

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

ANNEE ACADEMIQUE 1981-1982

DIVISION JUDICIAIRE

3e ANNEE

Des conditions de formation du mariage et de leurs sanctions en droit sénégalais

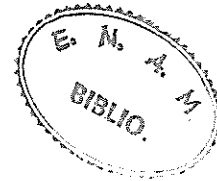
Mémoire présenté par

OUSMANE KANE

MINISTÈRE DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR

ÉCOLE NATIONALE
D'ADMINISTRATION ET DE MAGISTRATURE

DIVISION JUDICIAIRE



Mémoire de Fin de Scolarité

**DES CONDITIONS DE FORMATION
du Mariage et de leurs Sanctions
en Droit Sénégalais**

Présenté par :
Ousmane KANE

Année scolaire 1982 - 1983

346,01
KAN

P L A N D E T A I L L E

Introduction	5
Titre I - Les conditions de formation du mariage (art. I08 à I47)	II
Chapitre premier : les conditions de fond	II
Section I - Les impératifs biologiques	I2
§ I - La puberté	I2
§ II - La santé des époux	I3
Section II - Les impératifs psychologiques : le con- sentement	I4
§ I - Le principe du consentement des époux	I4
A - Un consentement personnel	I4
B - Un consentement conscient et sérieux	I6
§ II - La protection du consentement des époux : la théorie des vices du consentement	I8
A - Le dol	I9
B - L'erreur	I9
C - La violence	22
Section III : Les impératifs familiaux	23
§ I - Les autorisations familiales	24
§ II - La dot	26
Section IV : Les impératifs sociaux	29
§ I - L'existence d'un lien matrimonial antérieur.	29

§ II - L'inceste	30
§ III - Le délai de viduité	31

Chapitre II - Les conditions de forme	32
---	----

Section I - La similitude des formes	33
--	----

Section II - Le problème de l'égalité des formes	36
--	----

§ I - La question du libre choix avant le Code de la Famille	36
---	----

A - Les époux ne relèvent d'aucune coutume appli- cable au Sénégal	37
---	----

B - Les mariages mixtes	38
-------------------------------	----

§ II - Egalité des formes depuis le Code de la Famille ?	41
---	----

A - La thèse restrictive	42
--------------------------------	----

B - La thèse du libre choix	43
-----------------------------------	----

C - Critique et proposition d'une 3e thèse	45
--	----

Titre 2 - LES SANCTIONS DES CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE	48
---	----

Section I - Les sanctions préventives : les oppositions à mariage	48
--	----

A - Définition	49
----------------------	----

B - Causes d'opposition	49
-------------------------------	----

C - Procédure	49
---------------------	----

D - Effets de l'opposition	50
----------------------------------	----

Section II - Les sanctions répressives : les nullités du mariage	5I
§ I - Le domaine des nullités	5I
A - Les cas de nullités relatives	5I
B - Les nullités absolues	52
§ II - L'exercice des actions en nullité	53
I) - Exercice de l'action en nullité relative ..	53
A - Titulaires de l'action	53
B - Couverture de la nullité relative	54
II - Exercice de l'action en nullité absolue	55
§ III - Effets de l'action en nullité	55
I - Le principe	56
II - Le cas spécial du mariage putatif	56
Section III - Les exceptions aux nullités du mariage	59
§ I - Les empêchements simplement prohibitifs ...	59
§ II - La validité restreinte du mariage coutumier non constaté	60
A - Limites de la validité	6I
B - Transformation d'un mariage coutumier non constaté en mariage opposable "erga omnes"...	62
Conclusion	64
Annexe : Bibliographie	70

I N T R O D U C T I O N

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

De cette longue définition, apparaissent les traits caractéristiques du mariage tel qu'il était perçu en Afrique. En effet, celui-ci apparaît plutôt comme une convention entre deux familles, à l'exclusion de toute intervention des futurs époux, parfois en dehors de leur volonté. Ce n'est point la conception européenne du mariage que Portalis définit comme "...la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par secours mutuel à porter les charges de la vie et pour partager leur commune destinée".

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

aux différents chefs de carré de tisser des liens entre leur progéniture pour répondre à ce besoin. Dès lors, on se passera souvent du consentement des futurs époux, l'homme ne ratifiant que le choix effectué par ses parents, la femme subissant ce choix. Au niveau de la forme, tout était oral et les seules conditions de fond requises étaient le consentement des représentants et le versement de la dot qui était essentiel pour sceller l'union.

La pénétration de l'Islam en Afrique ne s'est pas accompagnée de bouleversements notables. La conception musulmane du mariage étant identique à celle du droit traditionnel à quelques différences près, la nouvelle religion s'est installée sans grands heurts. Il en est ainsi du rôle déterminant des parents, de la dot et de l'âge. Les seules innovations essentielles concernent la limitation du nombre des épouses et l'introduction de paroles sacramentales tirées du Coran.

Le Christianisme par contre n'a pas pu s'insérer aussi facilement dans la société africaine traditionnelle, dans la mesure où il véhiculait la vision européenne du mariage et les rigueurs de l'Eglise. Sa tentative d'imposer la monogamie, ses formalités excessives n'ont point reçu l'adhésion des populations, malgré "l'attrait de la semoule". Le même échec sera essayé par le colonisateur qui, las de sa "mission civilisatrice", a voulu insérer le mariage dans un cadre légal rigoureux, en imposant sa propre conception.

Ainsi, par le décret Mandel du 15 Juin 1939, il a fixé l'âge des époux et imposé leur consentement, tandis que le décret Jacquinet du 14 Septembre 1951 relatif à certaines modalités du mariage entre indigènes rappelle le premier, réglemente la dot, annonce la possibilité de souscription monogamique, supprime le consentement des parents lorsqu'il est contraire à l'intérêt des époux. Cette nouvelle réglementation institue une dualité de statuts, l'un de droit moderne qui devient le droit commun, l'autre de droit traditionnel. De ce fait, deux formes de mariage vont coexister : le mariage célébré par l'officier d'état civil et celui célébré selon la tradition mais qui fera l'objet d'une transcription à l'état civil.

Une telle réglementation, heurtant de front un domaine où la tradition est encore vivace, connut un échec retentissant, "la vaillante coutume" continuant à s'appliquer. A l'indépendance, les nouveaux pouvoirs, obsédés par la construction de l'unité nationale et l'accession à un développement rapide par le bouleversement des structures traditionnelles, continuent l'œuvre du colonisateur. Néanmoins, certains repoussent le droit traditionnel d'un coup de balai et copient le code civil français ; d'autres, par contre, adapteront une démarche plus prudente. Il s'agissait pour eux de "prendre parti sur la valeur des traditions familiales africaines, au regard des exigences de la vie moderne vers laquelle ils souhaitaient diriger les populations le plus rapidement possible"(1).

1. Hilaire : "Variations sur le mariage. A propos de la codification en Afrique noire", in l'enant 1966, pp. 145 à 193.

Parmi ces pays, on peut citer le Sénégal qui par l'ordonnance 60-56 du 14 Novembre 1950 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal et la loi du 23 Juin 1951 sur l'état civil, a continué l'œuvre du législateur colonial en conservant la dualité des statuts qui consacre le mariage moderne et le mariage traditionnel, en même temps qu'il soumettait la famille à la compétence de la coutume.

Mais ces dispositions n'étaient que transitoires, l'idée de l'élaboration d'un droit des personnes germant déjà dans l'esprit du nouveau pouvoir. Ainsi, une commission de codification du droit des personnes et des obligations fut créée par le décret 61-145 du 12 Avril 1961. Elle avait pour but, selon Gabriel d'Arboussier alors ministre de la justice, lors de la séance solennelle de l'installation de ladite commission de "... reconnaître les règles du droit coutumier... Elle (la codification) tendra à constater et à promouvoir l'évolution ébauchée, mais en aucun cas, à opérer une brutale révolution dans les mœurs".

Ainsi, par un long mais prudent processus, le Sénégal s'est acheminé vers l'élaboration d'un véritable droit des personnes. Un questionnaire coutumier fut constitué et diffusé auprès des autorités traditionnelles pour l'exégèse du contenu des coutumes. Un comité des options pour le code de la famille fut aussi créé par le décret 65-902 du 25 Décembre 1965. Il était chargé de proposer les grandes options de la nouvelle loi

et fut installé le 26 Mars 1966, sous la direction du premier Président de la Cour Suprême, M. Kéba Mbaye.

Le problème était de parvenir à une loi ou coexisteraient harmonieusement le modernisme et la tradition. Il s'agissait donc de faire des concessions aux coutumes sans pour autant retourner au droit traditionnel dans sa pureté originelle. La tâche cependant était d'autant plus ardue qu'il existait une multitude de coutumes. En effet, l'arrêté du ministre de l'Intérieur du 28 Février 1961 avait recensé 60 coutumes applicables au Sénégal, réparties dans 33 groupes ethniques différents, certains de ces groupes connaissant même deux à trois coutumes distinctes.

Une telle difficulté était bien reconnue par ceux qui étaient chargés de l'élaboration du Code. N'est-ce pas le Président Forster qui disait que "nous garderons notre foi intacte en la coutume que nous plaçons sur un pied d'égalité avec les lois de notre droit moderne. Nous reconnaissons seulement qu'elle est difficile à saisir et à codifier" ? Pourtant, après douze ans de cheminement laborieux, l'idée de codifier le droit des personnes vit enfin le jour. Elle s'est concrétisée par la loi n° 72-61 du 12 Juin 1972 portant Code de la Famille et applicable le 1er Janvier 1973.

Les conditions de formation du mariage et leurs sanctions sont traitées dans le chapitre premier du Livre II intitulé



"Du lien matrimonial". Au niveau des conditions de fond, le Code a apporté des innovations considérables en fixant certains impératifs dans les articles 108 à 113 tels que les impératifs biologiques (sexe, puberté, santé des époux), psychologiques (consentement des époux), familiaux (autorisation familiale, dot), sociaux (problèmes de l'existence d'un lien matrimonial antérieur, de la prohibition de l'inceste, du délit de viduité).

Au niveau des conditions de forme, le législateur a fait œuvre de sagesse en faisant coexister la célébration moderne du mariage et la forme coutumière dans les articles 114 à 131. Cependant cette coexistence n'est pas sans poser de problèmes. Ainsi, une âpre discussion doctrinale s'est élevée sur la liberté du choix de la forme. La violation de ces conditions de formation est traitée aux articles 137 à 147. Si la sanction est soit la nullité absolue, soit la nullité relative, le législateur a tenu compte de la pratique des populations en restreignant le domaine de cette nullité et même en ne l'édicteant pas du tout comme c'est le cas pour le mariage coutumier non constaté.

