

REPUBLIQUE DU SENEGAL

---

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT  
SUPERIEUR

---

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION  
ET DE MAGISTRATURE

1977-1978

---

DIVISION JUDICIAIRE

---

3e ANNEE

# **Les rapports entre époux dans le code sénégalais de la famille**

**Mémoire présenté par**

**Boubacar Albert GAYE**

REPUBLIQUE DU SENEGAL

—  
MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR

—  
ECOLE NATIONALE  
D'ADMINISTRATION ET DE MAGISTRATURE

E.N.A.M.

LES RAPPORTS ENTRE EPOUX  
DANS LE CODE SENEGALAIS DE LA FAMILLE

MEMOIRE DE STAGE

PRESENTE PAR :

Boubacar Albert GAYE

DIVISION JUDICIAIRE

1979-1980

T I T R E -

LES RAPPORTS ENTRE EPOUX DANS LE CODE DE LA FAMILLE

- TABLE DES MATIERES -

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE / RENOVATION DU CODE DE LA FAMILLE :  
LES EPOUX DANS LEURS RAPPORTS AVEC LES  
FAMILLES D'ORIGINE.

CHAPITRE I. - Liberté de consentir au mariage et de choisir son  
conjoint.

S.1. - Libre détermination des époux

S.S.1. - Exigence d'un âge minimum pour contracter mariage  
en toute liberté.

§1. - Solution du droit traditionnel

§2. - Solution du code de la famille

S.S.2. - Consentement des époux, condition de validité  
du mariage.

§1. - Nécessité d'un consentement

A. - Consentement érigé à l'occasion des fiançailles

a) - Conditions de fond

b) - Conditions de forme

c) - Droits et devoirs réciproques entre les  
fiancés.

B. - Exigence du consentement au moment du mariage.

§2. - Caractères du consentement

A. - Le consentement doit être concient

B. - Le consentement doit être exempt de vices

a) - La violence

b) - L'erreur

§3.- *Sanctions*

A.- *Nullité relative*

B.- *Nullité absolue*

C.- *Mariage putatif.*

S.2.- *Résistances à la libre détermination des époux*

S.S.1.- *Nécessité du consentement des parents pour le mariage des mineurs.*

A.- *Mariage de l'enfant légitime mineur*

B.- *Mariage de l'enfant naturel mineur*

C.- *Mariage de l'enfant adoptif mineur.*

§1.- *Condition de forme du consentement des parents.*

§2.- *Sanctions*

CHAPITRE II.- *La dot*

S.1.- *Liberté de décision donnée par la loi aux époux*

§1.- *Caractère facultatif*

§2.- *Limitation légale du montant de la dot.*

DEUXIEME PARTIE -- L'EGALITE ENTRE EPOUX AU SEIN DE LA FAMILLE  
CONJUGALE

CHAPITRE I. -- Rappports entre époux au stade de la création de la  
famille conjugale.

S.1. -- L'égalité entre époux résultant de l'option pour le choix  
du statut du ménage.

§1. -- Conditions d'exercice de l'option

A. -- L'objet de l'option

B. -- Moment et forme de l'option

C. -- Portée de l'option sur les mariages antérieurs.

§2. -- Sanctions

CHAPITRE II. -- Rappports entre époux durant la vie du ménage.

S.1. -- Rappports extra patrimoniaux

S.S.1. -- Réciprocité des obligations entre époux.

§1. -- Obligations personnelles entre époux

A. -- Obligation de secours et d'assistance

B. -- Obligation de fidélité

C. -- Obligation de cohabitation

D. -- Sanctions de l'obligation d'assistance

E. -- Sanctions de l'adultère.

F. -- Sanctions de l'abandon de domicile conjugal

S.S.2. -- Limites résultant de la prédominance du mari dans  
la direction du ménage et de la famille.

§1.- *L'autorité maritale*

A.- *Conditions d'attributions*

B.- *Conséquences*

a)- *Choix de la résidence du ménage*

b)- *L'opposition du mari à l'exercice par la  
d'une profession séparée.*

§2.- *Puissance paternelle*

A.- *Etablissement de la filiation*

B.- *Conditions d'attribution de la puissance pater-  
nelle*

C.- *Conséquences de la puissance paternelle*

a)- *Puissance paternelle sur les enfants*

1)- *La garde*

2)- *L'entretien*

3)- *L'éducation*

4)- *Le droit de correction*

b)- *Puissance paternelle sur les biens de  
l'enfant*

S.2.- *Rapports patrimoniaux entre époux.*

S.S.1.- *L'égalité entre époux dans les rapports d'ordre  
patrimonial.*

§1.- *Règles du régime primaire*

A.- *Règles applicables en période normale*

a)- *Contribution des époux aux charges du ménage*

b)- *Contrats entre époux*

1)- *Le mandat entre époux*

2)- *La vente*

3)- *La société.*

B. - Règles applicables en période de crise.

- a) - Intervention du juge en cas de conflit entre époux
- b) - Intervention du juge dans le cas où l'un des époux est hors d'état de manifester sa volonté.

C. - Le compte en banque.

§2. - Administration du patrimoine familial sous le régime de la séparation de biens et sous le régime communautaire.

A. - Régime de la séparation des biens

- a) - Rôle des époux dans l'administration et la gestion des biens
- b) - Dissolution du régime de séparation.

B. - Régime communautaire de participation aux meubles et acquêts.

- a) - Rôle des époux
  - 1) - Actes d'administration
  - 2) - Les actes de gestion
  - 3) - Les actes de disposition
- b) - Liquidation anticipée et partage de la communauté.

S.S.2. - L'inégalité entre époux dans les rapports patrimoniaux.

§1. - L'inégalité en faveur du mari

- A. - Administration des biens dotaux par le mari
- B. - Sanctions.

§2.- *L'inégalité en faveur de la femme*

A.- *Biens réservés de la femme*

- a)- *Conditions de fond*
- b)- *Pouvoir de la femme sur les biens réservés.*
- c)- *Règles de la preuve*
- d)- *Sort des biens réservés à la liquidation du régime matrimonial.*

CHAPITRE III.- *Rapports entre époux au moment de la dissolution du bien conjugal.*

S.1.- *L'égalité des époux lors de la dissolution du bien matrimonial.*

S.S.1.- *Egalité en ce qui concerne les causes de la dissolution*

§1.- *Suppression de la répudiation*

§2.- *Institutions du divorce et de la séparation de corps judiciaire.*

[ A.- *Divorce par consentement mutuel*

- a)- *Conditions de fond*
- b)- *Condition de forme*
- c)- *Rôle du juge*
- d)- *Le jugement*

[ B.- *Divorce contentieux*

a)- *Causes du divorce contentieux*

- 1)- *Causes reposant sur la violation des obligations conjugales*
- 2)- *Causes reposant sur une condamnation infamante.*

3) - Causes reposant sur la maladie grave et incurable et l'incompatibilité d'humeur.

b) - Déroulement de l'action intentée par les époux.

1) - Requête en divorce

2) - Observations et mesures provisoires urgentes, prises par le juge.

3) - L'audience de conciliation

4) - L'instance devant le tribunal

5) - Le jugement de divorce.

c) - Effets du divorce contentieux

1) - Effets dans les rapports entre époux

2) - Effets dans les rapports entre époux et leurs enfants

3) - Effets sur les biens des époux.

C. - Séparation de corps

a) - Ressemblance avec le divorce

b) - Effets de la séparation

c) - Fin de la séparation de corps

1) - Réconciliation

2) - Conversion en divorce

3) - Décès du conjoint.

*S.S.2.- Egalité en ce qui concerne les conséquences de la dissolution par décès.*

*§1.- Suppression de la revendication de la veuve*

*§2.- Droits successoraux du conjoint survivant dans le régime successoral de droit moderne.*

*S.2.- Limites à l'égalité après rupture du lien conjugal*

*§1.- Respect du délai de viduité*

*§2.- Droits successoraux du conjoint survivant dans le régime successoral coranique.*

**CONCLUSION.**

---

LES RAPPORTS ENTRE EPOUX DANS LE CODE DE LA FAMILLE

INTRODUCTION

Pendant la période pré-coloniale les individus étaient régis par les coutumes qu'ils caractérisaient par leur diversité ; il ne pouvait en être autrement dans un système où toutes les personnes participant à la vie mystique et sociale d'une communauté sont liées par la parenté.

La conception négro-africaine de la parenté est par conséquent différente de la conception européenne selon laquelle la parenté, exception faite de la parenté par alliance, repose sur la consanguinité.

L'importance de la vie collective explique donc fort bien que le groupe triomphe sur l'individu et que l'unité sociale soit le groupe dans lequel il y a identification de soi aux autres.

La responsabilité collective du groupe pouvant être engagée pour les actes de chacun de ses membres, la subordination de l'individu au groupe est nécessaire.

Dans cette conception les relations inter-personnelles avec l'extérieur sont exclues car la famille se présente comme une série de cercles concentriques à l'intérieur desquels les relations sont à la fois verticales et horizontales.

Les relations verticales sont celles qui lient les générations entre elles et les relations horizontales sont celles qui unissent les individus appartenant à une même génération. Les relations avec le monde extérieur au groupe ne peuvent se faire que par l'intermédiaire du chef de la grande famille qui est le membre le plus ancien du groupe et auquel toute la famille est soumise.

Le chef de famille représente le groupe dont il est mandataire, ce qui explique sa présence pour toutes sortes de négociations politiques, économiques, juridiques, sociales et religieuses.

En effet, dans cette conception la famille africaine est définie selon les termes de Monsieur KOUASSIGAN comme "une communauté" d'individus qui se réclament d'un ancêtre commun unis les uns aux autres par les liens de parenté qui ne sont pas nécessairement fondés sur la consanguinité, pratiquant le même culte en observant les mêmes interdits qu'il comporte, soumis à l'autorité d'un chef qui est à la fois représentant du groupe et administrateur de son patrimoine commun".

Ceci explique l'omnipotence du chef de famille sur chaque membre du groupe de sexe masculin et surtout féminin; la femme, dans un tel système, étant reconnue par rapport à l'homme comme un être faible par nature.

C'est aussi par exemple que pour la conclusion du mariage ce ne sont pas les futurs époux qui sont présents dans les négociations, mais les deux chefs de famille représentant la famille.

Le mariage est en effet conçu comme un engagement entre les deux groupes par conséquent point n'est besoin que les futurs époux et notamment la jeune fille y consentent personnellement, seul le consentement du chef de famille est indispensable. Ces mêmes règles s'appliquent dans les relations socio économiques et juridiques.

Le chef de famille dispose par conséquent d'un pouvoir considérable seulement tempéré par le devoir qui lui incombe de vérifier si le pacte conclu est compatible avec les intérêts matériels et moraux du groupe ; C'est un devoir pour le chef de famille de maintenir la solidarité, l'unité et la cohésion du groupe au détriment même de l'individu.

Cette famille traditionnelle africaine descendant d'un ancêtre commun et vivant dans un cercle clos de collectivité d'individus, placée sous la suprématie du chef de famille convenait à l'Afrique repliée sur elle-même et non à une Afrique ouverte au monde extérieur.

Avec la colonisation, le législateur colonial tentera d'opérer un changement à cet état de chose. C'est ainsi qu'une loi du 24 avril 1833 en son article 1 va édicter le principe de l'assimilation par extension du code civil français aux indigènes en disposant que "toute personne née libre ou ayant acquis légalement sa liberté jouit dans les colonies françaises:

- 1)- Des droits civils
- 2)- Des droits politiques sous les conditions prescrites par la loi".

Il nous faut d'ailleurs noter que le Sénégal était déjà à cette époque l'objet d'un arrêté du gouverneur en date du 5 novembre 1830 promulguant le code civil au Sénégal et qui décide que le territoire de la colonie est considéré dans l'application du droit civil comme partie intégrante de la métropole.

