dégager la notion de mariage selon le droit coutumier africain, conception que le législateur sénégalais a écartée dans la loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la Famille. Les dispositions concernant le mariage feront l'objet de notre étude dans la seconde partie que nous intituleons : le législateur sénégalais sur la matière.

Nous ne perdons pas de vue, dans nos développements, un facteur essentiel qui est la résistance du droit négro-africain à l'innovation. Cette situation bien sûr, pour précaire qu'elle semble être - car l'évolution se fait au détriment des droits négro-africains - mérite qu'on y prête davantage attention. Nous dirons pourquoi, à la fin de la 2ème partie de notre exposé.

1ère PARTIE

LA CONCEPTION NEGRO - AFRICAINE
DU MARIAGE .

Dans les droits européens, le mariage apparaît comme "le contrat civil et solennel par lequel l'homme et la femme s'unissent en vue de vivre en commun et de se prêter mutuellement assistance et secours sous la direction du mari, chef de famille". Le mariage est donc un engagement libre et réciproque entre l'homme et la femme dont la création et les effets sont impérativement réglementés par la loi. La famille est l'unité qui naît de cet engagement et qui comprend les époux, et éventuellement les enfants.

Lorsqu'on envisage la notion de mariage dans les droits traditionnels négro-africains, on se rend compte que le terme renferme un autre contenu. Ici, le mariage devient "un contrat par lequel le chef d'une famille, agissant au nom et pour le compte de cette dernière engage 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 contre partie telle qu'elle est définie par la coutume de la jeune fille". Donc acte purement individuel, en droit occidental, le mariage devient en Afrique, un contrat entre deux familles.

L'analyse de cette conception africaine du mariage permet de se rendre compte de l'utilité de certaines conditions indispensables pour la validité du mariage occidental. Il en est notamment du consentement des futurs époux au mariage et de son corrolaire, l'exigence d'un âge minimum permettant de contracter valablement mariage.

En revanche, il est aisé de relever une condition de validité du mariage coutumier absente en droit moderne : la dot. Cette institution existe bien dans le code civil français mais elle n'a pas le même fondement, la même signification que la dot coutumière.

Une étude exhaustive de ces problèmes permet de relever un certain conflit entre deux conceptions différentes d'une même institution : le mariage. C'est bien ce conflit que le législateur sénégalais, au lendemain de l'indépendance, a entendu faire disparaître, souvent au détriment du droit coutumier. D'ailleurs, avant lui, le législateur colonial avait oeuvré dans ce sens, sans grand succès cependant, les indigènes ayant résisté à ces mesures brutales de changement.

SECTION I : Le consentement au mariage et l'exigence d'un âge minimum pour contracter mariage en droit coutumier africain.

Le mariage coutumier étant avant tout un accord entre deux familles générateur de droits et obligations, l'échange de consentement des deux familles reste l'une des conditions exigées pour la validité du mariage.

Il est à remarquer que cette absence de consentement des époux se rencontre encore dans certains milieux traditionnels sénégalais. Il en est notamment chez les Toucouleurs, les Peuls ou les Diolas. Il nous a été donné l'occasion de constater que chez les Toucouleurs de la Région de Tambacounda par exemple, les jeunes filles sont données en mariage dès l'âge de 8 à 13 ans. Il est évident qu'à cet âge, il n'est pas possible à la jeune fille donnée en mariage de donner son consentement de manière lucide.

.../...

Il semble exister un lien entre l'absence de consentement des futurs époux et la quasi absence d'âge matrimonial. Lorsque le législateur européen exige un âge minimum pour contracter mariage, une des raisons de cette exigence est de permettre que ce consentement soit donné en toute connaissance de cause. Or cela n'est possible qu'au-delà d'un certain âge que le droit français fixe à 15 ans. En droit coutumier, le consentement des époux n'étant nullement pris en considération, l'âge matrimonial devient, par voie de conséquence, presque sans intérêt.

Sociologiquement, l'absence de consentement au mariage en milieu traditionnel africain s'explique par l'emprise qu'à le groupe sur l'individu. Cette emprise tire sa source de "la notion traditionnelle de parenté qui est à la fois sociale et religieuse en tant qu'elle est appartenance et participation mythique à un groupe social, à tous les préceptes religieux et les valeurs morales de ce groupe". L'individu n'est donc pas libre de prendre telle ou telle décision. Il doit se conformer aux règles morales et religieuses du groupe auquel il appartient.