C'est donc à partir de cet ensemble d'éléments et de problèmes que s'édifie la charpente de notre étude. Il s'agira d'abord de savoir quelles sont les conditions posées par le code de la Famille sénégalais pour la formation du mariage. Il nous faudra ensuite considérer les sanctions édictées pour la violation de ces conditions ainsi que leur portée.

Titre I : LES CONDITIONS DE FONDATION DU MARIAGE
(art. 108 à 147 du Code de la Famille)

A l'origine, le mariage en Afrique était formé dès que les représentants de la famille des deux futurs époux échangeaient leur consentement suivi de la libération de tout ou partie de la dot. L'union était scellée selon les rites du groupe et tout se passait dans l'obscurité. La publicité était assurée par les fastes de la cérémonie et après l'introduction de l'Islam par les paroles sacramentales prononcées par les autorités religieuses à la mosquée.

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

Chapitre premier : Les conditions de fond

Elles sont réglementées par les articles 108 à 113 du Code de la Famille. Au total, elles sont regroupées autour de certains impératifs.

Section I - Les impératifs biologiques

Aux termes de l'article 100 du Code de la Famille, le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme et une femme. Ainsi, la question du sexe ne se pose pas. Les organes doivent exister et être conformes, ne laissant aucun doute sur le sexe. L'impératif biologique se ramène dès lors aux questions de la puberté et de la santé des époux.

§ I - La puberté

Dans le droit traditionnel, aucun âge n'était fixé pour se marier. La femme pouvait même être mariée à la naissance ou au berceau. Selon le Président Kéba Mbaye, dans le cas du mariage avant la naissance, il s'agissait davantage d'un engagement pris par les futurs parents sous la condition que l'enfant à naître fût de sexe féminin (2). Le décret Mandel du 15 Juin 1939 a tenté de fixer un âge minimum de 14 ans pour la femme et de 16 ans pour l'homme.

La violation de ces dispositions était punie pénalement. Cette sanction a été reprise par l'art. 300 du Code Penal qui dispose que celui qui consomme ou tente de consommer un mariage célébré selon la coutume sur la personne d'un enfant de moins de 13 ans sera condamné à une peine d'emprisonnement

2. Kéba Mbaye, "Droit et développement en Afrique francophone de l'Ouest", R.S.D., 1967, vol. I, pp. 23 et suiv.

variant entre deux et cinq ans. Les blessures graves, l'infirmité, même temporaire, la mort issue de ces rapports ou violence porteront la peine à cinq ou dix ans selon l'alinéa 2. L'article III du Code de la Famille porte l'âge de se marier pour l'homme à vingt ans et pour la femme à seize ans. Cependant une dispense peut être accordée par le Président de la République pour motif grave, telle que la grossesse de la fille. Cette disposition a reçu de nombreuses applications en jurisprudence(3). Cependant il ne suffit pas pour les futurs époux d'avoir atteint l'âge requis, un certain état de santé leur est en plus demandé.

§ II - La santé des époux

Le Sénégal n'impose pas de certificat prénuptial pour la formation du mariage. Et même dans les pays où ce certificat est requis, il n'a d'autre but que d'attirer l'attention des futurs époux sur leur état de santé et son impact possible sur le ménage. Mais l'article 138 al. 5 du Code de la Famille, en sanctionnant de nullité relative la dissimulation d'une maladie grave et incurable rendant la cohabitation préjudiciable n'impose-t-il pas un minimum de bonne santé ? L'interprétation extensive de la disposition le laisse supposer, la nullité en général étant la sanction de la violation d'une condition de

3. Justice de Paix de Touba, 5 Déc. 1974, en appel tribunal première instance 22 Déc. 1975, Sira Awa Badjigo - Rec. Crédite t. II, n° 15.

formation d'un acte juridique. Mais c'est au niveau du consentement des futurs époux que le Code de la Famille a introduit une innovation décisive.

Section II - Les impératifs psychologiques : le consentement

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

§ I - Le principe du consentement des époux

ce consentement doit présenter certains caractères. Il doit être personnel mais aussi sérieux.

A - Un consentement personnel

Dans le droit traditionnel, le consentement des époux n'était pas nécessaire pour la formation du mariage. Dans un tel système, le ménage était secondaire par rapport à l'équilibre du groupe. Aussi, il a pu être jugé que "si une fille, désobéissant à l'assentiment de ses parents, refuse d'épouser un homme auquel ils ont voulu la marier, elle doit être frappée, mise aux fers, et si elle s'entête encore, être promenée la tête rasée dans les rues du village"(4).

4. Jugement n° 54 du 18 Septembre 1919, tribunal de subdivision des deux Guoyes. Cité par Dominique Sarr, jurisprudence des tribunaux indigènes du Sénégal, Annuaire Africain, 1975, p. 143

Cette décision jurisprudentielle, au-delà de son contenu un peu comique, n'est que le reflet de la conception du mariage en tant que contrat social et de la femme en tant que sujet passif dans la conclusion de l'union. "Quand il s'agira de la marier, on se passera volontiers de son consentement ; à la limite, une simple consultation à titre informatif suffira. En effet, la conception du mariage n'est point celle qui prévaut ailleurs où l'on s'unit pour sceller une affection réciproque. Ici, il s'agit plutôt d'unir pour servir le groupe : l'union est alors le ciment pour raffermir le lien d'estime ou de sympathie entre deux familles. Elle est donc l'affaire des hommes ou de leurs délégataires comme les oncles paternels chez les Wolof dont les seuls consentements peuvent créer un lien matrimonial entre deux conjoints qui se connaissent à peine..."(5).

Ainsi donc, le seul consentement requis est celui des parents. La justification se trouve peut-être dans le fait que, comme le pense Kouassigan, dans la famille africaine, si l'individu à la pleine capacité de jouissance, il est limité dans la capacité d'exercice de ces droits et les limites sont celles inspirées et édictées par les institutions du groupe familial(6).

5. Mouhamadou ^{ctar} ~~Moestephe~~ Mbacké, "La femme sénégalaise en droit coutumier africain", Congrès I.D.E.F., Tunis 27 Mai-3 Juin 1974, R.J.P. 1974, pp. 519 et suiv.

6. Guy Kouassigan, Quelle est ma loi ?, p. 217

Le décret Mendel du 15 Juin 1939 n'a pas fait fortune, qui voulait limiter cette véritable mainmise des parents. Mais l'article 103 du Code de la Famille exige le consentement personnel des futurs époux, même s'ils sont mineurs. Un tel consentement doit être confirmé devant l'officier d'état civil, même lorsque le mariage est précédé de fiançailles auxquelles les époux avaient consenti. Cependant le Code, en faisant concession à la coutume par la reconnaissance de la possibilité de procuration (art. 103 al. 2) a introduit une incertitude.

En effet, on peut se demander comment peuvent être conciliées les nécessités du consentement des époux au mariage et la faculté de conclure le mariage en leur absence. Et le recours, lorsqu'il y a procuration, aux articles 126 et 127 qui visent à s'assurer de la réalité du consentement des époux par l'officier d'état civil, ne fait pas disparaître le risque de voir les oncles continuer à marier les époux sans leur consentement. Ce consentement qui doit être non seulement personnel mais aussi conscient et sérieux.

B - Un consentement conscient et sérieux

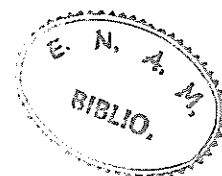
L'article 108 du Code de la Famille est muet sur ces deux caractères. Pour déterminer leur contenu, on se rapportera à la théorie générale des contrats.

a) - Le consentement doit être conscient

L'époux qui consent au mariage doit être sain d'esprit. Cependant, on a reconnu comme valable le consentement exprimé par un dément dans un moment de lucidité. Le problème se pose encore pour les "mariages in extrémis". Il s'agit d'un époux qui donne son consentement dans ses derniers moments. Doit-on tenir ce consentement comme valable même s'il est conscient ? Le lien matrimonial, selon l'article 100 du Code de la famille a pour but de créer la famille, les époux s'obligeant à la communauté de vie aux termes de l'article 149 al. I. Ces dispositions nous semblent incompatibles avec le consentement au mariage d'un agonisant. En fait, le "mariage in extrémis", le plus souvent, n'a d'autre but que de conférer au conjoint certains avantages matériels ou non que seul le lien matrimonial peut permettre. C'est d'ailleurs tout le problème des mariages simulés.

b) - Le consentement doit être sérieux

On évitera ainsi que les époux échangent leur consentement sans une réelle intention de se marier, mais uniquement pour acquérir des avantages, tels que les droits d'héritage, les exemptions de service militaire ou encore le bénéfice d'une naturalisation. Un exemple le plus frappant a été donné par le journal "Le Monde" qui dans son édition du 25 Janvier 1978 reprenait une annonce parue dans "Le Provençal" et libellée comme



suit : "mariage blanc : étrangère intellectuelle, féministe, recherche personne pour faire mariage blanc ; aspect strictement administratif car besoin urgent de naturalisation. Divorce assuré aussitôt que naturalisation acquise. Aucune obligation de part et d'autre. Tous les frais à ma charge...".

Même si le but recherché n'est pas toujours aussi clairement exprimé, le danger demeure de voir des conjoints simuler un mariage. D'autant plus qu'il leur est loisible d'en sortir assez facilement. Ils pourront le lendemain se présenter devant le juge de paix pour obtenir un divorce par consentement mutuel (art. 157 du C.F.). Ce consentement personnel requis des époux, même s'il est conscient et sérieux, doit cependant être aussi libre. Dès lors, il mérite qu'on le protège.

§ II - La protection du consentement des époux : la théorie des vices du consentement

Aux termes de l'article 158 du Code de la Famille sur les conditions de fond du divorce par consentement mutuel, "le consentement de chacun des époux n'est valable que s'il émane d'une volonté libre, éclairée et exempte de vice". Cette précision ne figure pas dans l'article 108 du Code relatif aux conditions de validité du consentement des époux au mariage. Cet article se limite à exiger de chacun des futurs conjoints, même mineurs, un consentement personnel. A la limite, l'article 138 qui énumère les causes de nullité relative en son alinéa 1

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

A - Le dol

Il est défini par l'article 53 du C.O.C.C. comme étant "une tromperie provoquée par des manœuvres que l'un des contractants a pratiquées à l'encontre de l'autre pour l'amener à donner son consentement". Il n'est pas retenu par l'article 138 al. I du Code de la Famille comme ^{vice du} consentement.