Cependant, le législateur colonial prenant conscience du caractère outrancier de sa politique d'assimilation avait fini par prendre un décret en date du 20 mai 1857 qui réservait la compétence des coutumes plus ou moins islamisées aux originaires des quatre Communes de plein exercice pour les affaires relatives à l'état civil, au mariage, testaments, donations et successions qui constituaient le "Statut réservé". Exceptées pour les matières rentrant dans le cadre du "Statut réservé" les originaires des quatre Communes de plein exercice étaient soumis à la loi française et même dans le domaine du Statut réservé l'option en faveur de la loi française était ouverte aux indigènes.

La dualité des statuts civils et des droits privés demeura un principe acquis jusqu'à une loi du 29 septembre 1916 dite loi DIAGNE qui remit le principe en cause. Selon cette loi "les natifs des quatre Communes et leurs descendants sont et demeurent des citoyens français soumis aux obligations militaires prévues par la loi du 19 octobre 1915.

La jurisprudence et une partie de la doctrine refusèrent la qualité de citoyens aux autochtones qui ont conservé leur statut personnel.

Par la suite intervint la loi du 7 mai 1946 dite "loi Lamine GUEYE" ayant pour objectif de mettre fin à la distinction entre citoyens et sujets français. Désormais, on ne distinguait plus que les nationaux français d'une part englobant les citoyens français à part entière, les sujets français privilégiés originaires des quatre Communes, les sujets français et les administrés français d'autre part.

La constitution du 27 octobre 1946 consacrant le principe de l'égalité et condamnant la discrimination faite entre citoyens et sujets français reconnu en son article 80 à tous, la qualité de citoyens français, seule subsistait la distinction entre les citoyens français de statut civil soumis à part entière au droit français et les citoyens français de statut civil coutumier soumis pour leur vie privée à leurs droits traditionnels. Toutefois si la loi française co-existait avec les coutumes, elle gardait sa supériorité.

Avec l'indépendance, les législateurs africains convaincus de l'efficacité d'un droit uniforme déployèrent une activité législative interne.

Sous la pression des impératifs du développement social et économique des bouleversements ont été apportés par les législations aux droits traditionnels.

Le législateur sénégalais a été convaincu de faire triompher l'individu sur le groupe familial dans lequel il était inséré se ralliant par là même à la conception individualiste de l'occident.

Le législateur devait donc se donner un autre objectif qui consistait à favoriser le développement par l'élaboration d'un droit nouveau et uniforme de la famille sans faire table rase de la tradition, ce qui l'amène à prendre la loi 72-61 du 12 juin 1972 portant code de la famille.

Le législateur sénégalais a opéré la transformation de la famille traditionnelle en s'attaquant forcément à l'institution du mariage en faisant triompher la conception individuelle sur la conception familiale du mariage.

Dès lors, le mariage est défini comme un 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 chef de famille.

Ce triomphe de la conception individuelle du mariage amena le législateur sénégalais à supprimer les différents types de mariage existant dans les sociétés traditionnelles.

Ainsi dans le code de la famille ne sont conservées que deux types d'unions différentes par leur rituel et qui sont le mariage civil célébré par l'officier d'état civil et le mariage coutumier constaté par l'officier de l'état civil ; toutefois qu'il soit célébré ou constaté par l'officier de l'état civil le mariage tel qu'il est conçu dans le code sénégalais a une seule finalité : construire la famille conjugale au détriment de la famille traditionnelle, cette famille conjugale étant définie comme celle comprenant le mari, la femme et les enfants issus de l'union des époux. A cette fin le législateur sénégalais a opéré un double changement par rapport au droit traditionnel antérieur.

Il s'est efforcé d'affranchir les futurs époux et surtout l'épouse de l'emprise de leur propre famille d'origine en exigeant qu'ils consentent personnellement au mariage et qu'ils établissent librement les modalités de leur union pour fonder la famille conjugale. D'autre part il s'est employé à établir au sein de la famille conjugale ainsi créée par le mariage une égalité entre les conjoints en règlementant leurs droits et leurs devoirs réciproques.

Cependant malgré l'effort déployé par le législateur sénégalais à ces deux niveaux l'affranchissement des époux et l'égalisation de leurs rapports ne sont pas parfaits. Des limites y sont apportées qui marquent l'emprise de la conception traditionnelle de la famille.

Dans une première partie, nous examinerons l'affranchissement des époux dans leurs rapports avec les familles d'origine et dans une deuxième partie l'égalité des époux dans leurs rapports.

PREMIERE PARTIE .- RENOVATION DU CODE DE LA FAMILLE

LES EPOUX DANS LEURS RAPPORTS AVEC LES FAMILLES D'ORIGINE.

Pour promouvoir l'émancipation des époux, le législateur sénégalais a dû ébranler l'autorité parentale à deux points de vue : il a permis aux époux de se déterminer librement en ce qui concerne le consentement au mariage et le choix du conjoint malgré quelques résistances dues à l'intervention des parents dans certains cas : il a ensuite donné aux époux la faculté de faire ou de ne pas faire de la dot une condition de validité du mariage.

CHAPITRE I.- LIBERTE DE CONSENTIR AU MARIAGE ET DE CHOISIR SON CONJOINT.

Contrairement à ce qui se passait dans le droit traditionnel le législateur sénégalais a réglementé l'âge nuptial et fait ensuite du consentement des époux une condition sine qua non de la validité du mariage.

Tenant compte cependant du fait que le mariage établit un lien entre les deux familles, il a prévu l'intervention des parents dans certains cas déterminés.

S.1.- Libre détermination des époux

S.S.1.- Exigence d'un âge minimum pour contracter mariage en toute liberté.

L'exigence d'un âge minimum pour pouvoir contracter mariage n'était pas requise par le droit traditionnel. Le législateur colonial était bien sûr intervenu pour mettre terme à certains excès mais il a surtout fallu attendre l'apparition du code de la famille pour qu'une réglementation stricte soit édictée en cette matière.

§1.- *Solution du droit traditionnel*

*Dans le droit traditionnel l'âge minimum pour contracter mariage n'était jamais fixé avec précision, la plupart des coutumes autorisaient le mariage de la fille non pubère ; seules quelques coutumes influencées surtout par le droit musulman exigeaient la condition de puberté et admettaient que le mariage soit conclu à condition qu'il soit consommé après la puberté ou que la jeune fille se révèle par son aspect physique apte à supporter une grossesse.*

*Il arrivait même que l'union soit scellée dans le berceau par les parents et que la fille dès l'âge de 8 à 9 ans soit remise à sa belle famille.*

*Devant certains excès dûs à une absence de législation fixant un âge minimum pour contracter mariage et leurs conséquences néfastes telles que d'une part la menace démographique découlant des mariages précoces pour les jeunes filles qui, fécondant trop tôt et ne pouvant mener à bien la grossesse, devenaient stériles après avortement et d'autre part la multiplication des unions dissoutes due à l'impossibilité pour la femme trop jeune de procréer alors que la procréation est le principal but visé dans le mariage traditionnel, le législateur colonial intervient pour des raisons physiologiques.*

*Ce fut d'abord la circulaire du 7 mai 1937 qui disposait qu'aucun mariage ne devrait être contracté entre individu avant l'âge de 14 ans pour les filles et 16 ans pour les garçons ; ensuite le décret Mandel du 15 juin 1939 reprenant les normes du circulaire qui tentèrent d'instaurer une réglementation en la matière.*

*Ce décret eut une moindre portée car les hommes convaincus, qu'il fallait consommer très tôt le mariage pour*

accroître leurs chances d'avoir des enfants et le "pater familias" aveuglé par son omnipotence sur sa fille firent fi de ses prescriptions.

Le législateur sénégalais fort de l'échec subi par le législateur colonial mit tous les atouts de son côté pour réussir dans sa tâche.

## §2.- Solution du code de la famille

Dans l'article 111 du code le législateur fixe de manière impérative l'âge minimum pour pouvoir contracter mariage.

Ce minimum légal est de 20 ans pour l'homme et 16 ans pour la femme. Cette règle prescrite par le code est plus stricte que celle du droit musulman qui n'exige que la condition de puberté édictée pour des raisons physiologiques. Parmi les raisons qui ont motivé la position catégorique du législateur nous trouvons sans doute des raisons physiologiques et sociales mais surtout des raisons psychologiques.

Les raisons physiologiques sont suscitées par le désir de mettre la femme dans les meilleures conditions pour pouvoir procréer.

Les raisons sociales sont édictées par le désir de permettre à la jeune fille de poursuivre des études qui pourraient être prématurément interrompues par le mariage. La scolarisation en effet est une des conditions préalables pour accéder à l'émancipation sociale.

Les raisons psychologiques qui sont les plus déterminantes sont commandées par la volonté du législateur sénégalais de soustraire la jeune fille à l'influence du chef de famille en lui donnant une maturité d'esprit suffisante

pour consentir avec lucidité, personnellement et librement au mariage.

Cette maturité d'esprit doit lui permettre en effet de prendre conscience de l'importance et de la gravité de l'institution qu'est le mariage, ce qui a pour avantage de restreindre le nombre de divorces.

Afin de permettre une application stricte de la règle, le législateur sénégalais a usé de trois procédés :

- il a imposé aux futurs époux d'apporter la preuve de leur âge par la production devant l'officier de l'état civil des actes de naissance :

- il a alourdi la procédure de dispense d'âge pour motifs graves en prescrivant qu'elle ne peut être accordée que par le chef de l'Etat.

- Il a prévu une sanction de nullité dans l'article 141 alinéa 3 lorsque l'un des époux n'avait pas l'âge requis en l'absence de dispense et ceci quelque soit la forme du mariage.

L'attitude du législateur suscite quelques observations : en effet si la production de l'acte de naissance devant l'officier de l'Etat civil pour rapporter la preuve de l'âge des futurs époux est un excellent moyen de contribuer au développement de l'état civil, les deux dernières dispositions souffrent quelques critiques :

On peut se demander d'une part si la procédure de dispense d'âge accordée par le chef de l'Etat n'est pas trop lourde et d'autre part si le législateur n'aurait pas dû assortir la règle de sanctions pénales de manière à mieux assurer sa stricte application.

S.S.2.- *Consentement des époux, condition de validité du mariage.*

*Dans le droit traditionnel si le consentement de l'homme était quelquefois requis ; il n'en était pas de même pour la femme. Le consentement du chef de famille donné avec ou sans le consentement de la femme suffisait pour sceller l'union.*

*Cette personne variait selon les coutumes et pouvait être soit l'oncle maternel dans les coutumes sérères islamisées, soit le père (wolof, toucouleur).*

*Dans le but d'assurer la protection de la libre volonté des époux, le législateur colonial est intervenu pour faire échec à la possibilité de contrainte matrimoniale et prôner le concept de mariage, échange de libre consentement entre époux. Cette intervention avait pour but l'abolition de la notion de mariage résultant de tractations entre les chefs de famille.*

*C'est ainsi que fut pris le décret Mandel qui prescrivait dans son article 2 que le consentement des futurs époux est indispensable à la validité du mariage et déclarait nulle de plein droit toute convention matrimoniale concernant la fille pubère lorsque celle-ci refuse son consentement, toute revendication de veuve ou de toute autre personne faisant partie d'une succession coutumière lorsque cette personne refuse de se rendre chez l'héritier auquel elle est attribuée.*

*Malgré l'effort ainsi déployé par le législateur colonial pour faire triompher le principe de la liberté du consentement des futurs époux les résultats escomptés furent de moindre portée.*

Après l'indépendance, la loi sénégalaise du 23 juin 1961 sur l'état civil prit dans son article 38 une disposition faisant allusion au consentement des époux ; il a fallu cependant attendre l'apparition du code de la famille pour que soit définitivement sonné "le glas du mariage forcé".

#### §1.- Nécessité d'un consentement

Selon le code de la famille le consentement doit exister aussi bien au moment des fiançailles que lors de la célébration du mariage.

##### A.- Consentement exigé à l'occasion des fiançailles

Cette exigence se justifie par le fait que le législateur fait des fiançailles "une convention solennelle par laquelle un homme et une femme se promettent mutuellement le mariage" article 101 :

toute convention surtout solennelle nécessite l'existence du consentement des deux partenaires.

