

REPUBLIQUE DU SENEGAL

---

ANNEE ACADEMIQUE 1981-1982

---

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT  
SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

---

DIVISION JUDICIAIRE

---

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION  
ET DE MAGISTRATURE

3e ANNEE

# **Le statut juridique de la femme dans le code sénégalais de la famille**

**Mémoire présenté par**

**BOUSSO DIAO**

REPUBLIQUE du SENEGAL

Un Peuple Un But Une FOI

---

MINISTRE de l'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR  
et de la  
RECHERCHE SCIENTIFIQUE.

---

ECOLE NATIONALE d'ADMINISTRATION  
et de MAGISTRATURE.

**LE STATUT JURIDIQUE  
DE LA FEMME  
DANS LE CODE SENEGALAIS  
DE LA FAMILLE**

PRÉSENTÉ ET SOUTENU PAR :  
MADEMOISELLE BOUSSO DIAO  
3ÈME ANNÉE - JUDICIAIRE

ANNÉE SCOLAIRE  
1981-1982

---

1/1-2

ma défunte mère  
Qui toute sa vie, a lutté  
Pour le bonheur des siens.

Femme de cœur et de vertu  
Tu fus, pour moi symbole de  
La persévérance et de l'honnêteté.

Paix à ton âme.

A mon père  
A mes frères  
A tous ceux dont la compréhension et  
L'estime m'ont toujours  
Incitée au travail.

Je dédie ce mémoire.

P L A N :

INTRODUCTION.

I. PARTIE :

STATUT JURIDIQUE DE LA FEMME PAR RAPPORT

A D'AUTRES QU'UN EPOUX

S I : LA FEMME DANS SES RAPPORTS AVEC UN MÂLE

P I : AVEC SON AMANT, PERE DE SON ENFANT  
NATUREL

- I) La mère et l'Enfant
- II) La mère et l'Amant

P II : LA FEMME DANS SES RAPPORTS AVEC SON  
FIANÇÉ

- I) Conditions des fiançailles
  - A) Conditions de fond
  - B) Conditions de forme
- II) Effets et rupture des fiançailles
  - A) Effets
  - B) Rupture des fiançailles
    - 1) Rupture légitime
    - 2) Rupture illégitime

P III : LA FEMME DANS SES RAPPORTS AVEC SON  
FUTUR EPOUX

- I) La volonté de la femme de consentir  
librement au mariage
  - A) L'existence de la volonté
    - 1) elle doit être consciente
      - a) mariage de l'aliénée
      - b) mariage in-extrémis
      - c) mariage posthume
      - d) mariage des sourds-muets

.../...

- 2) Elle doit être sérieuse
  - a) mariage pour rire
  - b) mariage simulé
- B) La volonté doit être intègre
  - 1) vices écartés par le code
    - a) lésion
    - b) dol
  - 2) vices retenus par le code
    - a) violence
    - b) l'erreur
- II) Le système des options en matière de mariage
  - A) option quant à la forme du mariage
  - B) option quant à la dot
    - 1) évolution de <sup>la</sup> notion de dot
      - a) valeur traditionnelle de la dot : idée de symbole
      - b) conception actuelle de la dot
    - 2) Les politiques de limitation de la dot
      - a) intervention des autorités locales
      - b) le législateur colonial
      - c) le législateur sénégalais
        - le code de la famille
        - loi de 1967 sur les dépenses excessives.
  - C) option de monogamie ou de polygamie limitée
  - D) option quant au régime matrimonial
    - 1) condition d'exercice de l'option
      - a) condition de fond
      - b) condition de forme
    - 2) portée de l'option.

Section II : LA FEMME DANS SES RAPPORTS AVEC SES PARENTS

P I : VOLONTE DES FAMILLES DANS LE CONSENTEMENT AU MARIAGE DE LEUR FILLE MINEURE

I) L'intervention directe de la volonté familiale

II) L'intervention indirecte de la volonté familiale : le système des oppositions à mariage.

P II : La place de la femme dans la succession de ses parents

I) Dans les successions musulmanes

II) Dans les successions non musulmanes

## II. PARTIE. : STATUT JURIDIQUE DE LA FEMME -EPOUSE

### Section I : LA FEMME PENDANT LE MARIAGE

#### S/S : I. Les rapports extrapatrimoniaux

I) Le principe. : rapports de réciprocité

a) devoir de cohabitation

b) devoir de fidélité

c) devoir de soins et Assistance

II) Les limites : prédominance du mari sur la femme

a) autorité maritale

b) puissance paternelle

#### S/S : II. Les droits patrimoniaux de la femme

P I) Indépendance de la femme quelque soit le régime matrimonial choisi

I) Indépendance dans la vie professionnelle

II) Indépendance dans la vie personnelle

P II) L'interdépendance avec le mari

I) contribution aux charges du mariage

II) transfert de pouvoir et représentation entre deux époux

III) L'influence de la qualité d'époux sur certains contrats

P III) Rôle de la femme dans les différents régimes matrimoniaux

I) Dans le régime de séparation

II) Dans le régime communautaire

III) administration par mari des biens dotaux

.../...

Section II. : STATUT JURIDIQUE DE L'EX-EPOUSE

S/S I. : Statut de la divorcée ou séparée de corps

P I : La femme et les causes de divorce

- I) Suppression de la répudiation
- II) Triomphe du divorce et de la séparation de corps  
judiciaires
  - A) Divorce et séparation de corps conven-  
tionnels
  - B) Divorce et séparation de corps contentieux

P II : Effets du divorce et de la séparation de corps

- I) Sort de la femme séparée de corps
- II) Sort de la femme divorcée

S/S II. Statut de la veuve

P I : Le respect du délai de viduité imposé par la  
loi

P II : Droits successoraux de la veuve

- I) Vocation successorale de la veuve dans les  
successions non musulmanes
- II) Vocation successorale de la veuve dans les  
successions musulmanes

CONCLUSION.

## I N T R O D U C T I O N . . :

Pendant longtemps la femme a été la créature la plus opprimée, la plus asservie; elle était exploitée par l'homme, la famille, privée des droits les plus élémentaires, et pour tout dire, vouée à la simple procréation.

Elle n'était nullement considérée comme un sujet conscient ayant des aspirations qui lui sont propres, mieux, un sujet incarné. c'est-à-dire "l'union de l'esprit et du corps":

Ainsi donc ce qui définissait d'une manière singulière la situation de la femme; c'est nous dit Simone de Beauvoir.

"Etant comme, tout être humain, une liberté autonome, elle se découvre et se choisit dans un monde où les hommes lui imposent de s'assumer comme l'autre. On prétend la figer en objet et la vouer à l'immanence, puisque sa transcendance sera perpétuellement transcendée par une autre conscience essentielle et souveraine.

Le drame de la femme, c'est ce conflit permanent entre la revendication fondamentale de tout sujet, qui se pose comme essentiel et les exigences d'une situation qui la constitue comme inessentielle".

Le point de vue religieux fait remonter les origines de l'inégalité de la femme à Adam et Eve, prônant qu'Eve étant sortie du flanc d'Adam ne pouvait que lui être secondaire.

Une telle théorie reste discutable parce qu'on peut dire réciproquement que c'est Eve qui symbolise la perfection de Dieu, Adam n'étant qu'un premier essai.

Dans la société traditionnelle africaine aussi, la femme a été toujours considérée comme un "être inférieur à l'homme qui trouve cependant en elle la compagne et l'auxiliaire indispensable à son existence". Elle était confrontée à de pénibles problèmes, puisqu'elle n'avait aucun droit au sein de la famille où c'est le chef de famille qui décidait de tout, c'est lui qui la donnait en mariage sans son consentement car le mariage était conçu comme un engagement entre deux familles.

La femme au foyer était appelée à la soumission totale au mari qui peut à tout moment la répudier à sa guise pour des motifs élémentaires.

.../...

Devant cet état de fait, le législateur sénégalais au moment de la proclamation de l'indépendance, et dans une société en pleine mutation, a voulu doter le pays d'un droit de la famille tout en respectant la tradition.

Il n'a pas voulu faire table rase du passé ce qui l'amène à instituer un code unique en matière de statut personnel (loi 72-61 du 12 Juin 1972, portant code de la famille).

Il s'est attaqué à l'institution du mariage, cellule de base de la famille en prônant la conception individuelle sur la conception traditionnelle, familiale du mariage.

Désormais les futurs-époux seront libres de se déterminer en vue du mariage, par là il établit au sein de la famille conjugale un principe d'égalité entre les époux devant leurs droits et leurs devoirs mais ce principe appelle quelques atténuations marquant l'emprise de la tradition.

Dans les différents rapports de la femme, le code de la famille a voulu assurer sa protection, voire sa promotion. Cette protection est-elle entière ?

C'est ce que nous analyserons dans ses rapports avec d'autres qu'un époux d'une part et d'autre part dans sa situation d'épouse.

## I. - PARTIE      STATUT DE LA FEMME PAR RAPPORT A D'AUTRES QU'UN EPOUX

La femme peut entretenir des rapports avec d'autres qu'un époux.

Ainsi elle a des rapports avec un mâle qui est, soit son amant, père de son enfant naturel, soit son fiancé, soit enfin son futur-époux car le code de la famille leur permet de se déterminer librement en ce qui concerne le consentement au mariage et dans le cadre des options.

Par ailleurs elle a des rapports avec sa famille qui intervient dans le consentement du mariage si elle est mineure et elle peut être héritière dans la succession de ses parents décédés.

### SECTION I. :      La fille dans ses rapports avec un mâle

Dans ses rapports avec un mâle, celui-ci est soit son amant; soit son fiancé, soit son futur-époux.

#### P I. :      Avec son amant, père de son enfant naturel

La fille entretient des relations avec son amant et par la suite, elle tombe en état de grossesse des oeuvres de ce dernier. Rejetée par les siens, exposée au scandale, la malheureuse affolée, tente soit de se débarrasser de cette grossesse, soit après accouchement d'abandonner son enfant.

La situation de cette femme s'analyse dans ses rapports avec son enfant et dans ses rapports avec le prétendu père.

#### I. La mère et l'enfant naturel

Ici l'influence de la tradition reste très forte et surtout l'influence de l'Islam qui désapprouve la naissance d'un enfant hors mariage.

La femme, mère de cet enfant, a la possibilité d'établir la filiation de celui-ci à son égard car le code de la famille assimile la filiation maternelle naturelle à la filiation maternelle légitime, or l'article 189 code de la famille dispose que :

"- la filiation maternelle résulte du fait même de l'accouche

.../...

ment", surtout la seule indication du nom de la mère sur l'acte de naissance suffit à établir la filiation maternelle, ce procédé, de l'indication du nom de la mère sur l'acte de naissance de l'enfant s'applique aussi à la maternité naturelle, ce qui, la plupart du temps pousse les mères célibataires à commettre des actes irréparables sur la personne de leur enfant.

Cette filiation ayant été établie à son égard, elle supporte le poids de l'éducation, de l'entretien de l'enfant. Le code de la famille n'a rien prévu pour le sort de cette fille-mère puisque la recherche de la paternité naturelle étant prohibée, seul le père d'un enfant naturel est protégé par ce principe.

## II. La mère de l'enfant naturel et l'amant ✓

La femme n'a aucun moyen de contrainte sur le prétendu père de son enfant pour qu'il le reconnaisse. L'établissement de la filiation de l'enfant naturel repose sur la volonté du père de reconnaître l'enfant, ce qui n'est pas une obligation, c'est une affaire de conscience personnelle qui se pose à l'égard du prétendu père.

Si celui-ci refuse catégoriquement de reconnaître l'enfant, la mère n'a aucune action contre lui puisque la recherche de la paternité naturelle est prohibée.

Mais ce principe subit néanmoins des atténuations, c'est l'hypothèse de l'article 211 code de la famille qui admet un établissement exceptionnel de la filiation lorsque le père a procédé ou fait procéder au baptême de l'enfant ou lui a donné un prénom.

Aussi l'action en indication de paternité prévue dans l'article 215 et suivants du code de la famille peut-être intentée.

Cette action n'établit nullement la filiation à l'égard du prétendu père, elle assure à l'enfant si elle aboutit des aliments grâce à l'obligation alimentaire à laquelle peut-être condamné le père indiqué.

Elle permet à la femme ou à la fille-mère victime d'enlèvement ou de viol, de séduction dolosive ou même de manoeuvres plus ou moins équivoques d'un amant trop entreprenant, d'obtenir une pension alimentaire au profit de leur enfant né dans ces circonstances.

.../...

Cette action peut-être écartée par des fins de non-recevoir surtout lorsque la conduite de la mère de l'enfant laisse à désirer et dans les cas d'impossibilité physique ou scientifique d'attribuer la paternité indiquée au prétendu père.

Mais en l'état actuel de la science, cette impossibilité scientifique sera vérifiée car une révolution s'est faite. La science est en avance sur la loi. En France, les savants d'après les derniers travaux sur le sang sont maintenant capables de dire avec une certitude de 99%, qui est le père de tel enfant.

C'est la raison pour laquelle, la cour d'appel de Paris dans un arrêt sans précédent du 16 Décembre 1976 a décidé que Mr. X est le père de tel enfant.

C'était la première fois dans l'histoire de la justice qu'une décision s'appuie sur la science pour déclarer "oui, cet homme est véritablement le père de cet enfant", car avant ce jugement, les analyses de sang n'étaient utilisées que pour exclure une paternité éventuelle ; et la plupart des séducteurs se basaient sur ce principe pour refuser leur paternité naturelle car la preuve était négative. (Voir article dans Parents n° 117 Novembre 1978 p. 25 et 26).

Ne pouvant plus se soustraire, le père sera obligé de reconnaître l'enfant et de s'occuper de lui, les malheureuses filles-mères ne vont plus commettre des actes indignes sur la personne de leur enfant. Elles seront peut-être plus rassurées si elles sont réellement séduites ou violées que leur enfant ne sera délaissé entre leurs mains.

Elle a aussi entretenu des relations avec son fiancé, ainsi se pose le problème des fiançailles prévues et réglementées par le code de la famille.

## P II. : La fille dans ses rapports avec son fiancé

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

Ainsi le législateur par ses dispositions sur les fiançailles tend à empêcher les manœuvres qui portaient atteinte à la liberté du mariage et les prodigalités excessives et spectaculaires.

.../...

Il a défini non seulement les fiançailles mais les a réglementées contrairement au droit français (articles 101 à 107 C.F)

En effet, les fiançailles n'ont fait l'objet de ~~de~~ dispositions ni dans le code civil de 1804, ni dans les dispositions postérieures, à l'exception de l'ordonnance du 4 Février 1959 relative aux personnes dont l'état et la capacité civile sont régis par l'un des statuts civils locaux, en vigueur dans les départements d'Algérie ainsi que ceux des Oasis et du Sahara et qui disposait que "la promesse unilatérale ou l'échange de promesse de mariage ne valent pas mariage et ne créent aucune obligation de contracter mariage".

Ainsi les fiançailles précédant le mariage peuvent être définies comme la promesse réciproque de se prendre plus tard pour époux. La jurisprudence française a dû préciser la valeur et les effets des fiançailles en cas de rupture, elle considère que c'est un état de fait qui n'a aucune valeur juridique car un fiancé ne peut-être contraint au mariage. Seule une rupture abusive peut entraîner la condamnation à des dommages intérêts. Dans le code de la famille, les fiançailles sont soumises à des conditions de fond et de forme, et elles engendrent des droits et devoirs entre fiancés, ainsi que des réparations en cas de rupture abusive.

## I. Les conditions des fiançailles

### A- Conditions de fond

Ce sont celles exigées pour le mariage : consentement des futurs-époux, indépendamment du consentement des parents nécessaire à la fille mineure et l'âge minimum requis qui est inférieur à un an à celui prévu pour pouvoir contracter mariage c'est-à-dire 15 ans pour la fiancée (et 19 ans pour le fiancé) article 103 C.F.

### B- Conditions de forme

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

Un cadeau dont la valeur est fixée par la loi à un maximum de 5.000 peut-être remis à la fiancée par le fiancé ou par sa famille.

.../...

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

## II. Les effets et rupture des fiançailles

### A- Effets

Les fiançailles engendrent des droits et des devoirs réciproques entre les fiancés.

Ils ont le devoir de se conduire l'un et l'autre d'une manière réservée à l'égard des tiers. Ainsi se pose un problème de dignité, d'honneur, les fiancés sont dès lors obligés de ne pas faire des avances à quelqu'un d'autre, de se conduire avec retenue.

Ils ont le droit de visite selon les usages et de fixer raisonnablement le mariage, la durée des fiançailles ne peut pas excéder un an. Cette règle imposée par le législateur vise surtout à enrayer le procédé des "fiançailles au berceau" car le fiancé était tenu de dépenser beaucoup pendant un certain temps, ou bien la manoeuvre consistant pour les parents à vouloir prolonger les fiançailles pour retirer au fiancé le maximum d'avantages.

### B- Rupture des fiançailles

#### 1) Rupture légitime

L'article 105 al 4 dispose que tout manquement à l'une de ces obligations constitue un motif légitime de rupture souverainement apprécié par le juge. Cela s'analyse aux droits et devoirs réciproques qui incombent aux fiancés.

#### 2) Rupture illégitime

Chacun des fiancés a le droit de rompre unilatéralement les fiançailles. Ainsi se pose le problème de la responsabilité découlant de la rupture des fiançailles, est-elle contractuelle-ou délictuelle.

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

Par conséquent la négation du contrat de fiançailles tend à la négation de toute obligation de se marier. Ainsi en cas de rupture abusive la responsabilité du fiancé est engagée mais ne peut l'être que sur le plan délictuel et non contractuel.

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

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

Le droit sénégalais a été influencé par cette théorie de Josserand. Les fiançailles étant un contrat, il admet le droit de résiliation unilatérale, l'exécution forcée n'est pas possible (article 6 C.O.C.C.) le fiancé qui rompt sans motif légitime engage sa responsabilité contractuelle ; il doit restituer le cadeau et la réparation se fait selon les dispositions de la responsabilité civile en cas de préjudice.