Il est en effet difficile en matière de mariage de distinguer ce qui est tromperie et ce qui n'est qu'artifice pour plaire. "En matière de mariage il trompe qui peut", disait Loysel. Il n'en est pas de même pour l'erreur et la violence.

B - L'erreur

Selon l'article 52 du C.O.C.C., "il y a nullité lorsque la volonté de l'un des contractants a été déterminée par erreur". Cette erreur ne sera retenue que si elle a été déterminante et a porté sur une qualité entrant dans le champ con-

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

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

Dans la célèbre affaire Berthon, la Cour de Cassation se prononçant sur les dispositions de l'article 180 du Code Civil a arrêté que "l'on ne doit considérer comme une erreur dans la personne, impliquant la nullité du mariage, que celle qui, ayant pour objet soit l'individualité physique, soit l'individualité civile, porte sur la personnalité complète et soulève une question d'identité"(7).

Dès lors, le mariage contracté par une femme avec un forçat libéré, dans l'ignorance de la condamnation dont il avait été antérieurement frappé, ne peut être annulé pour cause

7. Arrêt Berthon, Cass. ch. réunies, 4 Fev. 1850, DP 1860, 2-87

d'erreur dans la personne. Selon l'arrêt, "ainsi, l'erreur dans la personne, qui aux termes de l'article 180 du Code Civil, annule le mariage, ne doit s'entendre que d'une erreur qui porte sur l'identité de la personne et par le résultat de laquelle l'une des parties a épousé une autre que celle à qui elle comptait s'unir. Cette erreur ne s'étend pas aux simples erreurs sur des conditions et des qualités de la personne, sur des fletrissures qu'elle aurait subies et spécialement à l'erreur de l'époux qui a ignoré la condamnation à des peines afflictives et infâmantes antérieurement prononcées contre son conjoint".

Les tribunaux inférieurs résistèrent à cette jurisprudence et continuaient à retenir l'erreur dans l'identité civile. Ceci amena le législateur français, dans la réforme du divorce en 1975, d'abroger l'article 180 du Code Civil en retenant désormais l'erreur sur des qualités substantielles. Ce qui n'épuise pas la discussion car la question se pose de savoir ce qu'on entend en matière de mariage par qualités substantielles.

Va-t-on retenir des qualités physiques, intellectuelles? Ou alors jugera-t-on indifférente une erreur déterminante dès lors qu'elle ne porte que sur des qualités purement physiques ou morales dans lesquelles la conscience populaire refuse de voir des causes possibles de nullité, selon le mot de Gornu(8)?

8. Georges Gornu, D. 1959, Chronique, p. 215

La question est décisive. Un jugement du 15 Janvier 1909 a dissous un mariage sur la demande de la femme pour cause d'erreur de caste(9). Doit-on entendre comme qualité substantielle l'égalité de caste ? Ce problème de l'erreur ne s'étant jamais posée devant les juridictions sénégalaises depuis l'avènement du Code de la Famille, il faudra attendre une décision jurisprudentielle pour savoir avec exactitude la position du juge sénégalais qui s'est déjà prononcé sur la violence.

C - La violence

Elle sera retenue comme vice du consentement lorsqu'elle pousse une personne à donner son consentement malgré elle (art. 64 C.O.C.C.). Ainsi, si la violence physique ne pose pas de problème, il en ^{est} autrement de la violence morale qui doit présenter certains caractères. Elle doit en effet être précise et de nature à faire pression sur une personne moyennement impressionnable (la simple crainte révérentielle n'est pas retenue). Le consentement ainsi ~~éc~~torqué n'est point valable, et la Cour de Cassation a annulé un arrêt rejetant une action en nullité de mariage fondée sur des menaces dont le mari aurait

9. Tribunal indigène de Nioro, 15 Janvier 1909. Dominique Barr, Annales Africaines 1975. Dans l'article cité, la femme était noble et le mari de caste nabe. Cependant on ne sait pas si le mariage a été dissous pour ce motif, le mari ayant consenti à la demande d'annulation de la femme.

été victime de la part des beaux-parents(I0). De même, une décision de la Justice de Paix de Bakel a annulé un mariage où la fille avait été contrainte par ses parents à rester avec son mari(II).

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

Section III - Les impératifs familiaux

Le Code de la Famille a donné aux époux un rôle prépondérant dans la formation du mariage. On a alors tôt fait de dire qu'il a réduit la famille sénégalaise au niveau du simple ménage, les parents se limitant à un rôle simplement passif. Pourtant, le Code a concédé une certaine place aux parents en laissant subsister les autorisations familiales tout en les réglementant. D'un autre côté, il a tenté de rendre à la dot sa pureté originelle.

I0. Civ. 17 Mars 1959, D 1959 : affaire Féraldi. La Cour a décidé que "doit être cassé l'arrêt qui rejette une action en nullité de mariage et en dénégation de paternité fondée sur des menaces dont le demandeur aurait été l'objet de la part des parents de la jeune fille".

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

§ I - Les autorisations familiales

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

A - Les personnes habilitées

Aux termes de l'article 109 du Code de la Famille, il s'agit de la personne qui exerce la puissance ^{paternelle} ~~familiale~~.

B - Les conditions

L'autorisation des parents n'est requise que pour les mineurs de 21 ans (art. 109 al. I C.F.).

C - Portée de l'autorisation

On a voulu éviter que par le biais de l'autorisation familiale, les ^Rparents soumettent le mariage; surtout lorsqu'il

s'agit de la jeune fille, à des négociations ou le plus souvent l'emporterait. Ainsi, tout parent de mineur de 21 ans dispose d'un recours devant le juge de paix lorsqu'il estime que le refus de consentir au mariage n'est pas motivé par l'intérêt de l'enfant. Il semble néanmoins, à la lecture de l'article 109 al. 3 que le mineur ne dispose pas de ce recours et doit obligatoirement passer par un parent. Le juge statue par ordonnance non susceptible de voies de recours. Cette limitation du rôle des parents se justifie, et on peut penser avec Kouassigan qu'en fondant l'existence et la validité du mariage sur le consentement des époux, il est normal que l'emprise des parents qui annihile ou vicie ce consentement surtout du côté de la jeune fille soit sinon supprimée, du moins largement limitée(12)

D - La procédure

Aux termes de l'article 109 al. 2, le consentement doit être exprès et comporter la désignation des deux conjoints. Il est donné soit par la déclaration faite devant l'officier d'état civil, le juge de paix ou le notaire avant la célébration, soit verbalement lors de la célébration. Cette restriction de l'emprise familiale ne se limite pas cependant à la seule autorisation des parents. Elle s'étend également à la dot.

12. Kouassigan, quelle est ma loi ?, p. 255

§ II - La dot

Elle constitue avec le problème du consentement des parents dont elle n'est que l'émanation l'institution la plus décriée du droit traditionnel de la famille. Elle a fait l'objet de critiques acerbes de la part des nouveaux penseurs africains, certains y voyant même une coutume rétrograde qui avilit l'individu et la femme tout particulièrement. Les adversaires du droit coutumier y trouvent en outre un argument de poids. Ainsi, pour René Dumont, "elle empêche tout investissement dans l'agriculture par son échelonnement"(13), ce qui en fait donc un facteur de blocage dans le processus de développement des jeunes Etats africains. Son rôle initial est ainsi controversé et son évolution critiquée.

A - La dot dans le droit traditionnel

Pour le Président Nèba Nbaye, dans le droit traditionnel, la validité du mariage était subordonnée à l'accord sur la quotité de la dot, celle-ci légitimant le transfert de l'autorité du chef de famille de la jeune fille au chef de famille de l'homme(14). Il réfute l'argument selon lequel elle constituait le prix d'achat de la femme et en faisait un élément du patrimoine du mari. Il l'analyse comme l'expression

13. R. Dumont, L'Afrique noire est mal partie, p. 117.

14. N. Nbaye, "Droit et développement en Afrique francophone de l'Ouest", art. précité.

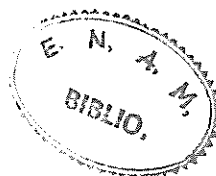
de la règle coutumière courante de réparer le préjudice qui pèse sur la famille de la femme. La dot serait donc un élément de compensation du manque à gagner que subit cette famille.

Kouassigan, quant à lui, voit en la dot non seulement une condition essentielle de la validité du mariage, mais encore un moyen de preuve de celui-ci en l'absence d'un état civil organisé, ainsi qu'un facteur de stabilité⁽¹⁵⁾. Pour l'auteur, certaines formes de la dot prouvent que l'institution à l'origine était destinée autant que possible à rétablir l'équilibre rompu au niveau de la famille de la femme. Il cite l'exemple de certaines coutumes où la dot était instituée sous la forme de prestations de services faites pendant un certain temps par le futur époux au profit de la belle famille. Le rôle de rétablissement de l'équilibre est plus évident dans d'autres coutumes qui prévoient une forme d'échange, une fille de la famille du futur époux étant promise ou donnée à un gargon de la famille de la future épouse. La dot cependant n'a pas gardé son sens originel ; elle a subi une certaine évolution avant d'être réglementée par le législateur sénégalais.

B - Evolution et réglementation de la dot

Avec le développement économique et social, la dot est devenue une matière à spéculation. Il s'en est suivi un véritable abus favorisant une gérontocratie et l'existence de

¹⁵. Kouassigan, op. cit., p. 225 et suiv.



privilèges pour gens aisés parmi lesquels les plus offrants étaient les élus. Le Doyen Decottignies y voit même "un monopole de ceux qui cherchent à compenser par la richesse un vieillissement certain" (15). La dot ayant donc perdu de son sens originel pour devenir un objet de spéculation ne pouvait plus être épargnée dans le cadre de la réforme des structures familiales. Alors que certains pays l'ont supprimée purement et simplement (Gabon, Côte-d'Ivoire par exemple), le Sénégal l'a réglementée "en lui restituant son rôle de moyen d'expression et de symbole de l'engagement au mariage". Cette réglementation ne figure pas dans le Code de la Famille, mais dans la loi du 24 Février 1967 qui en fixe le montant à 3.000 f.

Cependant l'article 132 du Code de la Famille en fait une condition de validité du mariage. "Le mariage ne peut être conclu lorsque la part convenue de la dot a été versée à la femme", dispose l'article 132 al. 3 du Code et l'officier d'état civil doit veiller au respect de la prescription. Mais il faut préciser qu'elle ne constitue une condition requise pour la formation du mariage que par la volonté des parties et non par l'effet de la loi, les parties pouvant décider de se marier sans le versement préalable de la dot.