Le code prévoit pour les fiançailles des conditions de fond et de forme, elles engendrent des droits et des devoirs entre fiancés ainsi que des réparations en cas de rupture abusive.

##### a)- Les conditions de fond

Ce sont celles exigées pour le mariage. Le consentement personnel des époux indépendamment du consentement des parents nécessaire au mineur et l'âge minimum requis est 15 ans pour la fiancée et 19 ans pour le fiancé - article 103.

b) - Conditions de forme - article 104

*Les fiançailles sont célébrées en présence de deux témoins au moins pour chaque fiancé et d'un représentant de chaque famille.*

*Un cadeau dont la valeur est fixé par la loi à un maximum de 5.000 francs peut être remis à la fiancée par le fiancé ou par sa famille. La cérémonie revêtant un caractère de publicité à valeur d'engagement des deux fiancés et de leurs familles.*

*La preuve des fiançailles s'administre par l'audition des témoins y ayant assisté.*

B. - Exigence du consentement au moment du mariage.

*Avant la rédaction du code de la famille, le mariage était célébré selon la coutume et le législateur colonial s'était accommodé d'une telle situation en se contentant de prendre en faveur des ressortissants des quatre communes un décret du 20 mai 1857 qui consacrait sauf option expresse en faveur du droit civil français la compétence exclusive des tribunaux coutumiers en cette matière :*

*Ce décret laissait subsister deux modes de célébration en matière de mariage.*

*D'une part le mariage moderne pour ceux qui avaient opté pour le droit civil français, ce mariage relevait de la compétence de l'officier de l'état civil.*

*D'autre part, le mariage coutumier célébré selon le rituel coutumier des époux et qui pouvait être déclaré à l'officier de l'état civil indigène*

pour ceux qui avaient conservé leur statut coutumier. La transcription de ce dernier mode de mariage sur les registres de l'état civil fut rendue obligatoire par l'article 16 de la loi du 23 juin 1961.

Le législateur sénégalais n'a pas perdu de vue son optique de protéger le consentement des époux et de vérifier surtout l'existence de ce consentement : il s'est servi de la personne de l'officier de l'état civil ou de son délégué comme moyen de vérification du consentement des époux dans les deux types d'union.

C'est ainsi que dans le système de la célébration du mariage par l'officier de l'état civil les époux sont tenus de lui remettre un certain nombre de pièces afin de procéder à la déclaration du mariage (article 115).

C'est à l'occasion de la remise de ces pièces que l'officier leur pose un certain nombre de questions relatives à la dot, à l'option de monogamie ou de limitation de polygamie et au type de régime matrimonial. Les époux sont tenus de répondre personnellement à ces questions en dehors de toute contrainte familiale.

Dans le système de la constatation du mariage par l'officier c'est lors du dépôt des pièces que ce dernier procède à la vérification du consentement des époux (article 127). Tandis que dans le système de la célébration c'est lors de la célébration proprement dite que cette vérification a lieu (article 123).

Dans ce dernier système, les époux sont tenus de se présenter personnellement devant l'officier et d'échanger solennellement leur consentement par un "OUI". On peut faire remarquer que c'est dans le système de la célébration que le consentement des époux est mieux protégé dans la mesure où c'est au moment même du mariage que l'existence du consentement est vérifiée.

Certes dans le système de la constatation la présence de l'officier de l'état civil ou de son délégué est nécessaire lors de la célébration du mariage religieux mais il aurait fallu assigner à ce dernier un rôle beaucoup plus actif en lui permettant par exemple de procéder à l'échange solennel de consentement. Ceci nous amène à poser la question de savoir si le législateur ne devrait pas opter une fois pour toute pour la laïcisation totale du mariage en adoptant purement et simplement le système unique de la célébration du mariage par l'officier.

En effet, le système de la dualité des formes suscite des critiques dans le sens où il peut créer des situations complexes non seulement pour les époux, mais encore pour le juge. Le législateur après avoir rapproché les deux formes de mariage en les soumettant aux mêmes formalités édicte deux sanctions différentes.

Il décide que le mariage non constaté demeure valable mais est inopposable à l'état (article 146).

Cette position prise par le législateur porte une grande atteinte aux intérêts de la femme car quel sera son recours lorsqu'il y a défaut d'entretien par le mari ou non paiement de la dot

exigible à la conclusion du mariage ou lorsqu'il y a option de monogamie et que l'homme prend une autre femme.

Ce qui est plus grave c'est que le code reconnaît la validité du mariage non constaté et la question se pose alors de savoir comment les époux pourront en cas de litige rapporter la preuve de l'existence du mariage puisque la preuve est faite par l'acte de mariage qui à défaut de la constatation du mariage n'a pu être établi. ON peut donc reprocher au législateur d'attacher à cette non constatation du mariage une sanction seulement pécuniaire d'amende allant de 3.000 francs à 18.000 francs (article 146) alors qu'il aurait fallu l'annuler purement et simplement.

Une autre question concerne le champ d'application de l'option en faveur du système de la constatation ; Ce champ d'application est limité car l'option n'est possible que si on observe une coutume figurant sur la liste des coutumes applicables au Sénégal fixée par l'arrêté du 28 février 1961. Cette solution porte atteinte dans une certaine mesure à la liberté de ceux qui observent certaines coutumes non prévues dans la liste.

## §2.- Caractères du consentement

### A.- Le consentement doit être conscient.

Toute personne ayant l'intention de prendre un époux ou une épouse devant l'officier de l'état civil doit jouir de toutes ses facultés mentales. En effet, il peut y avoir absence de volonté interne consciente par suite de l'état mental de l'individu. C'est la raison pour laquelle le

*législateur a imposé d'une part un âge minimum pour se marier afin que les époux sachent ce à quoi ils s'engagent en faisant fi de la pression des parents et qu'il bannit d'autre part le mariage de l'aliéné ou de l'incapable.*

*B.- Le consentement doit être exempt de vices*

*Dans son article 138.1 le code de famille dispose que la nullité du mariage peut être prononcée pour vice de consentement de l'un des conjoints si son accord a été obtenu par la violence ou donné à la suite d'une erreur.*

*Le code n'a pas retenu parmi les vices du consentement du mariage la lésion ni le dol, manifestant ainsi son désir de restreindre le champ des nullités pour assurer un maximum de stabilité de l'union conjugale car il est beaucoup plus grave de détruire une institution comme le mariage qu'un contrat quelconque. La théorie de la lésion n'est d'ailleurs pas applicable en matière de mariage, car le mariage n'est pas un acte juridique à caractère économique.*

*Le dol conçu en matière contractuelle comportant deux éléments ; d'une part des manoeuvres frauduleuses destinées à tromper, émanant de l'un des contractants de l'autre, une erreur provoquée par ces manoeuvres dans l'esprit de l'autre contractant, traditionnellement n'est pas admis comme cause de nullité du mariage.*

*Les deux vices retenus par le code sont : la violence et l'erreur.*

a) - La violence

La violence de l'article 138 doit être définie comme "celle qui est de manière à faire impression sur une personne raisonnable et qui peut lui inspirer la crainte d'exposer sa fortune à un mal considérable et présent". Cependant il est difficile de concevoir ici la violence physique dans la mesure où l'échange de consentement s'effectue en présence de l'officier de l'état civil.

La violence morale est plus facile à concevoir et on peut d'ailleurs se demander si le législateur sénégalais n'aurait pas dû mentionner de façon expresse la crainte révérentielle compte tenu de l'éducation reçue par les filles dans notre société qui ne leur permet pas de se révolter contre la volonté du pater familias et de la grande signification qu'y revêt l'autorité paternelle et l'idée du prestige familial.

b) - L'erreur

Le libellé de l'article 138.2 qui dispose que le mariage peut être annulé lorsque le consentement est vicié par erreur sans même apporter la précision "erreur dans la personne est sujette à critique.

Afin d'assurer la protection du consentement le législateur a prévu des sanctions lorsque le mariage est contracté en dépit des règles édictées.

### §3.- Sanctions

La sanction se traduit soit en une nullité relative soit en une nullité absolue selon qu'il s'agit d'un vice ou d'une absence de consentement. Par ailleurs dans le souci de préserver les intérêts de l'époux animé de bonne foi le législateur admet la putativité du mariage dans certains cas.

#### A.- Nullité relative

C'est le régime de nullité prévu en cas de vices du consentement, c'est une nullité de protection par conséquent elle ne peut être demandée que par l'époux qui a été victime du vice. Cette nullité se couvre par une confirmation ultérieure lorsqu'il y a eu cohabitation pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été reconnue (article 140.1).

Le code ramène le délai de prescription à six mois en cas de vices du consentement avec comme point de départ le jour où la violence a cessé et où l'erreur a été reconnue.

#### B.- Nullité absolue

C'est celle prévue en cas de défaut de consentement (article 141). Selon l'article 142, l'action ou nullité absolue peut être intentée par les époux ceci dans tous les cas même s'ils sont coupables, par toute personne qui y a intérêt et enfin par le ministère public du vivant des deux époux, l'action du ministère public visant uniquement à protéger l'ordre public en faisant cesser une union scandaleuse.

*L'action en nullité absolue est imprescriptible (article 142.3).*

*C. - Mariage putatif*

*Le législateur sénégalais a prévu le cas où seul l'un des époux est de mauvaise foi en admettant au profit de l'époux de bonne foi la théorie du mariage putatif.*

*Le code dispose que la bonne foi est présumée et il fait application de l'annulation rétroactive du mariage lorsque les époux sont tous deux de mauvaise foi.*

*Par contre si un seul des époux est déclaré de mauvaise foi le mariage est réputé n'avoir jamais existé à son égard (article 145.3). Tandis que l'autre peut se prévaloir des dispositions de l'article 144 c'est à dire de l'annulation non rétroactive par conséquent bénéficier de la putativité du mariage.*

*S.2.- Résistances à la libre détermination des époux*

*Le mariage institution sociale établit un lien entre les deux familles ; par conséquent l'intervention des familles et même parfois des tiers dans sa formation s'explique fort bien.*

*Cette intervention revêt deux formes : nécessité du consentement des parents pour le mariage des mineurs d'une part, droit d'opposition des parents et parfois des tiers dans certains cas pour le mariage même des majeurs d'autre part.*

*S.S.1.- Nécessité du consentement des parents pour le mariage des mineurs.*

*A.- Mariage de l'enfant légitime mineur*

*Théoriquement l'enfant légitime mineur a besoin pour se marier des consentements de son père et de sa mère car la puissance paternelle sur les enfants légitimes selon l'article 277.1 appartient conjointement au père et à la mère.*

*Seul le consentement du père en qualité de chef de famille suffit ; toutefois, la mère peut être amenée du vivant du mari à donner son consentement dans certains cas par exemple si le père est hors puissance paternelle, absence, aliénation), si l'exercice de la puissance paternelle est confiée judiciairement à la mère ou si le père a abandonné volontairement ses droits de puissance paternelle.*

*En cas de décès du père et de la mère, la puissance paternelle étant exercée par le tuteur (article 180) il appartiendra à celui-ci de donner son consentement.*

*B.- Mariage de l'enfant naturel mineur (article 280)*

*La solution est la même que pour le mariage de l'enfant légitime lorsque la filiation est établie dès la naissance à l'égard de ses deux parents (article 281.1).*

*Lorsque la filiation est établie uniquement à l'égard de la mère, seul le consentement de celle-ci est requis (article 281.2).*

*C.- Mariage de l'enfant adoptif mineur*

*C'est l'adoptant qui doit donner son consentement. En cas d'adoption par les deux époux, la situation est la même que pour le mariage de l'enfant légitime.*

*En ce qui concerne l'enfant adultérin "a matre" l'article 193 donne une solution de rechange en disposant que le père peut reconnaître l'enfant lorsqu'il a été préalablement désavoué par le mari de la mère. Quant à l'enfant adultérin "a patre" aucune disposition expresse du code.*

*§1.- Conditions de forme du consentement des parents*

*Le consentement familial dans sa forme doit comporter la désignation des deux futurs époux ; il doit être donné soit lors de la cérémonie de vive voix sur l'interpellation de l'officier, soit d'avance par acte authentique passé devant notaire, devant l'officier ou un juge de paix.*

*§2.- Sanctions*

*Le défaut du consentement familial est sanctionné soit par un acte d'opposition, soit par une nullité relative car c'est une nullité de protection.*

## CHAPITRE II.- LA DOT

La dot dans le droit traditionnel est considérée comme le régulateur matrimonial entre les familles. Elle désigne un ensemble de prestations dues à des moments particuliers, elle apparaît aussi comme le symbole de l'alliance des familles. C'est la raison pour laquelle elle n'avait qu'une valeur symbolique.

