

L'ORGANISATION JURIDIQUE DU MARIAGE AU SENEGAL

Cheikh SENE

Docteur en Droit privé et Sciences Criminelles

Enseignant-chercheur à l'UFR ECOMIJ

Université Alioune DIOP de Bambey, Sénégal

Résumé

Cette étude met l'accent sur l'organisation du mariage au Sénégal. Elle montre les différentes étapes de la formation de l'union matrimoniale. Le droit sénégalais prévoit en effet, des rapports qui précèdent le mariage appelés sous le vocable de fiançailles. Ces dernières ne conduisent pas nécessairement à la formation du mariage. A travers les dispositions du code de la famille, le législateur met en exergue trois types de mariage. Les deux premiers font intervenir dans leur formation un personnage central. Il s'agit de l'officier d'état civil. Le législateur institue ainsi un mariage célébré qui constitue la forme typique de mariage moderne, ensuite un mariage coutumier constaté dans lequel l'officier d'état civil intervient pour constater une union célébrée conformément à la tradition des époux enfin un mariage coutumier non constaté considéré comme une forme d'union exceptionnelle, non conforme à la réglementation, inopposable à l'Etat et aux organismes publics, qui n'en demeure pas moins valable puisque fondée sur le principe de la liberté religieuse. Ainsi,

le législateur sénégalais, dans son ambition de moderniser le mariage, n'a pu passer outre les formes traditionnelles de mariage. Il pose des conditions de fond et de forme sans le respect desquelles le mariage ne peut être valablement reconnu. Ces conditions s'imposent aux époux quel que soit la forme d'union adoptée.

Mots-clés : Fiançailles, Mariage, famille, égalité

Introduction

Le législateur sénégalais règle les questions relatives à l'état des personnes, au mariage, à la filiation et aux successions dans un code unique dénommé code de la famille. Adopté en 1972 par la loi n° 72-61 du 12 juin 1972, ce code est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1973. Il a accusé d'un grand retard dans son élaboration¹. En effet, il aura fallu 11 ans pour que le projet de loi lui donnant naissance soit voté par le parlement. Cette lenteur peut s'expliquer d'une part par des raisons notamment ethniques, culturelles, sociales, ou religieuses et d'autre part par le fait que le droit de la famille est une matière jugée fondamentale, sensible, voire complexe qui devait faire l'objet d'une étude attentive avant que ne soit entamé le processus de sa codification. Cependant, derrière cette conception, se cache la volonté d'anéantir délibérément le droit indigène et négro-africain sous le prétexte de l'uniformisation.

En adoptant une stratégie visant à combiner le droit anglo-saxon issu de la métropole et le droit islamique, le législateur procède

volontairement à un déséquilibre notoire des droits des époux au préjudice des femmes². Ainsi, en dépit des critiques constamment formulées par certaines autorités religieuses ainsi que certains chercheurs, les autorités étatiques refusent de modifier systématiquement les dispositions du code de la famille. Pourtant ce dernier révèle un attachement solide aux préceptes de l'islam, considéré comme pilier fondamental de la cohésion sociale et mis en avant dans l'élaboration d'un bon nombre de ses dispositions³. Dès lors, dans certaines situations, le droit positif est applicable de façon subsidiaire. Toutefois, il s'impose chaque fois qu'il s'avère impossible de poser une règle uniforme applicable à tous les citoyens⁴.

La volonté du législateur d'instaurer une grande liberté dans le choix du régime matrimonial s'est matérialisée par la mise en place d'un comité des options⁵. Ce dernier s'est réservé la tâche d'exprimer les diverses réponses récoltées aux fins de l'élaboration d'un code unique applicable à

¹ A l'image du code pénal institué par la loi de base n° 65-60 du 21 juillet 1965, du code de procédure pénale : loi de base n° 65-61 du 21 juillet 1965 le code de la famille a accusé d'un grand retard dans son élaboration.