Ainsi le législateur sénégalais a réglementé les fiançailles pour écarter toute intervention familiale sauf pour les mineurs. Les fiancés peuvent au surplus rompre unilatéralement les fiançailles ceci dans le but de leur permettre de garder toute liberté de consentement jusqu'au "oui" final au moment de la célébration du mariage.

### P III. : La fille dans ses rapports avec son futur-époux

Le législateur sénégalais pour promouvoir l'émancipation des futurs époux avec leurs familles d'origine et les soustraire de toute contrainte familiale lors de la fondation de la famille conjugale a

.../...

fortement ébranlé l'autorité parentale. En effet dans la conception traditionnelle des droits négro-africains, le mariage est un contrat entre deux familles, contrat pour la conclusion duquel le consentement des futurs époux et notamment celui de la jeune fille n'est pas nécessaire.

Bien mieux la présence des futurs époux au moment de la célébration du mariage n'est pas requise, c'est le consentement du représentant qui est important.

A l'époque de la colonisation les décrets Mandel (15 Juin 1939) et Jacquinet (14 Septembre 1951) avaient essayé de briser cette coutume mais cette tentative a échoué.

Avec le code de la famille, le législateur permet aux futurs époux de se déterminer librement en ce qui concerne le consentement au mariage et le choix du conjoint malgré quelques résistances familiales dans certains cas.

Ensuite il a donné aux futurs époux plusieurs possibilités d'options dans le droit du mariage, qu'il s'agisse de la forme du mariage, de la dot, du nombre d'épouses, ou du régime matrimonial.

#### I. La volonté de la femme de consentir librement au mariage

La volonté de la femme doit exister et être intégrée, c'est l'article 108 du code de la famille qui pose ces deux conditions. Il dispose que : "chacun des futurs époux même mineur doit consentir personnellement au mariage".

Ce principe concerne aussi bien l'homme que la femme.

##### A- L'existence de la volonté

Cette volonté de la femme de consentir librement au mariage doit être consciente et sérieuse.

##### 1) Elle doit être consciente

Pour consentir valablement au mariage, la femme doit être saine d'esprit - principe posé par l'article 59 C.O.C.C. qui dispose que le "consentement doit émaner d'une personne jouissant de ses facultés intellectuelles." Il est repris par le code de la famille dans

.../...

l'article 341 al 1 1ère phrase qui dispose que "pour exprimer valablement son <sup>e</sup>consentement, il faut être sain d'esprit."

Dès lors une personne ne jouissant pas de ses facultés mentales ou en état d'ivresse c'est-à-dire hors d'état de manifester sa volonté ne peut contracter mariage.

Mais ce principe est tempéré par le fait que la volonté consciente soulève 4 problèmes pour :

#### a) Le mariage de l'aliénée

La jurisprudence française permet à la femme aliénée internée de se marier pendant un intervalle de lucidité.

Le code de la famille quant à lui fait une distinction entre l'aliénée tout court et l'aliénée bénéficiant d'une mesure de protection.

Pour l'aliénée tout court les articles 274 et 341 code de la famille doivent être combinés.

Le premier article dispose que les incapables peuvent néanmoins accomplir suivant les dispositions du présent code les actes relatifs à leur état ou à l'adoption d'un régime matrimonial.

L'article 314 prévoit que l'état de démence doit être prouvé au moment de l'acte.

Pour l'aliénée sous le régime de protection les articles 345 et 357 doivent être combinés. Ce sont les règles générales de la tutelle qui s'appliquent.

#### b) Le mariage in-extrémis

C'est lorsqu'il y a <sup>péril</sup> imminent de l'individu article 121 al 4 code de la famille. Dans ce cas l'officier de l'état civil peut avant toute autorisation du juge, célébrer le mariage et ce mariage sera considéré comme valable.

#### c) Le mariage posthume

C'est l'exception même de l'article 108 code de la famille.

.../...

En France ce mariage a été introduit dans la législation par une loi du 31 Décembre 1959 et intégré dans l'article 171 code civil.

Son objet essentiel permet de légitimer les enfants reconnus par le fiancé avant son décès lorsque les formalités du mariage étaient très avancées.

Cette loi ne concerne pas les successions ab-intestat de l'individu.

Ce mariage est l'équivalent du Tackô en droit sénégalais de la famille.

#### d) Le mariage des sourds-muets

Leur manifestation de volonté se fait par des signes ou écrit, par des gestes.

Le caractère conscient de la volonté est doublé d'un autre caractère, la volonté sérieuse.

#### 2) Elle doit être sérieuse

C'est le problème des mariages simulés, pour rire qui se posent. Les parodies de mariages sont nuls, ils sont même inexistants. Il s'agit d'une véritable écharpe de consentement devant un officier d'état civil en fonction, sans que les époux aient l'intention réelle de se marier.

a) La jurisprudence française dans un arrêt célèbre

arrêt Cousin de la Vallière S 1929 II 129

S 1933 I 28

S 1934 I 161

est allée jusqu'à refuser la putativité du mariage. Il s'agissait du sieur Cousin de la Vallière qui a épousé deux soeurs guinéennes. Il s'était plié aux rites nuptiaux. Il eut deux garçons et une fille qu'il reconnut en 1915 devant le juge de Paix de Conakry, il les envoya en France en 1921 et meurt en 1927. Un conflit surgit à sa mort entre la mère de la Vallière et les Dames Kaba. C'est l'exemple typique du mariage pour rire.

.../...

b) Le mariage simulé : les époux peuvent ne vouloir poursuivre que l'un des effets secondaires du mariage. Ils peuvent se marier tout en ne voulant pas qu'il y ait tous les effets normaux d'un mariage. Ce mariage doit être annulé.

Exemple : mariage d'une femme avec un mendiant dans le but de percevoir une dot.

La position de la jurisprudence française est beaucoup plus nuancée et elle fait une distinction entre le mariage simulé nul faute de consentement dans le cadre où les époux se sont prêtés à une cérémonie en vue d'atteindre un résultat étranger au mariage, et l'hypothèse où les époux ont simplement cru devoir limiter les effets, elle estime que ce mariage est valable.

Le législateur sénégalais tout en assurant la réalité du consentement a tenté de le protéger contre certains vices qui l'entachent. La volonté doit être intègre.

#### B. : La volonté doit être intègre

Le code de la famille tout en voulant que la volonté soit intègre ne prend pas en considération les vices tels que la lésion et le dol mais il retient la violence et l'erreur.

##### 1) Vices écartés par le code

###### a) La lésion :

La lésion n'est pas applicable en matière de mariage car le mariage n'est pas un acte juridique à caractère économique.

###### b) Le dol :

Il n'est pas retenu par le législateur car comme la dit Loysel en "matière de mariage trompe qui peut". Le dol en pratique est très difficile à distinguer des simples artifices provoqués par le désir de plaire, on ne peut songer à annuler les mariages dans lequel il est invoqué. Cependant il y a une limite, il ne faudrait<sup>pas</sup> que le dol constitue un<sup>e</sup> escroquerie au mariage article 379 al 4 code pénal mais en droit civil le dol n'est pas retenu.

Rejetant ces 2 vices, le code de la famille admet l'erreur et la violence.

## 2) Vices retenus par le code de la famille

Ce sont l'erreur et la violence :

### a) La violence

Elle est visée par l'article 138 code de la famille en cas de nullité relative on s'accorde généralement pour dire qu'elle doit obéir aux règles du droit commun des actes juridiques c'est-à-dire qu'elle doit être de nature à faire impression sur une personne raisonnable.

On a de la peine à concevoir une violence physique qui se manifeste au moment de la conclusion du mariage du fait de la présence des témoins, de la famille.

Pourtant l'étude de la jurisprudence française et sénégalaise révèle que les hypothèses dans lesquelles le consentement a été vicié par la violence physique ne sont pas exceptionnelles.

Exemple : affaires des mariages forcés : on a vu des jeunes gens être mariés de force devant l'officier de l'état civil avec une carabine aux creux des reins.

Il s'agissait le plus souvent pour une famille de faire réparer par le consentement au mariage, l'atteinte à son honneur, une jeune fille de cette famille ayant été séduite.

C'est aussi l'hypothèse en droit traditionnel sénégalais du rapt de séduction ou gëf ou mariage par enlèvement.

Trib Bakel 14 Septembre 1931. Archives nationales.

"Bakel affaires civiles".

En ce qui concerne la violence morale les tribunaux français se montrent plus sévères pour la retenir. Ils refusent de prendre en considération la seule crainte révérencielle, abusive, la contrainte du supérieur hiérarchique par exemple (envers ses parents par respect).

En revanche, il semble que la jurisprudence sénégalaise admette plus facilement la violence morale mais il faut être prudent.

La justice de Paix de Bakel par un jugement du 19 Janvier 1974 Rec. Credila n° 17<sub>A</sub> annulé un mariage pour contrainte morale.

Il s'agissait d'une jeune fille mariée sans son consentement alors qu'elle n'avait que 15 ans. A la lecture du jugement on constate qu'il s'agissait davantage d'une question d'absence de consentement que de vices de consentement. En effet le juge de Paix a retenu la contrainte pour des menaces proférées après le mariage par les parents de la jeune fille pour la persuader à rester avec son mari.

#### b) L'erreur

Elle a soulevé beaucoup de problèmes en droit français avant une loi du 11 Juillet 1975.

En effet l'ancien article 180 al 2 code civil ne retenait que l'erreur dans la personne.

Il fallait entendre par là une erreur sur l'identité physique de la personne qui était pratiquement une hypothèse d'école, car on doit songer à une substitution de jumeaux.

Il s'agissait aussi de savoir au delà de l'identité physique si l'on pouvait retenir une erreur sur l'identité civile et même sur les qualités de la personne. L'erreur sur l'identité civile a été facilement retenue en jurisprudence, il s'agit de l'hypothèse où l'un des futurs époux se présente sous un faux nom ou comme membre d'une famille à laquelle il n'appartient pas.

Pour les qualités de la personne, la jurisprudence a déclaré dans un arrêt de principe.

Chambres réunies C. cass- 24 Avril 1862 S 1962 I. 342  
arrêt BERTHON.

Qu'une erreur sur ces qualités ne pouvait pas permettre la nullité du mariage même s'il s'agit de qualités substantielles, essentielles.

Pourtant l'affaire était favorable à la thèse de la nullité, il s'agissait d'une jeune fille de bonne famille qui s'était mariée avec un ancien forçat qui lui avait cachée cette qualité.

La cour a refusé d'annuler le mariage

Cette jurisprudence a été critiquée, peu à peu l'évolution s'est faite, et les juridictions inférieures se sont montrées de plus en plus libérales et finalement à la veille de la loi de 1975 il était

.../...

possible de faire annuler un mariage sous certaines conditions pour erreur sur les qualités du conjoint.

On exigeait qu'il y ait eu tromperie de la part du conjoint, qu'il ait caché ses qualités et qu'elles aient été considérées comme essentielles par le conjoint mais aussi par le juge.

La loi du 11 Juillet 1975 sur le divorce assouplit le texte de l'article 180 ; on ne parle plus d'erreur sur la personne mais sur les qualités de la personne.

Le code de la famille dans son article 138 vise l'erreur tout court sans autres précisions. La jurisprudence devra fixer les limites de cette erreur, on peut donner comme indication qu'il ne semble pas possible d'annuler un mariage toutes les fois qu'une femme ne trouve pas son mari aussi intelligent qu'elle le pensait ou toutes les fois qu'un mari ne trouve pas sa femme aussi gentille qu'il le pensait.

#### CONCLUSION. :

Le mariage par procuration qui semble être introduit par l'article 108 code de la famille lorsque les futurs époux ont choisi la forme du mariage, et qu'ils peuvent se faire représenter par mandataire si les conditions des articles 126 et 127 sont remplies, pousse certains à croire que ceci est un pré-consentement.

C'est une erreur parce que l'article 127 prévoit que les futurs époux se présentent devant l'officier d'état civil qui les interroge sur le consentement et non sur le pré-consentement.

Lorsque le mariage est célébré les futurs époux ne sont pas présents, le consentement donné devant l'officier d'état civil vaut pour la célébration.

Les futurs époux se présentent devant l'officier d'état civil et celui-ci remplit son formulaire et le jour de la célébration du mariage, ceux-ci peuvent donner procuration.

Le problème qui se pose est celui des futurs époux qui veulent se marier et ne sont pas sur place, si l'on suit la procédure introduite, la personne doit faire le déplacement.

L'article 108 al 2 a voulu introduire la notion de mariage par procuration mais du moment que l'al 1 prévoit que les futurs époux doivent se présenter personnellement devant l'officier d'état civil, cela

.../...

veut dire que nécessairement la présence est obligatoire. On a alors introduit une notion à l'al 2 mais l'al 1 porte atteinte au principe.

Après avoir consenti librement au mariage avec son futur époux, la jeune fille est confrontée au problème des options.

## II. Le système des options en matière de mariage

Dans de nombreuses hypothèses, le code de la famille n'a pas voulu briser totalement les règles coutumières.

Il a dû tenir compte des résistances sociales, familiales et religieuses. Mais il ne les a pas pour autant consacrées dans leur forme primitive, il ne leur a pas donné une force législative absolue, il s'est efforcé de limiter leurs effets en utilisant à cet égard le système des options dans lequel la règle coutumière est intégrée et devient de ce fait facultative.

Le législateur sénégalais a voulu adopter l'égalité entre l'homme et la femme consacrée par les règles modernes mais un rejet brusque de la tradition risque de poser des problèmes et c'est à cet égard que le sort de la coutume dépendra du choix des futurs époux.

### A. Option quant à la forme du mariage

C'est en matière de mariage que la tradition a le mieux résisté aux assauts du modernisme non seulement en fait mais en droit dans le code de la famille. En effet, l'article 830 code de la famille qui abroge les coutumes générales et locales au Sénégal fait exception "pour celles relatives aux formalités consacrant traditionnellement le mariage", cette exception était nécessaire parce que les articles 114 et 125 permettent aux futurs époux de s'unir "selon les formalités consacrant traditionnellement le mariage".

Le législateur sénégalais n'a pas voulu imposer en ce domaine une seule forme de mariage de type moderne c'est-à-dire célébré par l'officier d'état civil.

Tout en ressentant la nécessité d'organiser un service de l'état civil et tout en posant le principe que l'état des personnes ne peut être prouvé que par les actes d'état civil (article 29 code de la famille), les rédacteurs du code de la famille ont senti le besoin de laisser

subsister les formes traditionnelles de conclusion du mariage.

Mais il ne fallait pas que le recours aux services de l'état civil soit un vœu pieux et réduire à néant le système de la preuve de l'état des personnes par l'écrit. C'est pour tenir compte de ces deux exigences que le législateur a réglementé la formation du mariage autour de deux mesures complémentaires.

D'une part un choix est ouvert aux futurs époux entre la forme moderne du mariage célébré par l'officier d'état civil et la forme coutumière.

D'autre part le mariage coutumier doit normalement être constaté par l'officier d'état civil pour acquérir la même force, même valeur que le mariage célébré.

Ces deux formes de mariage constituent en quelque sorte les deux formes ordinaires de validité et d'opposabilité du mariage mais le législateur sénégalais est allé beaucoup plus loin alors que normalement en dehors de ces deux formes toute conclusion d'une union devrait être sans valeur notamment lorsque le mariage a été conclu selon les formalités coutumières traditionnelles sans constatation.

Le code de la famille reconnaît certains effets à un tel type de mariage, le seul fait de se marier selon la coutume et sans constatation crée une situation juridique à laquelle la loi reconnaît une certaine valeur, le mariage coutumier non constaté n'est pas, comme une union libre, considéré

#### 1) Les formes ordinaires du mariage

##### a) Similitude des formes les deux formes ordinaires du mariage

Aux termes de l'article 114 code de la famille "selon le choix des futurs époux le mariage peut être célébré par l'officier de l'état civil ou constaté par lui ou son délégué dans les conditions prévues par la loi. Le mariage ne peut être constaté que lorsque les futurs époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal".

Ce texte applique à la matière du mariage un système que l'on rencontre fréquemment dans le code de la famille, c'est le système des options. Il consacre ainsi que l'indique son intitulé la dualité des formes du mariage. D'un point de vue purement formel il est intéressant de souligner que cette première phrase de l'article 114 al 1 ne

contient pas les mots de mariage, moderne, mariage coutumier, l'accent est mis sur le rôle de l'officier de l'état civil qui en principe intervient toujours dans la formation du mariage au delà de la dualité des formes, il est le pivot du système puisqu'il célèbre ou constate.

Les conditions du fond du mariage sont rigoureusement identiques pour les deux formes de mariage article 108 à 113 code de la famille.

Les procédures de conclusion du mariage sont quasiment identiques, il n'y a entre elles que l'ombre d'une différence, le législateur sénégalais a véritablement calqué les formalités permettant de constater un mariage coutumier sur celles relatives au mariage célébré.

Pour la conclusion du mariage coutumier ou célébré le rôle de l'officier de l'état civil est différent selon qu'il s'agit d'un mariage coutumier ou du mariage célébré.

Dans le premier, il assiste aux formalités consacrant le mariage coutumier en présence de deux témoins majeurs pour chacun des époux. Il n'intervient pas activement dans la conclusion du mariage.

Dans le cadre d'un mariage moderne, il célèbre véritablement l'union d'où mariage célébré c'est lui qui demande, aux futurs époux s'ils veulent s'unir et après leur réponse affirmative, prononce au nom de la loi qu'ils sont unis par le mariage.

#### b) L'égalité des formes ordinaires du mariage

Le Sénégal connaissant deux formes normales de mariage le problème se trouve posé de la liberté de choix entre ces deux formes. Tous les futurs époux peuvent-ils recourir à l'une quelconque des deux formes de mariage, quelles que soient par ailleurs leur nationalité, leur religion, leur origine ethnique etc.... Ce problème n'est pas nouveau en droit sénégalais, c'est le problème des mariages mixtes qui se pose.