Initialement, la dot jouait quatre rôles : elle constituait un gage remis par le mari aux beaux parents pour garantir qu'il traitera bien sa femme, elle valait compensation pour le groupe qui perd un de ses membres, elle servait d'instrument de preuve du consentement des familles et du mariage, elle assurait la filiation des enfants.

### S.1.- Liberté de décision donnée par la loi aux époux

Dans le but d'écartier toute intervention familiale dans la détermination de la dot, le code l'a strictement réglementée dans son article 132 en lui donnant un caractère facultatif pour ensuite en faire une propriété quasi absolue de la femme.

#### §1.- Caractère facultatif

Selon l'article 132 les futurs époux déterminent librement si la fixation d'une somme d'argent ou la détermination de biens à remettre en partie ou en totalité par le futur époux à la future épouse sera une condition de validité du mariage.

C'est lors de l'établissement de l'acte de mariage que l'officier demande aux époux s'ils entendent faire ou non de la dot une condition de validité du mariage, dans l'affirmative quel est le montant de la dot, la part stipulée payable d'avance, le taux reçu par la femme au moment de la célébration du mariage.

§2.- *La dot propriété exclusive de l'épouse*

*Contrairement au droit traditionnel qui donnait aux parents de la fille la propriété de la dot, le code fait de la dot une propriété exclusive de la femme.*

S.2.- *Limitation légale du montant de la dot*

*La dot ne peut dépasser la valeur maximum fixée par la loi du 24 février 1967 qui est de 3.000 francs pour la dot proprement dite et de 15.000 francs pour les réjouissances et les cadeaux.*

*Le législateur a prévu en l'article 12 de la loi 67-04 du 24 février 1967 des sanctions tendant à réprimer les dépenses excessives à l'occasion des cérémonies familiales.*

DEUXIEME PARTIE. -- L'EGALITE ENTRE EPOUX AU SEIN DE LA  
FAMILLE CONJUGALE.

Dans le code de la famille, la nouvelle famille est conçue comme un groupement autonome formé par les époux et leurs enfants . Au sein de cette famille conjugale, le législateur s'est efforcé d'établir des rapports d'égalité entre époux par l'abolition de la "tyrannie maritale" exercée jadis sur la femme.

En effet, au stade de la formation de l'union conjugale le législateur donne aux deux époux la liberté de déterminer librement le statut du ménage en optant soit pour la monogamie, soit pour la polygamie. Par ailleurs, malgré quelques résistances l'égalité durant la vie du ménage se manifeste par les pouvoirs analogues que la loi donne aussi bien au mari qu'à la femme sur le plan des rapports personnels et patrimoniaux. Enfin, lors de la dissolution, l'égalité est assurée par la suppression de la répudiation et de la pratique de la revendication de la veuve édictée par certaines coutumes.

CHAPITRE I. -- RAPPORTS ENTRE EPOUX AU STADE DE LA CREATION DE LA  
FAMILLE CONJUGALE.

En permettant à la femme d'exiger du mari d'opter pour la monogamie, le législateur la libère de son statut coutumier et la place sur un pied d'égalité avec son époux.

S.1.- L'égalité entre époux résultant de l'option pour le choix du statut du ménage.

L'article 134 donne la possibilité aux époux non seulement dès le départ d'opter pour la monogamie, mais de se rattraper par la suite en optant pour la limitation de polygamie.

L'option de la limitation de polygamie est un régime transitoire entre la polygamie et la monogamie. L'existence d'un précédent mariage n'est pas un empêchement à une telle option, sauf si le futur époux a déjà un nombre égal à quatre épouses

ou s'il est déjà marié en optant pour le régime monogamique lors de ce premier mariage.

L'option de limitation de polygamie est irrévocable dans le sens d'une augmentation du nombre d'épouses et non dans celui d'une plus grande restriction.

Qu'elle porte sur la monogamie ou sur la limitation de polygamie, l'objet, le moment et la forme de l'option sont les mêmes.

#### §1.- Conditions d'exercice de l'option

##### A.- L'objet de l'option

L'option de limitation de polygamie restreint le nombre des épouses que le mari pourra avoir simultanément et celle de monogamie oblige le futur époux à n'avoir qu'une seule épouse.

L'homme ne peut s'engager à demeurer monogame ou à limiter sa polygamie que si au moment où il exerce l'option le nombre des épouses ne dépasse pas celui qu'il entend se fixer désormais.

Selon l'article 134 les options de monogamie et de limitation de polygamie sont définitives et engagent l'auteur de l'option pour toute la durée de son existence même après la dissolution de l'union à l'occasion de laquelle elle avait été souscrite. Cette disposition a pour but de protéger l'épouse de la mauvaise foi de l'époux qui dissout le mariage pour en contracter un autre sans option. Le législateur après avoir rendu l'option de monogamie et de limitation de polygamie irrévocable va plus loin en prévoyant dans l'article 134 comme exception au caractère définitif des options, que l'homme peut restreindre par une nouvelle option une limitation antérieure de polygamie.

B. -- Moment et forme de l'option

Selon l'article 135 l'option de limitation de polygamie comme celle de monogamie peut être prise à l'occasion d'un mariage ou postérieurement auprès de l'officier de l'état civil ou de son délégué. En cas de mariage à l'étranger elle se formule auprès de l'agent diplomatique ou du consul territorialement compétent.

Lorsque l'option est reçue à l'occasion d'un mariage son effet est subordonné à la célébration ou à la constatation de l'union projetée. L'officier se conforme pour l'exercice de l'option aux articles 116 et 126. L'article 116 dispose qu'à l'occasion de la remise des pièces ci-dessus indiquées l'officier même en l'absence de toute mention marginale doit demander aux futurs époux s'ils ont déjà été mariés et leur adjoint dans l'affirmative d'indiquer à quelle date et sous quelle forme l'union précédente a été contractée ainsi que la date et les causes de sa dissolution.

L'officier indique aux futurs époux qu'en l'absence d'une option au moment du mariage postérieurement l'homme peut avoir simultanément quatre épouses, il recueille le cas échéant l'option de monogamie.

Selon l'article 126, les futurs époux doivent se présenter personnellement à l'officier de leur domicile ou à l'autorité qui le représente. Par conséquent, l'option ne peut pas être faite par personne interposée.

Lorsque l'option est reçue au dehors du mariage, l'officier ou son délégué fait préciser au déclarant quels sont au moment de sa comparution ses biens matrimoniaux et se fait représenter le cas échéant les actes de mariage correspondants.

L'option et l'indication des mariages contractés sont ensuite notifiés administrativement à l'officier du lieu de naissance du déclarant pour mention en marge de son acte de naissance dans les conditions prévues à l'article 124. Selon cet article lorsque l'avis de mention faite n'est pas revenu dans les trois mois de l'envoi de la notification l'officier en rend compte sans délai au Procureur de la République du ressort dans lequel il se trouve.

C.- Portée de l'option sur les mariages antérieurs.

A l'égard des mariages antérieurs à l'application du code de la famille, le code dispose que le mariage célébré selon le code civil français ne permet pas une nouvelle union avant la dissolution de la première. Cette célébration vaut option de monogamie dans les conditions prévues à l'article 134 lorsqu'elle est antérieure à la date de l'entrée en vigueur de la loi 61-55 du 23.6.1961 tendant à la création d'un état civil unique et à sa réglementation et lorsqu'elle est postérieure à cette date lorsque les époux ont entendu se marier sous le régime de la monogamie.

§2.- Sanctions

En cas de violation de l'engagement de monogamie ou de limitation de polygamie, le code prévoit dans son article 141 la nullité absolue de l'union. Malgré l'atteinte portée à l'institution de la polygamie par la possibilité donnée à la femme d'exiger du mari d'opter pour la monogamie ou pour la limitation de polygamie.

L'égalité entre époux est rompue à deux points de vue :

D'une part le législateur fait de la polygamie le régime de droit commun et ; d'autre part, il donne le droit à la femme de faire usage du nom du mari alors qu'une telle possibilité n'est pas laissée au mari.

CHAPITRE II. - RAPPORTS ENTRE ÉPOUX DURANT LA VIE DU MENAGE

Qu'il s'agisse de rapports extra-patrimoniaux ou patrimoniaux, le législateur s'est efforcé en principe de mettre les époux sur un pied d'égalité.

S.1.- Les rapports extra-patrimoniaux

S.S.1.- Réciprocité des obligations entre époux

§1.- Obligations personnelles entre époux

La famille conjugale telle qu'elle est conçue dans le code repose sur les droits et devoirs réciproques de secours et assistance, de fidélité et de cohabitation.

A.- Obligation de secours et d'assistance

Le devoir de secours est une obligation matérielle qui s'impose à l'un des époux à l'égard de l'autre qui est dans le besoin. C'est une application de l'obligation alimentaire du fait qu'elle revêt un aspect pécuniaire. Elle oblige par là le conjoint qui a plus de moyens d'entretenir l'autre qui est dans le besoin.

Le devoir d'assistance a trait aux soins personnels au réconfort que les conjoints doivent se prodiguer mutuellement en cas de besoin, maladie etc... L'assistance se traduisant en une obligation de faire, obligeant le conjoint à soigner et à ne pas abandonner l'autre implique une communauté de vie. Lorsque les époux vivent séparés l'assistance se confond avec le devoir de secours car dans ce cas elle ne peut revêtir qu'une forme pécuniaire en se ramenant par exemple en cas de maladie à une prise en charge des frais médicaux.

*B.- Obligation de fidélité*

*Le devoir de fidélité tel qu'il est conçu dans le droit français (article 212 du code civil) est repris par l'article 150 du code de la famille en ce qui concerne le mari dans le cadre du mariage monogamique. En effet, dans le mariage polygamique comment peut-on demander à l'époux d'être fidèle alors que la loi l'autorise à prendre quatre femmes ? A moins de penser que l'infidélité se situe pour le mariage polygamique sans option de limitation dans le cadre d'un cinquième mariage ou en dehors de ces quatre femmes légitimes et pour le mariage polygamique avec limitation de polygamie avec limitation de polygamie au niveau où le nombre adopté est dépassé.*

*C.- Obligation de cohabitation*

*La loi exige la cohabitation des époux afin de raffermir la solidarité entre époux par une communauté de vie assurée reposant sur le respect et l'affection réciproque. La loi bannit ainsi des pratiques coutumières qui consistaient pour la femme à habiter avec sa famille d'origine ou celle du mari après le mariage.*

*Le mari est tenu de recevoir sa femme à son domicile ; l'obligation de cohabitation se comprend non seulement comme obligation de mener une vie commune mais encore comme celle d'entretenir des relations sexuelles avec son conjoint.*

*En outre, dans le mariage polygamique chaque époux peut prétendre à une résidence propre dans le cas où l'une d'elle en bénéficie en vertu de l'article 149,2 qui dispose qu'en cas de polygamie chaque épouse peut prétendre à l'égalité de traitement par rapport aux autres.*

*Dans le mariage polygamique, l'obligation de cohabiter pèse plus lourdement sur la femme dans la mesure où le mari étant obligé de partager également ses nuits entre ses femmes, on ne peut pas exiger de lui qu'il cohabite de façon continue avec la même femme.*

*D.- Sanctions de l'obligation d'assistance*

*Les devoirs de secours et d'assistance sont sanctionnés dans le code par le divorce ou la séparation de corps.*