² Conformément aux dispositions du Coran la femme dispose des droits limités au sein du couple, l'homme est toujours placé dans une position dominante faisant incontestablement de lui le chef de famille.

³ BROSSIER Marie, « Les débats sur le droit de la famille au Sénégal », Politique africaine, 2004 vol. 4, no 96, p. 78-98.

⁴ SOW SIDIBE Aminata : Le Pluralisme juridique en Afrique. L'exemple du droit successoral sénégalais, Paris, LGDJ, 1991.

⁵ Ainsi, après le recensement des différentes coutumes, estimées au nombre de 68, la commission de codification du code de la famille a pris le soin de soumettre aux personnalités locales sur toute l'étendue du territoire, un questionnaire afin de mieux s'informer sur le contenu de celles-ci.

tous conformément aux orientations du garde des sceaux qui l'installe le 26 mars 1966.

L'objectif principal visé par l'autorité publique est d'assurer la mise en place d'un droit uniforme sur l'étendue du territoire. Il s'agit alors d'élaborer une législation destinée à régir les rapports familiaux applicables à tous les citoyens malgré leur diversité ethnique, culturelle, religieuse et sociale. Cette vision est critiquée par certains auteurs⁶ qui préconisent l'instauration d'un code de statut personnel devant avoir pour objet d'organiser les rapports de famille conformément à leur loi personnelle c'est-à-dire aux prescriptions de leur religion : aux musulmans par exemple, la charia, aux chrétiens et aux non musulmans leur loi personnelle⁷.

Notre étude s'abstient d'aborder les questions relatives au droit des personnes, au droit des successions ainsi qu'à l'analyse détaillée des différents régimes matrimoniaux. De façon succincte, elle s'intéressera aux rapports préalables au mariage ainsi qu'aux rapports nés entre époux depuis la formation du mariage. Elle soulève la question de l'organisation des relations matrimoniales dans une société en pleine mutation où les nouveaux

comportements sociaux échappent aux dispositions juridiques qui tardent à suivre l'évolution de la société.

L'étude de la question du mariage au Sénégal va s'analyser d'abord sur l'étendue des règles d'organisation instituées par le code de la famille (**Chapitre I**) ensuite sous l'angle des effets issus des rapports entre époux (**Chapitre II**) Une telle démarche nous permettra de montrer que l'organisation des relations matrimoniales au Sénégal présente une certaine particularité. Ainsi, l'institution d'un droit positif homogène permettant de marquer l'attachement de l'Etat au respect des droits et libertés fondamentales dans les rapports de famille n'a pu entraîner un rejet intégral des principes traditionnels d'organisation du mariage. Ce faisant on assiste à une combinaison entre le droit moderne et les pratiques traditionnelles ayant abouti à la mise en place d'une législation uniforme mettant en exergue le principe de la laïcité. Celle-ci instaure une réglementation stricte qui met l'accent sur les conditions d'existence du mariage, les différentes formes valablement reconnues et les effets pouvant résulter des rapports nés entre époux à l'occasion du mariage.

⁶ V. sur cette question, MBOW Penda , « Contexte de la réforme du Code de la famille au Sénégal », Droit et cultures, 59 | 2010, 87-96. V. aussi NDIAYE Isaac Yankhoba, « L'envers du droit traditionnel dans le code de la famille », Revue de l'Association

sénégalaise de droit pénal, droit sénégalais, juillet-décembre 1995.

⁷ Circofs, Projet de code de statut personnel, Dakar, Institut islamique de Dakar, année 1422/2002 (2^e éd.), p. 3.

Chapitre I : L'aménagement des règles d'organisation du mariage

En organisant le mariage le législateur aborde d'abord les fiançailles, une relation préalable au mariage qui crée cependant un certain nombre d'obligations qui s'imposent aux futurs époux. Alors, même si les fiançailles sont soumises à la loi, leur application telle que prévue par les textes est loin d'être effective en pratique. Toutefois, l'importance que révèle cette relation dans la formation du mariage conduit à examiner d'abord son régime juridique avant d'analyser le mariage proprement dit.