#### 1°) Avant le code de la famille

##### - Les textes

La loi 61-55 du 23 Juin 1961, tendait à la création d'un état civil unique et à sa réglementation, elle consacrait (article 36)

.../...

la dualité des formes du mariage puisqu'il pouvait être "constaté par un acte délivré par l'officier de l'état civil ayant célébré le mariage ou par son enregistrement à l'état civil."

En raison de la dualité de statut, d'un côté le statut de droit moderne, de l'autre le statut coutumier on s'était demandé si des étrangers pouvaient se marier selon la forme coutumière quelle que soit leur nationalité. Le problème du choix se posait avec beaucoup d'acuité dans l'hypothèse d'un mariage mixte c'est-à-dire conclu entre deux époux dont l'un sénégalais ou étranger ne relevait pas du statut coutumier, fallait-il réserver le mariage coutumier aux hypothèses où les deux époux étaient de statut coutumier ? Pour répondre à cette question il fallait tenir compte d'un deuxième texte, l'ordonnance 60-56 du 14 Novembre 1960 qui fixait l'organisation judiciaire de la République du Sénégal ainsi que les principes fondamentaux applicables aux litiges de droit privé.

D'après ce texte, le statut coutumier était un droit d'exception par rapport au droit écrit, en effet le droit coutumier n'était applicable qu'aux personnes ayant conservé leur statut particulier à l'exclusion de celles n'ayant jamais eu de statut particulier, de plus à tout moment un sénégalais pouvant renoncer à son statut coutumier et opter expressément ou implicitement pour la loi écrite c'est-à-dire le droit moderne (articles 15 et 18 de l'ordonnance.)

L'arrêté du 28 Février 1961 pris en application de l'article 14 de l'ordonnance de Novembre 1960 fixé à 68 le nombre de coutumes applicables au Sénégal reconnues officiellement.

#### La jurisprudence

Deux décisions concernent ces mariages mixtes conclus en 1963 et 1965 sous l'empire de l'ordonnance de 1960.

C.S. 29 Novembre 1969 Pénant 1970 p. 341

R.S.D. 1970 p. 63

C.S. 25 Novembre 1974 R.S.D. 1974 p. 47

Pénant 1976 p. 534

Dans les deux cas sur ordre du Ministre de la Justice, il fut prétendu que toutes les fois que l'un des conjoints était de statut moderne, il fallait obligatoirement recourir au mariage célébré par l'officier de l'état civil. Les époux ne pouvant pas se marier selon les formalités coutumières, le pourvoi demande l'annulation de la

décision ayant ordonné la transcription du mariage conclu selon la forme coutumière.

Dans la première affaire 29 Novembre 1969 il s'agissait d'un mariage conclu selon les formes de la coutume ouoloff islamisée entre un homme sénégalais et une femme française, la cour se réfère à l'article 16 de l'ordonnance du 14 Novembre 1960 qui dispose :

"en cas de conflit interpersonnel la règle de droit applicable est déterminée par référence au statut de la femme". On applique alors la loi de la femme. Cette solution présente l'inconvénient de conduire à un résultat différent selon que c'est l'homme ou la femme qui est de statut moderne. En effet, si l'homme avait été français et la femme sénégalaise de statut coutumier par application de l'article 16 on aurait validé le mariage coutumier entre ces personnes, il peut paraître choquant que toutes choses étant égales par ailleurs la solution peut être différente selon que c'est l'homme ou la femme qui relève d'un statut moderne.

Dans la deuxième affaire : 24 Novembre 1974, la cour suprême ne reprend pas la référence de l'article 16 de l'ordonnance de 1960, pourtant il s'agissait exactement de l'hypothèse inverse de la précédente, c'est un mariage mixte entre un homme français et une femme sénégalaise de statut coutumier (coutume toucouleur islamisée).

Ils s'étaient mariés selon la coutume de la femme, la cour suprême reconnaît la validité de ce mariage mais elle ne reprend pas son raisonnement de 1969, elle se fonde sur l'idée d'égalité des formes du mariage dans un attendu :

"S'il résulte des termes de l'article 36 de la loi du 23 Juin 1961 que les citoyens de statut personnel légal doivent obligatoirement faire célébrer leur mariage par l'officier de l'état civil, il ne résulte ni de ce texte, ni d'aucune autre disposition légale, ni d'aucun principe général que le mariage entre deux personnes dont l'une est de statut légal et l'autre de statut coutumier doit aussi être obligatoirement, célébré en la même forme.

Le législateur n'a établi aucune prééminence de l'une des formes de mariage sur l'autre."

Cet arrêt a été critiqué par Mr. Kouassigan qui reproche à la cour suprême de se référer à tort à l'article 36 de la loi de 1961 et qui "n'est ni conforme au dessein poursuivi par le législateur

.../...

sénégalais, ni fidèle à l'orientation du nouvel ordre juridique interne sénégalais."

Pourtant refuser dans l'hypothèse d'un mariage mixte le recours à la forme coutumière, c'est admettre quoi qu'on dise, la suprématie du droit moderne sur le droit coutumier, c'est introduire en fait, sinon en droit, un rapport d'inégalité entre les deux, c'est aussi refuser à un époux sénégalais le mariage selon des formes qui lui sont personnelles sous prétexte qu'il se marie avec une personne qui n'y a pas droit et alors même que cette personne donne son accord.

Surtout ne pas reconnaître la validité des mariages mixtes conclus, selon la forme coutumière c'est permettre à un époux qui ne relève pas d'un statut coutumier de se marier pour rive avec un sénégalais ou une sénégalaise de statut coutumier.

## 2<sup>b</sup>) L'état de la doctrine avec le code de la famille

Depuis l'entrée en vigueur du code de la famille la solution du libre choix entre les deux formes du mariage s'impose d'autant plus qu'il n'y a plus de statuts personnels, modernes ou coutumiers.

Mais la doctrine est partagée sur l'interprétation de l'article 114 code de la famille.

Pour Kouassigan : le siège de la controverse se trouve dans l'article 114 qui dispose "que le mariage ne peut être constaté que lorsque les futurs époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal."

Salon l'auteur, lorsque le législateur parle de futurs époux observant une coutume matrimoniale en usage au Sénégal, il s'agit :

"de ceux qui en raison de leur origine, de leur tradition et de leur milieu social appartiennent à des communautés ethniques régies par le droit traditionnel auxquels ils demeurent attachés".

L'essentiel sera, qu'ils appartiennent l'un et autre à l'ordre social traditionnel et soient soumis à des coutumes en usage au Sénégal, en conséquence lorsque les deux futurs époux ne remplissent pas ces conditions, ils devront recourir à la célébration du mariage par l'officier de l'état civil, en d'autres termes observer la coutume ne serait pas seulement respecter une règle de conclusion du mariage mais vivre selon les règles caractérisant les communautés traditionnelles.

.../...

Il replace le problème du libre choix entre les deux formes du mariage dans le cadre plus général de l'interprétation d'une législation nouvelle et il pose le principe que "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. Or dit-il en matière de forme de mariage, le construit, le souhaité c'est la soumission de toutes les unions à une forme unique considérée comme une étape nécessaire sur la voie de l'unification de l'ordre juridique interne. Le donné, le vécu c'est la diversité des formes coutumières du mariage". En d'autres termes, le mariage célébré a vocation à devenir la forme normale du mariage et le mariage constaté n'est qu'une concession provisoire aux particularismes de l'ordre juridique interne, dès lors chaque fois que la condition d'appartenance des deux futurs époux à l'ordre traditionnel sénégalais n'est pas remplie ils doivent recourir au mariage célébré.

La critique de cette thèse : Un auteur qualifie l'interprétation de Kouassigan comme étant restrictive.

Il pense que réserver le recours à la forme coutumière du mariage à l'hypothèse où les deux futurs époux appartiennent à l'ordre juridique traditionnel semble contraire à l'intention du législateur qui n'a pas entendu revenir à la pluralité de statuts. De plus cette interprétation restrictive soulève, au point de vue de la technique juridique, des difficultés d'application, car exiger que les deux époux appartiennent tous, à une communauté régie par le droit traditionnel, c'est transformer une règle de forme en une règle de fond au mépris de l'abrogation des coutumes, c'est aussi ne pas tenir compte de l'égalité des formes.

C'est aussi, pense l'auteur, permettre à un individu peu scrupuleux en matière d'exotisme et qui trouve une autorité coutumière complaisante, de se marier avec une personne sénégalaise relevant d'un statut coutumier, puis d'invoquer l'inexistence légale de ce mariage.

Thèse de Guinchard : Pour lui, depuis l'entrée en vigueur du code de la famille, le principe posé est celui du libre choix entre les deux formes du mariage pour tous les futurs époux quels que soient leur nationalité et leur statut antérieur.

Il fonde son argumentation sur l'idée de l'abrogation des statuts antérieurs, de l'unification du droit civil sénégalais de la

famille. Le législateur a voulu supprimer toute distinction entre les sénégalais qui serait fondée sur leur appartenance à une ethnie, à une religion ou à une communauté traditionnelle.

La formule de l'article 114 doit être comprise non pas comme l'exigence d'un vécu, d'une coutume mais comme la simple obligation de se conformer au moment de la conclusion de l'union aux règles posées par la coutume choisie. C'est la volonté et elle seule qui détermine le recours de l'une des deux formes de mariage.

Juridiquement parlant l'officier de l'état civil n'a pas le droit de s'opposer à la conclusion et à la constatation d'un mariage coutumier au motif que les deux futurs époux n'appartiennent pas à une communauté traditionnelle. Mais cette interprétation ne signifie nullement que le mariage coutumier soit toujours ouvert à n'importe quel époux. Si les futurs époux ont le libre choix de la forme, encore faut-il que l'autorité traditionnelle qui intervient dans la conclusion du mariage coutumier accepte de les marier selon cette coutume. Rien ne lui interdit de refuser la forme coutumière à des époux parce qu'il estimerait par exemple qu'ils n'ont pas vécu la coutume. Si l'autorité traditionnelle refuse le mariage coutumier à deux futurs époux, ils auront toujours la possibilité de recourir au mariage célébré.

## 2) Les formes exceptionnelles du mariage

Normalement un mariage non constaté aurait dû être considéré par le législateur comme totalement inexistant. En raison de l'égalité des deux formes entre mariage célébré et mariage constaté, la sanction du non respect de ces formes aurait dû être la même or il n'en est rien dans le cas du mariage célébré, l'existence même de l'union est liée à l'intervention de l'officier de l'état civil, si celui-ci n'intervient pas le mariage est inexistant.

Pour le mariage coutumier, la non constatation devrait entraîner son inexistance mais le code de la famille ne retient pas cette solution, un mariage coutumier non constaté a plus de force qu'une simple union libre, le seul fait d'avoir conclu un mariage selon les formalités traditionnelles sans le faire constater lui procure certains effets, bien mieux il peut à tout moment être nové en mariage légal.

a) Les effets du mariage coutumier non constaté

L'article 146 code de la famille affirme que le mariage non constaté est valable, il n'est pas nul alors qu'un mariage moderne non célébré est nul.

Le fondement de cette validité se trouve dans la prise de conscience par le législateur des réalités de la société africaine et notamment du refus d'une part importante de la population de recourir au service de l'état civil.

Les rédacteurs du code de la famille savaient pertinemment que de nombreux mariages coutumiers ne seraient pas constatés, les déclarer inexistant, ce serait refuser aux époux et à la femme la protection que procure un mariage.

Mais d'après l'article 146 ce mariage n'est pas opposable à l'Etat, aux collectivités publiques, aux établissements publics ou privés pour prétendre au bénéfice des avantages familiaux. En revanche dans les rapports entre époux, les effets du mariage joueront article 149 à 151.

b) Transformation du mariage coutumier non constaté en mariage opposable aux tiers.

Il existe deux procédures supplétives qui tendent à se substituer à l'écrit qui aurait dû être dressé au moment de la conclusion du mariage, un écrit ayant la même force.

- La déclaration tardive

L'article 147 code de la famille permet aux époux de transformer leur mariage coutumier non constaté en mariage produisant des effets erga omnes par une simple déclaration tardive dans les deux mois de sa conclusion.

L'accomplissement de cette formalité n'empêchera pas d'appliquer la sanction de l'article 146 al 2 : amende de 3.000 à 18.000 francs.

.../...

### -Le jugement d'autorisation d'inscription

Passé le délai de deux mois, la seule possibilité de prouver et de transformer le mariage coutumier non constaté c'est le recours des articles 87 et suivants du code de la famille.

Cette procédure tend à substituer à l'acte instrumentaire un jugement du juge de Paix autorisant l'inscription de l'acte juridique par l'officier de l'état civil, elle est ouverte à toute personne dont l'acte de l'état civil doit rétablir l'état.

En matière de mariage, deux dangers doivent être écartés, d'une part que l'on autorise l'inscription d'un mariage forcé, d'autre part que des concubins invoquent faussement l'état de gens mariés.

### B) Option quant à la dot

La coutume du mariage dotal est une coutume très ancienne et fort répandue. La dot est prévue dans la Bible : Genèse 31, 15 "Rachel et Lea répondirent : ne sommes-nous pas considérés comme étrangères puisque notre père nous a vendues et qu'il a ensuite mangé notre argent".

Elle est aussi prévue dans le droit musulman du moins selon certains rites les docteurs malekites en particulier, considèrent que le mariage est une vente dont la dot est le prix et qui correspond à 21, 25 francs (4 dirhams ou 1/4 de dinar). Aussi bon nombre de civilisations ont connu l'institution de la dot : A Rome c'était la dot ex-marito et même le mariage par achat de la femme (mariage par co-emptio).

Ainsi nous pouvons définir la notion de dot : Dans la pensée juridique civiliste le mot dot désigne l'ensemble des biens que la femme apporte à son ménage en vue de contribuer éventuellement aux charges du foyer article 1540 code civil français.

L'Afrique traditionnelle a connu elle aussi l'institution de la dot qui tient une place importante dans le processus de formation du lien matrimonial. Elle désigne un ensemble de biens et de prestations conférés à la famille de la future épouse en vue de créer le lien matrimonial. Elle apparaît comme le régulateur matrimonial entre les deux familles puisque le mariage africain était une alliance entre deux groupes et la dot n'intervient que pour compenser une perte.

.../...

Tout mariage suppose une dot qui en est une des conditions essentielles, elle fournit la preuve du mariage, elle est la première dépense importante qui engage l'homme, le gage de son amour pour sa fiancée, la contrepartie symbolique de l'échange consenti entre les deux familles désormais liées. Cependant il y a une exception : si le père pour accomplir un vœu donne sa fille en mariage à un marabout il n'y a pas de constitution de dot mais l'union est considéré comme légitime.

Ainsi on a beaucoup discuté sur le rôle de la dot dans les coutumes africaines mais le code de la famille n'a pas osé l'interdire il l'a simplement réglementée en la rendant facultative.

#### 1) Evolution de la notion de dot

##### a) Valeur traditionnelle de la dot : idée de symbole

La nature juridique de la dot a fait l'objet de nombreuses controverses, on s'est souvent mépris sur son véritable caractère et on s'est toujours demandé à quoi servaient les prestations matrimoniales. Il ne faut pas se référer à l'opinion de certains auteurs comme Solus et du droit coranique pour expliquer la dot, car ils la considèrent comme le prix d'achat de la femme par sa belle famille ou mieux par son futur époux.

Cette interprétation de la dot est inexacte et provient d'une ignorance totale des mœurs et de la morale africaine traditionnelle. Originellement matérielle sous forme de chevaux, chameaux, génisses ou taureaux, d'objets de fabrication artisanales ou de produits de la culture et même de travail du futur époux, la notion de dot a évolué avec la venue d'une économie basée sur l'argent dans les grands centres urbains. Or cette économie monétaire a apporté la notion d'équivalence qui a faussé la valeur traditionnelle de la dot qui jouait de grands rôles.

#### 1) L'idée de compensation

Le mariage coutumier est remaniement de structures sociales

.../...

qui entraînent un déséquilibre et un affaiblissement de la famille de la jeune fille au profit de celle de l'homme. C'est cette brèche dans la chaîne continue de la solidarité familiale que la dot tend à combler. Il suffit d'évoquer les différentes formes de mariage sans dot : le cas de mariage par échange, les prestations sont presque inexistantes parce qu'on suppose qu'il n'y a pas de perte : une fille de la famille du futur époux est promise ou donnée en mariage à un garçon de la famille de la future épouse, ainsi l'équilibre paraît établi.

Il en est de même lorsque le maître épouse sa propre esclave, il ne doit donner aucune prestation puisqu'il s'approprie son bien. Par contre il devra compenser la perte lorsqu'il épouse une esclave qui ne lui appartient pas et il devra donner une indemnité.

Il s'agit de compenser pour la femme ou pour sa famille un préjudice né du fait que l'épouse va être tout le temps disponible pour son mari et pour sa belle-famille.

On trouve aussi dans cette idée de compensation ce qui était destiné à réparer le préjudice résultant du fait que les autres fiancés de la jeune fille vont s'abstenir de la courtiser et donc de la combler de cadeaux, aussi la part du père, de la mère et de la récompense des grands parents et une quotité représentant la réparation à priori des douleurs des futures couches.

On pourrait alors chercher l'explication de la dot dans le fait que dans la coutume africaine, tout acte, tout fait doit s'accompagner d'un sacrifice pour être bénéfique car c'est ce sacrifice qui éloigne les mauvais génies.

Cette idée de compensation de la dot dans les coutumes négro-africaines se trouve confirmée par certains docteurs de l'Islam qui considèrent que le but essentiel du mariage est l'entrée en possession du corps de la femme par le mari. Par conséquent la femme doit recevoir un douaire en compensation de sa force physique disponible pour le mari.

2) Elle servait d'instrument de preuve du consentement des familles et du mariage

Dans nos sociétés traditionnelles où l'état civil n'existait pas, les prestations jouent un rôle primordial dans la conclusion du

.../...

mariage. Elle est une preuve de l'accord entre les deux familles sur le mariage et de la régularité de ce dernier en la forme et au fond.