*Leur violation constitue en effet une injure grave pouvant entraîner une condamnation à des dommages et intérêts. En allant plus loin, l'inexécution des obligations de secours et d'assistance peut donner lieu à des sanctions pénales et fait application dans ce cas de la loi sur l'abandon de famille.*

*E.- Sanctions de l'adultère*

*Une dissolution est à faire selon que l'on se situe sur le plan civil ou sur le plan pénal. En matière civile l'adultère est sanctionnée de la même manière pour les deux époux par le divorce.*

*En matière pénale, une distinction est faite selon qu'il s'agit de l'adultère de la femme ou de celui du mari.*

*C'est ainsi que pénalement l'adultère de la femme est puni dans tous les cas tandis que celui du mari est puni seulement dans le cas où il entretient une concubine au domicile conjugal.*

*Par ailleurs, l'adultère de la femme est puni.*

*F.- Sanctions de l'abandon de domicile*

*La violation de l'obligation de cohabiter est sanctionnée par la possibilité pour le conjoint non coupable de demander le divorce ou la séparation de corps pour injure grave et de réclamer du conjoint l'exécution du devoir de secours et d'assistance.*

*S.S.2.- Limites résultant de la prédominance du mari dans la direction du ménage et de la famille.*

*La prédominance du mari doit s'étudier à deux niveaux : l'exercice de l'autorité maritale et la puissance paternelle.*

*§1.- L'autorité maritale*

*A.- Conditions d'attribution*

*Le législateur a conçu la nouvelle famille sénégalaise comme un groupement autonome formé par les époux et leurs enfants et placé sous la direction d'un chef. Il a exclusivement conféré les prérogatives attachées à cette fonction au mari consacrant ainsi la notion de puissance maritale.*

*Selon l'article 152 "le mari est le chef de la famille ; il exerce ce pouvoir dans l'intérêt commun du ménage et des enfants". Le code a donc conservé la notion de puissance maritale supprimée dans le droit français.*

*B.- Conséquences*

*La prépondérance du mari, chef de famille entraîne à son profit deux prérogatives : fixation de la résidence du ménage et l'opposition à l'exercice par la femme d'une profession séparée.*

a)- *Choix de la résidence du ménage.*

*Le mari a le droit de fixer la résidence du ménage ; néanmoins le législateur tempère ce pouvoir du mari, en effet, selon le code, ce dernier n'est pas discrétionnaire, la femme a un recours devant le juge pour obtenir de ce dernier l'autorisation d'avoir pour elle et ses enfants un autre domicile lorsque la résidence fixée par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou moral (insalubrité du logement, mauvaises fréquentations du quartier).*

b)- *L'opposition du mari à l'exercice par la femme d'une profession séparée.*

*L'article 154 du code permet au mari de s'opposer à l'exercice par la femme d'une profession séparée. Toutefois, la loi autorise la femme à s'adresser au tribunal et à passer outre à l'opposition lorsqu'elle estime que celle-ci n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille.*

§2.- *Puissance paternelle*

*Il faut étudier quels sont les rapports entre les époux et leurs enfants lors de l'établissement de la filiation et ensuite déterminer les conditions d'exercice de la puissance paternelle et les conséquences qui en découlent.*

A.- *Etablissement de la filiation*

*Dans le droit traditionnel l'enfant est intégré à la famille étendue du père ou de la mère selon qu'il s'agit d'un régime matrimonial ou patrimonial. Le législateur a rejeté le système d'intégration de l'enfant dans la famille étendue en rattachant l'enfant à ses père et mère à l'instar du droit européen.*

Selon l'article 189 la filiation maternelle résulte du fait même de l'accouchement, par ailleurs l'article 190 dispose que l'indication du nom de la mère sur l'acte de naissance de l'enfant suffit à établir la filiation maternelle. La mère à d'autre part la possibilité d'apporter la preuve de la filiation maternelle par reconnaissance lorsque son nom n'est pas indiqué sur l'acte de naissance.

La loi lui donne enfin, la possibilité de contester la filiation maternelle si elle n'est pas l'auteur de la déclaration de naissance.

Quant à la filiation paternelle, elle est établie soit par la présomption de l'article 191 "pater is est" soit par reconnaissance, soit par déclaration judiciaire et non plus par la présomption de paiement de dot. Il nous faut signaler que le code reconnaît l'établissement de la filiation paternelle et maternelle par la possession d'état, toutefois les conditions diffèrent.

Pour l'établissement de la filiation maternelle la possession d'état est établie en prouvant que l'enfant a été traité par la famille et considéré par la société comme étant né de la prétendue mère. A l'égard du père, elle est établie en prouvant que constamment l'enfant a porté le nom du père, que ce dernier l'a traité comme son enfant de même que la famille et qu'il est reconnu pour tel par la société. En tout état de cause la filiation paternelle par possession d'état ne peut être établie qu'après production de l'acte de mariage du père prétendu et de la mère.

B.- Conditions d'attribution de la puissance paternelle.

Les rapports entre les parents et leurs enfants concernent pour l'essentiel la puissance paternelle. Cette notion de puissance paternelle a beaucoup évolué. Contrairement au droit traditionnel qui en faisait une prérogative du père, le code donne à la mère le pouvoir d'intervenir dans les décisions concernant ses enfants.

En fait, ce pouvoir donné à la mère est vidé de son contenu par les dispositions contradictoires du code.

En effet, l'article 277 dispose dans un premier temps que la puissance paternelle sur les enfants légitimes appartient conjointement au père et à la mère pour dire ensuite que durant le mariage, elle est exercée par le père en sa qualité de chef de famille ?

Mais lorsque ce dernier prend des décisions contraires aux intérêts de l'enfant ou de la famille, la mère peut obtenir que le juge de paix les rapporte ou les modifie. Le code par ailleurs sauf décision contraire du juge notamment quand il est indigne ou incapable, attribue à la mère l'exercice de la puissance paternelle dans certains cas tels que la déchéance totale ou partielle du père, de la puissance paternelle, l'impossibilité pour celui-ci de manifester sa volonté en raison de son incapacité, son éloignement ou pour toutes causes et enfin la condamnation du père pour abandon de famille.

Par conséquent nous constatons que la loi reconnaît à la mère un certain droit de contrôler l'exercice par le père de la puissance paternelle puisque la loi lui donne le pouvoir de provoquer des mesures judiciaires de sanction.

*La puissance paternelle ne donne pas seulement aux parents des droits sur leurs enfants et sur leurs biens, elle leur impose aussi des devoirs à leur égard.*

*C.- Conséquence de la puissance paternelle*

*a)- Puissance paternelle sur les enfants*

*La puissance paternelle sur la personne des enfants se définit par des droits assortis de devoirs prévus et réglementés par la loi, ce sont : la garde, l'entretien, l'éducation et la correction.*

*1)- La garde*

*La garde des enfants par leurs parents se concrétise par le droit reconnu à ces derniers de fixer le lieu de la résidence des enfants et d'exiger de lui qu'il y réside effectivement. La résidence choisie est en principe celle où réside le père ou la mère.*

*Au droit de garde, est lié le devoir de surveiller l'enfant, de veiller sur sa mémoire et de régler sa sépulture ; le manquement à ces obligations peut donner lieu à des mesures judiciaires ; d'autre part, le défaut de surveillance de l'enfant engage la responsabilité des parents pour fait d'autrui en cas de dommage causé par l'enfant à un tiers.*

*2)- L'entretien*

*En formulant le devoir d'entretien du ménage par les époux, l'article 375 fait par là même obligation aux époux de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants. Cette obligation est renforcée par la législation sociale qui fournit aux parents les allocations et prestations familiales. Le devoir d'entretien ne*

doit pas se limiter à la fourniture des subsides; elle comprend en outre les soins quotidiens relatifs à la santé de l'enfant. Cette obligation est commune aux deux époux qui s'engagent à la remplir en contractant mariage.

L'obligation d'entretien étant considérée comme une charge du ménage, la loi permet à l'un des époux d'obtenir de l'autre époux récalcitrant sa contribution en s'adressant au Tribunal pour l'autoriser à saisir arrêter et à toucher dans la proportion de ses besoins une part du salaire, du produit du travail ou des revenus de son conjoint article 375.1.

3)- L'éducation article 283.

L'obligation d'assurer et de diriger l'éducation de l'enfant incombe aux deux époux ; par éducation, il faut entendre l'éducation intellectuelle. C'est-à-dire, l'instruction, Les parents sont donc tenus d'envoyer leurs enfants à l'école.

L'éducation morale fait obligation aux deux parents de surveiller les actes, lectures, relations de l'enfant.

L'éducation professionnelle consiste pour les parents non pas à imposer une profession à l'enfant, mais à l'aider, à le conseiller pour le choix d'une carrière ou d'une profession.

4)- Le droit de correction

Les parents peuvent infliger à l'enfant des réprimandes et châtiments corporels mais ils doivent le faire avec modération compte tenu de son âge et de sa conduite sous peine de sanction civile comme la déchéance de la puis-

sance paternelle et même de sanction pénale.

Les parents par ailleurs ont un droit de jouissance sur les biens de l'enfant dont l'exercice est réglementé par la loi.

b)- Puissance paternelle sur les biens de l'enfant article 286.

La jouissance légale se définit comme le droit reconnu au père et à la mère de s'approprier et de percevoir les biens de l'enfant jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis à charge de les utiliser pour pourvoir à son entretien.

Par conséquent, on la conçoit comme un usufruit légal des biens du mineur.

Le domaine de la jouissance légale est défini par la loi, en effet, la jouissance légale porte en principe sur tous les biens personnels du mineur, exception faite de trois sortes de biens qui sont - les biens provenant du travail séparé de l'enfant, on peut les comparer par analogie aux biens réservés de la femme, les parents ne peuvent s'approprier de tels biens, ils doivent les garder pour l'enfant jusqu'à sa majorité.

- Les biens donnés ou légués à l'enfant sous condition que les parents n'en auront pas la jouissance ; ceci dans le but de respecter la volonté de celui qui donne ou qui lègue d'autant plus qu'il est libre de donner ou de léguer sous condition surtout lorsqu'il y a animosité entre ce tiers légataire et les parents de l'enfant.

- Les biens provenant d'une succession dont le père et la mère ont été exclus comme indignes. Dans un tel cas, la loi les ayant exclus de la succession comme indignes, il serait paradoxal

de permettre aux parents de bénéficier de la jouissance légale sur les biens soumis à succession.

*S.2.- Rapports patrimoniaux entre époux.*

En donnant à la femme pleine capacité civile, l'article 371 lui donne l'aptitude à paraître sur la scène juridique c'est-à-dire à passer les actes juridiques par elle-même sans assistance et lui reconnaît les mêmes pouvoirs que le mari pour administrer, gérer et disposer de ses biens dans les différents régimes matrimoniaux, exception faite du régime dotal.

Il faut noter que contrairement à la loi française du 13 juillet 1965, l'article 370 pose le principe de l'immuabilité du régime matrimonial choisi. Par ailleurs la liberté des époux est limitée par l'article 369 qui ne laisse au ménage polygame que le choix entre le régime de droit commun de la séparation des biens et le régime dotal.

*S.S.1.- Egalité entre époux dans les rapports d'ordre patrimonial*

*§1.- Règles du régime primaire*

Ces règles sont applicables par le seul effet du mariage, il faut distinguer les règles applicables en période normale et celles applicables en période de crise.

*A.- Règles applicables en période normale.*

Ce sont celles qui s'appliquent lorsque les relations entre époux sont bonnes qu'il n'y a aucune difficulté patrimoniale entre eux. Ces règles sont relatives à la contribution aux charges du ménage, aux contrats entre époux, au compte en banque de la femme mariée.