Section I : Les rapports préalables à la conclusion du mariage

En droit sénégalais de la famille, les fiançailles constituent une relation préalable au mariage qui crée des obligations à l'égard de chacune des parties. En effet, la célébration du mariage est toujours l'exécution d'un engagement au mariage fait préliminairement par les intéressés. Ainsi, avant de se marier, les deux parties se promettent de façon explicite et concluante, le mariage. De cette situation, doit résulter normalement une réelle volonté d'être lié par un accord de fiançailles.

Par définition, les fiançailles sont une convention par laquelle un homme et une femme se promettent mutuellement le mariage. Cette approche leur accorde une légère valeur juridique car les fiançailles n'entraînent aucune obligation au mariage. Elles se limitent seulement à faciliter la conclusion d'une union matrimoniale.

Les fiançailles sont soumises à des conditions de validité et produisent un certain nombre d'effets. Le législateur n'autorise une telle relation que lorsqu'elle est conclue entre un homme et une femme. Ainsi, le droit sénégalais considère les mariages entre personnes de même sexe d'actes contre nature ou d'actes contraires aux bonnes mœurs, réprimés par le code pénal⁸.

Paragraphe I : Les conditions d'existence

Même si les fiançailles n'ont aucune influence sur la relation de mariage, elles sont cependant organisées par la loi et obéissent à des conditions de fond et à des conditions de forme. Toutefois, il existe un décalage entre ce qui est formellement prescrit par le code de la famille relativement à ces conditions et ce qui est pratiqué dans notre société.

⁸ V. art. 319 al. 3, CP, loi 66-16 du 1^{er} 1966

A : Les conditions de fond

Les fiançailles nécessitent pour leur validité, le respect de certaines conditions que l'on rencontre aussi dans la formation du mariage. Ainsi, les fiancés doivent, chacun en ce qui le concerne, donner son consentement, indépendamment de celui de ses parents s'il est mineur. Comme dans le mariage, ce consentement ne doit pas être vicié, il doit être libre et intègre. L'âge minimum retenu par la loi est de 17 ans pour le garçon et de 15 ans pour la fille. En posant ce critère le législateur anticipe déjà sur l'obligation de limiter les fiançailles à la durée d'un an⁹. Cette mesure s'explique par le fait que les fiançailles ont uniquement pour objet de faciliter la conclusion du mariage. Ainsi pendant cette période, les deux parties auront l'occasion de s'apprécier mutuellement et de définir les conditions qui gouverneront leur relation. En dépit des dispositions juridiques les consacrant, les fiançailles sont pratiquées par les amants à leur manière. Ainsi, dans la plupart des cas, la réglementation de leur durée, l'âge requis, le versement des sommes indiquées par la loi ne sont pas respectés par les parties.

⁹ Suivant les dispositions de l'article 111 du code de la famille, « Le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme âgé de plus de 18 ans et une femme âgée de plus de 16 ans sauf dispense d'âge

B : Les conditions de forme

En plus de l'échange de consentement requis, la convention de fiançailles doit être conclue en présence de deux témoins au moins pour chaque fiancé et d'un représentant de famille de chacun d'eux.

Conformément aux usages, le fiancé ou sa famille peuvent remettre à la fiancée une petite somme d'argent¹⁰ ou un don manuel en nature ayant la même valeur pécuniaire. Par opposition au mariage qui requiert l'établissement d'un acte élaboré par l'officier de l'état civil, les fiançailles se prouvent par simple témoignage. Elles produisent des effets un certain nombre d'effet à l'égard des fiancés.