Cette manière de voir les choses devait rencontrer l'hostilité du législateur colonial qui prit des textes visant à réglementer le mariage. Ces textes qui édictaient des mesures de protection du consentement de la jeune fille étaient parfois assortis de sanctions pénales. C'est le Decret Mandel du 15 juin 1939 qui déclare "nul le mariage d'une fille impubère et celui d'une fille pubère non consentante" comme il déclare "nulle toute revendication de veuve ou de toute autre personne faisant partie d'une succession". Ce texte n'a jamais reçu une application systématique et généralisée en raison de la résistance des milieux traditionnels.

Et même des sanctions pénales n'ont pas réussi à briser cette résistance. Ces sanctions étaient prévues par un Decret du 20 Février 1946 complétant le Decret Mandel du 15 juin 1939. Ce Decret de 1946 avait assorti la nullité de pareilles unions matrimoniales de sanctions répressives en édictant que "tout mariage contracté en violation des prescriptions du decret sera considéré comme une mise en servitude".

Il est aisé de comprendre les motivations du législateur colonial lorsqu'il édicte pareils textes. En effet, si la civilisation occidentale reconnaît que le mariage, en un sens, unit deux individus et accepte de ce point de vue que l'intervention des familles dans sa formation est inévitable et traditionnelle, elle se refuse par contre à sanctionner une intervention autoritaire dans un domaine où la spontanéité a quelque chose d'essentiel. Cette intervention, estimée telle, convient mal à un système de droit individualiste. C'est ce qui explique la formule péremptoire de l'article 146 du Code Civil français :

"Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement".

Nous verrons d'ailleurs que cette attitude, le législateur colonial l'a prise à l'égard de la dot coutumière et de la polygamie.



SECTION II : La dot coutumière

Nous écartons d'emblée les déformations actuelles de la dot devenue malheureusement l'objet de spéculation et de surenchère. Notre propos est de définir la mission traditionnelle de la dot. Si l'on se réfère à la conception africaine du mariage, on se rend compte que toute union, pour être valable exige ~~le~~ le versement d'une dot.

Celle-ci joue le double rôle de condition de validité et de preuve de l'union matrimoniale. La réalité est telle que lorsqu'intervient le divorce aux torts exclusifs de la femme, sa famille d'origine est tenue de restituer la dot. Cette institution de la dot coutumière a été systématiquement décriée pendant la période coloniale et le législateur colonial n'a pas manqué de la combattre. Ainsi fut pris ~~le~~ le Décret du 14 Septembre 1951 dit "Décret Jacquinet" réglementant la dot surtout dans ses incidences sur le consentement de la femme. Selon l'article 2 de ce Décret "même dans les pays où la dot est une institution coutumière, la fille majeure de vingt et un ans et la femme dont le précédent mariage a été légalement dissout peuvent librement se marier sans que quiconque puisse prétendre en retirer un avantage matériel".

Ce texte connut le même sort que le Décret Mandel du 15 juin 1939 qui entendait protéger le consentement de la femme au mariage.

Ici encore le législateur colonial n'avait cru devoir faire la moindre concession à l'existence d'une institution qui, si elle existe bien chez lui revêt une signification toute différente.

.../...

En effet, en droit français, le mot dot a deux sens. Dans le régime dotal, on donne le nom de dot à une partie des biens de la femme, qui est soumise à une réglementation spéciale.

On appelle également dot, les libéralités faites - presque toujours par les parents - aux futurs époux en vue de leur mariage. Ainsi entendue, la dot peut se rencontrer dans tous les régimes. Le patrimoine familial est notamment transmis aux enfants au décès des parents ; mais il est souhaitable que le ménage qui se forme, et qui va perpétuer la famille, reçoive, dès sa création, une part de ce patrimoine. Aussi, le législateur français se montre -t-il favorable aux constitutions de dot.

L'article 204 du Code civil français ne crée pas à la charge des parents une obligation civile de doter ; mais il s'agit d'un devoir de famille impérieux, qui est le fondement d'une obligation

A la lumière donc de cette définition on se rend compte que la dot coutumière et la dot que connaît le droit civil français sont deux *institutions* diamétralement opposées tant en ce qui concerne leur mission qu'en ce qui concerne leur caractère.