*a)- Contribution des époux aux charges du ménage*

L'article 375 pose le principe de la contribution des deux époux, toutefois, l'alinéa 2 dispose que

*L'obligation de contribuer aux charges du ménage pèse à titre principal sur le mari qui doit fournir selon ses facultés à la femme ce qui est nécessaire pour faire vivre le ménage.*

*On peut déplorer que le code n'ait pas précisé de quelle façon doit s'effectuer la contribution de la femme.*

*La contribution des époux se fait au jour le jour sans qu'il soit nécessaire pour les époux de tenir un compte.*

*En disposant que chaque époux a pouvoir pour passer seul les contrats relatifs aux charges du mariage, le code donne à la femme comme au mari le pouvoir permettant à chacun des époux de passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants ce qui s'explique d'ailleurs fort bien du fait que la femme bénéficie de la pleine capacité civile.*

*Ainsi, la femme n'agit plus comme mandataire du mari dans son activité domestique puisqu'elle possède un pouvoir propre d'agir pour tout ce qui concerne le ménage.*

*Le code pose le principe de la solidarité des dettes contractées pour l'entretien du ménage, ce principe permet aux créanciers de s'adresser indifféremment à l'un ou à l'autre des époux pour exiger d'eux le paiement de l'intégralité de la dette contractée pour les besoins domestiques du ménage.*

*Toutefois cette solidarité peut disparaître lorsque l'exagération des dépenses est manifeste par*

rapport au train de vie du ménage ou pour les dettes qui seraient contractées avec un tiers de mauvaise foi.

*b)*- Contrats entre époux

Ce sont : le mandat, la vente, et la société.

1)- Le mandat entre époux

L'article 372 prévoit deux sortes de mandats : d'une part le mandat conventionnel par lequel l'un des époux donne mandat à l'autre de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue et d'autre part le mandat judiciaire par lequel l'époux peut se faire habiliter par justice à représenter son conjoint lorsque ce dernier se trouve hors d'état de manifester sa volonté. Le législateur a bien perçu que le mandat constitue une technique commode au bon fonctionnement du régime matrimonial. Aussi constitue-t-il dans le code l'un des contrats entre époux ne souffrant d'aucune défiance.

2)- La vente

Contrairement au mandat, la vente entre époux souffre de la prohibition, elle est formellement interdite et encourt la nullité article 377.

3)- La société

La société entre époux quoique non interdite est soumise à des règles particulières. C'est ainsi que les époux ne doivent pas l'un et l'autre être indéfiniment et solidairement

responsables des dettes sociales et que lors de la constitution de la société leurs apports, droits et obligations ne peuvent être regardés comme donation déguisée lorsque les conditions en ont été réglées par acte authentique.

Le législateur a été guidé par le souci de protéger les intérêts des créanciers éventuels des deux époux sociétaires.

c)- *Le compte en banque*

Le code reconnaît à la femme au même titre que le mari le droit de se faire ouvrir librement et sans consentement du conjoint tout compte de dépôt et tout compte de titre en son nom et elle peut en principe retirer librement les fonds qu'elle y a déposés ; telles sont les règles applicables en période normale.

B.- *Règles applicables en période de crise*

Les règles sont prévues pour apporter la solution aux difficultés qui peuvent surgir lorsqu'il y a mécontentement entre époux et cette solution, le législateur sénégalais l'a trouvée dans l'intervention du juge.

Il faut noter que quoique présentant le risque d'aggraver la mécontentement, l'intervention du juge est pratiquement le seul moyen pour arbitrer les conflits patrimoniaux entre époux.

Cette intervention permet par ailleurs à assurer le bon fonctionnement du régime matrimonial en accordant à l'un des époux des pouvoirs qui ne sont pas normalement les siens lorsque son conjoint est hors d'état de manifester sa volonté.

a)- *Intervention du juge en cas de conflit entre époux.*

*Le conflit entre époux peut naître au sujet d'un acte déterminé qui requiert le consentement des époux.*

*Selon l'article 373 "un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement du conjoint est nécessaire si le refus de celui-ci n'est pas justifié par l'intérêt de la famille".*

*Dans ce cas l'acte passé par l'un des époux par autorisation de justice est opposable à l'époux dont le concours ou le consentement fait défaut ; par conséquent l'époux qui bénéficie de l'habilitation judiciaire agit comme représentant de son conjoint pour passer l'acte déterminé. Il s'agit donc d'une autorisation judiciaire spéciale pour un acte déterminé et non d'une autorisation judiciaire générale.*

*Le juge peut être aussi appelé à intervenir même s'il n'y a pas désaccord entre époux.*

b)- *Intervention du juge dans le cas où l'un des époux est hors d'état de manifester sa volonté.*

*Selon l'article 372.2 si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté l'autre peut se faire habilitier en justice à le représenter en tout ou partie dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial. Dans ce cas l'autorisation judiciaire peut être soit générale, soit spéciale. Autrement dit, l'un des époux peut être autorisé par le juge à représenter son conjoint, soit d'une manière générale, soit d'une manière particulière.*

Dans ce cas lorsque l'un des époux agit pour le compte du conjoint, tout se passe comme si c'était le conjoint hors d'état de manifester sa volonté qui avait agi lui-même, par conséquent on fait application de la théorie de la représentation.

§2.- Administration du patrimoine familial sous le régime de la séparation de biens et sous le régime communautaire.

A.-Régime de la séparation des biens.

L'article 368 fait de la séparation des biens le régime légal, cette option s'explique par le fait que dans notre société où la polygamie est reconnue c'est ce régime qui assure le mieux l'indépendance de la femme.

Le régime de la séparation de biens présente aussi l'avantage d'être d'une simplicité extrême ; chacun des époux a sur ses biens personnels toutes les prérogatives attachées au droit de propriété quelque soit le mode d'acquisition de ses biens.

Toutefois, la simplicité de la séparation des biens se heurte à deux obstacles : le régime est différent à l'essence même du mariage basée sur la communauté, ce qui nous amène à nous demander comment seront réglées les dépenses effectuées dans l'intérêt du ménage par ailleurs lors de la dissolution du mariage, on peut se heurter à des difficultés de preuve lorsqu'il y a confusion de biens des époux.

a)- Rôle des époux dans l'administration et la gestion des biens.

Chaque époux a tous les pouvoirs sur ses biens personnels ; chacun a la jouissance, l'administration et la gestion de ses biens. Il faut noter que ce régime de séparation de biens dans un ma-

riage polygamique est le seul moyen de faire respecter la prescription de l'article 369.3 qui interdit au mari d'utiliser les revenus d'une des épouses au profit de l'autre. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'article 369.3 décide que lorsque le mari n'a pas souscrit l'option de monogamie, seul le régime de droit commun de la séparation des biens et le régime dotal peuvent être choisis.

Toutefois, le principe de la gestion des biens personnels par chacun des époux peut être tempéré par le mandat que l'un des époux peut donner à l'autre de gérer et d'administrer ses biens.

De même, lorsque l'un des époux est incapable de manifester sa volonté, le conjoint peut se faire habiliter à le représenter en justice soit pour les actes d'administration, soit pour les actes de disposition. Pour le règlement du passif, le principe de la séparation des patrimoines des époux implique que chacun des époux n'est tenu que de ses dettes personnelles et n'est pas en revanche tenu des dettes de son conjoint.

Le seul problème qui se pose concerne les dépenses contractées dans l'intérêt du ménage ; l'article 375 dispose que les charges du ménage pèsent à titre principal sur le mari, cependant la femme est obligée d'apporter sa contribution.

En ce qui concerne les droits des créanciers, la séparation des intérêts devrait amener à décider que seul l'époux qui a contracté la dette est tenu de la régler, qu'il s'agisse de dette contractée avant le mariage ou durant le mariage ; toutefois, en raison de la communauté de vie, le principe est battu en brèche en ce qui concerne

*Les dettes contractées pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants.*

*Selon l'article 375.3 ces dettes quelque soit le régime matrimonial entraînent la solidarité des époux. Les créanciers ont donc le droit pour ces dettes de poursuivre l'un des époux ou les deux à la fois quelque soit l'époux qui a contracté la dette.*

*b) - Dissolution du régime de séparation*

*Le problème est simplifié par le fait que chaque époux ayant la pleine propriété de ses biens personnels il n'y a pas lieu à procéder à la liquidation des biens qui sur le plan juridique n'ont jamais été confondus. Par conséquent en cas de dissolution chacun des époux garde ses biens personnels, toutefois, il peut y avoir litige surtout lorsque l'un des époux est de mauvaise foi ou lorsqu'il y a confusion de fait des biens personnels. Le code dans son article 381 détermine les modes de preuve, c'est ainsi que cet article dispose que c'est sur l'époux qui prétend que le bien lui est personnel que repose le fardeau de la preuve et il peut tant à l'égard des tiers ou de son conjoint rapporter la preuve par tous moyens, sauf en ce qui concerne les immeubles immatriculés pour lesquels est exigé l'acte d'immatriculation.*

*Il existe par ailleurs des présomptions de propriété, c'est ainsi que sont considérés comme biens personnels certains biens meubles par nature ou par destination tels que les bijoux de la femme et les droits exclusivement attachés à la personne article 381.2.*

Le code dispose de même que les meubles meublant la principale habitation du mari sont présumés lui appartenir et en cas de polygamie les meubles meublant trouvés dans la demeure assignée par le mari à la femme sont présumés appartenir à cette dernière.

Cette disposition relative aux meubles meublant faisant du mari le propriétaire présumé des meubles meublant de sa principale habitation semble être au détriment de la femme.

Toutefois, il faut noter que ces présomptions n'ont que la valeur de présomptions simples, elles ne sont pas irréfragables et peuvent donc être combattues par la preuve contraire qui peut être rapportée par tous les moyens. Le législateur s'est efforcé comme dans le régime de la séparation des biens de maintenir le principe de l'égalité entre l'époux dans le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts.

**B. - Régime communautaire de participation aux meubles et acquêts.**

Ce régime se présente de façon beaucoup plus complexe que celui de la séparation des biens.

Selon le code, la communauté se compose activement des meubles et acquêts faits par les époux avant le mariage et durant le mariage, ensemble ou séparément exception faite des biens réservés de la femme, des droits exclusivement attachés à la personne et des immeubles dont, les époux étaient propriétaires avant le mariage. Le passif est composé de toutes les dettes antérieures au mariage et contractées pendant le mariage ; les dettes que l'un des époux a faites sont opposables à l'autre et emportent de plein droit solidarité des deux époux. La solidarité des époux exclut le problème épineux du remploi que l'on rencontre dans le droit français.

a)- *Rôle des époux*

*Le code proclame l'égalité entre époux en ce qui concerne l'administration, la gestion et la disposition des biens contrairement au droit français qui donne à l'époux l'administration des biens malgré les quelques dérogations prévues.*

1)- *Actes d'administration*

*Les pouvoirs d'administration appartiennent réciproquement et de manière irrévocable aussi bien au mari qu'à la femme (article 390).*

*Chaque époux a plein pouvoir d'administration sur les biens communs. Toutefois quelques limitations sont apportées à ce pouvoir individuel d'administration, reconnu à chaque époux. C'est ainsi que l'un des époux ne peut sans l'accord de l'autre donner à bail un immeuble à usage commercial. La sanction de la violation de cette règle est la nullité de l'acte qui peut être demandée par l'autre époux.*

*Bien que le bail ne soit pas un acte de disposition, la position du législateur s'explique par le fait que le bail entraîne des conséquences graves qui dépassent celles d'un simple acte d'administration à cause du droit de renouvellement par exemple du bail.*

*L'autre limitation en matière de bail est relative à la durée d'opposabilité du bail. C'est ainsi que si le bail a été conclu par l'un des époux sans le consentement de l'autre et si la communauté est dissoute, le bail ne sera opposable à l'autre époux que pour la période qui reste à courir des neuf années en cours ; par exemple si l'un des époux passe sans le consentement de l'autre un bail*

de 12 ans et si par hasard la communauté est dissoute au bout de 6 ans le bail ne sera plus opposable à son conjoint que pendant 3 ans.

On peut cependant reprocher au législateur de s'être contredit en disposant dans l'article 390 que le pouvoir réciproque d'administration donné aux époux est irrévocable et en donnant en même temps à l'époux la possibilité de poursuivre la séparation des biens en justice lorsque la mauvaise administration du conjoint donne lieu de craindre que la continuation du régime communautaire ne compromette les intérêts de la communauté.