En outre, elle est la propriété exclusive de la femme, mais le problème s'est posé de savoir si elle était

15. Decottignies, "Requiem pour la famille africaine", Annales Africaines, 1965, pp. 251 et suiv.

remboursable. Un jugement en appel du tribunal de première instance de Tamba a admis le principe du remboursement en y incluant tous les frais(17). Un autre jugement du tribunal de première instance de Dakar limite le remboursement à la somme fixée par la loi(18).

Section IV - Les impératifs sociaux

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

§ I - L'existence d'un lien matrimonial antérieur

Aux termes de l'article 113 du Code de la Famille, la femme ne peut contracter une nouvelle union sans la dissolution du lien matrimonial antérieur, même s'il s'agit d'un simple mariage coutumier non constaté. Pour l'homme, il lui est reconnu la possibilité d'être polygame, mais il ne plus se marier s'il a atteint le chiffre limite de quatre épouses ou s'il a atteint le chiffre qu'il s'était fixé lui-même dans le cadre de la polygamie limitée. Il en est de même s'il avait souscrit à une option monogamique.

17. Tribunal de première instance de Tamba, 22 Oct. 1975, Rec. Crédila, T. I

18. Tribunal de première instance de Dakar, 4 Juin 1974, Annales Africaines 1975. Birone Wade - Nady Niang : aux termes du jugement, "en vertu des dispositions de l'article 5 de la loi

§ II - La prohibition de l'inceste

L'article 110 du Code de la Famille énumère les différents cas de prohibition pour cause de parenté ou d'alliance. Ainsi, le mariage de toute personne est interdite avec :

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

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

- l'adoptant, l'adopté et ses descendants
- l'adopté et le conjoint de l'adoptant et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté
- les enfants adoptifs du même adoptant
- l'adopté et les enfants de l'adoptant

Ainsi donc, les raisons de la prohibition de l'inceste ne sont pas seulement d'ordre physiologique mais aussi moral. Cependant la prohibition pour cause d'alliance entre beau-père et belle-sœur disparaît lorsque l'union qui provoque l'alliance a été dissoute par le décès (art. 110 in fine C.F.)

du 24 Février 1963 sur les cérémonies familiales à l'occasion du mariage, les dépenses autorisées sont la dot qui ne peut être supérieure à 3.000 f et les cadeaux de réjouissance qui ne peuvent être supérieurs à 15.000 f. En cas de divorce, seules ces dépenses sont remboursées".

L'établissement d'un lien de parenté se fait par production d'un papier d'état civil. Dès lors, se pose la question de savoir quel sort il faudra réserver au mariage entre le père et sa fille naturelle qu'il n'aurait pas reconnue. L'action en recherche de paternité étant interdite par l'article 196 du Code de la Famille, rien ne s'oppose à un tel mariage, les liens de parenté ne pouvant dans ce cas être établis.

§ III - Le délai de viduité

Il se pose pour la femme qui veut se remarier après le décès du mari, le divorce ou l'annulation de l'union. La femme qui se trouve dans l'un de ces cas ne peut se remarier aux termes de l'article 112 du Code de la Famille qu'après l'expiration d'un délai de viduité de trois cent jours à compter de la dissolution du premier mariage. L'alinéa 2 atténue le principe en ramenant ce délai à trois mois en cas de divorce ou d'annulation et à quatre mois dix jours en cas de décès du mari. En tous les cas, si la femme accouche, le délai prend fin. Ainsi, aux yeux du législateur, le délai de viduité n'est pas seulement "le temps des pleurs", mais surtout un moyen d'éviter la confusion des parts. Cependant les époux qui ont rempli toutes ces prescriptions de fond doivent encore respecter une certaine forme.

Chapitre II - Les conditions de forme du mariage

"A l'origine était le Verbe". Le mariage traditionnel africain n'était soumis à aucune forme. "Tout est oral. Les formes se limitent à l'échange de consentement des représentants à mariage et à quelques formules de bénédiction"(19).

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

En effet, l'ordonnance du 14 Novembre 1960 sur la Cour Suprême et la loi du 21 Juin 1961 relative à l'état civil déterminaient ceux qui pouvaient se prévaloir de l'une et de l'autre forme. Le Code de la Famille qui a unifié la dualité des statuts a cependant laissé subsister la dualité des formes du mariage qui constituent un des îlots du droit traditionnel

19. K. Mbaye, "Droit et développement en Afrique francophone de l'Ouest", M.S.D. 1967

"que n'ont pu submerger les flots du droit moderne"(20). Les formes ici sont similaires, mais s'est posé le problème de leur égalité.

Section I - La similitude des formes

Le Code de la Famille a institué le mariage célébré et le mariage coutumier constaté. Les formalités de la deuxième forme sont recopiées sur la première. Trois phases sont à dégager.

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

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

a) - Les formalités communes

Il s'agit d'abord de l'information de l'officier d'état civil par les futurs époux de leur projet un mois avant le mariage (art. 125 C.F.). Si cette exigence est prévue pour le mariage constaté, elle est évidente pour le mariage célébré, l'officier d'état civil jouant un rôle déterminant dans cette forme.

Il y a ensuite la remise des pièces prévue pour la célébration à l'article 115, et pour le mariage coutumier à

20. K. Ibaye, "Evolution des formes du mariage au Senegal" in Mélanges Ancel, 1975, p. 176.



l'article I26 qui renvoie à l'article II5. Chacun des futurs époux doit ainsi remettre à l'officier d'état civil une copie de son acte de naissance datant de moins de trois mois, la copie des actes accordant les dispenses s'il y a lieu. Si un des époux se trouve dans l'impossibilité de produire son acte de naissance, il y sera suppléé aux termes de l'article II5 al. 2 par un acte de notéariété dressé par le juge de paix du lieu de naissance ou de domicile, mais à la condition que cette impossibilité ne soit pas constituée par le défaut de déclaration à un officier d'état civil sénégalais (art. 61 al. 2 C.F.), auquel cas il faudra recourir à la procédure de jugement d'autorisation d'inscription prévue à l'article 67 du Code de la Famille.

Notons encore les questions posées par l'officier d'état civil (art. II6 pour la célébration ; I27 pour le mariage coutumier qui renvoie à l'article II6). Ces questions sont relatives à la situation matrimoniale des futurs époux, l'officier d'état civil devant s'assurer qu'ils ne sont pas dans des liens de mariage qui constitueraient un empêchement à leur projet ; à la preuve du consentement de la personne habilitée s'il est requis ; à la dot ; à l'option de monogamie ou de polygamie limitée ; enfin au régime matrimonial.

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

b) - Les formalités propres au mariage coutumier

alors que pour le mariage célébré toutes les formalités sont prévues au moment où l'officier d'état civil célèbre le mariage, pour le mariage coutumier elles sont prévues à la phase préparatoire, lors de la remise des pièces. Il s'agit essentiellement du contrôle du consentement qui se fait avant le mariage.

B - La phase de la conclusion du mariage

L'officier d'état civil intervient dans les deux formes. mais si dans le mariage célébré c'est lui-même qui scelle l'union après le "oui" des parties, dans le mariage coutumier, il se limite à un rôle plutôt passif consistant simplement à constater le mariage. Il devra cependant s'assurer du consentement personnel des parties.

C - Phase postérieure à la constatation ou à la célébration

Il est délivré au mari un livret de famille et à la femme un exemplaire de l'acte de mariage. L'officier d'état civil ayant célébré ou constaté le mariage le notifiera à l'officier d'état civil du lieu de naissance des parties pour la mention de l'acte de mariage en marge de l'acte de naissance. Mais si les formes sont similaires, sont-elles pour autant égales ?

Section II - Le problème de l'égalité des formes

Il s'est posé la question de savoir si le choix entre les deux formes de mariage consacrées au Sénégal est réellement libre. Un tel problème n'est pas nouveau.

§ I - La question du libre choix avant le Code de la Famille

Deux lois étaient à la base des difficultés :

- l'ordonnance du 14 novembre 1950 portant l'organisation judiciaire dans la République du Sénégal et les principes fondamentaux de la réglementation des litiges de droit privé.

- la loi du 23 novembre 1961 créant un état civil unique au Sénégal et dont l'article 36, continuant l'œuvre du colonisateur, a laissé subsister la dualité des statuts.

A ces deux textes, s'ajoute l'arrêté ministériel du 26 février 1961 fixant à 60 le nombre des coutumes applicables au Sénégal. Il en est résulté une série de décisions de la Cour Suprême sur le libre choix de la forme de mariage. On peut les scinder en deux groupes : d'abord les mariages d'époux ne relevant d'aucun statut coutumier ; ensuite les mariages où l'un au moins des époux relève d'une coutume applicable au Sénégal.

A - Les époux ne relèvent d'aucune coutume applicable au Sénégal

La Cour Suprême, dans un arrêt du 15 Mars 1959 a cassé un jugement ordonnant la transcription sur les registres de l'état civil d'un mariage contracté en 1943 par des époux libanais selon la coutume chiite (21). Aux termes de l'arrêt combinant l'article premier de l'arrêté du 29 Mai 1933 réglementant l'état civil avec les articles 1 et 2 du décret du 5 décembre 1931 réorganisant la justice de droit local, "en 1943, le mariage coutumier n'était permis au Sénégal qu'entre étrangers ne possédant pas dans leur pays d'origine le statut de nationaux européens et originaires des contrées comprises entre les possessions françaises de l'Afrique Occidentale et de l'Afrique Equatoriale, ou limitrophes de ces pays...".

Se fondant sur ces dispositions, la juridiction suprême a cassé le jugement d'autorisation d'inscription du mariage dans les registres de l'état civil. Le motif était que les époux, en se mariant sous la coutume chiite ne remplissaient pas les conditions exigées par le droit interne. Un tel mariage devait obligatoirement être célébré par l'officier d'état civil. Ce principe sera repris par un jugement de la Justice de Paix de Dakar(22).

21. Cour suprême, 15 mars 1959, époux Haloui-Sayegh. RSD 1970, vol. 7, p. 51 (note Bourel)

22. Justice de Paix de Dakar, 26 Dec. 1978, époux Aly Yasbeck-Dame Balbani. Inédit.

Dans l'espèce, deux époux libanais mariés sous la tradition chiite le 13 avril 1962 avaient par la suite présenté une requête en date du 29 Juin 1978 aux fins d'obtenir un jugement d'autorisation d'inscription de leur union. Cette requête fut rejetée par le juge pour qui, "quand il s'agit des étrangers dont le mariage contracté au Sénégal est régi, quant à ses conditions de forme, par la loi sénégalaise, le mode de célébration qui s'impose est celui qui fait intervenir l'officier d'état civil dès lors qu'ils ne relèvent d'aucune coutume sénégalaise et qu'ils se trouvent donc soumis à la règle de droit commun, applicable à défaut de toute autre".