SECTION III : La polygamie.

Institution spécifique en Afrique et ~~inconnue~~ des droits européens, son étude reste intéressante parce que, tout comme la dot coutumière, la polygamie a subi les assauts du législateur colonial qui ne pouvait concevoir qu'un homme puisse avoir à la fois plusieurs épouses.

voute L'interdiction de la polygamie avec son corollaire positif, l'institution du mariage monogamique - "est une clé de voûte de la civilisation juridique européenne. Il est interdit à un même homme ^{d'avoir} deux ou plusieurs épouses, à une même femme d'avoir deux ou plusieurs époux. Il existe en droit français, un empêchement insurmontable à la célébration du mariage toutes les fois que l'un des futurs conjoints se trouve dans les liens d'un précédent mariage qui n'est pas encore dissout (article 147 du code civil). C'est dire que pour contracter licitement mariage, il faut être soit célibataire, soit veuf ou divorcé. Et la loi s'est efforcée d'assurer la prévention de la bigamie : le conjoint au mépris duquel aurait lieu la nouvelle union peut y faire opposition (Article 172 du Code Civil) ; d'autre part, toute personne qui désire faire célébrer son mariage doit remettre à l'officier de l'Etat civil une expédition fraîchement délivrée (depuis trois mois au plus) de son acte de naissance (article 70 al 2 du Code Civil).

Toutes ces mesures préventives sont doublées de sanctions. En effet, le fait de contracter un nouveau mariage avant la dissolution du premier constituerait un délit pénal (art. 340 du Code pénal), s'il avait été volontairement commis et dans ~~Ce~~ cas, le nouveau mariage se trouve nul, d'une nullité absolue que rien ne couvre, et que tout intéressé peut faire valoir, en particulier le premier conjoint. (article 188 du code civil).

.../...

C'est peut-être compte tenu de toutes ces dispositions du code civil français, qui tirent leur source d'une certaine philosophie, que le législateur colonial a pris le Decret Jacquinet. Selon ce Decret "tout citoyen ayant conservé son statut personnel peut, au moment de contracter mariage, faire inscrire par l'officier de l'Etat civil sur l'acte de mariage, sa déclaration expresse de ne pas prendre une épouse aussi longtemps que le mariage qu'il contracte ne sera pas régulièrement dissous".

Ce Decret Jacquinet édicte donc une option définitive dont la violation, quelles que soient les circonstances dans lesquelles elle intervient, avec ou sans le consentement de l'épouse, expose son auteur aux sanctions pénales prévues par l'article 339 al 2 du code pénal africain. Il faut dire que toute cette législation répressive procède d'une ignorance du législateur colonial du sens profond de la polygamie en milieu négro-africain, ou en tout cas, dans la hiérarchie établie entre les civilisations africaine et européenne, d'un net désir de consacrer la suprématie de cette dernière.

Et la Cour de Cassation française ne laisse aucune équivoque sur ce point ainsi qu'en témoigne la fameuse affaire des dames Kaba. Il s'agissait d'un administrateur français en fonction en Guinée qui avait épousé deux Guinéennes selon la coutume de celles-ci. Saisi d'un litige successoral né après la mort de cet administrateur, les juges du fond estimèrent, s'agissant de la validité de cette double union que les femmes n'avaient vu dans le mariage qu'une aubaine plus ou moins durable, leur assurant des avantages matériels et une protection personnelle.

.../...

Sur pourvoi, la Cour de Cassation française adopte cet avis en précisant que les dames Kaba n'avaient pu croire de bonne foi contracter des unions produisant, notamment au regard des enfants, les effets du mariage légitime.

CASS. civ. 14 mars 1933 D 1933, I. P 28 et s.

Et l'on remarquera d'ailleurs qu'au delà de cette espèce, il s'agissait de réaffirmer la suprématie de la civilisation occidentale. En effet, le conseiller rapporteur écrivait exactement ceci :

"Notre devoir est aussi et surtout d'attirer les indigènes vers notre civilisation et non de nous adapter à la leur. En particulier, dans le cadre des relations familiales, il ne faut faire produire aux unions entre femmes indigènes et colons français les effets civils du mariage, légitime que si elles ont été constatées selon les règles et en vue des effets matrimoniaux édictés par le code civil... A une époque où dans toutes les parties du monde, la civilisation occidentale est menacée jusque dans ses fondements, conservons aux règles tutélaires de notre ordre social toute leur force et toute leur pureté".