Par ailleurs il aurait été préférable pour gagner en clarté que le code définisse expressément la composition de l'actif de la communauté comme se composant des meubles et acquêts faits par les époux avant le mariage et durant le mariage ensemble ou séparément, exception faite des biens réservés de la forme des droits exclusivement attachés à la personne et des immeubles dont les époux étaient propriétaires avant le mariage. Il faut noter que c'est du pouvoir réciproque donné aux époux d'administrer les biens que découle le principe de la solidarité des dettes.

Selon le code, les dettes que l'un des époux a faites sont opposables à l'autre et emportent de plein droit solidarité des époux.

2)- Les actes de gestion

Selon le code, chacun des époux bénéficie aujourd'hui d'une autonomie totale quant à la gestion de ses biens propres selon leur nature, leur origine ou leurs conditions d'acquisition article 390.2. Ceci découle de la volonté du législateur d'assurer l'indépendance et l'égalité des époux.

Toutefois ce principe supporte quelques dérogations ; en effet, conformément au principe général de la validité du mandat entre époux, il peut se faire que l'un des époux confie à l'autre la gestion de ses biens article 372 ; par ailleurs, l'un des époux peut se faire habiliter en justice à représenter son conjoint lorsqu'il est hors d'état de manifester sa volonté article 372.2.

Dans ce cas, la décision de justice permet alors à l'époux qui en bénéficie d'être substitué à son conjoint.

En outre, la loi autorise à l'époux de demander la séparation des biens judiciaires, en s'adressant au tribunal avec les justifications nécessaires à l'appui lorsque son conjoint met en péril les intérêts de la famille, soit en laissant dépérir ses propres biens, soit en détournant les revenus qu'il en tire.

Il peut arriver que l'un des époux prenne en main de sa propre initiative la gestion des biens propres de son conjoint.

Dans ce cas, deux hypothèses peuvent se présenter :

- soit le conjoint a eu connaissance de la gestion de ses biens propres par l'autre époux,

le conjoint peut avoir deux réactions ou bien laisser faire ou faire opposition. Si le conjoint laisse faire, on considère qu'il a donné un mandat tacite à l'autre époux et ce mandat tacite aura tous les effets d'un mandat mais il ne pourra jouer que pour les actes d'administration et de jouissance et non pour les actes de disposition, dans ce cas, l'époux qui a reçu mandat tacite de son conjoint est comptable des fruits existants et peut être recherché dans la limite des cinq dernières années pour ceux qu'il aurait négligé de percevoir.

Si malgré l'opposition de son conjoint, l'époux s'immixte tout de même dans la gestion de ces biens, la loi décide alors que l'époux récalcitrant engage sa responsabilité de toutes les suites de son immixtion et il est comptable sans limitation de tous les fruits tant existants que consommés.

- soit le conjoint n'a pas eu connaissance de la gestion de ses biens propres par l'autre époux. Le code n'a rien prévu de manière expresse, mais on peut se demander si la théorie de la gestion d'affaire ne peut s'appliquer dans un tel cas.

DANS la gestion des biens du régime de la communauté de participation aux meubles et acquêts, tel qu'il est conçu dans le code, le problème qui se pose est celui de la gestion des biens acquis pendant le mariage et qui constituent la masse des biens communs proprement dite.

Le code contient une très grande lacune sur ce point car le législateur sénégalais n'a pas résolu ce problème.

3)- *Les actes de disposition*

*En principe les actes de disposition ne peuvent être faits que du consentement commun des époux, mais il faut faire la distinction entre les actes de disposition emportant alienation totale ou partielle à titre onéreux ou gratuit d'immeubles, de fonds de commerce ou de droits sociaux non négociables et les autres actes de disposition à titre gratuit tels que les legs.*

*- Les actes de disposition à titre onéreux ou gratuit d'immeubles, fonds de commerce ou de droits sociaux non négociables.*

*Pour passer de tels actes, la loi est formelle, le consentement des deux époux est nécessairement requis article 391, par conséquent, l'un des époux ne peut sans le consentement de l'autre ni aliéner, ni grever de droits réels les immeubles, fonds de commerce et exploitations dépendant de la communauté et les droits sociaux négociables.*

*Sa responsabilité est engagée envers l'époux non consentant, qui peut l'obliger à reverser pour la seconde fois entre ses mains le prix convenu. La loi permet à chacun des époux de demander en justice la liquidation anticipée des biens communs pour sauvegarder ses intérêts.*

a)- *Liquidation anticipée et partage de la communauté.*

*La séparation de biens judiciaire peut se définir comme l'arme donnée à l'époux pour sauvegarder ses biens lorsque le désordre des affaires de son conjoint, sa mauvaise*

*administration ou son inconduite peut lui porter préjudice.*

*Cette séparation de biens doit être nécessairement demandée en justice, ce qui lui vaut le qualificatif de judiciaire, ceci pour éviter que les époux ne s'en servent comme moyen de collusion pour frauder les droits des créanciers.*

*C'est ainsi que l'époux demandeur doit apporter au juge la double preuve que le maintien de la communauté met ses intérêts en péril et que ce péril est une conséquence du désordre des affaires de son conjoint, de sa mauvaise administration ou de son inconduite. La faculté de demander la séparation de biens judiciaire est strictement personnelle aux époux et en aucun cas, les créanciers des époux même s'ils ont intérêt à en former la demande ne peuvent s'en prévaloir.*

*La procédure de la séparation de biens judiciaire présente un certain nombre de particularités qui s'expliquent d'une part par le fait que c'est un acte présentant une certaine gravité et d'autre part par le souci du législateur de protéger les créanciers contre les époux de mauvaise foi. C'est ainsi que conformément aux articles 594 à 603 du code de procédure civile, la demande de séparation de biens judiciaire est soumise aux règles suivantes :*

*- La demande est soumise à une autorisation préalable du président du tribunal de première instance qui avant de donner*

*l'autorisation doit faire au demandeur les observations qui lui paraissent convenables.*

*La demande en justice est soumise à publicité renforcée, l'aveu du demandeur ne peut jamais être admis comme moyen de preuve - les créanciers peuvent avoir communication de la demande en séparation et des pièces justificatives et ils ont le droit d'intervenir à l'instance pour veiller à la sauvegarde de leurs intérêts. Le jugement de la séparation de biens ne peut intervenir qu'après un délai de un mois minimum après la demande.*

*Cette règle a pour but d'éviter une procédure hâtive qui pourrait être préjudiciable aux créanciers.*

*La loi exclut de la liquidation certains biens tels que les immeubles immatriculés dont chacun des époux était propriétaire avant le mariage, les immeubles qui lui sont advenus personnellement durant le mariage soit à la suite de succession ou de libéralités, les biens qui par leur nature ou leur destination ont un caractère personnel et les droits exclusivement attachés à la personne article 393.2.*

*Concernant le partage de la communauté, le liquidateur doit procéder d'abord au règlement du passif avant de partager la communauté ; la loi entend par là que le liquidateur doit procéder au désintéressement des créanciers car le jugement de séparation des biens a pour effet de dissoudre*

la communauté et de substituer au régime de communauté pré-existant un régime de séparation de biens. Les créanciers sont tenus de faire valoir leurs droits dès le prononcé du jugement. En effet, le jugement de séparation de biens judiciaire présente une différence par rapport au jugement de divorce et de séparation de corps sur le plan de la date de ses effets. Selon l'article 395.2, le jugement qui prononce la séparation de biens produit effet rétroactivement au jour de la demande non seulement dans les rapports entre époux, mais aussi à l'égard des tiers.

Cette particularité de la séparation de biens judiciaire s'explique par le fait que la demande de séparation de biens étant soumise à publicité les tiers en sont avertis immédiatement. Les époux sont tous deux tenus de payer à leurs créanciers les dettes encore existantes qui étaient entrées en communauté, qu'il s'agisse de dettes personnelles ou de dettes communes en vertu de la solidarité des époux pour l'exécution des dettes. Par conséquent chacun des époux peut être poursuivi par les créanciers pour les dettes de la communauté encore existantes. Le principe de la solidarité des époux pour les dettes exclut l'application de la théorie du bénéfice prévu par le droit français dans l'article 1483 et au terme duquel chaque époux n'est tenu des dettes en communauté du chef de son conjoint que jusqu'à concurrence de son émolument.

C'est ainsi que dans le droit français, l'époux qui n'a pas contracté la dette pourra opposer aux créanciers son bénéfice d'émolument en refusant de leur payer plus que ce qu'il a recueilli dans l'actif de la communauté alors que son conjoint qui a contracté la dette ne pourra jamais le faire.

C'est seulement après le règlement du passif que le surplus est partagé entre les époux ou leurs ayants cause.

Sur ce point, l'article 394.2 dispose que le surplus est partagé par moitié entre les époux ou leurs ayants cause.

On se place au jour du partage pour déterminer la masse partageable, il semble toutefois que le principe selon lequel le partage de la communauté s'effectue par moitié souffre une exception dans le cas de divorce par consentement mutuel.

En effet selon l'article 158.2 le consentement mutuel des époux doit porter non seulement sur la rupture du lien conjugal, mais aussi sur la situation des anciens époux quant aux biens qu'ils possèdent.

Par conséquent, libre aux époux de s'entendre pour se partager leurs biens, toutefois l'égalité dans les rapports patrimoniaux entre époux n'est pas toujours parfaite, elle subit quelques atteintes tantôt au profit du mari, tantôt au profit de la femme.

*S.S.2.- L'inégalité entre époux dans les rapports patrimoniaux*

*Cette inégalité se manifeste au profit du mari dans le fonctionnement du régime dotal et au profit de la femme par la notion de biens réservés.*

*§1.- L'inégalité en faveur du mari*

*A.- Administration des biens dotaux par le mari*

*Selon le code certains biens tels que les immeubles immatriculés, les valeurs mobilières, le cheptel donnés à la femme à l'occasion de son mariage par d'autres personnes que son conjoint sont soumis au régime dotal lorsque les époux ont expressement choisi au moment du mariage un tel régime.*

*Toutefois à l'encontre de son désir d'établir des rapports d'égalité entre les deux époux l'article 384.3 décide que par la célébration du mariage ces biens sont remis entre les mains du mari qui en a seul les pouvoirs d'administration allant même plus loin le code décide que la femme qui est légalement propriétaire des immeubles soumis au régime dotal ne peut ni les aliéner, ni les hypothéquer même si cela est fait conjointement avec le mari sauf les exceptions suivantes : elle peut toujours avec le consentement du mari aliéner à titre onéreux ces immeubles si l'intérêt de la famille ou la bonne administration de son patrimoine l'exige. Par conséquent, non seulement le mari détient les pouvoirs d'administration des biens dotaux mais son consentement est nécessaire lorsque la femme veut disposer des biens dotaux, mais cette prérogative du mari est soumise à certaines règles qui permettent de le sanctionner en cas de mauvaise gestion.*

*B.- Sanctions*

*Le législateur exige d'une part que le mari administre les biens dotaux pendant le mariage en bon père de famille ; il exige par ailleurs que le mari justifie du emploi à bref délai sous peine d'engager sa responsabilité lorsqu'il y a aliénation par la femme d'un bien dotal et rachat d'un autre bien. Par exemple lorsqu'avec le consentement du mari, la femme aliène un bien dotal et qu'avec le prix de vente, elle achète un autre bien, la loi exige qu'il y ait emploi pour éviter que ce bien ne soit considéré comme un bien commun du fait qu'il a été acquis durant le mariage, ce qui peut porter préjudice à la femme.*

*Le emploi est une convention par laquelle les époux s'engagent à attribuer le caractère de bien propre ou de bien dotal à un bien nouveau acquis durant le mariage du fait que ce bien nouveau ne fait que remplacer le bien ancien avec le prix duquel il a été acheté; il s'agit en fait d'une subrogation réelle par laquelle le bien nouveau prend la place du bien ancien.*

*Le législateur donne aussi à la femme comme dans le régime communautaire le droit de demander en justice la séparation de biens lorsque la mauvaise administration du mari met en péril les biens soumis au régime dotal.*

## §2.- L'inégalité en faveur de la femme

### A.- Biens réservés de la femme

Ces biens sont ceux que la femme acquiert par l'exercice d'une profession séparée.