La forme coutumière du mariage n'était donc admise que pour les époux relevant d'une coutume applicable au Sénégal. Si cette condition n'est pas remplie, la seule forme admise est celle du droit commun, célébrée par l'officier d'état civil. Cependant l'on s'est posé la question de savoir si tous les deux époux devaient relever de cette coutume ou si l'appartenance de l'un seul suffisait pour adopter la forme coutumière. C'est tout le problème des mariages mixtes.

B - Les mariages mixtes

La Cour suprême s'est prononcée par deux arrêts célèbres sur la forme du mariage à adopter lorsque l'un des époux au moins relevait d'une coutume applicable au Sénégal. Si dans les deux cas d'espèce le problème était similaire, les deux arrêts de la Cour ont apporté une solution fondamentalement opposée.

Dans la première espèce, le tribunal avait autorisé l'inscription sur les registres d'état civil d'un mariage contracté au Sénégal par un sénégalais relevant de la coutume wolof islamisée et une européenne relevant du Code Civil, selon la forme coutumière. Ce jugement a fait l'objet d'un pourvoi en cassation par le Procureur Général, sur ordre du Ministre de la Justice(23).

La Cour s'est prononcée en arrêtant que, en cas de mariage mixte et aux termes de l'article 16 de l'Ordonnance du 14 Novembre 1960, il est statué selon la coutume de la femme et c'est en fonction de cette dernière que le mariage doit être célébré. Dès lors, le mariage contracté à Dakar par une française relevant du Code Civil selon la coutume wolof islamisée, n'est pas valable s'il n'est pas célébré devant l'officier d'état civil.

On a surtout reproché à cet arrêt de faire persister une certaine confusion en posant des solutions différentes selon que l'époux relevait de tel ou tel statut. Et l'affaire Lochet surveaux après en est une preuve évidente, la Cour revenant sur sa décision.⁽²⁴⁾ Comme dans la première espèce, il s'agissait de savoir si un mariage pouvait être contracté au

23. Cour Suprême, 29 Novembre 1959, époux Ndoye-Rocca, RSD 1970, vol. 7

24. Cour Suprême, 24 Novembre 1974, époux Lochet-Aïssat ou Diallo, RSD 1974, vol. 16, p. 47 (note Bilbao).



Sénégal selon . la forme coutumière par des époux dont l'un relevait du statut moderne. Pour le Ministre de la Justice, un tel mariage était réservé uniquement aux époux ayant conservé un statut traditionnel. Et sur son ordre, un pourvoi a été formé par le Procureur Général contre le jugement supplétif du 10 Novembre 1965 de la Justice de Paix de Dakar pour violation des articles 10, 14, 16 et 19 de l'Ordonnance 50-55 du 14 Novembre 1960, ainsi que de l'article 36 de la loi 61-56 du 23 Juin 1961 sur l'état civil.

Dans cette affaire, la Cour opéra un revirement en décidant "qu'il ne résulte d'aucune disposition légale, ni d'aucun principe général, que le législateur ait établi une prééminence quelconque de l'une de ces formes sur l'autre dans le cas de mariage entre deux personnes de statut différent. Ne viole donc aucun texte le jugement supplétif rendu pour tenir lieu d'acte d'enregistrement d'un mariage célébré selon la forme coutumière entre un mari français de statut européen et une femme sénégalaise de statut coutumier".

On s'est réjoui de cette solution qui en laissant aux parties le choix de s'unir selon les formes prévues par le statut de l'une d'entre elles, respecte l'égalité des formes et favorise la stabilité et le sérieux des mariages mixtes.

Kouassigan s'élève cependant contre cette position qu'il estime contraire au vœu du législateur de faire pré-

valoir le droit moderne. Avec le Code de la Famille, a disparu la distinction entre nationaux de statut moderne et ceux de statut coutumier. L'article 130, en faisant table rase des textes antérieurs, notamment de la loi du 23 Juin 1951 et de l'ordonnance du 14 Novembre 1950 a unifié le droit sénégalais de la famille. On peut alors penser qu'avec le Code de la Famille, le problème de l'égalité des formes du mariage a trouvé une solution définitive.

§ II - Egalité des formes depuis le Code de la Famille ?

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

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

A - La thèse restrictive.

Elle est défendue par Kouassigan(25). L'auteur soutient que seuls peuvent recourir à la forme coutumière les époux relevant de l'ordre traditionnel. L'essentiel pour lui n'est pas de suivre telle règle coutumière comme pourrait le laisser penser le mot "observer", et le recours à la célébration s'impose chaque fois que la condition d'appartenance à l'ordre traditionnel sénégalais n'est pas remplie par les futurs époux. Dès lors le bénéfice de la concession ne saurait être étendu aux unions de ceux que rien n'attachent à cette tradition, mais "à ceux pour qui elle n'est pas une simple formalité mais une manifestation de leur attachement à l'ordre social traditionnel".

Kouassigan aboutit ainsi à la conclusion "qu'interpréter la législation au service d'un Etat qui se crée, d'une nation qui naît ou renaît, c'est assurer le triomphe du construit sur le donné, de la réalité souhaitée sur la réalité vécue...". Le construit étant la soumission de toutes les unions à une forme unique considérée comme une étape nécessaire sur la voie de l'unification de l'ordre judiciaire interne ; le donné quant à lui apparaissant comme le vécu, la diversité des formes coutumières du mariage. Cette thèse est cependant combattue par M. Guinchard qui propose une interprétation plus large de l'article II4 du Code de la Famille.

25. G. Kouassigan, "Des conflits interpersonnels et internationaux de droit et de leur incidence sur la forme du mariage en Afrique noire francophone", Revue Critique, DIF 1978, pp. 641 et suiv.

B - La thèse du libre choix

Elle est soutenue par ^RSerge Guinchard qui reproche à la précédente de remuer les cendres de la pluralité de statuts sur laquelle le législateur sénégalais de 1972 n'a pas voulu revenir. Sa critique se fonde tant au niveau des principes que de la technique. Pour l'auteur, exiger l'appartenance des époux à la coutume comme une condition essentielle pour accéder au mariage coutumier, c'est transformer une règle de forme en une règle de fond, ce qui ne correspond pas aux véritables ambitions du législateur sénégalais. Ainsi, "s'il est vrai que le construit, c'est le mariage célébré et le donné le mariage coutumier, il n'est pas certain que le législateur ait vu dans le premier le droit commun et dans le second l'exception"(26).

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

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

S. Guinchard, "Le mariage coutumier en droit sénégalais", Revue internationale de droit comparé, 1978, n° 3, p. 819.

Après avoir fustigé la thèse précédente, M. Guinchard soutient que la loi a bien voulu laisser aux époux un véritable choix entre les deux formes du mariage, le libre choix apparaissant dans l'idée de l'abrogation des statuts antérieurs. Ainsi, la seule obligation que pose l'article II4 du Code de la Famille est pour les époux de se conformer au moment de conclure leur mariage aux règles posées par la coutume choisie.

Cette interprétation pour l'auteur est non seulement conforme aux intentions du législateur et à l'esprit du Code, mais aussi à l'étymologie du mot "observer" qui selon le Petit Robert signifie "respecter une règle particulière", en l'occurrence la règle coutumière choisie.²⁷ Guinchard propose donc de lire et d'interpréter la deuxième phrase de l'article II4 du Code de la Famille à la lumière de la première qui met l'accent sur la volonté des parties en commençant par ces mots : "selon le choix des époux...".

Le choix est donc une condition nécessaire et suffisante pour accéder à la forme coutumière du mariage. Cette thèse est aussi celle du Président Youssou Ndiaye⁽²⁷⁾ qui ne voit dans le Code aucune prééminence de l'une des formes sur l'autre et de M. René Bilbao⁽²⁸⁾ pour qui les deux mariages se ressemblent comme des frères. Il est alors concevable et na-

27. Y. Ndiaye, "Le nouveau droit africain de la famille", revue Ethiopiques, mai 1978, pp. 18 et suiv.

28. R. Bilbao, note sous l'arrêt Lochet, ASD 1974, vol. 16, pp. 47 et suiv.

turel de laisser le libre choix aux parties de celle des formes qu'elles souhaitent adopter". Ces deux thèses, comme on le voit, pèchent par leur excès. Une troisième thèse que nous appellerons médiane nous semble s'imposer.

C - Critique et proposition d'une troisième thèse

La thèse restrictive nous semble criticable en de nombreux points. D'abord, elle semble favoriser un retour aux statuts antérieurs que le législateur a définitivement bannis dans l'article 830 du Code de la Famille et son application poserait la délicate question de savoir qui sera juge de l'appartenance à la coutume. Ensuite, il nous paraît surprenant que Kouassigan ait fait de l'observation d'une coutume en usage au Sénégal une règle de fond. L'auteur a pu d'ailleurs écrire que "Si dans le respect strict de la règle 'locus regit actum' le législateur sénégalais n'autorise le mariage coutumier que sous une des formes en usage au Sénégal, il admet en cela une règle largement consacrée par le droit international privé que les conditions de fond du mariage ainsi que les effets extra-patrimoniaux du mariage sont régis par la loi nationale des époux". Or l'article II4 est contenu dans la section III relative aux conditions de forme du mariage.

Enfin, il ne nous semble pas de la volonté du législateur, depuis l'arrêt Lochet, de soumettre le mariage à la célébration toutes les fois que les deux époux n'appartiennent

pas à l'ordre traditionnel. Quant à la thèse libérale, ni son contenu, ni ses justifications ne nous paraissent répondre au vœu du législateur. Au niveau du contenu, elle aboutirait même à des situations choquantes. Faisant de la volonté des individus une condition nécessaire et suffisante pour accéder à la forme coutumière du mariage, elle permet à des époux qui n'ont rien à voir avec la tradition de s'en prévaloir, ce qui n'est certainement pas le but de l'article II4. Les justifications sont tout aussi moins convaincantes.

En effet, se référer au dictionnaire pour expliquer le sens d'un mot est certes légitime, mais on court le risque de ne pas le traduire dans toute sa portée. On n'observe pas une coutume comme une prescription quelconque. "Une coutume n'est pas seulement une façon d'agir ou de ne pas agir, c'est une manière d'être et de penser, de se concevoir dans l'ordre social par rapport à soi et par rapport aux autres". Elle ne peut donc être une simple formalité. M. Guinchard en est tellement conscient qu'il a pu écrire que tout n'était pas de respecter les formalités d'une coutume, mais encore faudrait-il trouver des autorités traditionnelles disposées à sceller une union dont les parties sont complètement étrangères à cette tradition.