C'est la preuve de l'existence et de la régularité des nouvelles lois sociales qui naissent entre les deux familles par l'union des deux époux comportant des réseaux de droits et d'obligations.

3) Elle assurait la filiation des enfants

Elle sert non seulement à déceler les traces du mariage mais elle permet de légitimer les enfants en distinguant le concubinage du lien matrimonial car l'adultère étant sévèrement sanctionné par la plupart des coutumes, la femme est censée n'entretenir des relations intimes qu'avec son mari. Ce dernier est celui qui a versé la dot, puisqu'il n'y a de mariage régulier sans dot. Ce principe est sur la base d'une présomption particulièrement importante en matière de recherche de paternité : le mari de la femme mariée est tenu pour le père des enfants qu'elle met au monde.

4) Elle constituait un gage remis par le futur époux aux beaux parents pour garantir qu'il traitera bien sa future épouse c'est l'idée de protection de la femme.

Elle est dans ce cas là une condition de validité du transfert de l'autorité du chef de la famille de la jeune fille au chef de la famille de l'homme en même temps qu'elle est une sorte d'hommage rendu aux parents de la jeune fille pour son éducation. Et on a vu que dans les sociétés européennes, la dot étant l'ensemble des biens que la femme apportait au foyer en vue de contribuer au ménage.

Cette conception garde toute sa valeur de nos jours où les femmes bien dotées jouissent d'une certaine considération auprès de leur mari, ceci compte tenu de leur position matérielle.

Le fait pour les parents de nantir leur fille de biens matériels avant le mariage constitue un élément d'équilibre et de stabilité dans le ménage.

.../...

Aussi en Afrique on constate que cette idée de protection de la femme était recherchée. L'importance des prestations était d'ailleurs fonction du statut social et de la position matérielle des époux. C'est le cas des Damels qui donnaient terres et esclaves, tandis que le sujet ne pouvait offrir que le fruit d'une année de récolte.

C'est pourquoi il est parfois admis que la femme qui a reçu d'importantes prestations jouit auprès de ses parents et amis d'un grand prestige.

Cette idée de symbole de la dot tend à être supplantée par le développement urbain et le mercantilisme qui imposent une autre conception de la dot qui devient un moyen de spéculation pour les parents dont les abus deviennent scandaleux.

#### b) Conception actuelle de la dot

Par qui est fixé le montant de la dot ? Par ceux là qui l'apportent en général c'est-à-dire le groupe des père ou mère du futur époux. Les tractations pour fixer le montant de la dot ont lieu entre les parents des deux parties. Mais la dot est en général fixée au départ par la société elle même. Le brassage des coutumes et traditions, le coût de la vie et l'évolution du monde ont contribué à élever le montant de la dot. Bien sûr lorsque plusieurs prétendants se présentent pour la main de la jeune fille, devant des parents cupides et matérialistes, c'est le plus puissant économiquement qui l'emporte avec les plus grandes incertitudes quant à une vie harmonieuse pour le couple. La dot qui constitue le seul intermédiaire entre les deux principaux intéressés peut devenir l'objet de discorde car c'est de son montant que dépend l'augmentation ou la diminution des autres dépenses afférentes au mariage, le trousseau par exemple.

- Dans les villes la consommation effrénée mène au délire sous la férule des nouveaux riches qui imposent leur prix (voiture, télévision, montre en or, trousseau, cadeaux divers..... sans compter l'argent qui peut aller de 100.000 francs à des millions de francs.)

C'est à propos de ces sommes excessives qu'on a pu parler d'aliénation de la femme, c'est au plus offrant, les sentiments sont parfois secondaires. Les jeunes filles deviennent pour leurs parents

des sources de revenus grâce aux spéculations abusives sur les prestations.

- La dot est remise aux parents qui disposent d'une partie, l'autre étant destinée à la préparation du trousseau. Ce sont les soeurs, amis ou oncles du mari qui apportent la dot en présence de témoins, elle est reçue par les mères c'est-à-dire les amies de la future belle-mère, les soeurs, les tantes de la fiancée, ce qui explique aussi qu'une partie de la dot est partagée entre toutes ces personnes qui en retour collaborent à la confection du trousseau de la mariée, des festivités de la cérémonie du mariage et même des cérémonies des futurs baptêmes.

- Ainsi conçue, la dot devient l'une des institutions les plus critiquées car elle aboutit à des conséquences néfastes que nous analyserons sur le plan économique, social et culturel, familial.

Sur le plan économique, on peut dire qu'elle est d'abord une des causes de l'exode rural pour les jeunes gens qui sont à la recherche de la dot. Ils quittent la campagne laissant derrière eux une fiancée ou une femme pour qui le versement de la dot est différé. Ils viennent dans les villes à la recherche de travail et quant ils en trouvent, ils économisent une partie de leur salaire pour pouvoir retourner au village combler sa bien aimée. Mais c'est le fruit de tant de peines qui sera dépensé en une seule fois.

On a déploré le fait aussi pour les détournements de deniers, tel est le cas de ce jeune employé de banque qui veut se marier mais on lui demande beaucoup, alors qu'il arrive à peine à se tirer d'affaire avec sa famille. Alors voyant tous les jours des liasses de billets, il use d'un simple jeu d'écriture et le voilà <sup>marié</sup> mais un mois, il se retrouve en prison.

Cet autre jeune homme s'est marié depuis un certain temps, il cherche de l'argent pour s'installer et pourtant il a versé une dot importante et organisé des festivités grandioses mais il a oublié l'essentiel, la maison; et enfin de compte, il a contracté tellement de dettes qu'il lui reste très peu de son salaire, en attendant madame est chez ses parents qui se plaignent ou chez ses beaux parents avec toutes les incertitudes quant à leur entente.

Sur le plan social, les conséquences sont aussi dramatiques car les jeunes se détournent du mariage qui devient une affaire de

riches et de vieux seuls capables de donner les fortes sommes d'argent qu'exigent les noces. Le mariage devient ainsi le monopole de ces vieux, qui par le biais de la polygamie, cherchent à compenser par la richesse un vieillissement certain, sans pouvoir se garantir les risques d'adultère d'une épouse trop jeune pour leurs forces déclinantes, ce qui a pour conséquence une dépravation des mœurs.

Cette jeune fille est fiancée depuis deux ans avec un jeune homme qui cherche vainement à compléter le montant de la dot exigée par des parents irréductibles. En attendant, ils n'ont pu résister à la tentation et elle tombe enceinte. Le fiancé ne sera pas mécontent, puisque les parents seront obligés d'être plus souples et seront maintenant d'accord pour le mariage même en différant le versement de la dot.

Quant à celle ci, n'osant pas affronter la colère paternelle et la honte, elle se fait avorter dans des conditions désastreuses et en conséquence elle ne pourra plus avoir d'enfant du tout. Elle se trouve dans une situation pénible ne sachant pas si son amant sera toujours disposé à l'épouser.

Sur le plan familial, la dot n'est pas seule en cause dans les malheurs des femmes, mais elle contribue à accentuer la dépendance de celle ci vis à vis de son mari, qui a beaucoup dépensé pour elle et qui en retour exige d'elle le maximum de son corps, d'enfants, de travail et de soumission.

Ainsi elle est réduite à l'état de valeur marchande, de propriété privée de l'homme et si elle ose faire des remarques dans certains cas à son mari, celui ci lui retorque "je ne t'ai pas achetée pour que tu viennes me contester."

On assiste aussi à la multiplication des divorces due à la fragilité du mariage car l'épouse entraînée dans un cercle vicieux n'hésite plus sous l'instigation des parents à rompre les liens d'un mariage au profit d'un autre plus rentable. Aussi l'homme de son côté le jour où il n'aura plus besoin de la femme pourra demander le divorce et parfois se faire rembourser ses investissements.

Face à ces abus, le législateur sénégalais a réagi en apportant des limitations aux excès et en règlementant la dot dans le code de la famille.

## 2) Les politiques de limitation de la dot

C'est pour lutter contre les méfaits de la dot que les autorités traditionnelles sénégalaises furent les premières à s'insurger : contre de pareilles pratiques en décidant d'y mettre fin par des sanctions. Leur action sera entérinée par le législateur colonial et reprise au moment de l'indépendance par les nouveaux codes en matière du droit de la famille.

### a) Intervention des auto- rités locales

Face à l'évolution économique et sociale qui a modifié l'institution de la dot, il est nécessaire de souligner que la mystique du développement n'a pas seulement été amorcée pendant la période de souveraineté nationale ; mais elle fut précédée d'une série de mesures d'ordre social de la part des autochtones :

Les Saint-Louisiens et Dakarais ont cru nécessaire dès 1930 de défendre certaines valeurs sociales du pays.

### 1) La convention de Saint-Louis: 1930

Les notables de cette ville décidèrent par pacte de lutter contre les abus consécutifs aux dépenses somptueuses. C'est ainsi qu'ils déclarent dans une résolution que "les cérémonies par trop tapageuses des mariages et des baptêmes atteignent des proportions insensées au profit de quelques flagorneurs et au grand préjudice des époux". Ils font appel à la conscience de la classe intellectuelle qui se réclame des principes de la modernité.

Le pacte fondait son argumentation sur des principes d'ordre humanitaire et moral. L'accroissement des filles-mères, l'impossibilité de se marier à cause des dépenses exigées. C'est pourquoi la convention édicte des mesures limitatives. La dot est fixée à 1.000 francs pour une fille et 500 francs pour une fille-mère. Ces mesures s'étendent sur les autres dépenses matrimoniales. Ainsi on ordonne la célébration

dans l'intimité et interdit toute publicité pouvant entraîner des dépenses excessives. Les sanctions sont purement judiciaires et des peines complémentaires d'amende de 500 à 4.000 francs sont versées au fisc

## 2) Le pacte de Dakar 17 Juin 1950

L'originalité de ce pacte est que ses auteurs sont surtout guidés par des prescriptions d'ordre religieux. L'objectif visé est la réduction des dépenses excessives et les sanctions, sont d'ordre plutôt divin.

Le texte réduit la dot à 1.500 francs payable en totalité dans un délai de 3 ans mais l'avance de 21,25 constituant le Takk est exigée selon les dispositions musulmanes qui fondent la validité du mariage sur le versement préalable de cette somme.

La sanction imposée pour le divorce, le mari perd les sommes versées et une commission de répression est instituée pour infliger des sanctions et trancher les litiges.

### b) Le législateur colonial

Les décrets Mandel de 1939 et Jacquinet de 1951 vont s'efforcer de résoudre les difficultés soulevées par le problème de la dot dont le taux, nous venons de le voir, a déjà fait l'objet de mesures de limitation de la part des autorités locales.

Toutefois ces décrets restèrent lettre morte comme le furent en grande partie les barèmes et pactes matrimoniaux édictés par les autorités religieuses.

Devant le désordre social provoqué par la dot devenue un instrument de spéculation des parents, le législateur sénégalais a réagi, d'abord par la promulgation d'une loi sur les dépenses excessives et par la mise en place d'un code de la famille.

### b) L'intervention du législateur sénégalais

Le législateur sénégalais soucieux du fait que l'interdiction absolue de la dot risque de se révéler infructueuse en heurtant

des habitudes invétérées et en rencontrant des réticences de la part des sujets de droit, a choisi de la conserver et d'en faire une affaire des époux et d'en apporter des limitations avec la loi 67-04 du 24 Février 1967 tendant à réprimer les dépenses excessives à l'occasion des cérémonies familiales.

1) Le code de la famille et le problème de la dot

Le code de la famille (loi 72-61 du 12 Juin 1972) par son action unificatrice a maintenu la dot tout en conciliant les principes traditionnels avec ceux de l'islam. Dans le but d'écartier toute intervention familiale dans la détermination de la dot, il l'a strictement réglementée dans son article 132 en lui donnant un caractère facultatif pour ensuite en faire une propriété exclusive de la femme.

+ ) Caractère facultatif de la dot :

Aux termes de l'article 132 code de la famille "les futurs époux peuvent convenir que 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 fond du mariage".

Désormais l'intervention des parents est abolie en ce qui concerne la dot qui ne devient un élément fondamental du mariage que si les époux en décident librement et ils peuvent même se marier sans dot ; c'est une option et l'officier de l'état civil doit demander aux futurs époux s'il a été convenu du paiement d'une dot.

Mention est faite dans l'acte de mariage du montant de la dot, de la part payée d'avance et de ce qui a été perçu par la femme au moment de la conclusion du mariage.

Si c'est le cas, le régime de la dot, prévu par le code tend à éviter qu'elle ne devienne source de spéculation.

Par conséquent elle n'est pas une condition de validité du mariage par l'effet de la loi comme prévue par la loi guinéenne mais par la volonté des parties.

Lorsque selon la volonté des époux, la dot est une condition de validité du mariage, le code de la famille en fait la propriété exclusive de la femme.

+> Dot, propriété exclusive de la femme

Contrairement au droit traditionnel qui donnait aux parents de la jeune fille la propriété de la dot, leur permettant d'en disposer, de spéculer sur celle-ci et d'agir sur le consentement de leur fille, le code de la famille en fait la propriété exclusive de la femme article 132.

Désormais la femme en a la libre disposition, la dot par là perd son caractère de prix d'achat de la fille au bénéfice de ses parents.

Il faut remarquer d'ailleurs que c'est la position adoptée dans le droit musulman, dans ce droit la dot revient à la femme.

Toutefois le principe de la dot, affaire des époux subit des atteintes dues à l'intervention du législateur pour en limiter le montant et prévoir des sanctions concernant aussi bien les époux que leurs familles ; c'est la loi 67-04 du 24 Février 1967.

2) La loi de 1967 sur les dépenses excessives

Elle a été promulguée avant même le code de la famille, ce qui prouve l'importance des objectifs du législateur.

Cette loi pénale présente, la particularité de fixer des taux que les sénégalais ne doivent pas dépasser dans le cadre de leurs dépenses à l'occasion des cérémonies familiales.

Ainsi, si la loi donne aux époux toute liberté pour faire ou non de la dot une condition de validité du mariage, elle ne leur laisse pas toute latitude pour en fixer le montant.

La dot ne peut en effet dépasser la valeur maximum fixée qui est de 3.000 francs pour la dot proprement dite et de 15.000 francs pour les réjouissances et les cadeaux.

Le législateur sénégalais en tarifant la dot a voulu revenir à la conception de la dot symbole avec l'espoir de la voir disparaître avec l'évolution des mœurs.

En figeant les taux, le législateur ne tient pas compte de l'inflation et on peut penser que le chiffre de 3.000 Francs fixé par l'article 6 est insuffisant.

En effet pour assurer une stricte application de la tarification le législateur prévoit des sanctions pénales article 12 qui

.../...

dispose que "seront punis d'une amende de 20.000 à 500.000 francs et en cas de récidive d'emprisonnement d'un à 6 mois ceux qui ont sciemment contribué à des dépenses dont le montant total excède le maximum légal et permis à de telles dépenses".

Il n'est pas certain que la méthode répressive, pénale soit efficace, car combien de poursuites ont-elles été engagées sur le fondement de ce texte ? Derrière les textes la réalité quotidienne demeure, et on peut même craindre que cette réglementation n'aggrave la situation, tel est le cas.

Toutefois la loi n'est pas inutile puisque sur le plan civil, elle permet de réduire en matière successorale les libéralités excessives, car normalement les frais de noces ne sont pas réductibles sauf s'ils excèdent les "sommes maximales prévues par la loi article 508 cc- de de la famille.

En cas de divorce, le code n'a pas expressément prévu le remboursement de la dot mais les dispositions de l'article 177 (avantages consentis à l'occasion du mariage) et l'article 179 (dommages intérêts) permettront au mari de réclamer le remboursement de la dot à la limite des taux fixés par la loi de 1967.

#### CONCLUSION. :

Devant l'importance du problème, les femmes dans leur lutte pour l'émancipation doivent en prendre conscience. Les jeunes gens sont affolés par la perspective du mariage, ils devront faire entendre leur voix et se concerter pour éviter tout compromis.

Car ce n'est pas parce que les autorités religieuses, l'Etat auront décidé de tarifier ou non la dot que la société va l'accepter. La solution du problème réside dans un changement des structures de base même, il faudrait inculquer aux gens des idées qui changeraient leur comportement.

Pourtant quelques jeunes filles de concert avec leurs fiancés peuvent oser refuser de telles pratiques, elle n'en seront pas mortes mais assurées de la considération de leur époux, ce qui compte pour beaucoup dans le rapport conjugal. Cette attitude requiert beaucoup de force morale, d'amour et de sens des responsabilités.

c) Option de monogamie ou de polygamie limitée

La polygamie est une institution très ancienne en Afrique traditionnelle. Elle s'est développée avec l'apparition de la propriété individuelle. A une époque où les outils de travail étaient très rudimentaires, les bras des hommes étaient la principale force de travail.

Ainsi les riches, pour accroître leurs biens, perpétuer et agrandir leur famille, épousaient plusieurs femmes saines et robustes.

Les causes profondes de l'existence de la polygamie étaient donc d'ordre économique.

Les religions et les morales n'ont fait qu'entériner un état de fait en y introduisant la notion de l'amour, de la fidélité, Ainsi le verset 3 de la quatrième sourate du coran prescrit "épousez donc celles des femmes qui vous seront plaisantes par deux, par trois, par quatre mais si vous craignez de n'être pas équitable, prenez-en une seule ou des concubines".

La polygamie s'est perpétuée jusqu'à nos jours et le législateur sénégalais n'a pas pu faire triompher le modernisme au point de la supprimer légalement.

Bien mieux il en a maintenu le principe puisque le régime polygamique constitue le droit commun.

La résistance de la tradition est ici très forte et le code de la famille n'a pu que recourir au système de l'option pour essayer de limiter à l'avenir la polygamie.

La volonté de libérer la femme de son ancien statut coutumier et de faire du mariage le fondement d'une nouvelle famille, la famille conjugale se heurte ici à une pratique très répandue.

Aux termes de l'article 133 code de la famille le mariage peut-être conclu soit sous le régime de la polygamie et dans ce cas l'homme ne peut avoir plus de quatre épouses.