Cette effort du législateur colonial tendant à éliminer la polygamie a été, une fois encore, un échec dans une Afrique traditionnelle où cette institution s'explique essentiellement par des raisons natalistes et économiques.

Il est certainement vrai qu'en milieu traditionnel africain, épouser plusieurs femmes est un moyen d'agrandir une famille. Et ce souci semble l'emporter sur toutes les autres considérations.

.../...

Au Sénégal, la polygamie reste une institution solidement ancrée dans les moeurs. Le législateur sénégalais n'a pas perdu de vue cette réalité et c'est la raison pour laquelle il l'a tolérée, ainsi que nous le verrons dans la deuxième partie de cet exposé.

Ces développements sur la conception africaine du mariage permettent de comprendre les raisons pour lesquelles le droit occidental en la matière n'a pu s'appliquer aisément en Afrique noire. L'étude de l'évolution de la législation civile en matière de mariage le montre abondamment. C'est que l'Afrique a sur cette question, une conception fondamentalement différente de celle de l'Europe. Il faut dire à ce propos que le législateur colonial avait fini par prendre conscience de cet état de chose et par conséquent a été très circonspect quant à la répression de certaines pratiques qui heurtaient la conscience occidentale.

En effet, si le Decret Mandel de 1939 "est intervenu pour faire échec à la possibilité de contrainte patrimoniale, il n'a pas été suivi par les tribunaux qui étaient appelés à l'appliquer". Il en était de même du Decret Jacquinet relatif à la polygamie.

Cette situation de conflit entre la loi et la coutume a persisté jusqu'après l'indépendance. Le législateur sénégalais qui a pris le relais du législateur colonial est intervenu sur ces questions et son attitude a tantôt reflété celle du législateur colonial - et c'est souvent le cas - tantôt elle est différente parce que tenant compte de certaines réalités du milieu traditionnel qu'il serait vain de combattre.

.../...

Cette tâche est bien difficile et la mener à bien nécessite de la part du législateur des efforts de recherche, le sens de la mesure et de la conciliation. Il n'y a pas toujours réussi ainsi que nous essayons de le montrer dans la deuxième partie de ce~~t~~ exposé consacré au droit positif de la famille au Sénégal et à la résistance du droit traditionnel à ce droit de la famille.

2ème PARTIE

LE LEGISLATEUR SENEGALAIS
EN MATIERE DE MARIAGE .

SECTION I : Les préoccupations du législateur Sénégalais.

Avec l'indépendance du Sénégal, les institutions familiales traditionnelles ont connu un sort bien particulier. La législation les concernant les a si ébranlées que certains auteurs ont pu penser que le temps de les enterrer était arrivé. C'est notamment l'opinion du Doyen René Decottignies dans un article paru dans les Annales Africaines et intitulé : "Requiem pour la famille africaine".

Il est vrai que, beaucoup moins timide que le législateur colonial, le législateur sénégalais a entendu révolutionner l'institution du mariage telle qu'elle est conçue dans le milieu traditionnel négro-africain. Il serait néanmoins inexact d'affirmer que ce même législateur africain a complètement fait table rase de certaines réalités dont il a dû tenir compte par la force des choses. Ses préoccupations au lendemain de l'indépendance étaient évidemment légitimes. Elles tendaient à combattre certaines institutions traditionnelles jugées incompatibles avec un modèle de développement économique et social que nous présente l'occident. Et la lecture de certaines dispositions du Code de la Famille rappelle le Code civil français. C'est donc dire que le Code de la Famille tel qu'il se présente, reflète le souci du législateur sénégalais de résoudre un conflit virtuel entre la loi et la coutume. Il n'y a pas toujours parvenu compte tenu de l'inapplication de certaines dispositions. Le sort réservé à la réglementation de la polygamie ou de la dot coutumière témoigne de cette réalité.

Avant d'aborder la réglementation du mariage en général, il serait bon d'en donner la définition selon le Code de la Famille.

.../...

L'article 100 du Code de la Famille énonce que le lien matrimonial crée la famille par l'union solennelle de l'homme et de la femme dans le mariage. Ce lien n'est détruit que par décès de l'un des époux ou par le divorce. La séparation de corps en réduit seulement les effets.