Une troisième thèse s'impose alors, qui concilie les deux précédentes. Soutenue par le Professeur Abdel Kader Boye, elle consiste à ouvrir l'accès du mariage traditionnel aux



époux dont l'un au moins appartient à cet ordre traditionnel. Ceci semble être le vœu du législateur qui a entendu consacrer la jurisprudence Lochet. Cette thèse nous semble devoir l'emporter sur les autres car autant il sem^ait choquant de rabaisser le respect d'une coutume au niveau d'une simple formalité, autant il serait inacceptable de refuser à un époux appartenant à une coutume le droit de s'en prévaloir pour se marier à un étranger.

Ainsi, par la thèse médiane, non seulement l'égalité des formes qui semble être le souci majeur des tenants de thèse libérale sera respectée, mais encore la vaillante tradition sera sauvée ainsi que le préconise la thèse restrictive. Le mariage au Sénégal est donc soumis à des conditions rigoureuses de fond et de forme. Mais quelles sont les sanctions qu'encourt la violation de ces prescriptions ? C'est l'objet de notre second titre.

Titre II - LES SANCTIONS DES CONDITIONS DE FORMATION DU MARIAGE

Dans le droit commun, un acte juridique passé au mépris des prescriptions légales est sanctionné par la nullité. "L'inobservation d'une des conditions de formation du contrat entraîne sa nullité", édicte l'article 84 du C.O.C.C.

Le Code de la Famille ne reprend pas cette rigueur du droit commun. La raison est double. D'abord, en matière de mariage, derrière la notion de contrat se faufile une notion institutionnelle. Ensuite et surtout il a fallu tenir compte des pratiques des populations et leur faire des concessions pour rendre la nouvelle loi plus efficace.

Dans cette étude, nous nous passerons des sanctions pénales telle que la répression de la bigamie (art. 333, nouveau code pénal) et des frivolités du mariage édictées par la loi du 24 février 1957 sur les cérémonies familiales. Nous nous limiterons aux sanctions civiles parmi lesquelles nous distinguerons entre les sanctions préventives et les sanctions "répressives". Enfin nous nous pencherons sur le cas spécial du mariage coutumier non constaté.

Section I - Les sanctions préventives : les oppositions à mariage

A - Définition

L'opposition à mariage est l'acte par lequel une personne fait défense à un officier d'état civil de célébrer ou constater un mariage en l'informant qu'une condition requise pour sa formation n'est pas accomplie. C'est une sorte de dénonciation légale que le Code ne semble admettre que pour le mariage célébré.

B - Causes d'opposition

Trois causes sont prévues par l'article 118 du Code de la Famille :

- la non restitution des cadeaux de fiançailles par la femme en cas de rupture illégitime prévue par l'article 107 du Code

- le défaut de consentement des parents lorsqu'il est requis au sens de l'article 109 C.F.

- l'existence d'un lien matrimonial antérieur prohibant le nouveau mariage tel que prévu par l'article 113 C.F.

C - Procédure

Le code ne détermine pas les personnes qui doivent dénoncer les causes d'opposition à l'officier d'état civil. Il suffit seulement qu'il soit informé dans le délai de publication de quinze jours. Il doit alors avertir le Procureur de la

République dans les 48 heures. Celui-ci peut lui demander de passer outre l'opposition ou de former opposition (art. 118 al. 2).

Le parquet notifie son opposition lorsqu'il est saisi directement par voie administrative aux futurs époux et à l'officier d'état civil qui en dresse acte. S'il ne forme pas opposition dans le mois de l'avis, l'officier peut passer outre (art. 118 al. 3).

Après une année révolue, l'acte d'opposition cesse d'avoir son effet mais peut être renouvelé (art. 118 in fine). Cependant les parties ont la possibilité de demander main levée de l'opposition par requête adressée au Président du tribunal qui doit statuer dans les 10 jours (art. 119 al. 1). Celui-ci peut exceptionnellement surseoir à statuer si des vérifications s'imposent (art. 119 al. 3). Un appel peut être formé dans les 3 jours francs suivant la décision du Président. Le parquet transmet alors les pièces dans les 48 heures au greffe de la Cour d'appel et la cause sera inscrite à la première audience.

D - Effets de l'opposition

Tant que l'opposition n'est pas levée, l'officier d'état civil ne peut procéder à la célébration du mariage sous peine d'une amende de 10.000 F prononcée par le Président du tribunal sur requisition du Procureur de la République (art. 120 C.F.). L'article 120 est muet sur le mariage constaté de

de même que l'article 118 d'ailleurs. Cependant si dans ce cas l'officier d'état civil ne fait que constater un mariage qui existe déjà, l'on peut supposer que les sanctions édictées par l'article 120 lui sont également applicables s'il consentait à constater un mariage auquel il a été fait opposition. A côté de ces sanctions préventives, nous trouvons les irrégularités sanctionnées par la nullité.

Section II - Les sanctions "répressives" : les nullités du mariage

§ I - Le domaine des nullités

Certaines nullités ne sont que des protections; elles sont dites relatives. D'autres sont absolues.

A - Les cas de nullités relatives

Elles sont édictées par l'article 138 du Code de la Famille. Ce sont :

- le vice de consentement de l'un des conjoints (violence, erreur)
- le défaut d'autorisation familiale lorsque les époux sont mineurs
- le non-paiement de la part exigible de la dot lorsque les époux ont convenu d'en faire une condition de leur union
- l'impuissance du mari
- la maladie grave et incurable rendant la cohabitation préjudiciable lorsque le conjoint l'a sciemment dissimulée au moment du mariage.

B - Les nullités absolues

Elles sanctionnent les irrégularités qui touchent l'intérêt général (art. 85 C.O.C.C.). Six cas sont prévus :

- L'absence total de consentement des époux. Ainsi, dans un jugement en date du 5 Décembre 1974 de la Justice de Paix de Tamba, confirmé en appel, il a été édicté que "lorsque le mariage a été célébré sans le consentement de l'un des époux... la nullité doit être prononcée".

- La similitude de sexe.

- L'absence de dispense lorsque les époux n'ont pas l'âge requis.

- Lorsqu'il existe entre les parties un lien de parenté ou d'alliance prohibant le mariage.

- Lorsque la femme est dans les liens d'une union non dissoute mais à condition que cette précédente union ne soit pas elle-même nulle.

- Lorsque le mari ne peut plus contracter une nouvelle union, soit qu'il ait atteint le nombre de quatre épouses ou le nombre qu'il s'était fixé lui-même, soit qu'il ait opté pour la monogamie.

A ces vices de fond, il faut ajouter les vices de forme tels que l'incompétence de l'officier d'état civil, le mariage célébré sans l'intervention de celui-ci. Ces différents types de nullité sont soumis quant à leur exercice à un régime particulier.

§ II - L'exercice des actions en nullité

Dans le droit commun, l'exercice de la nullité relative se distingue de celui de la nullité absolue sur trois points :

- d'abord la nullité relative étant de protection ne peut être invoquée que par la personne dans l'intérêt de qui elle est édictée, alors que la nullité absolue peut être invoquée par tout intéressé, par le ministère public ou soulevée d'office par le juge (art. 85, 86 C.O.C.C.) ;

- ensuite elle peut être couverte par la confirmation contrairement à la nullité absolue (art. 88, 85 in fine C.O.C.C.) ;

- enfin l'action en nullité relative se prescrit après deux ans alors que la nullité absolue est soumise à la prescription de droit commun (art. 85 in fine, 87 C.O.C.C.).

En matière de mariage, cette distinction perd de sa rigueur. Il y a comme une sorte de mélange entre ces deux nullités quant au régime.

I - Exercice de l'action en nullité relative

A - Titulaires de l'action

Le Code distingue selon la nature du vice. En vertu de l'article 139 du Code de la Famille, en cas de vice du consentement, seul peut agir l'époux dont le consentement a été vicié.



En cas de défaut d'autorisation familiale, l'action est ouverte à celui dont le consentement était requis ou à l'époux qui avait besoin de ce consentement. Elle est réservée seulement à la femme lorsque le mari est impuissant ou n'a pas libéré la part exigible de la dot, et au conjoint de l'époux atteint de maladie grave et incurable. Cependant il y a des cas de couverture du vice.

B - Couverture de la nullité relative

Elle est édictée dans le but de restreindre l'exercice de l'action. Ainsi, aux termes de l'article 140 du Code de la Famille, elle est irrecevable si :

- Six mois se sont écoulés en cas de vice de consentement depuis la cessation des violences ou depuis l'instant où l'époux s'est rendu compte de son erreur.

- La cohabitation s'est poursuivie pendant plus d'un an lorsque le mari est impuissant ou lorsque le conjoint a dissimulé une maladie grave et incurable.

Quant à la nullité pour défaut d'autorisation familiale, elle est couverte dans trois cas :

- Si celui qui devait accorder l'autorisation a approuvé le mariage tacitement.

- Si avant la majorité des époux il a laissé s'écouler un an sans agir alors qu'il avait connaissance du mariage.

- Enfin lorsque l'époux a atteint vingt-deux ans révolus sans avoir agi.

Ces aménagements ne se trouvent pas au niveau de la nullité absolue.

II - Exercice de l'action en nullité absolue

Il est ouvert aux termes de l'article 142 aux époux, à toute personne ayant intérêt, au ministère public si les époux sont vivants. Cette action peut-elle être couverte ? En droit commun, la seule possibilité de couverture est la prescription de dix ans. En matière de mariage par contre, elle est imprescriptible. Il existe cependant deux cas de couverture.

En effet, le vice de forme est couvert par la possession d'état d'époux légitimes (art. 137 al 3). Quant au fond, lorsque l'un des époux n'a pas l'âge requis, il ne peut plus s'en prévaloir après qu'il a atteint cet âge ou lorsque la femme a conçu (art. 142 al. 4 C.F.).

Quels sont alors les effets de l'action en nullité si elle aboutit ?

§ III - Effets de l'action en nullité

Il y a un principe et une exception

I - Le principe

L'effet de l'annulation du mariage est le même que pour tous les actes juridiques. Le jugement qui prononce l'annulation fait disparaître rétroactivement le mariage. Il a autorité de la chose jugée à l'égard de tous à compter du jour de l'accomplissement des formalités de transcription (art. 143) mais cette portée doit cependant être appréciée.