Soit, sous le régime de la polygamie limitée à deux, ou à trois épouses.

Soit sous celui de la monogamie.

Le choix est réservé à l'homme mais s'il n'opte pas expressément pour le mariage monogamique ou de polygamie limitée il est considéré comme marié sous le régime de la polygamie.

.../...

Le problème de la polygamie est un sujet brûlant qui suscite beaucoup de passions.

Les plus ardents défenseurs et pour cause sont les hommes qui n'hésitent pas de dire que :

- "c'est une prescription de l'islam....."
- l'homme est naturellement polygame.....
- les femmes sont très nombreuses.....
- c'est un moyen pour assagir et calmer les épouses etc....."

Les femmes dans leur immense majorité refusent le principe de la polygamie, même si hélas elles sont deuxième, troisième... elles en connaissent trop les peines et les incertitudes.

La polygamie étant une survivance d'un passé encore récent s'adapte difficilement aux exigences actuelles.

La disparition définitive ne sera pas facile dans cette société, en tant qu'institution sociale, elle est liée aux changements profonds des structures qui engendreront de nouvelles conceptions de la famille, du mariage, de la procréation.

Cet avènement doit se préparer et pour cela les deux futurs époux doivent ensemble prendre leur courage à deux mains ; ils doivent se concerter pour trouver une solution heureuse.

En attendant le code de la famille a limité les effets de la polygamie en assurant l'indépendance des co-épouses les unes vis-à-vis des autres.

Il décide que chaque épouse est considérée comme un ménage, ce qui autorise chacune d'elles à exiger du mari une résidence séparée et interdit à celui-ci d'utiliser les revenus de l'une au profit des autres ce qui est facilité par la pratique du régime de séparation de biens comme régime imposé en cas de mariage polygamique.

d) Option quant au régime matrimonial

Il n'y a pas eu en droit sénégalais de contrat de mariage au sens du droit français c'est-à-dire d'acte notarié contenant le choix d'un régime matrimonial et éventuellement d'autres mesures d'ordre patrimonial ou d'ordre extrapatrimonial.

Il est possible en revanche au Sénégal de passer avant le mariage un contrat par acte sous-seing privé ou devant notaire mais ce ne sera pas un contrat de mariage car il ne contiendra pas le choix d'un régime matrimonial. Ce choix ne peut résulter que d'une option prise au moment du mariage, l'exercice de l'option étant soumis à des conditions très souples mais sa portée est limitée.

## 1) Conditions d'exercices de l'option

### a) Conditions de forme

L'option doit s'exercer au moment du mariage devant l'officier d'état civil qui reçoit la déclaration. La publicité est assurée par une mention à l'acte de mariage.

### b) Condition de fond

La déclaration est commune, il n'y a pas de privilège du mari. Le mineur qui a obtenu le consentement pour son mariage peut exercer l'option de l'article 368 code de la famille. Le majeur en tutelle ou en curatelle ne peut adopter un régime matrimonial autre que le régime de droit commun sans l'assistance de son tuteur ou de son curateur.

## 2) Portée de l'option

La liberté des futurs époux n'est pas totale, elle est limitée. L'option ne peut porter que sur le choix d'un régime et pas n'importe lequel.

Il leur est interdit en effet de faire porter l'option sur des questions qui dépassent le problème du choix du régime matrimonial, l'ordre des successions par exemple.

Le choix du régime lui-même est un choix dirigé, la séparation de biens étant le régime légal, finalement les futurs époux, ne peuvent choisir que le régime dotal ou le régime communautaire.

Le choix est restreint en cas de polygamie, en effet lorsque le mari n'a pas souscrit l'option de monogamie les futurs époux ne peuvent pas choisir le régime communautaire. Cela ne signifie nullement

.../...

que lorsque l'option de monogamie a été souscrite le régime communautaire est obligatoire.

La femme entretient des rapports avec un mâle mais aussi avec sa famille qui a son mot à dire dans le consentement au mariage de sa fille mineure, aussi celle-ci peut être appelée à succéder à sa famille.

## SECTION II : La femme dans ses rapports avec sa famille.

Il est certain aujourd'hui que ce sont les futurs époux qui ont à contracter mariage qui sont <sup>les</sup> véritables parties à cet acte et qui sont donc les seuls dont le consentement entendu au sens strict doit être requis.

Mais lorsqu'il s'agit d'une fille mineure qui doit consentir au mariage, la volonté familiale devient nécessaire pour mieux l'éclairer.

### P I : La volonté des familles dans le consentement au mariage de leur fille mineure

Cette volonté familiale est soit directe et a pour but la protection de la mineure.

Soit elle est indirecte, c'est le système des oppositions à mariage, obstacle à la célébration du mariage ce qui a pour but la prévention des mésalliances.

#### I. L'intervention directe de la volonté familiale

Trois principes tournent autour de cette intervention de la volonté des parents pour le consentement de leur fille mineure.

##### 1°) Principe :

En aucun cas les parents ne peuvent conclure le mariage sans la volonté des enfants, aussi l'article 108 al 1 code de la famille dispose à cet égard que "chacun des futurs époux même mineur doit consentir personnellement au mariage". Cet article exclut l'intervention des parents pour le consentement au mariage même si le futur époux est mineur.

.../...

L'exercice de la puissance paternelle peut être confiée à la mère par décision judiciaire lorsque les époux vivent séparés.

En cas de décès de l'un des conjoints, le survivant est investi de la puissance paternelle. En cas de décès des deux parents, la puissance paternelle revient au tuteur, celui-ci a par là même, le droit de consentir au mariage de sa pupille. Ici alors le code de la famille ne laisse aucune place aux grands-parents, aux tantes, la tutelle les remplace. Cette institution de la tutelle n'est pas conforme à nos mœurs puisque en cas de décès des parents, la garde des enfants est affectée aux grands parents ou aux tantes, les enfants ne vont pas sortir de la famille.

#### B. Dans la famille naturelle

La fille dont la filiation est établie dès la naissance à l'égard de ses deux parents est assimilée à la fille dans la famille légitime pour l'attribution de la puissance paternelle.

Si la filiation est établie à l'égard d'un seul de ses auteurs, la fille sollicitera le consentement de celui-ci.

Si la filiation n'est pas établie à l'égard d'aucun de ses auteurs, le consentement est demandé au conseil de tutelle article 281 al 3

#### C. Dans la famille adoptive

Pour le mariage de la fille adoptée mineure c'est l'adoptant qui doit donner son consentement.

En cas d'adoption par les deux époux, la situation est la même que pour la fille dans la famille légitime. C'est le consentement de l'adoptant non celui de sa famille par le sang qui est exigé article 249 al 3 code de la famille.

Ce consentement des parents doit être spécial, une autorisation générale de se marier ne suffirait pas. Selon l'article 109 al 2 code de la famille ce consentement doit comporter la désignation des deux futurs époux.

Il est donné soit par la déclaration faite devant un officier de l'état civil, devant un juge de Paix ou devant un notaire antérieurement à la célébration du mariage, soit verbalement lors de cette célébration.

Ce consentement familial, étant requis pour protéger le mineur, son défaut est sanctionné soit par un acte d'opposition, soit par une nullité relative.

Toutefois le législateur sénégalais pour enlever tout caractère discrétionnaire de ce consentement familial a décidé dans l'article 109 al 3 que "tout parent peut saisir le juge de Paix du lieu de célébration du mariage s'il estime que le refus de consentement est basé sur des motifs non conformes à l'intérêt de la mineure. Après avoir régulièrement convoqué dans le délai d'ajournement, la personne qui refuse son consentement, celle par qui il a été saisi du recours et toute autre personne dont l'audition lui semblerait utile, le juge statue par ordonnance non susceptible de voies de recours pour maintenir le refus opposé ou pour autoriser la célébration du mariage.

## II. Intervention indirecte de la volonté familiale : le système des oppositions à mariage

On appelle opposition, tout acte par lequel certaines personnes déterminées par la loi, font défense à l'officier de l'état civil de procéder à la célébration du mariage, lorsqu'il y a obstacle à la célébration licite d'un mariage. C'est dans ce but <sup>que</sup> le législateur sénégalais a réglementé les actes d'oppositions, il a déterminé les personnes pouvant faire opposition, les effets de cette opposition et la possibilité donnée à la fille mineure de contester l'opposition.

### 1) Les causes de l'opposition

- Puberté et sexe : article 111 code de la famille dispose que "le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme âgé de plus de 20 ans et une femme âgée de plus de 16 ans sauf dispense d'âge accordée pour motif grave par le Président de la République.

- L'inceste : article 110 code de la famille "est prohibé pour cause de parenté ou d'alliance le mariage de toute personne avec :

- ses ascendants ou ceux de son conjoint
- ses descendants ou ceux de son conjoint

- Jusqu'au 3ème degré, les descendants de ses ascendants ou de ceux de son conjoint.

.../...

Toutefois certains actes d'opposition ne peuvent être faits que par des personnes déterminées par la loi, c'est le cas :

- de la personne qui exerce la puissance paternelle et dont le consentement est requis pour le mariage de la fille, mineure, lorsque celle-ci veut passer outre à son autorisation.

- c'est aussi le cas du fiancé évincé sans motif légitime qui peut demander que soit formée opposition jusqu'à la restitution du cadeau article 107 al 2.

## 2) Les personnes qui peuvent former opposition

Article 118 code de la famille.

Le Procureur de la République doit former opposition lorsqu'un empêchement est porté directement à sa connaissance. L'officier de l'état civil averti qu'un fait est susceptible de constituer un empêchement doit surseoir à la célébration du mariage et avertir le Procureur de la République, celui-ci notifiera son éventuelle opposition aux futurs époux et à l'officier de l'état civil, le silence gardé pendant un mois permet à l'officier de l'état civil de passer outre.

La fille mineure peut demander main-levée de l'opposition en adressant une requête au Président du tribunal.

## 3) Les effets de l'opposition

Article 120 code de la famille.

Tant que la main-levée de l'opposition n'a pas été notifiée, l'officier de l'état civil peut procéder à la célébration du mariage à peine d'une amende civile de 10000 francs au plus prononcée par le tribunal de 1e Instance sur réquisition du Procureur de la République, nulle autre opposition ne peut être faite à un mariage lorsqu'il a été donné main-levée d'une première opposition.

## CONCLUSION. :

Consentement des parents :

On note une inégalité en ce qui concerne les deux époux, ce qui entraîne une contradiction dans la portée du code de la famille même.

Le législateur sénégalais a voulu réaliser l'égalisation des deux époux, mais quand on dit que la puissance paternelle appartient conjointement aux parents et que l'exercice appartient au seul père, l'égalisation est rompue, comme l'équilibre que le législateur sénégalais voulait établir.

Lorsqu'il y a séparation, le juge confie l'enfant, soit à la mère et la puissance paternelle est exercée par celle-ci.

Lorsque le père devant consentir au mariage est à l'étranger, le problème se pose de savoir s'il n'était pas bon que le juge dans ce cas d'espèce supplée le parent défaillant, ceci est un problème sérieux car le mariage étant une institution, tout le corps social peut-être concerné.

Le code de la famille cherche à lutter contre la conception traditionnelle du consentement, en substituant à la famille négro-africaine la famille conjugale. Est-ce une bonne chose ? Le problème reste à déterminer.

Si le consentement dans le mariage tend à faire changer le caractère de la famille large (article 108 code de la famille) ceci entraînerait une révolution qui aboutirait à voir de moins en moins de mariages forcés.

Ce qu'il faut souligner c'est que le consentement des futurs époux donnera une stabilité beaucoup plus grande dans le mariage.

Les parents ont manifesté leur volonté dans le consentement au mariage de leur fille mineure.

Aussi dans le cadre de leur succession, leur fille a des droits qu'il faudra analyser selon qu'il s'agisse des successions non musulmanes ou des successions musulmanes.

## P II. : La place de la femme dans la succession de ses parents

Son statut varié suivant le type de successions

### I. Dans les successions musulmanes

Le code de la famille a repris pour l'essentiel des règles de dévolution, les dispositions de la sourate IV du coran. Il s'agit du rite malékite, tel qu'il est établi en Afrique du Nord.

.../...

On note une infériorité de la femme héritière dans les successions musulmanes, et elle l'est dans les trois règles qui dominent toute la dévolution.

En premier lieu, le sexe détermine un ordre d'héritier, celui des parents par les femmes qui, en pratique sera toujours exclu de la succession puisqu'ils ne sont appelés qu'à défaut d'héritiers légitimaires ou d'héritiers aceb.

En deuxième lieu, c'est encore le sexe qui constitue le critère de détermination de l'ordre des aceb par eux-mêmes, cet ordre revêt une importance fondamentale pour ceux qui en font partie puisqu'ils ont vocation à recevoir la totalité de la succession ou tout le reliquat s'il existe des héritiers légitimaires à parts fixes. Or, ne sont qualifiés aceb par eux-mêmes que les parents de sexe masculin dont le lien avec le défunt n'est interrompu par aucune génération féminine article 576. C. F.

L'infériorité de la femme est ici double, d'une part en tant que femme, elle est exclue de l'ordre des aceb par eux-mêmes, d'autre part en tant que maillon entre le défunt et un héritier mâle, elle exclut celui-ci.

En dernier lieu, il arrive que la femme soit considérée comme aceb, mais alors sa situation successorale reste inférieure à celle de l'homme. Normalement, les femmes très proches du défunt ne pourraient jamais succéder dès l'instant qu'il y a un aceb par lui-même, si l'on appliquait rigoureusement le principe de la vocation universelle des aceb.

C'est pourquoi, le droit musulman intègre certaines femmes dans la catégorie des héritiers légitimaires, ceux qui, quoi qu'il en soit par ailleurs du nombre et de la qualité des aceb sont assurés à recevoir une part fixe de la succession. On y trouve la fille. La fille du fils etc....

Mais ce tempérament à la vocation universelle des aceb est lui-même écarté dans l'hypothèse où la femme normalement légitimaire se trouve en présence d'un frère de même lien ; pour éviter que dans une telle situation la femme ne soit pas trop favorisée, le Droit musulman lui fait perdre sa qualité d'héritière légitimaire et la considère comme aceb (par un autre).

Ainsi bien qu'aceb, à égalité de classe, de degré, et de lien,

le mâle prend deux parts et la femme une, article 637 code de la famille.

Cette inégalité de traitement de la femme dans les successions musulmanes peut-être évitée si le De cujus opte pour la dévolution des successions de droit commun.

## II. Dans les successions de droit moderne

La femme jouit d'une égalité de traitement avec l'homme.

La dévolution de la succession se fera selon l'affection présumée du défunt, on retrouvera notamment pour la parenté légitime, la règle de la proximité en degré tempérée par la répartition en ordre par la représentation et le principe de la fente.

Il faut distinguer la parenté légitime, naturelle, adoptive,

### A. Dans la parenté légitime

Le principe est que le système est fondé sur la proximité de la parenté, c'est le parent le plus proche en degré qui en principe reçoit la succession.

A égalité de degré on partage par tête, par parts égales mais ce système conduit à des solutions injustes d'où des tempéraments par la répartition en ordre, la représentation et la fente.

Comment se répartit la succession à la femme, cela dépend de l'ordre où elle se trouve.

- Si la femme est la fille du défunt elle exclut tous les parents des autres sans exception ; seul le conjoint survivant viendra concourir avec la femme et ses frères et sœurs.

Elle succède par égales portions et par tête quand elle est au premier degré, quand elle est appelée de son propre chef.

Elle succède par souche lorsqu'elle vient par représentation.

- Si la femme est la sœur du défunt, elle ne succède qu'en l'absence de descendants légitimes, elle exclut les héritiers des ordres des ascendants ordinaires et collatéraux ordinaires. La succession se répartit comme suit :

+ ) il n'y a que des frères et sœurs germains ils se partagent par tête avec la représentation pour les neveux et nièces.

+ ) les frères et sœurs sont, soit tous consanguins, soit tous utérins, c'est le partage par tête.

.../...

+ ) le De cujus laisse des frères ou sœurs consanguins et utérins, on applique la fente, en divisant la succession en deux parts égales, l'une pour la ligne paternelle aux consanguins, l'autre pour la ligne maternelle ira aux utérins.

+ ) il y a à la fois d'une part des frères et sœurs germains, d'autre part des frères et sœurs consanguins ou utérins ; on divise la succession en deux parts égales, les germains viennent dans les deux lignes, et les consanguins ou utérins dans une seule.

### B. Dans la parenté naturelle

Outre les conditions exigées de tout successeur, la fille naturelle doit remplir, une condition supplémentaire. La filiation doit être établie à l'égard du De cujus.

L'enfant naturel étant assimilé à l'enfant légitime il a les mêmes droits que lui.

La représentation joue mais dans les rapports parents-enfants.

La fille naturelle reconnue, si elle est en présence d'enfant légitime, elle a la moitié de la part d'un enfant légitime.

En l'absence d'enfant légitime, la fille naturelle prend la moitié de ce qu'elle aurait eu si elle avait été légitime, et le surplus est dévolu aux autres héritiers.

### C. Dans la parenté adoptive

Elle n'a aucun droit dans sa famille d'origine en cas d'adoption plénière - et dans la famille adoptive elle a le statut d'enfant légitime, notamment elle est réservataire à l'égard des parents adoptifs et des autres membres de la famille adoptive.

Dans l'adoption limitée, l'adoptée en cas d'adoption avec vocation successorale à une situation hybride car elle conserve des droits et obligations dans sa famille légitime, elle est héritière.

S'il n'y a pas de vocation successorale, elle n'a aucun droit dans la succession de l'adoptant.

## II. 2ème PARTIE :

### STATUT JURIDIQUE DE LA FEMME - EPOUSE :

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 sénégalais s'est efforcé d'établir des rapports d'égalité entre l'homme et la femme par l'abolition de la "tyrannie maritale" exercée jadis sur la femme.

Malgré quelques résistances, l'égalité durant le mariage 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.