Ainsi, selon le droit sénégalais, le mariage est à l'origine de la famille. Cette définition rejoint quelque peu celle retenue par le droit positif français et selon laquelle le mariage est l'acte par lequel l'homme et la femme s'unissent dans des conditions déterminées par la loi et qui crée entre eux des liens dont ils ne peuvent obtenir le relâchement ou la dissolution que dans des conditions définies par la loi. Si cette définition ne fait pas état de la famille, elle retient en revanche l'union entre l'homme et la femme et les conditions dans lesquelles cette union est dissoute ou connaît un certain relâchement.

Cette définition du mariage en droit positif moderne consacre à la fois la conception contractuelle et institutionnelle de l'union matrimoniale. Selon la première conception, le mariage est avant tout un accord de volontés qui se traduit par l'échange de consentement. C'est notamment la définition de la constitution de 1791 qui fait du mariage un contrat civil. La deuxième conception fait du mariage une institution. Selon cette conception, les époux en se mariant adhèrent à une institution qui a son statut juridique propre, des intérêts propres distincts des intérêts ^{et} du statut personnel des époux.

.../...

Cette thèse soutient que ce ne sont pas les époux qui créent leur mariage. Par leur accord ils adhèrent à une institution préexistante.

En réalité, les thèses contractuelle et institutionnelle ne sont pas opposées mais plutôt complémentaires. C'est pourquoi la majorité de la doctrine, reprenant le mot de Dugnit, dit que le mariage est un acte-condition en ce sens que les époux en se mariant adhèrent à une situation juridique préexistante à laquelle ils ne peuvent rien modifier. La seule condition pour que cette situation juridique ait des effets à leur égard, c'est d'y adhérer par une volonté libre. La condition dans le mariage en tant qu'acte, c'est que les deux époux décident de se marier.

Ainsi donc, dans le droit français actuel, le mariage est à la fois un contrat et une institution.

Dans le Code sénégalais de la Famille, le législateur met l'accent sur l'accord de deux individus, l'homme et la femme, écartant ainsi l'accord des deux familles tel qu'il est exigé dans le mariage en milieu traditionnel africain.

Sur la base de cette définition moderne du mariage, le Code de la Famille organise les conditions de fond du mariage et réglemente la dot coutumière de même que la polygamie. Les conditions de fond sont les unes naturelles, c'est-à-dire physiologiques, naturelles et psychologiques, les autres sont morales, c'est-à-dire, appréciables au regard de la société et de l'ordre social.

PARAGRAPHE 1er : CONDITIONS PHYSIOLOGIQUES ET PSYCHOLOGIQUES
DU MARIAGE.

A. L'âge Matrimonial

Lorsqu'on se réfère aux Travaux du Comité des Options pour le Code de la Famille, on se rend compte que le législateur sénégalais a voulu, dans ce domaine, légiférer dans le même sens que son homologue français. En effet, il commence par mentionner que le Code civil dispose en son article 144 que "l'homme avant 18 ans révolus, la femme avant 15^{ans} révolus, ne peuvent contracter mariage" et que l'article 145 de ce même Code prévoit la possibilité d'obtenir des dispenses d'âge pour motifs graves. Le Rapporteur note que l'exigence d'un âge déterminé pour contracter mariage est facile à justifier sur le double plan où se place le mariage. Du point de vue physiologique, il faut, si l'on veut que la race ne s'étiolle pas que les conjoints soient mutuellement à un point de développement physique suffisant. Par ailleurs, poursuit-il, moralement et socialement la gravité du mariage et l'importance de l'institution^{ne} doivent amener à permettre de conclure ce mariage que pour des gens qui ont une maturité d'esprit suffisante. C'est d'ailleurs pour cette dernière raison que les Codes récents marquent une tendance à élever l'âge requis pour la célébration.

Et le rapporteur de proposer compte tenu de ces observations que les âges de 18 ans pour l'homme et de 15 ans pour la femme soient retenus avec possibilité de dispense pour motifs graves.