En effet, l'acte nul produit ses effets comme s'il avait été valable jusqu'au jour où la décision prononçant la nullité devient définitive (art. 144 CF). A compter de ce jour, il est réputé dissous. Les effets s'apparentent à ceux du divorce avec ces deux exceptions :

- d'abord le nouveau mariage contracté avant l'annulation reste valable (art. 144 al. 2 CF) ;

- ensuite pour les biens des époux, la dissolution remonte au jour de la demande et au jour de l'accomplissement des formalités de publicité pour les tiers. Il faut cependant réserver le cas spécial de la putativité.

II - Le cas spécial du mariage putatif

A - Conditions de la putativité

Selon Portalis, "le mariage putatif est celui que les époux ont cru légitime". Œuvre de l'Eglise, la putativité a

permis à cette dernière de réformer dans le passé le mariage. Elle sert aujourd'hui à légitimer les unions irrégulières par le recours à la fiction.

L'article 145 du Code de la Famille nomme la putativité sans déterminer pour autant ses conditions d'admission. Cependant, on retient la bonne foi des époux comme condition essentielle, mais aussi la publicité du mariage. Ainsi, "il faut, pour être admis au bénéfice du mariage putatif que l'époux au nom duquel on s'en prévaut ait, de bonne foi, cru contracter une union produisant les effets d'un mariage légitime"(29).

Cette bonne foi est présumée et il incombe à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver. Elle doit être recherchée quelque soit le vice affectant le mariage et aux termes de l'article 145 al. I, le jugement prononçant la nullité

29. Req. 4 Mars 1923, Cousin de Lavallière, S 1929, I - 28. Aux termes de la décision, "les juges du fond apprécient d'après les faits et documents de la cause souverainement que cette croyance de bonne foi à un mariage légitime, avec ses effets, notamment au regard des enfants, n'a pu exister chez deux femmes indigènes auxquelles un colon français s'était uni selon les rites locaux".

Cet arrêt a en outre écarté de la succession de leur père les enfants issus d'un tel mariage, s'écartant ainsi de la position généralement admise que les enfants ne peuvent en aucun cas souffrir de la mauvaise foi de leur parents.

doit en toute hypothèse statuer sur la bonne foi de l'un ou l'autre des époux(30).

B - Les effets du mariage putatif

Il faut distinguer :

- Si les époux sont de mauvaise foi, le mariage est réputé n'avoir jamais existé tant dans les rapports des époux entre eux que dans leurs rapports avec les tiers (art. 145 al. 2 du Code de la Famille).

- Si l'un seul des époux est de bonne foi, il pourra seul se prévaloir des effets du mariage comme s'il était légitime. Ainsi, la veuve de bonne foi pourra hériter de son mari défunt(31).

30. Civ. 30 Juillet 1960, GAJC, 7e éd., p. 24. Aux termes de l'arrêt, "les dispositions des articles 201 et 202 du Code Civil aux termes desquels le mariage déclaré nul produit des effets civils tant à l'égard des époux ou de l'un d'eux qu'à l'égard des enfants qui en sont issus, quand il a été contracté de bonne foi, sont générales et s'appliquent à toutes les nullités. Par suite, le juge de fond saisi des conclusions tendant à faire déclarer la bonne foi des époux ou de l'un d'eux ne peut se refuser à cette recherche, sous prétexte que le vice dont est affecté le mariage le rendrait inexistant.

31. Cour d'Appel de Dakar, 8 Juin 1973, Dame Ndioro Ndiaye contre Dame Simon. Arrêt n° 138, recueil ASERJ 1973 n° 2, p. 92. Dans cette affaire le sieur Aly Ndiaye, militaire de carrière, français de nationalité, avait épousé le 3 Avril 1954 en France la dame Juliette Simon sous le régime de la monogamie. De retour au Sénégal après un passage en Indochine, il prit une seconde épouse,

Pour l'époux de mauvaise foi, l'article 145 al. 2 s'applique. Lorsque tous les deux sont de bonne foi, l'annulation ne jouera que pour l'avenir. Dans tous les cas, les enfants conservent leurs droits légitimes à l'égard de leurs parents. Il reste cependant que toutes les irrégularités ne sont pas cause de nullité.

Section III - Les exceptions aux nullités du mariage

Elles concernent les empêchement simplement prohibitifs et le mariage coutumier non constaté.

§ I - Les empêchements simplement prohibitifs

Le mariage ne devrait pas être conclu si de tels empêchements existaient. Mais si on y passait outre, le mariage demeurerait valable et serait même opposable aux tiers. Deux

Ndiaro Ndiaye le 24 Décembre 1962. A la mort du mari le 11 Décembre 1971, la deuxième épouse qui prétendait à l'héritage de son feu mari, avec ses enfants, s'est vu opposer par la première épouse la nullité du mariage. Le tribunal qui a fait droit à cette demande de nullité a cependant puis de se prononcer sur la putativité. En appel, le juge, après avoir évoqué les articles 145 et 146 CF a retenu cette putativité et arrêté que : "... Le second mariage va donc produire ses effets vis-à-vis de la dame Ndiaye et des enfants communs ... qui a les droits d'une épouse légitime et de ses enfants qui ont les droits d'enfants légitimes".

cas sont retenus par la loi :

- il s'agit d'abord de la non-restitution du cadeau de mariage par la fiancée en cas de rupture illégitime (art. 107 al. 2 CF) ;

- le second cas prévu par la loi est le non-respect du délai de viduité déterminé par l'article 112 CF.

Le mariage passé en violation de ces interdictions produit tout de même son plein effet, ce qui n'est pas le cas du mariage coutumier lorsqu'il n'est pas constaté par l'officier d'état civil.

§ II - La validité restreinte du mariage coutumier non constaté

La survivance de la formation coutumière du mariage est une concession que le législateur a faite à la tradition en matière de famille (art. 146 CF). En effet, il a fallu compter avec le droit sociologique des populations qui, en matière de famille, restait vivace. Un texte draconien dans ce domaine aurait été d'une totale inefficacité et son seul mérite eût été de tenir tous les ménages pour nuls.

Ainsi, le Code de la Famille en son article 146 admet que des époux n'ayant pas satisfait pleinement aux exigences du mariage bénéficient tout de même de ses effets. Encore faut-il déterminer la portée de cette validité et les possibilités ultérieures de régularisation.

A - Limites de la validité

Le mariage célébré sans l'intervention de l'officier d'état civil est inexistant. Cependant, malgré l'égalité des formes, le législateur n'a pas tiré toutes les conséquences de cette sanction, en ce qui concerne le mariage coutumier non constaté.

Les rédacteurs du Code avaient édicté une sanction particulière qui touchait seulement l'époux. En effet, il était proposé que dans un tel mariage le mari ne pût se prévaloir même à l'égard de sa femme du lien conjugal. En retour cependant, la femme serait en droit de lui refuser l'accomplissement des devoirs conjugaux et lui réclamer en même temps l'exercice de toutes les obligations qui lui incombent, en rapportant la preuve du mariage par tout moyen. Cette solution trop inique a été repoussée par l'Assemblée Nationale qui a reconnu au mariage son plein effet entre les parties, mais le déclare inopposable aux tiers.

1) Le mariage produit son plein effet "inter partes"

Même lorsque le mariage coutumier n'a pas été constaté, les époux ne peuvent se considérer comme libres de tout engagement et sont soumis aux droits et devoirs réciproques entre époux. Leur divorce est soumis à la procédure judiciaire et le certificat de mariage est obligatoirement produit (Cour Suprême, 20 Juillet 1977, RSD 1977, p. 395).

Sur le plan pénal, un tel mariage peut fonder des poursuites pour bigamie en cas de remariage de la femme sans la dissolution judiciaire du premier mariage (loi 77-33 du 22 février 1977 modifiant l'article 333 CF). Ces mêmes époux sont tenus à l'obligation d'entretien et d'éducation envers leurs enfants communs qui sont considérés comme légitimes (art. 219 al. I CF).

2) - Ce mariage est cependant inopposable à l'Etat, aux collectivités publiques, et aux établissements publics ou privés (art. 146 al. 2). Il peut cependant faire l'objet d'une régularisation a posteriori.

B - Transformation d'un mariage coutumier non constaté en mariage opposable "erga omnes"

Deux possibilités s'offrent aux époux : la déclaration tardive et le jugement d'autorisation d'inscription.

I) - La déclaration tardive

Elle est réglementée par l'article 147 CF qui permet aux époux de transformer leur mariage en un mariage produisant des effets "erga omnes". Dans les deux mois de la conclusion, les époux se rendent devant l'officier d'état civil dans la circonscription duquel le mariage a été constaté. Ils se présentent personnellement, accompagnés chacun de deux témoins qui ont assisté au mariage et qui certifient l'échange

des consentements. L'officier d'état civil accomplira alors les formalités de l'article 126 relatives à la remise des pièces et fera préciser aux époux et témoins les dates, lieu et circonstances du mariage avant de dresser l'acte de mariage. Au-delà de ce délai de deux mois, la seule possibilité qui s'offre est le jugement d'autorisation d'inscription.

2) - Le jugement d'autorisation d'inscription

Il est prévu par l'article 87 du Code de la Famille. Il a pour but de substituer à l'acte qui fait défaut un jugement du juge de paix autorisant son inscription sur les registres d'état civil. Il est ouvert à toute personne dont l'acte d'état civil doit établir l'état.

Cependant, le risque est grand en matière de mariage de voir autoriser l'inscription d'un mariage forcé ou d'une union qui n'est que concubinage. Ainsi, deux règles sont posées pour parer à ce risque :

- d'abord les demandeurs doivent produire un certificat de non-inscription ;

- ensuite et surtout le juge procédera à une enquête approfondie si les pièces justificatives ne sont pas remises.

C O N C L U S I O N

Ainsi donc, après plus d'une décennie d'errements, le législateur sénégalais a soumis le mariage à des conditions de formation assorties de sanctions. Ces conditions touchent aussi bien le fond que la forme.

Au niveau du fond, le problème le plus crucial était de reconnaître aux époux un rôle prépondérant dans la conclusion du mariage. Aussi le Code de la Famille a-t-il exigé le consentement personnel des époux, même mineurs et fixé un âge minimum pour se marier. Mais le mariage étant aussi une institution touchant de près la vie familiale, il a fallu concéder à la famille une parcelle d'autorité.

C'est ainsi que les époux mineurs ne peuvent se marier qu'avec l'autorisation de leurs parents tant qu'elle se limite à protéger leurs intérêts et que la dot est maintenue. Quant à la protection de la société, elle est assurée par la prohibition du mariage lorsqu'il existe un lien matrimonial antérieur interdisant le mariage ou des liens de parenté assez proches.