Lors de la dissolution du mariage, l'égalité est assurée par la suppression de la répudiation et de la pratique de la revendication de veuve dans certaines coutumes.

#### SECTION I : La femme pendant le mariage

Les effets du mariage entre époux sont contenus dans l'expression de l'article 100 code de la famille.

"Le lien matrimonial crée la famille par l'union solennelle de l'homme et de la femme dans le mariage.

Le mariage est considéré ici non pas comme un acte juridique mais comme une situation juridique, comme un état qui se définit par un certain nombre de rapports qui vont se nouer entre les époux au niveau personnel et au niveau de leurs rapports pécuniaires.

#### S/S I : Les rapports extrapatrimoniaux

En droit français on a remarqué pendant longtemps que les rapports personnels existant entre les époux étaient de deux ordres.

- d'une part des rapports de réciprocité qui mettaient le mari et la femme sur un même pied d'égalité.

- d'autre part des rapports de hiérarchie qui faisaient apparaître la femme comme subordonnée à son mari.

Aujourd'hui en droit français, il n'y a plus de subordination de la femme au mari, il y a pratiquement égalité totale. Des réformes successives ont assuré la promotion de la femme mariée.

.../...

Au Sénégal, le code de la famille tout en assurant la promotion de la femme mariée reste en retrait du droit français actuel sur ce plan. On trouve encore dans le code de la famille des rapports de réciprocité et des rapports de hiérarchie.

I. Le Principe : Les rapports de réciprocité ;  
devoirs réciproques du mari et de la femme

Ce qui est devoir pour l'un est obligation pour l'autre. Ces devoirs sont réciproques car ils pèsent de la même façon pour chacun des époux.

A. Devoir de cohabitation : article  
149 code de la famille

Les deux époux s'obligent à la communauté de vie, cela suppose que les deux époux doivent avoir la même résidence et ne doivent pas se refuser à avoir entre eux des relations sexuelles, ce qui traduit la notion de la cohabitation au sens conjugal du terme.

Le code de la famille ajoute que les époux se doivent respect et affection. Cette obligation comporte des limites, la femme peut-être autorisée à résider séparément.

Il a même été jugé en France que constituait une faute, le fait pour un vieillard d'exiger de son épouse d'une part des rapports sexuels trop fréquents et d'autre part d'imposer des pratiques sexuelles modernes.

En revanche si un époux se dispensait de ce devoir, il commettrait une faute et s'exposerait à des sanctions civiles = divorce, Dommages intérêts, voire exécution directe manu militari - et aussi à des sanctions pénales pour abandon de famille, article 350 code pénal.

En cas de polygamie, l'article 149 al 2 code de la famille énonce que chaque épouse peut prétendre à l'égalité de traitement par rapport aux autres co-épouses, en cas de violation de ce principe, l'une des épouses peut demander le divorce.

B. Devoir de fidélité

Il résulte de l'article 150 code de la famille : les époux se doivent mutuellement fidélité, ce n'est pas seulement un devoir moral,

c'est un devoir juridique car l'adultère qui en est la violation est sanctionné par le divorce.

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 dépassant le nombre d'épouses en cas de polygamie limitée.

### C. Devoir de Soins et Assistance

. Article 151 code de la famille, l'intitulé de l'article parle de secours et assistance alors que le corps du texte vise les soins et assistance. Or, on distingue traditionnellement entre le devoir d'assistance qui est d'ordre extrapatrimonial et le devoir de secours qui est d'ordre patrimonial. En effet le devoir d'assistance englobe les soins; ce que l'on appelle assistance, devoir extrapatrimonial c'est tout simplement en pratique une preuve d'affection entre époux en cas de difficulté de l'un d'entre eux. Exemple un époux qui soigne son conjoint en cas de maladie. La violation d'un tel devoir peut entraîner le divorce. Il y a une limite à ce devoir d'assistance en droit sénégalais, si la maladie est grave et incurable et découverte pendant le mariage, alors cette maladie devient une cause de divorce.

### II. Les limites : Prédominance du mari sur la femme

Cela se manifeste par l'exercice de l'autorité maritale et de la puissance paternelle.

#### A. L'autorité maritale

Le code de la famille maintient la notion de puissance maritale, supprimée dans le droit français, aussi l'article 152 du code de la famille dispose :

"Le mari est le chef de famille ; il exerce ce pouvoir dans l'intérêt commun du ménage et des enfants".

Par exemple : il détient le livret de famille, exerce la puissance paternelle.

Mais il y a des limites à ce principe, l'article 152 précise immédiatement après la formule indiquée "chef de famille" que ce pouvoir est exercé dans l'intérêt commun du ménage et des enfants. Ce pouvoir est un droit fonction, il suppose un contrôle par les tribunaux.

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

- Le choix de la résidence du ménage appartient au mari, article 153, il la fixe.

Cependant le législateur tempère ce pouvoir, la femme a un recours devant le juge pour obtenir l'autorisation d'avoir pour elle et ses enfants une autre résidence, pour cela elle doit prouver que la résidence fixée par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique et moral.

- La profession de la femme : L'article 154 code de la famille dispose que la "femme peut exercer une profession séparée de celle de son mari mais celui-ci peut s'y opposer en portant cette opposition à la connaissance des tiers."

En cas d'opposition, la femme a un recours devant le juge de Paix, le mari doit prouver que son opposition est justifiée dans l'intérêt de la famille.

## B. La puissance paternelle

Ce sont les rapports entre les époux et leurs enfants qui s'analysent par l'établissement de la filiation et la puissance paternelle.

### 1) Pour l'établissement 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 du régime matrilinéaire ou patrilinéaire.

La filiation de la mère était établie par l'accouchement.

Le législateur sénégalais rejette le système d'intégration de l'enfant dans la famille étendue en la rattachant à ses père et mère.

Selon l'article 189, code de la famille la filiation maternelle résulte du fait même de l'accouchement. L'article 190 code de la famille 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 a 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.

Le code de la famille reconnaît enfin l'établissement de la filiation maternelle par possession d'état, il faudra prouver que l'enfant a été traité par la famille et considéré par la société comme étant né de la prétendue mère.

## 2) Attribution et exercice de la puissance paternelle

Selon l'article 276 al 2 le Gouvernement de la personne de l'enfant est assuré par la puissance paternelle.

L'expression ne doit pas faire illusion, elle ne signifie nullement que seul le père puisse l'exercer.

La mère a aussi des droits. Cette situation est le résultat d'une longue évolution.

A l'origine, elle évoquait l'idée d'un droit absolu de vie et de mort du père sur ses enfants.

Le code de la famille contrairement au droit traditionnel qui en faisait une prérogative du père, 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 de la famille.

En effet l'article 277 code de la famille dispose que la puissance paternelle sur les enfants légitimes appartient conjointement au père et à la mère, il dit ensuite que durant le mariage, elle est exercée par le père en sa qualité de chef de famille. C'est dire que si en principe elle est exercée conjointement par le père et la mère, en fait elle appartient au père et là, l'égalité entre les époux à l'égard de leurs enfants est rompue.

Mais lorsque le mari prend des décisions contraires aux intérêts de l'enfant ou de la famille, la femme peut obtenir que le juge de Paix les rapporte ou les modifie.

Par ailleurs, le code de la famille, sauf décision contraire du juge, notamment quand ~~elle~~ est indigne ou incapable, attribue à la femme

.../...

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.

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.

### 3) Les droits et devoirs de la femme à l'égard de ses enfants

Ces droits et devoirs des parents s'analysent au niveau de la personne de l'enfant et au niveau des biens de l'enfant.

#### a) Sur la personne de l'enfant :

Le mari comme la femme ont un pouvoir général de direction sur l'enfant, c'est le droit et le devoir d'assurer la garde, l'entretien, l'éducation de l'enfant et de lui infliger des réprimandes et châtiments corporels en le faisant avec modération, ce qui est un droit de correction sur l'enfant.

#### b) Sur les biens de l'enfant

L'article 286 code de la famille pose le principe de la jouissance légale des biens de l'enfant par ses parents, c'est 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 15 ans accomplis à charge de les utiliser pour pourvoir à son entretien.

La jouissance légale porte sur tous les biens personnels de l'enfant à l'exception :

- des biens légués ou donnés à l'enfant sous condition que les parents n'en auront pas la jouissance.
- des biens provenant du travail séparé de l'enfant
- des biens provenant d'une succession dont le père ou la mère ont été exclus comme indignes.

Dans les rapports extrapatrimoniaux, la tendance est <sup>à</sup> l'égalité

de la femme avec son époux, mais cette égalité est rompue par l'institution de l'autorité maritale et l'exercice de la puissance paternelle par le mari.

A côté de ces rapports, la femme entretient d'autres rapports avec son mari, ce sont les rapports patrimoniaux.

## S/S II. : Les droits patrimoniaux de la femme

En donnant à la femme la pleine capacité civile, l'article 371 ccde de la famille lui donne l'aptitude à paraître sur la scène juridique c'est-à-dire à passer des actes juridiques par elle 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.

### P I : L'indépendance de la femme quel que soit le régime matrimonial choisi

Cette indépendance s'analyse dans sa vie professionnelle et dans sa vie personnelle.

#### I) Indépendance de la femme dans sa vie professionnelle

L'article 371 ccde de la famille affirme avec force dans l'al 1 que la "femme..... a le plein exercice de sa capacité civile".

Elle a aussi la libre disposition des produits de son travail, ce qui constitue les biens réservés.

#### A) Le Libre choix et libre exercice d'une profession par la femme

L'article 371 al 2, 2ème phrase se réfère à une double limite quant à la capacité d'exercice d'une profession par la femme mariée, ce sont les limites du livre VI et de l'article 154.

.../...

1) Limites du Livre VI

C'est le livre consacré aux régimes matrimoniaux, par conséquent, la profession de la femme pourra être mise en cause indirectement par le mari dans le cadre de l'article 376 pour la femme.

Car le juge peut interdire à l'époux qui manque à son obligation de contribuer aux charges du ménage, de faire des actes de disposition sur ses biens meubles ou immeubles sans le consentement de l'autre.

Mais cet article pour le mari, n'a guère d'intérêts car il peut s'opposer directement à l'exercice d'une profession par sa femme article 154 code de la famille.

2) Limites de l'article 154 code de la famille

Le principe est que la femme peut exercer une profession même séparée de celle de son mari, mais celui-ci peut s'y opposer en portant son opposition à la connaissance des tiers avec lesquels, elle contracte et la femme à un recours contre cette opposition devant le juge de Paix, si elle estime que cette opposition n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille.

B) Libre disposition des produits de son travail : les biens réservés article 371 al 2, 31) Notion de biens réservés

Ce sont les biens acquis par la femme mariée dans l'exercice d'une profession séparée de celle de son mari. Cela recouvre deux catégories de biens :

- les gains et salaires
- les biens acquis avec ces gains et salaires

C'est la conception française de 1907 qui est reprise ici alors qu'actuellement en droit français les biens réservés sont limités aux biens acquis avec les gains et salaires.

.../...

## 2) Régime juridique des biens réservés

### - Les pouvoirs de la femme sur ces biens

Ils sont très étendus, elle les administre, en dispose sous tous les régimes selon les règles de la séparation de biens. Elle gère ses biens réservés sans limite.

### - preuve des biens réservés

L'origine et la consistance des biens réservés sont établies à l'égard du mari et des tiers par l'écrit, sauf impossibilité matérielle ou morale de se procurer l'écrit article 371 al 3.

## II) Indépendance de la femme dans sa vie personnelle

Dans sa vie personnelle, la femme jouit d'une autonomie bancaire et boursière et, a le pouvoir de passer seule, les contrats relatifs aux charges du mariage.

### A) L'autonomie bancaire et boursière de la femme mariée

L'article 374 pose une double règle, la liberté d'ouverture d'un compte et la présomption de pouvoir.

#### 1) La liberté d'ouverture d'un compte

La femme peut se faire ouvrir tout compte de dépôt, de titre en son nom personnel. La formule étant suffisamment large, les établissements financiers n'ont pas à demander le consentement du mari, Une telle exigence constituerait une faute engageant la responsabilité du banquier.

.../...

## 2) La présomption de pouvoir

La femme déposant est réputée à l'égard du dépositaire avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt. La femme pourra de ce fait alimenter son compte et en retirer des fonds librement.

### B) Pouvoir de passer seule les contrats relatifs aux charges du mariage

La contribution aux charges du mariage est une obligation qui incombe aux deux époux et elle est même solidaire quant à ses effets.

Mais cette indépendance n'exclut pas dans l'exécution quotidienne de cette obligation une certaine indépendance de la femme. Car l'article 375 al 4 dispose à cet égard que "chaque époux a le pouvoir de passer seul les contrats relatifs aux charges du mariage".

Dans ce cas les fournisseurs n'ont pas à demander des justifications à la femme.

### C) En cas de mariage polygamique

L'article 369 al 4 dispose que le mari ne peut utiliser les revenus de l'une des épouses au profit des autres, ce qui fait l'indépendance des co-épouses entre elles.

## P II : L'interdépendance avec le mari

La communauté de vie entraîne nécessairement une certaine communauté d'intérêts et en tout cas, une interdépendance.

Cette interdépendance s'apprécie au niveau de la contribution des époux aux charges du mariage, de l'hypothèse de transfert de pouvoir et de l'influence de la qualité d'époux sur le régime juridique de certains contrats.

### I) La contribution aux charges du mariage

L'article 375 al 1 dispose que "les époux sous tous les régimes s'engagent à pourvoir à l'entretien du mariage et à l'éducation des enfants communs".

.../...

Cette contribution aux charges du mariage incombe à titre principal au mari, c'est la contrepartie de la notion de chef de famille.

Toutefois l'aliéna<sup>4</sup> de l'article 375 pose le principe de la solidarité des dettes contractées pour l'entretien du mariage. Les créanciers ont un droit de poursuite contre l'un quelconque des époux sur l'ensemble de ses biens y compris sur les biens réservés pour la femme.

L'époux qui a payé à un recours contre son conjoint.

Cette solidarité peut être une source de difficulté pour le mari dans le cadre du mariage polygamique, car il sera tenu de payer les dettes solidaires de toutes ses épouses dès l'instant qu'elles sont relatives aux charges du mariage.

## II) Transfert de pouvoir et représentation entre époux

Le code de la famille a prévu un certain nombre de situations dans lesquelles un époux est représenté par son conjoint avec transfert de ses pouvoirs à l'autre, il s'agit du mandat et de la gestion d'affaires.

## III) L'influence de la qualité d'époux sur certains contrats

La qualité d'époux crée un régime de défaveur pour des contrats par rapport à leur réglementation normale.

Le législateur a voulu éviter que par le biais de ces contrats les époux contournent les dispositions légales, impératives d'organisation de leurs rapports patrimoniaux d'où, la nullité de la vente entre époux, de la limitation de la société entre époux, de la révocabilité des donations entre époux.

## P III. : Rôle de la femme dans les différents régimes matrimoniaux

Trois régimes s'offrent aux époux : le régime de séparation de biens, le régime communautaire et le régime dotal.

Deux d'entre eux, les plus fréquents, en pratique consacrent l'autonomie de la femme (régime de séparation de biens et régime communautaire).

.../...

Toutefois cette autonomie ou égalité avec le mari n'est pas toujours parfaite, elle subit l'atteinte au profit du mari pour les biens de la femme dans le régime dotal.

### I) Dans le régime de séparation de biens

La femme exerce sur ses biens personnels les prérogatives attachées au droit de propriété article 380 al 2.

Pour le passif, elle reste tenue des dettes nées en sa personne, de ces dettes seulement sous réserve des règles relatives aux charges du mariage.

### II) Dans le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts

Les biens sont gérés par les époux pendant le mariage comme sous le régime de la séparation de biens, néanmoins chacun a, sur les biens de l'autre, pouvoir d'accomplir tous les actes d'administration et ces actes accomplis seuls emportent de plein droit la solidarité des deux époux (article 390 code de la famille).

Certains actes de disposition ne peuvent être passés qu'avec le consentement du conjoint.

### III) L'administration par le mari des biens dotaux

Les biens dotaux sont les biens donnés à la femme à l'occasion de son mariage par d'autres que son mari.

Ce sont des immeubles immatriculés, des valeurs mobilières déposées dans une banque à un compte spécial, des animaux constituant un cheptel et leur croît.

Ces biens sont gérés par le mari mais pour les actes les plus importants l'intervention de la femme sera nécessaire sans être toujours suffisante.

Le mariage étant un état, il est normalement appelé à prendre fin un jour, ne serait-ce que par le décès.

L'article 100 code de la famille prévoit à cet égard deux modes de dissolution ; la mort de l'un des époux et le divorce, mais à côté du divorce qui est un démembrement total du lien matrimonial, il

existe une institution un peu parallèle aux causes identiques mais aux effets différents : c'est la séparation de corps qui ne fait que relâcher le lien matrimonial.

C'est pourquoi il est normal d'examiner le statut de l'ex-épouse.

## S II. : Le statut juridique de l'ex-épouse

L'inégalité très marquée qui existait dans le droit traditionnel en ce qui concerne les rapports entre époux au moment de la dissolution du lien conjugal a presque disparu dans le code de la famille, par la suppression de la répudiation, celle de la pratique de revendication de la veuve et l'institution de certains droits à la veuve dans les successions de droit commun.

Mais deux résistances de la tradition subsistent le respect du délai de viduité imposé à la femme et l'inégalité de traitement des droits de la veuve dans les successions de droit musulman.

On distinguera le statut de la divorcée, du statut de la veuve.

### S/S I. : Statut de la divorcée ou séparée de corps

On note ici une tendance à l'égalité dans le conflit qui l'oppose à son mari, elle s'apprécie dans les causes de rupture du lien matrimonial et dans les effets de cette rupture.

#### P I. : La femme et les causes de divorce

Cette tendance à l'égalité du mari et de la femme se manifeste d'ailleurs par la suppression de la répudiation au profit du divorce et de la séparation de corps judiciaire.