#### a)- Conditions de fond

Pour qu'un bien puisse être considéré comme un bien réservé il faut :

- d'une part, que la femme exerce une profession séparée ;

- d'autre part, que le bien en question ait été acquis avec les salaires et gains provenant de l'exercice de cette profession.

#### b)- Pouvoir de la femme sur les biens réservés

L'article 371.2 décide que les biens réservés sont soumis à l'administration, à la jouissance et à la libre disposition de la femme comme s'il s'agissait de biens soumis au régime de la séparation des biens.

Les biens réservés répondent des dettes professionnelles de la femme toutefois, ces biens peuvent répondre des dettes contractées pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, même si la dette avait été contractée par le mari, ceci en vertu de la solidarité des dettes ménagères de l'article 375.

#### c)- Règles de la preuve

Selon l'article 371.3 l'origine et la consistance des biens réservés sont établies à l'égard du mari et des tiers par écrit sauf impossibilité matérielle ou morale de se procurer une telle preuve. Il incombe en outre à la femme qui prétend qu'un tel bien est un bien réservé d'en rapporter la preuve.

d)- *Sort des biens réservés à la liquidation du régime matrimonial.*

*Dans les régimes séparatistes le sort des biens réservés ne soulève pas de difficultés par contre, lorsqu'il s'agit d'un régime communautaire, les biens réservés suivent le sort des autres biens des époux lors de la liquidation.*

*En donnant donc à la femme l'administration, la jouissance et la libre disposition des biens acquis dans l'exercice d'une profession séparée, l'inégalité dans les rapports entre époux est à peu près équilibrée.*

CHAPITRE III.- *Rapports entre époux au moment de la dissolution du lien conjugal.*

*Le législateur a apporté trois réformes radicales par rapport à la conception traditionnelle qui sont la suppression de la répudiation, celle de la pratique de la revendication de la veuve et l'institution de règles sans distinction de sexe en matière de succession ab intestat du conjoint survivant.*

*Cependant deux résistances dont l'une s'explique d'ailleurs fort bien ont subsisté à l'action révolutionnaire du législateur : ce sont le respect du délai de viduité imposé à la femme et la situation inférieure qui lui est faite en matière de succession, lorsque de son vivant le conjoint a manifesté sa volonté de voir son héritage dévolu selon les règles du droit musulman.*

S.1.- *Egalité des époux lors de la dissolution du lien matrimonial*

S.S.1.- *Egalité en ce qui concerne les causes de la dissolution*

*Elle se manifeste par la suppression de la répudiation au profit du divorce et de la séparation de corps judiciaire.*

§1.- *Suppression de la répudiation*

*La répudiation consiste dans la faculté pour le mari de renvoyer sa femme à tort souvent, cette situation mettait la femme à la merci de la volonté du mari qui pouvait expulser la femme du domicile conjugal avec ou sans motif quelque soit la durée du mariage.*

§2.- *Institutions du divorce et de la séparation de corps judiciaire.*

*En créant ces deux institutions le législateur met le mari et la femme sur le même pied d'égalité, c'est ainsi que dans le code ne subsiste que le divorce par consentement mutuel et le divorce contentieux.*

A.- *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 entre eux.*

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 : le consentement de chacun des époux au divorce doit émaner d'une volonté libre et exempt de vices : comparée à 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 quant 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 moeurs. Le code comprend parmi les dispositions relevant de l'ordre public, celles 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.

b)- Condition de forme

La demande de constatation de divorce doit être présentée par écrit ou verbalement au juge de paix par les époux eux-mêmes, même s'ils sont mineurs, impubères ou n'ont pas la libre disposition de leurs biens. 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, 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 fixées librement par les époux sous réserve du respect dû à l'ordre public et aux bonnes moeurs énoncées par l'article 158.2.

c)- 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 moeurs.

d)- Le jugement

Le jugement est rédigé dans la forme des jugements ordinaires ; 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 exécutoires les conventions établies par les époux.

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

Pour éviter la collusion frauduleuse entre les époux au détriment de leurs créanciers l'article 164.2 régleme 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 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 de paix. 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 la 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 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 de paix pour vérifier si toutes les conditions requises par la loi et l'ordre public ont bien été respectées.*

*B.- 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 fautes prévues par l'article 165.*

*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.*

*a)- Causes du divorce contentieux*

*En plus des 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 ; l'article 165 du code de la famille ajoute 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 du domicile conjugal, la stérilité définitive médicalement établie, la maladie grave*

et incurable de l'un des époux pendant le mariage et enfin l'incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal.

A la lecture de l'article 165 on peut distinguer trois catégories de causes de divorce qui sont les causes reposant sur la violation des obligations conjugales, celles reposant sur une condamnation infamante et celles 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 enfin 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 définit l'absent comme la personne dont le manque de nouvelles 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 et obtenir le jugement déclaratif d'absence qui lui permettra de demander le divorce pour cause d'absence.

2)- Causes reposant sur une condamnation infamante.

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

3)- Causes reposant sur la maladie grave et incurable et l'incompatibilité d'humeur.

b)-- Déroulement de l'action intentée par les époux.

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

1)- 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 signée 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.

2)- Observations 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'époux demandeur peut en cas d'urgence être autorisé 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 de paix demande alors au magistrat compétent du tribunal le plus proche de la résidence du défendeur d'entendre ce dernier.

3)- *L'audience de conciliation*

Au jour et à l'heure indiqués 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 doléances 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'excèdera pas 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 ; ces mesures provisoires qui peuvent peser lourdement au moment du prononcé du divorce, intéressent en dehors de la remise des effets personnels, la résidence des époux, la garde des enfants et l.



dants et des domestiques ; 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.

5)- 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, 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 voies de recours, toutefois, l'acquiescement est interdit au jugement ou à l'arrêt qui prononce le divorce à moins qu'il n'ait été rendu sur conversion de séparation de corps, article 173.3.

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.

c)- Effets du divorce contentieux

1)- Effets dans les rapports entre époux

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.

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

2)- 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 sera confié 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.

3)- Effets sur les biens des époux

Selon l'article 177 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 (article 176, 393), 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 de 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.

### C.- Séparation de corps

La séparation de corps 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 et d'assistance et le devoir de fidélité. Comme pour le divorce, le législateur a créé à côté de la séparation de corps judiciaire, une séparation de corps par consentement mutuel qui est simplement homologuée par le tribunal, celui-ci doit se conformer à l'accord intervenu entre les époux sur la résidence séparée, sur la garde des enfants et sur toutes les clauses accessoires.

a)- Ressemblances avec le divorce

Les causes et la procédure de la séparation de corps sont identiques à celles du divorce ; la séparation décidée simplement par les époux même par consentement mutuel, n'est pas valable si un jugement la prononçant n'a pas été rendu.

Les mesures de publicité du jugement de séparation de corps sont identiques à celles du jugement de divorce et prend effet aux mêmes dates. Le jugement de séparation n'est pas susceptible d'acquiescement.

b)- Effets de la séparation

1)- Le principal effet est la cessation de l'obligation de cohabitation des deux époux, ils ont désormais chacun une résidence séparée.

2)- Elle laisse subsister le devoir de secours, d'assistance et de fidélité et la femme conserve l'usage du nom du mari.

3)- Elle entraîne la séparation des biens (article 393) par conséquent, si les époux étaient en communauté de vie, il devient difficile de faire application de manière correcte des règles du régime communautaire. Pour que les époux eux 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.

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 biens judiciaire est admise par le code.

4)- 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.

5)- Comme le 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.

c)- Fin de la séparation de corps

La séparation peut prendre fin de trois manières : la réconciliation, la conversion en divorce et le décès du conjoint.

1)- 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.

2)- 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 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.

### 3)- Décès du conjoint

Le législateur a tenu à assurer l'égalité dans les rapports entre époux en cas de dissolution du lien matrimonial à la suite du décès du conjoint, c'est ainsi qu'il a supprimé la pratique coutumière de la revendication de la veuve exercée sur la femme par la famille du mari décédé.

### S.S.2.- L'égalité en ce qui concerne les conséquences de la dissolution par décès.

Deux grandes innovations ont été apportées par le code pour réaliser cette égalité : ce sont la suppression de la pratique de la revendication de la veuve et l'identité des droits en matière de succession ab intestat.

#### §1.- Suppression de la revendication de la veuve.

Selon cette coutume, la veuve devait épouser un parent de son mari décédé que lui désignait le chef de famille à moins de rembourser la dot.

A l'époque coloniale, le décret Mandel du 15 juin 1939 est intervenu pour déclarer "nulle toute revendication de veuve ou toute autre personne faisant partie d'une succession" et un décret du 20 février 1946 avait prescrit des sanctions pénales. Ces deux textes ne reçurent aucune application en raison de l'ordre social traditionnel.

*Le code met fin à une telle pratique en proclamant dans son article 176 que le divorce dissout le mariage et que chaque époux peut librement contracter une nouvelle union sous réserve du délai de viduité pour la femme.*

*§2.- Droits successoraux du conjoint survivant dans le régime successoral de droit moderne.*

*La conjointe survivante comme le conjoint survivant ont des droits égaux en matière de succession ab intestat.*

*C'est ainsi lorsque le decujus 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 descendants légitimes lorsque le conjoint est en concours avec les ascendants (père et mère) et des collatéraux (frères et soeurs) et à défaut de descendants, des frères et soeurs 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 le conjoint survivant est réservataire ; à défaut de descendants légitimes et de parent au degré successible, la succession est dévolue en totalité au conjoint survivant.*

*L'équilibre de l'égalité sera toutefois rompu aux détriments de la femme à deux points de vue.*

*S.2.- Limites à l'égalité après rupture du lien conjugal*

*La tendance à l'égalité dans les rapports entre époux subit deux atteintes après la dissolution du lien matrimonial au détriment de la femme. La première concerne le respect du délai de viduité et 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.*

§1.- *Respect du délai de viduité*

*Le but de ce délai (article 112) est d'empêcher une confusion de part, une incertitude sur la filiation paternelle de l'enfant qui naîtrait d'un second mariage contracté trop tôt.*

§2.- *Droits successoraux du conjoint survivant dans le régime successoral coranique.*

*La législature par respect pour les coutumes islamiques a prévu à côté du régime successoral de droit moderne le régime successoral coranique.*

*Le texte reconnaît deux sortes d'option : l'option expresse et l'option tacite résultant du comportement du decujus qui aurait manifesté sa volonté de voir son héritage dévolu selon les règles du droit musulman.*

*On sait que le droit musulman fait une différence entre les héritiers de sexe masculin et ceux du sexe féminin en faisant à ces derniers une situation inférieure par rapport aux premiers. Aussi 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 descendant successible, 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.*

*Lorsque la femme laisse un ou plusieurs descendants successibles la légitime du mari est du quart tandis que celle de la femme est du huitième lorsque l'inverse se produit.*

*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.*

CONCLUSION

*Nous constatons que l'instauration de la famille conjugale par le législateur établit une plus grande égalité de traitement des époux.*

*Désormais, l'homme comme la femme est libre de choisir le statut du ménage qu'elle entend fonder ; ayant la pleine capacité civile elle gère et administre ses biens exception faite du régime dotal et enfin lors de la dissolution du lien matrimonial, la situation avilissante dans laquelle la mettait la répudiation a été supprimée par le droit que lui reconnaît le code de demander le divorce au même titre que son conjoint.*

*L'effort déployé par le législateur pour donner à la famille un visage nouveau plus réceptif au développement a été couronné de succès. La grande famille traditionnelle s'est consumée au profit de la famille conjugale plus apte à se mouvoir dans le monde moderne, mais le législateur n'a pas voulu opérer un changement brutal.*

*C'est ainsi que la dot, la polygamie, le mariage coutumier ont été maintenus et que la séparation de biens demeure comme dans nos coutumes le droit commun.*

---