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



Cependant, la violation de toutes ces conditions n'est pas sanctionnée avec la même rigueur. Si le Code de la Famille a édicté des nullités, relatives ou absolues, l'idée qui soutend la réglementation est de restreindre ce domaine des nullités. D'abord par la détermination des personnes habilitées à agir mais aussi par les nombreux cas de couverture, et surtout par la reconnaissance de la validité du mariage non constaté ou passé au mépris de certains interdits qui ne sont que simplement prohibitifs.

Cette volonté du législateur de maintenir de tels mariage procède de cette autre volonté - si ce n'est une obligation - de tenir compte du poids de la coutume dont nous allons dans cette dernière partie de notre étude apprécier l'impact dans la codification du droit de la famille.

Ce droit traditionnel n'est pas perçu de la même manière par les juristes africains. Mais il s'est posé la question de savoir si dans le droit de la famille en Afrique, on peut faire table rase des us et coutumes. La réponse est d'importance et nous essayerons de la cerner à travers la lecture du code sénégalais de la famille.

La place du droit traditionnel dans les nouvelles législations africaines divise les doctinaires dont certains n'ont pu ménager leur plume à son égard. Ainsi, pour le ^{Président} ~~Profes-~~seur Youssou Ndoye, "pétri de religiosité et de croyances

mythiques... il (le droit traditionnel) est cristallisé et incapable d'évoluer... constituant dès lors un frein au développement" (Revue Ethiopiennes, 1978, p. 18).

Louis Koffi Améga, dans son souhait pour un code civil togolais demande que soient "rejetées les coutumes haineuses et rétrogrades" (Penant, 1955, p. 281). Quant à Dicko Ousmane Boubou, la loi malienne du 3 Février 1962 sur la famille devait avoir pour but de "créer une entité nationale viable débarrassée des coutumes rétrogrades qui avilissent l'individu et la femme en particulier" ("Le mariage et le divorce au Mali", Penant 1965, p. 468).

L'idée qui soutend ces critiques acerbes est que la famille africaine, telle qu'elle est perçue à travers le droit traditionnel, est un frein au développement. Dès lors, il faut créer des lois nouvelles seules capables d'assurer un développement économique et social harmonieux. Cependant le mythe du développement qui a animé certains législateurs de l'après-indépendance procède d'une conception ethnocentrique de la famille moteur du développement véhiculée par l'Occident.

En effet, on a pu penser que la révolution des structures familiales en Europe a su créer le développement économique dont l'Afrique continue à sentir impérieusement le besoin. En oubliant peut-être que c'est le contraire qui serait plutôt vrai, le développement économique se refléchissant d'avantage

sur la famille en faisant éclater les structures traditionnelles. D'autant plus que la famille de type occidental ne peut en aucun cas constituer un modèle qu'il faut à tout prix importer.

Cette conception a été combattue par d'autres auteurs qui ont soutenu que les modalités de croissance étant différentes entre l'Afrique et l'Occident, il ne saurait exister un modèle de famille seul susceptible de créer les conditions d'un développement. Dès lors, faire table rase du droit traditionnel revient à courir le risque de voir toute la législation s'effondrer comme celle du colonisateur. Et cette résistance inévitable risque "de créer une inertie telle qu'elle dépasse la puissance de ce moteur juridique et en brise aussitôt l'élan".

Une telle résistance serait d'autant plus redoutable que l'initiative, selon Kouassigan, "en revient aux chefs religieux avec qui il faut nécessairement compter pour la stabilité des institutions de l'Etat et qui tirent leur force moins de ce qu'ils sont en réalité que des valeurs qui leur sont attribuées par les fidèles dans le cadre de leurs fonctions religieuses" (Quelle est ma loi ?, p. 272). Les revendications réitérées des marabouts et des dignitaires lébou au Sénégal devant l'ancien Président de la République, M. Senghor, pour que leur soient restituées leurs prérogatives en matière de famille en sont un inquiétant signe.

L'échec encouru ne serait pas seulement celui de la loi, mais c'est la politique de développement et de l'unité

nationale qui serait remise en cause. Et ce risque est d'autant plus réel que 'ce n'est jamais impunément que l'on entreprend de bouleverser chez un peuple l'organisation de la famille", celle-ci prenant sa source dans les traditions les plus solidement ancrées dans l'Être africain.

Et toutes les fois qu'une législation ne convient pas à l'état politique et social, aux besoins économiques, à la religion, aux mœurs du peuple dont elle régit les rapports juridiques, elle restera à l'état de droit formel, inefficace et impuissante devant le droit réel auquel se soumettent les populations. Un droit de la famille en Afrique ne peut donc être efficace que s'il est souple, ménageant une transition entre un passé encore vivace qui tient sous son autorité l'immense majorité des populations et un futur à construire non seulement par l'autorité des lois et l'imperium des juges, mais surtout avec l'adhésion des populations.

Le Code de la Famille a-t-il su ménager ce seuil ? On peut répondre par l'affirmative en ce qui concerne le mariage. D'abord, malgré une laïcisation certaine, le poids de la tradition religieuse demeure dans le mariage coutumier et l'autorité familiale est simplement réglementée mais non supprimée.

Ensuite et surtout, toutes les fois qu'il a édicté des dispositions impératives (âge et consentement des époux) il a rendu les sanctions souples en enfermant l'exercice de

l'action en nullité absolue ou relative dans des délais rigoureux. Ainsi, la coutume a subsisté dans le nouveau droit sénégalais de la famille que le législateur ne peut se glorifier d'avoir unifié "qu'au prix de la reconnaissance expresse de mariages tels qu'ils ont toujours existé" (Kéba Mbaye, Mélanges Ancel, 1975, p. 190). Elle y coexiste pacifiquement avec le droit moderne et malgré le requiem pathétique que lui a chanté le Doyen Decottignies, elle est "bien vivante et nous enter-rera tous".

Annexe : Bibliographie

I - Textes

- Decret Mandel, 15 Juin 1939 portant "réglementation des mariages entre indigènes".
- Decret Jacquinot, 14 Septembre 1951 relatif à certaines modalités du mariage entre indigènes.
- Ordonnance du 14 Novembre 1950 portant organisation de la Cour Suprême.
- Loi du 23 Juin 1961 portant organisation de l'état civil au Sénégal.
- Arrêté ministériel n° 2591 du 28 Février 1961 retenant la liste des coutumes applicables au Sénégal.
- Loi n° 72-61 du 12 Juin 1972 modifiée par la loi n° 74-37 du 18 Juillet 1974 et la loi n° 79-31 du 24 Janvier 1979, portant Code de la Famille du Sénégal.

II - Jurisprudence

A - Au Sénégal

- Jugement n° 64 du 18 Septembre 1919, tribunal de subdivision des 2 Guoyes, Annales Africaines 1975, p. 143
- Tribunal indigène Nioro, 15 Janvier 1909, Annales Africaines 1975, p. 143.
- Cour Suprême, 15 Mars 1969, époux Haloui Sayegh, RSD 1970, vol. 7, p. 61.
- Cour Suprême, 25 Novembre 1969, Dame Rocca, RSD 1970, vol. 7, p. 63 (notes Bourrel).

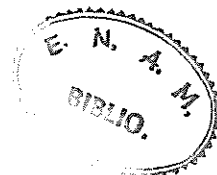
- Cour Suprême, 24 Novembre 1974, époux Lochet-Aïssatou Diallo, RSD 1974, vol. 16, p. 47 (notes Bilbao).
- Cour Suprême, 20 Juillet 1977, ASD 1978, vol. 3.
- J P Dakar, 28 Décembre 1978, époux Yasback-Dalbski, inédit.
- J P Tamba, 6 Décembre 1974, Tribunal Première Instance Tamba, 22 Décembre 1975, époux Sira Awa Gadjigo, Rec. Credila, t. 2, n° 15.
- J P Bakel, 15 Janvier 1974, Rec. Credila, t. I n° 17.
- C A Dakar, 8 Juin 1973, dame Mdioro Mdiaye contre Dame Simon, Rec. ASERJ, 1973, vol. II, p. 92.
- Tribunal Première Instance de Dakar, 4 juin 1974, Birame Wado contre Khady Niang, Annales Africaines, 1974.

B - En France

- Civ. Ch. réunies, Affaire Berthon, 4 Février 1860, DP 1860, 2, p. 87.
- Civ. 1er Mars 1959, D 1959, p. 540 (affaire Peraldi).
- Req. 4 Mars 1923, Cousin de Levallières, S 1923, I - 25.
- Civ. 30 Juillet 1900, GAJC, 7è édit., p. 24.

III - Doctrine

- Hilaire. - "Variations sur le mariage- Apropos de la codification en Afrique noire", Penant 1965, pp. 145 à 193.
- Decottignies. - "Requiem pour la famille africaine", Annales Africaines, 1965, pp. 251 et suiv.
- Mouhamadou ^{clan} Moustapha Mbacké. - "La femme sénégalaise en droit coutumier", Congrès IDEF 27 Mai-3 Juin 1974 à Tunis, RJF 1974, p. 770.
- Maimanou Kane. - "Condition de la femme sénégalaise mariée selon la coutume Wolof islamisée", RJF 1974, p. 779.



- Kéba Mbaye. - "Droit et développement en Afrique francophone de l'Ouest", RSD 1967, vol. I, p. 23
- Kéba Mbaye. - "L'évolution des formes du mariage au Sénégal", Mélanges Ancel 1975, pp. 176 et suiv.
- A. Niang. - "Structures parentales et stratégies du développement en Afrique noire francophone (étude appliquée aux Wolof du Sénégal)", RSD 1972, vol. II, p. 59.
- Guy Kouassigan. - Quelle est ma loi ?
- Guy Kouassigan. - "Des conflits interpersonnels et internationaux des lois et de leurs incidences sur la forme du mariage en Afrique noire francophone", Revue Critique OIP, 1978, pp. 541 et suiv.
- Youssou Ndiaye. - "Le nouveau droit africain de la famille", Revue Ethiopiques, mai 1978, p. 18.
- Serge Guinchard. - "Le mariage coutumier en droit sénégalais", Revue Internationale de droit comparé n° 3, p. 819.
- Georges Cornu. - Chronique, D 1959, p. 215.
- G. Ripert. - J. Boulanger, Traité de droit civil, t. I
- Marty & Raymond. - Traité de droit civil, t. I, "Le statut des personnes physiques et morales".
- Ambroise Colin. - Henri Capitant. Traité de droit civil, t. I