##### I) La suppression de la répudiation

Elle consistait dans la faculté pour le mari de renvoyer sa femme à tout moment, elle mettait la femme à la fantaisie de la volonté du mari qui pouvait l'expulser du domicile conjugal avec ou sans motif.

Pratique très ancienne, la répudiation ayant son origine dans le droit musulman avait été reprise en général par toutes nos coutumes.

Ne voulant laisser le sort de la femme à la merci du mari, le législateur sénégalais proclame la suppression de la répudiation au

profit du divorce judiciaire et de la séparation de corps, la répudiation étant considérée comme contraire au principe de l'égalité des sexes et de la politique africaine de promotion de la femme. Ainsi le fait pour le mari de "répudier" sa femme peut constituer une injure grave qui permettra de prononcer aux torts du mari, le divorce, si la femme invoque cette injure grave.

Justice de Paix de Dakar 24 Juillet 1974 N° 470 Recueil du crédila.

## II) Triomphe du divorce et de la séparation de corps judiciaires

### A) Le divorce et la séparation de corps conventionnels

Articles 158 à 164 code de la famille pour le divorce, 182 code de la famille pour la séparation, cet article renvoie aux articles précités.

Ils ne se confondent pas avec la répudiation puisqu'ils supposent un accord qui doit être constaté par le juge.

#### 1) Conditions

- Il faut un consentement mutuel ; les époux doivent être d'accord sur leur désaccord sinon cela donne lieu au divorce contentieux.

Le consentement devra exister c'est-à-dire qu'il doit correspondre à une volonté libre et éclairée et ne devra pas être vicié par dol, violence, erreur.

- Il faut aussi un consentement sur les effets du divorce ou de la séparation de corps.

L'article 158 al 2 exige que les époux se mettent d'accord, non seulement sur le principe de la dissolution ou du relâchement du lien matrimonial mais aussi sur toutes ses conséquences quant aux biens et quant aux enfants.

C'est une condition de fond de ce type de divorce car des époux qui ne régleraient pas les modalités de la dissolution ne pourront pas divorcer selon cette procédure. Cette exigence de l'al 2 appelle des observations.

+ ) il y a une source de conflit car on peut être d'accord de

.../...

se quitter mais l'accord peut être achoppé sur des questions pratiques. Le législateur sénégalais a voulu attirer l'attention des époux sur la portée de leur décision notamment à l'égard des enfants.

¶) Ce type de divorce requiert une certaine maturité d'esprit chez les conjoints qui y ont recours, ils doivent dépasser le problème de leur désaccord pour le résoudre à l'amiable.

L'al 3 de l'article 158 pose la seule limite de cet accord, c'est le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. Les époux ne sauraient se soustraire par ce biais à leur obligation d'entretien, d'éducation des enfants, de garde, de sécurité, de moralité. On ne voudrait pas qu'un époux pour obtenir sa liberté par l'accord de son conjoint s'engage à assurer seul et exclusivement l'entretien des enfants. Cette obligation pèse sur les deux parents.

Tout ceci est sous le contrôle du juge et si les conditions et la procédure sont respectées, il rend un jugement constatant le divorce ou la séparation de corps.

## 2) Effets

L'effet normal du divorce ou de la séparation de corps est la dissolution ou le relâchement du lien mais comme il s'agit ici de consentement mutuel, le jugement rend exécutoire les conventions établies par les époux quant aux biens et quant aux enfants.

### B) Le divorce et la séparation de corps contentieux

Dans ce cas la femme comme l'homme peuvent agir en justice en fondant son action sur l'une des causes de divorce prévues par la loi.

Dans la coutume, les causes de nullité, de répudiation et de divorce étaient le plus souvent confondues.

L'avant projet du code en retient 12 et le code de la famille retient elle 10 <sup>énumérées</sup> en vrac dans l'article 166 et consacre <sup>même</sup> en temps le divorce et la séparation de corps par consentement mutuel.

Toutefois ces causes peuvent être classées et étudiées en trois catégories.

1) Divorce-sanction ou divorce-peinea) La violation des obligations et de ses devoirs conjugaux- L'adultère :

C'est un manquement grave aux devoirs du mariage, la violation du devoir de fidélité.

Il est sanctionné civilement et pénalement mais le texte ne fait pas référence à une condamnation au pénal mais on retient la sanction civile comme cause de divorce ; mais un problème se pose : est-ce que l'insémination artificielle de la femme au moyen de sperme provenant d'un autre que son mari, (hétéro-insémination) qui ne suppose pas des rapports sexuels, peut être qualifiée d'adultère de la part de la femme ?

- Ainsi il faut un fait matériel des relations sexuelles d'un époux avec un tiers pendant le mariage. Ce qui est différent des écarts de conduite, des actes licencieux ou équivoques, des injures.

C'est <sup>que</sup> la preuve de l'élément matériel est très difficile.

- Il faut un élément intentionnel : viol de la femme par exemple ; mais est exclu l'adultère commis de bonne fois exemple par suite d'une erreur de droit : l'époux qui croit que le mariage est dissous.

On peut noter une décision en sens contraire de la cour de cassation. La connivence interdit au conjoint de s'en prévaloir. Adultère de la femme avec le mari de la maîtresse de son propre mari

civ 29 - 1 - 1936 DP 1937. I. 15-

Laval 29 - 9 - 1969 JCP 1969 II. 16 384-

- Mauvais traitement, excès, sévices, injures graves rendant l'existence en commun impossible.

Les trois premiers termes sont synonymes et sont souvent confondus.

Ce peut être une voie de fait, une violence d'un époux sur son conjoint.

On peut dire que c'est une question de milieu, d'éducation.

Ce sont les violences, mauvais traitements corporels, ils doivent être volontaires, commis avec discernement ; les faits doivent rendre l'existence impossible.

.../...

Toutefois la notion d'injure grave n'est pas celle du langage courant mais tout acte contraire au droit (in juria = in jus), il s'agit au sens large de toute faute commise par l'un des époux à l'égard de l'autre. La cause est ici bien déterminée mais assez large pour que le tribunal puisse avoir le plus large pouvoir d'appréciation.

Recueil du crédila N° 74 à 85, 94.

Le fait de donner une gifle à sa femme ou un coup de tête est une sévice - aussi le fait pour la femme de provoquer des bagarres à son mari, de passer les meubles.

Injure grave: le fait d'accuser sa femme de vol de numéraire, le fait de répudier sa femme, le fait pour le mari d'écrire à son épouse "à partir d'aujourd'hui tu n'es plus ma femme".

Le fait pour la femme de traiter son mari pour menteur.

Le fait de traiter inégalement les deux coépouses notamment en confisquant les meubles de la première pour installer la seconde.

Tribunal 1er Instance Dakar 13 Janvier 1975.

17 Février 1976.

#### - Défaut d'entretien de la femme

Seule la femme bénéficie de cette cause, elle seule, peut invoquer le défaut d'entretien par le mari puisque à titre principal, les charges du mariage incombent au mari (article 375 al 2 code de la famille).

Le code de la famille reprend ici le droit coutumier inspiré du rite malékite qui admettait le défaut d'entretien comme cause de divorce.

Tribunal 1er Instance de Dakar 5 Mai 1970 R. Asser I 1970

N° 2 p= 94

qui dispose que "la coutume ouoloff islamisée fait obligation au mari de pourvoir aux frais d'entretien de son épouse, c'est un devoir très important dont la non exécution donne à la femme la facilité d'obtenir le divorce."

Faisant application de l'article 166 code de la famille un jugement a décidé que "la violation du devoir d'entretien par le mari constitue un motif suffisant de divorce."

Tribunal 1er Instance de Dakar 4 Juin 1974 .A.A. 1974 p. 131.

#### - Refus de l'un des époux d'exécuter les engagements pris en vue de la conclusion du mariage

C'est une particularité juridique en droit sénégalais, en effet traditionnellement dans la conception classique, le divorce sanctionne des fautes postérieures au mariage, pour des événements survenus après sa

.../...

conclusion. Ici un engagement avait été pris avant le mariage mais il n'a pas été tenu pendant le mariage, il y a une sorte de dol. C'est le cas :

- + du non paiement de la dot ou d'une partie, lorsqu'elle est une condition de validité du mariage
- + du non respect de l'option de monogamie
- + du non respect du régime matrimonial choisi

Le même événement peut être ainsi cause de nullité et cause de divorce.

- Abandon de famille ou du domicile conjugal

Abandon de famille prévu par l'article 350 code Pénal et concerne aussi bien le mari que la femme.

- / Abandon de domicile conjugal

article 149 code de la famille c'est une obligation de cohabitation, les époux s'obligent à la communauté de vie.

Article 332 code Pénal, l'abandon de domicile conjugal est un délit pour la femme seulement mais ce texte a été abrogé par une loi de 1977 au nom de l'égalité des sexes, en réalité on l'a simplement étendu au mari dans l'article 350 al 1 code Pénal. La femme peut toujours être condamnée pour abandon du domicile conjugal sur la base de l'article 350 al 1.

On peut noter des exemples dans la jurisprudence.

- c'est le fait pour le mari de passer la majeure partie de son temps en voyage et de laisser sa femme en état de grossesse.

Jtcc de Paix Tamba 29 Juin 1973 R. credila T1 N° 54 ; c'est le fait pour

- le mari de quitter le domicile conjugal sans laisser d'adresse.

Recueil credila N° 55, 56, 58, 60.

- le fait pour le mari de s'installer à l'étranger en abandonnant sa famille sans subsistance, ni nouvelles, N° 57-59, 65 R. Crédila.

- le fait que la femme soit nourrie, logée, entretenue par son propre frère N° 63.

- / Il n'y a pas abandon si la femme quitte le domicile conjugal à la suite d'une accusation publique de vol de la part de son mari.

Jtcc de Paix de Dakar 14 Avril 1976 R. Crédila T2

ne constitue pas la preuve de l'abandon, le fait pour la femme d'affirmer que l'époux s'est désintéressé de son conjoint.

Jtcc Paix de Dakar 26 Juin 1975

Jtcc Tamba 9 Août 1974

- Absence déclarée de l'un des époux

C'est l'absence au sens juridique du terme à l'opposé du non-présent article 22 code de la famille al 2.

Le jugement déclaratif d'absence qui intervient au minimum 4 ans après la date des dernières nouvelles donne la possibilité de divorcer d'office de plein droit. Les anciennes coutumes prévoyaient souvent que l'absence du mari pendant un certain nombre d'années, entraînait la dissolution du mariage. C'est l'idée qui prévalait que l'absence de communauté de vie entraînant des relations intimes, débouchant parfois sur la procréation, dissolvait le mariage.

b) Cause fondée sur une condamnation infamante

Il faut une peine criminelle afflictive et infamante articles 6 et 7 code pénal ; infamante telle la dégradation civique article 8 code Pénal.

La peine correctionnelle n'est pas visée mais un jugement de la Jtce Px Bakel 6-7-1973 R. Crédila T1 N° 53. a prononcé le divorce pour la femme contre son mari qui a été condamné à 3 ans de prison.

2) Divorce - remède ou divorce - faillite

a) Maladie grave et incurable de l'un des époux découverte pendant le mariage

Par maladie, il faut entendre un événement altérant la santé physique ou mentale mais ne se confond pas à l'accident. Elle doit être grave et incurable, ce dernier élément est très important car normalement l'un des époux a le droit de se faire soigner s'il est malade, et l'autre a le devoir d'assistance, de l'aider à se soigner. Le refus de ne pas se faire soigner peut constituer une injure grave. Il ne faut pas confondre la gravité et le caractère incurable ; certaines maladies incurables ne sont pas graves.

Elle doit être découverte, pendant le mariage, éventuellement une maladie antérieure au mariage pourra constituer, une cause de nullité si l'époux atteint l'avait dissimulée et si elle rend la cohabitation préjudiciable.

Pour le divorce, la loi n'exige pas que la maladie grave et incurable découverte pendant le mariage rendent intolérable le maintien du lien conjugal.

Mais on constate en jurisprudence que la femme a tendance à invoquer l'impuissance du mari comme cause de divorce par <sup>le</sup>biais d'une maladie grave et incurable découverte pendant le mariage. Les tribunaux exigent toujours dans ce genre d'affaire, la preuve que l'impuissance existe et qu'elle soit irréversible. Si le mari peut prouver qu'il retrouvera sa virilité, le divorce ne sera pas prononcé, preuve difficile en l'état actuel de la science; Mais il y a un moyen, le tribunal le plus souvent constate l'impuissance et renvoie les parties à un délai ultérieur d'un an par exemple et dans un deuxième temps si le mari n'a pas retrouvé sa virilité, on présume que l'impuissance est irréversible et devient alors une maladie grave et incurable.

Jtce Px Dkr 11 Avril 1974 R. Crédila N° 86.

c'était un mariage célébré en 1955, avec 7 enfants mais la femme a demandé le divorce pour impuissance du mari.

Tribunal 1er Instance 14 Janvier 1975 N° 87 R. Crédila.

Le mari reconnaît qu'il n'a pas pu avoir des relations intimes avec son épouse.

En droit français, il y a rejet de la demande en divorce lorsqu'il risque d'aggraver l'état de santé du conjoint malade, ou va à l'encontre de l'intérêt des enfants, ou lorsque le divorce peut avoir des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle gravité.

En droit sénégalais un simple tempérament est apporté car l'époux qui a obtenu le divorce pour maladie grave et incurable doit verser des aliments pendant 3 ans (article 262 code de la famille al 3.) à l'autre époux.

b) Stérilité définitive médicalement établie

Le code de la famille ne distingue pas entre l'homme et la femme, il ne s'agit pas de l'impuissance pour le mari et de la frigides pour la femme. Mais s'agissant de l'impuissance, elle était une cause de nullité dans certains cas et nous verrons qu'elle peut être retenue sous le couvert d'une maladie grave et incurable.

La stérilité définitive médicalement établie est une cause de divorce, c'est la procréation qui est visée ici, elle est empruntée à la coutume qui marque la finalité du mariage par l'importance de la descendance par la procréation.

3) Divorce-liberté : incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal

Ce n'est pas à proprement parler une faute mais une situation réciproque de mésentente, c'est un peu le succédané du divorce par consentement mutuel ; les époux ne s'entendent mais n'arrivent pas à se mettre d'accord à l'amiable ou l'un des deux s'y oppose.

Cette cause est extrêmement vague ce qui explique qu'elle soit souvent invoquée.

En quoi faut-il apporter la preuve que l'incompatibilité d'humeur rend intolérable le maintien du lien conjugal ? Car elle ne suppose aucun grief de l'époux demandeur ?

Dans cette hypothèse la femme et elle seule a droit à une pension alimentaire pendant 3 mois article 262 al 3 code de la famille. Ce qui pour certains auteurs prouve que c'est une sorte de répudiation si elle est invoquée par le mari car il est vrai que la pratique judiciaire révèle que des maris ont "répudié" leurs femmes puis ont demandé au juge de prononcer le divorce en invoquant l'incompatibilité d'Humeur.

La jurisprudence considère dans son ensemble que cette cause présente cette particularité que "l'époux demandeur ne formule aucun grief précis contre son conjoint mais affirme seulement qu'il ne peut pas supporter de lui rester uni par le mariage."

R. Crédila N°88 à 93.

Dans une hypothèse (R. Crédila N° 50) on a jugé que le fait de gaspiller le ravitaillement ne constitue pas une cause suffisante d'incompatibilité d'Humeur.

La lecture des décisions rapportées révèle souvent que cette cause de divorce est une cause "passe partout" qui sert aux parties et au juge de sortir de situations embrouillées quant aux faits réels/

P II. : La femme et les effets du divorce et de la séparation de corps.

Les effets du divorce et de la séparation de corps étant différents malgré l'identité des causes, il convient de les étudier séparément.

### I) Le sort de la femme séparée de corps

Elle cesse de cohabiter avec son mari mais le devoir de secours, d'assistance et de fidélité qui était réciproque subsiste et elle conserve le nom du mari.

Sur le plan patrimonial, la femme retrouve son indépendance et c'est la rupture du régime communautaire si elle était mariée sous ce régime.

La séparation de corps entraîne pour la femme, la perte de tous les avantages que le mari lui avait faits, soit à l'occasion du mariage soit depuis sa célébration si elle est prononcée à ses torts exclusifs.

Si elle n'est pas coupable, elle bénéficie de dommages intérêts pour le préjudice moral et matériel que lui cause cette séparation.

La garde des enfants peut lui être attribuée par le juge s'il y va de l'intérêt des enfants.

Toutefois ce sort réservé à la femme séparée de corps peut prendre fin soit par la réconciliation avec le mari, soit par le décès de celui-ci, soit enfin par demande de divorce sur la base de griefs nouveaux survenus depuis le jugement de séparation, de même le divorce par consentement mutuel est possible ; elle peut demander la conversion de la séparation de corps en divorce au bout de 3 ans sans invoquer des griefs nouveaux, ni de griefs anciens.

### II) Le sort de la femme divorcée

Le divorce dissout le lien matrimonial et fait naître des effets, et ces effets seront examinés dans les ~~les~~ rapports de la femme avec son ex-mari, de ses enfants et des biens.

- sur le plan extrapatrimonial : la divorcée cesse de cohabiter avec le mari, aussi les obligations personnelles qui étaient réciproques cessent. Elle est libre de se remarier mais après le respect du délai de viduité imposé par la loi. Elle ne fait plus usage du nom du mari.

- Dans ses rapports avec ses enfants : Le jugement prononçant le divorce statue sur la garde des enfants.

Cette garde des enfants peut lui être confiée par le juge si les intérêts de ceux-ci l'exigent, s'ils sont la plupart du temps très jeunes pour être <sup>séparés</sup> de la tendresse maternelle. Ainsi elle recevra

une pension alimentaire pour l'entretien et l'éducation des enfants.

- sur le plan patrimonial :

Si le divorce est prononcé aux torts exclusifs de la femme elle perd tous les avantages consentis par son époux et celui-ci peut lui demander la restitution par exemple de ses bijoux.