L'article 111 du Code de la Famille dispose que "le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme âgé de plus de 20 ans et une jeune fille âgée de plus de 16 ans". L'article 111 prévoit, à l'instar de l'article 144 du Code civil que des dispenses d'âge peuvent être accordées par le Chef de l'Etat pour des motifs graves. Généralement, au titre des motifs graves, il s'agit de la grossesse et le Chef de l'Etat peut dispenser les époux de remplir les conditions car seul le mariage conférera la légitimité de l'enfant à naître.

.../...

graphie II - Le Triomphe Progressif du Droit Moderne :

D'un point de vue strictement législatif, le droit positif de la famille l'a emporté sur le droit négro-africain bien qu'on ait soutenu que le Code de la Famille est "une oeuvre de compromis". Nous avons montré que la consécration du droit négro-africain dans le Code de la Famille apparaît plutôt comme une concession faite par le législateur face à la résistance des milieux traditionnels. Il en est ainsi notamment de la polygamie et de la dot coutumière. Cette attitude du législateur s'insère dans le cadre d'une certaine méthode d'élaboration du Code de la Famille ~~et~~ dont le fondement est la prudence.

Par ce procédé, le législateur sénégalais espère un jour atteindre son but qui est la suppression pure et simple du droit négro-africain^{car} telle a été toujours son intention... En 1960, c'est lui-même qui délimite, dans l'ordonnance n° 50-56 du 14 novembre 1960, les domaines respectifs de la loi et de la coutume. Dans cette ordonnance il accepte que deux catégories de sénégalais persistent. Ne distinguant plus leurs droits et leurs obligations, mais leurs façons d'être, il écrit : "En ce qui concerne leur capacité de contracter et agir en justice, l'état des personnes, la famille, le divorce, la filiation, les successions, les donations et testaments, les citoyens ayant conservé leur statut traditionnel sont régis par la coutume". Or presque en même temps, les dirigeants sénégalais affirmaient que "l'oralité d'un système juridique et l'hétérogénéité des coutumes étant incompatibles avec l'accession à la vie internationale et les obligations du développement économique, l'élaboration d'un Code civil sénégalais est devenue absolument nécessaire".

.../...

Cette position est le reflet d'une certaine conception du progrès, conception propre à la pensée occidentale. Selon celle-ci en effet, "l'homme se refuse à subir son destin et entend en demeurer maître pour construire son avenir. Au contraire, selon la pensée juridique négro-africaine, les droits traditionnels sont conçus comme des instruments de la sauvegarde et du maintien de l'ordre social établi, plus qu'ils ne servent à la construction de l'avenir". Et c'est de cette conception qu'on est parti pour élaborer un droit du développement qui empruntera donc ses concepts au droit européen.

A côté de ces raisons ci-dessus énumérées il existe d'autres facteurs qui concourent également au triomphe progressif du droit moderne. Il s'agit d'abord du très fort mouvement d'émancipation des femmes qui réclament sans réserve l'égalité de l'homme et de la femme. Au nom de cette émancipation, les femmes - les intellectuelles surtout - condamnent sans appel la polygamie, les mariages sans consentement et parfois la dot. Le deuxième facteur, c'est l'exode rural qui restreint de plus en plus le cercle de résistance du droit traditionnel.



CONCLUSION

L'application de certaines dispositions du Code de la Famille, notamment en matière de mariage montre que le nouveau droit bâti sur les cendres du droit traditionnel peut se révéler inadapté au milieu auquel il est destiné. A ce propos, l'opinion de DUMETZ, jugeant la réforme réalisée en 1964 en Côte d'Ivoire est bien valable pour le Sénégal. En effet, l'auteur fait observer que "celle-ci (cette réforme) a bouleversé les institutions familiales traditionnelles, mais est-elle parvenue à transformer les mentalités de la population au point que celle-ci s'apprête à vivre sous les nouvelles formes politiques ?" A cette interrogation il répond de manière très nette par la négative :

"l'honnêteté la plus élémentaire nous oblige à répondre négativement à cette question : la majorité des individus n'accepte pas les pratiques nouvelles et les institutions coutumières sont encore très vivantes".

Mr. Levy Bruhl a fait une réflexion édifiante pour les législateurs africains :

"Il est certain que dans l'ordre juridique formel, le triomphe de la loi sera assuré sur la coutume puisque celle-ci dans la hiérarchie des sources du droit est inférieure à la loi. Point de vue de juriste, mais pour le sociologue, dans ce conflit, la loi doit être tenue pour abandonnée".