La notion d'avantage peut être précisée parce que cela comprend les avantages issus des régimes matrimoniaux et d'après la jurisprudence de l'arrêt du

Tribunal 1er Instance de Dakar 4 Juin 1974 A.A. 1974 p. 131. cela comprend aussi le remboursement des frais du mariage dans la limite de la loi du 24 Février 1967.

Le problème alors est de savoir si la dot fait partie de la notion d'avantage.

Lors du séminaire des juges de Paix des 13 et 15 Février 1975, la question était soulevée par les juges, il s'agissait de savoir si les avantages de l'article 177 code de la famille étaient limités aux donations entre futurs époux de l'article 819 code de la famille car cet article permet aux futurs époux de se faire réciproquement ou unilatéralement une donation en vue du mariage.

On peut estimer que la dot est bien un avantage consenti à l'occasion du mariage, c'est en tout cas l'opinion du Ministre de la Justice lors de ce séminaire. Mais il faut remarquer que la dot étant une condition de fond si les futurs époux, en ont convenu ainsi, elle ne devrait pas être remboursée.

L'épouse coupable ne sera condamnée à rembourser que la somme de 18.000 francs même si elle avait reçu des millions, ceci constitue, une mise en garde contre les futurs époux trop généreux et gaspilleurs.

L'article 178 code de la famille maintient exceptionnellement au profit de la femme et d'elle seule, lorsque le mari a obtenu le divorce soit pour cause d'incompatibilité d'Humeur, soit pour maladie grave et incurable de la femme, l'obligation d'entretien transformée en obligation alimentaire.

Cette pension alimentaire dont bénéficie la femme sera versée à partir du jugement prononçant le divorce et elle dure trois mois en cas d'incompatibilité d'Humeur et trois ans pour la maladie grave et incurable, de la femme.

Pour toutes les autres causes de divorce, une pension alimentaire ne peut être accordée qu'à l'époux au profit duquel a été prononcé le divorce.

.../...

Le plus souvent cette pension alimentaire est allouée seulement à la femme lorsque le mari est coupable, c'est un souci de protection de la femme qui anime le législateur sénégalais.

Toutefois nous pouvons remarquer que <sup>1</sup>après <sup>4</sup>dépouillement de la jurisprudence sénégalaise en matière du droit de la famille; aucune <sup>1</sup>décès <sup>1</sup>n'a encore alloué une pension alimentaire au profit du mari si la femme est coupable. Celle-ci ne fait que perdre l'obligation d'entretien et les avantages matrimoniaux.

C'est pourquoi beaucoup de jeunes gens affolés par l'institution de la pension alimentaire, hésitent à se marier, et beaucoup de pères de famille "lésés" disent que le code de la famille est le "code de la femme" car la plupart du temps ils ne savent pas que la jurisprudence a eu l'occasion de préciser le régime de cette pension, en faisant qu'elle soit fonction des facultés contributives du mari, qui la verse et des besoins de celle qui la reçoit.

Par ailleurs certaines femmes, par ignorance totale de la loi, et aveuglées par la perspective d'une pension alimentaire, n'hésitent pas à vouloir divorcer croyant obtenir le versement illimité d'une somme importante. Cela constitue un frein à la stabilité des mariages et un scandale pour les chefs religieux du pays.

Une autre conséquence du divorce sur le plan patrimonial est la dissolution du régime matrimonial notamment du régime communautaire article 176 code de la famille, le droit de succession réciproque disparaît aussi.

Le législateur sénégalais a tenu à assurer une égalité de l'homme et de la femme en cas de divorce mais l'égalité est rompue par le respect par la femme du délai de viduité imposé par la loi. Nous l'étudierons plus en détail dans le statut de la veuve.

### S/S II. : Statut de la veuve

Le législateur sénégalais dans son souci de protéger la femme à la suite du décès de son mari a supprimé la pratique de la revendication de la veuve exercée jadis sur la femme par la famille du mari décédé. Elle retrouve sa liberté pour se remarier sous réserve du respect du délai de viduité. Il lui reconnaît aussi des droits en matière successorale, droits qui sont limités, lorsqu'il s'agit du régime de succession de droit musulman.

P I. : La suppression de la revendication de 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, c'était en principe le frère cadet du mari décédé qui devait hériter de la veuve.

Le législateur colonial avait essayé de mettre un frein à cette pratique par le décret Mandel du 15 Juin 1939 mais ce fut un échec.

Le code de la famille lui, met fin à cette pratique en décidant dans son article 176 que le divorce dissout le mariage et que chacun des époux peut librement contracter une nouvelle union sous réserve du respect du délai de viduité prévu à l'article 112 code de la famille et qui en parle en cas de décès.

P II. : Le respect du délai de viduité imposé par la loi à la femme

Le législateur sénégalais porte atteinte à l'égalité de la femme avec l'homme à la dissolution du lien matrimonial, il impose à celle-ci le respect d'un délai de viduité pour pouvoir se remarier. L'article 112 code de la femme dispose que "la femme ne peut se remarier qu'à l'expiration d'un délai de viduité de 300 jours à compter de la dissolution du précédent mariage. Elle peut cependant limiter le délai à 3 mois en cas de dissolution du mariage par divorce ou par annulation et à 4 mois et 10 jours en cas de décès du mari.

Dans ce cas, si la femme accouche moins de 300 jours après la dissolution du mariage antérieur, l'enfant est présumé irréfragablement être issu des oeuvres du précédent mari. Dans tous les cas le délai prend fin par la délivrance de la femme". Le but de ce délai de viduité 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 car l'enfant né avant 300 jours après la dissolution du mariage mais dont la mère avait demandé à bénéficier d'un délai de viduité abrégé, ne sera pas rattaché au précédent mari, il est présumé irréfragablement n'être pas issu des oeuvres du précédent mari.

Cependant un problème se pose pour la femme respectant le délai de viduité en cas de décès du mari, si elle est musulmane, elle sera obligée de rester au foyer. C'est un problème social qui fait couler beaucoup d'encre.

.../...

P III. : Les droits successoraux de la veuve

Voulant assurer la protection de la veuve, le législateur sénégalais lui accorde des avantages patrimoniaux. Elle se voit reconnaître une créance alimentaire sur la succession du mari décédé.

L'article 262 dernier alinéa lui accorde un droit à des aliments et au logement pendant 300 jours suivant le décès. Cette obligation cesse en cas de remariage.

Elle peut aussi demander comme tout héritier au juge de Paix du lieu d'ouverture de la succession, l'autorisation de percevoir des débiteurs de la succession ou des dépositaires de fonds successoraux, une provision destinée à faire face à ses besoins urgents article 461 code de la famille.

Elle dispose aussi d'autres droits qu'il faut analyser dans le cadre des successions de droit moderne et dans celui de droit musulman.

I) La vocation successorale de la veuve dans le cadre des successions de droit moderne

La veuve comme le conjoint survivant ont des droits égaux en matière de succession de droit moderne. Ces droits, ont fait l'objet d'une amélioration constante et continue, le code de la famille lui accorde en toute hypothèse des droits en pleine propriété, elle est réservataire, on ne peut pas la dépouiller. Comme les héritiers, elle ne doit pas être indigne, ni incapable, elle ne doit pas faire l'objet de divorce.

Ainsi lorsque le De cujus laisse des enfants légitimes; la veuve a droit à une part d'enfant le moins prenant sans qu'elle puisse être supérieure au quart de la succession, article 530 code de la famille. S'il y a plusieurs veuves, la part globale est la même, elles se partagent cette part à égalité, article 529 code de la famille, cet article est en contradiction avec l'article 530 qui dispose que chaque conjoint survivant a droit à une part de l'enfant légitime le moins prenant.

En l'absence de descendants légitimes, mais en présence d'ascendants ordinaires ou privilégiés ou de collatéraux ordinaires ou privilégiés, la veuve prend la moitié de la succession.

En l'absence d'autres héritiers, elle prend toute la succession. L'équilibre voulu par le législateur sera toutefois rompu au détriment de la femme dans les successions musulmans.

## II) La vocation successorale de la veuve dans les successions de droit musulman

Du fait qu'il co-existe dans le code de la famille deux types de régime successoral : les successions de droit moderne et les successions de droit musulman.

Le De Cujus dispose d'une option, il peut manifester sa volonté de voir son héritage dévolu selon les règles du droit musulman.

Or, le droit musulman fait une différence entre les héritiers de sexe masculin et ceux de sexe féminin en faisant à ses derniers une situation inférieure par rapport aux premiers. C'est le privilège de masculinité, ce qui démontre que la veuve ait moins de droits que le veuf.

C'est pourquoi selon de code de la famille, lorsque la femme décède sans descendant successible, le mari a droit à la moitié de la succession alors que dans le cas contraire, la femme n'a que le 1/4 de la succession.

Lorsque le mari laisse un ou plusieurs descendants successibles, la légitime de la veuve est du huitième. Ce privilège de masculinité qui permet aux mâles de recevoir une part double de celle des femmes est contraire à la constitution sénégalaise dont l'article 7 dispose :

"tous les êtres humains sont égaux devant la loi, les hommes et les femmes sont égaux en droit". De plus le Préambule de la Constitution se réfère à la Déclaration des droits de l'Homme, et du Citoyen de 1789 et de la Déclaration des droits de l'Homme, de 1948.

Enfin l'article 1er de la Constitution énonce que "la république du Sénégal assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction de race, de religion, de sexe."

Traditionnellement ce privilège du mâle existait avant l'Islam et même permettait d'exclure totalement la femme. L'Islam a repris le principe en l'atténuant puisqu'il donne quelque chose à la femme. Plusieurs justifications ont été avancées. Les unes considèrent la femme comme étant le sexe faible et que seul l'homme a la plénitude de jugement. Les autres tiennent au fait qu'en droit musulman, l'homme est

.../...

tenu de pourvoir aux besoins de sa femme et de sa famille, la part serait une compensation de cette charge. D'ailleurs dans le code de la famille le mari doit contribuer à titre principal aux charges du mariage.

Ces justifications ne nous semblent pas convaincantes, dans la mesure où dans cette société en perpétuelle mutation, les charges du mariage si elles incombent à titre principal, au mari, la femme à une participation non moins négligable. Les temps où la femme "filait la laine et le coton et gardait le foyer" sont révolus, car pendant cette période, elle dépendait, entièrement du mari, même "pour acheter quelques épices pour relever la sauce."

### CONCLUSION. :

Selon le vœu du législateur sénégalais, "l'essentiel dans le code de la famille n'est pas d'empêcher la polygamie mais de favoriser la monogamie, non pas de rendre le divorce difficile mais de proscrire la répudiation, non pas de s'opposer à la dot mais de la rendre moins onéreuse. En un mot, l'essentiel, c'est de rendre la famille stable sur laquelle se fonde en dernière analyse le développement, singulièrement l'épanouissement humain de la femme et de l'enfant."

Pour cela le législateur sénégalais n'a pas voulu faire table rase du passé, c'est pourquoi il a maintenu en les ménageant certains principes inhérents à la société africaine, traditionnelle. Ainsi le code de la famille qui cherche à établir la femme dans ses droits légitimes, ne permet plus au mari de rompre ————— le mariage par décision unilatérale. Par l'élaboration du code de la famille, le Sénégal s'est engagé dans la voie de la modernisation du droit et de l'émancipation de la femme.

Mais si les mesures audacieuses, parce que souvent en contradiction avec la coutume rendent son application difficile, c'est parce que comme le faisait remarquer Mr. Kéba MBAYE.

"Le droit de la famille est le domaine de prédilection de la coutume. C'est là que les aventures du droit moderne ont été sans succès parce que les conceptions qui servent de fondement au droit de la famille ont une forte coloration religieuse et prennent leur source dans les traditions les plus solidement ancrées en l'être africain."

C'est en ce sens que récemment des Imams se sont soulevés contre certains points du code de la famille, notamment, en matière de divorce et en matière successorale. Ils déplorent surtout l'immixtion de la

justice dans les affaires de famille, qui loin de résoudre les problèmes, en crée d'avantage, car ils ont constaté le nombre grandissant des divorces, déclenchant ainsi des conflits familiaux, parfois irréparables. Tel est le bilan de l'activité législative déployée au Sénégal en vue de faire face aux problèmes surgissant à l'époque moderne à la suite des contacts pris avec l'occident et en raison de l'évolution évidente de la société sénégalaise.

Il est manifeste, que tous les problèmes n'ont pas pu être résolus, la tâche du législateur, est loin d'être achevée, car le problème de la femme sénégalaise non consciente de ses droits mais également de ses obligations, n'est pas de se libérer de l'homme qui, lui-même, confronté aux exigences socio-économiques, n'est pas libre, mais de lutter avec lui pour un meilleur devenir de la famille, voire de la nation. L'homme et la femme sont confrontés aux mêmes difficultés car appelés à vivre en commun, c'est en ce sens, selon Saint Mathieu, que Jésus dans l'Évangile répondant aux pharisiens qui l'interrogeaient pour le mettre en contradiction dit.

"N'avez-vous pas lu que le Créateur dès l'origine les fit homme et femme et qu'il a dit : ainsi donc l'homme quittera son père et sa mère pour s'attacher à sa femme et les deux ne feront qu'une seule chair

S'il est vrai que le code de la famille présente quelques perfections c'est peut-être dans la technique utilisée, on relève à travers certaines dispositions du code de la famille, un souci de sécurité juridique qui se manifeste par le recours aux techniques les plus modernes, afin de tenir compte des progrès, de la science et du droit. Ceci apparaît dans l'organisation de l'état civil et dans le recours aux procédés scientifiques de preuve.

Mais comme le dit Mr. KOLASSIGAN, "les mérites d'une législation ne dépend pas seulement de sa perfection technique mais bien plus de son aptitude à régir des rapports humains existants". Ainsi le problème qui se pose est l'impact réel du code de la famille, son effectivité d'application. Poser ce problème c'est se demander, si la campagne de vulgarisation du code de la famille a été entendue et acceptée par toute la population sénégalaise.

Nous ne le croyons pas ; car son application est limitée à une minorité citadine, alors que la majorité composée de ruraux, continue à être régie par leurs coutumes. C'est ainsi qu'en milieu rural, le mariage se fait sans recours à l'officier d'état civil, il n'est ni célébré,

ni constaté, la répudiation y est de rigueur aussi, le recours au divorce judiciaire se fait très rarement et l'institution de la pension alimentaire y est inconnue. En effet, comment accepter une institution qui est à l'encontre de ses mœurs, de sa vie quotidienne, comment demander à un paysan de verser une pension mensuelle alors que toutes ses ressources ne dépendent que de son travail pendant l'hivernage, avec l'aléas de la sécheresse.

La majorité de la population reste alors en de-çà de l'application de la nouvelle législation. Dans cette perspective, le nouvel ordre juridique doit se réaliser en conformité des indications de l'ordre social. Ainsi certaines institutions familiales sont appelées à disparaître, ou à être limitées soit en raison de leurs réformations qui les privent de leur justification originelle, c'est le cas de la dot et du consentement familial, soit en raison de leur incompatibilité avec le nouvel ordre économique et social dont l'avènement est souhaité, comme c'est le cas de la polygamie.

Mais il n'est pas sûr que la substitution de la famille conjugale à la famille traditionnelle se traduisant par la destruction de l'idée de solidarité familiale chère à l'Afrique, soit un facteur décisif de progrès. Dans ce cas, l'équilibre traditionnel entre l'individu et le groupe, la solidarité familiale seront rompus dans des sociétés où en raison des difficultés de l'existence, il faut s'unir pour survivre et surtout à une époque où à travers le monde entier, on a tendance à se regrouper pour sortir du sous-développement.

## BIBLIOGRAPHIE

---

### DOCTRINE

- Chabas : Le mariage et le divorce dans les coutumes wolofs habitants les grands centres du Sénégal (Revue Juridique de l'Union Française 1952.)
- Decottignies : - "Prière à Thémis pour l'Afrique R S D n° 1 page 5  
- Requiem pour la famille africaine Annales Africaines 1965 p. 251.
- Kouassigan : Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone : Paris Edition A Pedone 1974.
- Kéba MBAYE : Droit et développement en Afrique Francophone de l'Ouest R S D 1967 n° 1 p. 23.
- Guinchard, S : Réflexions critiques sur les grandes orientations du code de la famille sénégalaise. Penant 1978 n° 760 p. 178.
- Mme Maïmouna KANE: La protection ~~sur~~ des droits de la femme et le maintien de la famille sénégalaise R S D 1974 n° 16 p. 33

Mohamadou Moktar MBACKE :

De la protection de la femme et de l'enfant dans  
le code de la famille R S D 1973 n° 13 p. 31  
1975 n° 17 p. 5

Mme Elisabeth NDIAYE :

Statut juridique des époux dans le code de la  
famille R S D 1975 n° 18 p. 5

Mamadou NIANG :

L'évolution de la "dot" au Sénégal, de la tradition  
à la modernité Penant 1974 p. 295.

Solus :

Le problème de dot en Afrique Noire R J P U F  
n° 4 1950.

— 9ème congrés de l'IDEF à Tunis 1974 R J P 1974.

Vincent Monteil

L'Islam Noir ; Editions du seuil 1964

Dominique SARR :

Les causes de rupture du lien matrimonial de 1872  
à 1949 AA 1975 p. 143.

Youssoupha NDIAYE :

Divorce et séparation de corps - Nouvelles Editions  
Africaines.

Lamine SIDIME :

L'établissement de la filiation en droit sénégalais  
depuis le code de la famille.

Thèse de doctorat d'Etat Université de  
Dakar 1980.

LEGISLATION

Code de la famille sénégalais ; loi 72-61 du 12 Juin 1972  
Loi 63-04 du 24 Février 1964 relative aux cérémonies familiales.  
Code Civil français.

JURISPRUDENCE

Arrêt Berthon chambres réunies du 24 Août 1862 S. 1862 I 342.  
Arrêt cousin de Lavallière chambre des Requêtes du 14 Mars 1933 D  
1933 I p. 26.  
Tribunal 1er Instance Dakar 4 Juin 1974 A.A. 1974 p. 131  
Recueil du Crédila Tomes 1 et 2.