Paragraphe II : Les effets des fiançailles

Ayant pour objet de faciliter la conclusion du mariage, les fiançailles sont limitées dans leur durée à un an, période jugée suffisante pour permettre aux fiancés de s'apprécier avant de s'engager au mariage. A l'expiration de celle-ci, les fiancés sont tenus de contracter mariage, ou mettre fin à leur relation. La convention de fiançailles n'oblige en aucun cas les fiancés à contracter mariage. Cette règle se justifie

accordée pour motif grave par le Président du tribunal régional après enquête ».

¹⁰ Le montant de cette somme est limité à cinq mille francs CFA

par le fait que l'institution du mariage est régie par des règles d'ordre public, et ne peut faire l'objet de convention.

Les fiançailles sont souvent à l'origine de conséquences multiples, celles-ci peuvent être liées à leur promesse, à leur rupture, à la filiation d'un enfant né pendant cette période mais aussi au décès d'un fiancé. Constituant un engagement sérieux au mariage, les fiançailles font naître des droits et des obligations à la charge de chacun des fiancés. Ainsi, chaque fiancé dispose du droit de rendre visite à l'autre s'il le souhaite sans que ce dernier ne puisse s'y opposer. Ce droit de visite doit être librement exercé. Les fiancés doivent aussi se conduire, l'un et l'autre d'une manière réservée à l'égard des tiers. Ils sont tenus de ne pas dévoiler les secrets de leur relation aux tiers et se trouvent dans l'obligation de se conduire en toute fidélité à l'endroit de ceux-ci. Le droit de réserve se traduit nécessairement par l'obligation de fidélité. Dès lors il faudra retenir qu'ici, le devoir de fidélité ne pèse que sur la femme dans la mesure où le droit sénégalais admet la polygamie. Ainsi, le fiancé qui n'a pas encore dévoilé son option de statut conjugal, ne peut être tenu de se limiter à une seule femme puisqu'il dispose du droit d'opter pour la polygamie.

Les manquements aux obligations qui incombent aux fiancés constituent des motifs légitimes de rupture des fiançailles. Ils sont laissés à l'appréciation souveraine du juge qui peut le cas échéant prononcer la rupture des fiançailles. Toutefois, force est de reconnaître que le contentieux juridictionnel des fiançailles est rare. Généralement, les différends qui surviennent pendant cette période n'atterrissent pas devant les tribunaux, ils sont réglés en interne.

Les fiancés ne sont pas tenus à une obligation alimentaire l'un envers l'autre encore moins à l'égard des membres de leurs familles respectives. De surcroît, aucune obligation de secours ou d'entretien n'existe entre eux. De telles obligations ne peuvent trouver de fondement légal que dans le mariage. Ne constituant pas ainsi une obligation au mariage, les fiançailles peuvent être rompues de façon conjointe ou de façon unilatérale.

Paragraphe III : La rupture des fiançailles

Les fiançailles peuvent entraîner des conséquences sérieuses sur la filiation d'un enfant né pendant cette période¹¹. C'est ce que les articles 215 et suivants du code de la

¹¹ Cass. Civ. 1^{re}, 29 avril 1981, pourvoi n°80-10823, Bull. civ. des arrêts Cour de Cassation Civ. 1^{re} N. 144.

famille ont tenté de résoudre. L'article 215 du code de la famille organise ce qu'il convient d'appeler l'action en indication de paternité naturelle. Celle-ci a pour objet de permettre à l'enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie, d'obtenir des aliments de celui qui sera indiqué comme son père par décision judiciaire. Cette action peut être intentée devant le juge du tribunal d'instance dans l'hypothèse où il y a séduction, de promesse de mariage ou fiançailles. Ainsi, l'enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie peut obtenir des aliments de celui qui sera indiqué comme son père par décision judiciaire. Toutefois, l'action en indication de paternité n'a pas pour vocation d'établir la filiation paternelle de l'enfant. Ainsi, la décision du juge se limite à mettre l'obligation alimentaire à la charge du père indiqué, sans pour autant que celui-ci ne puisse invoquer le bénéfice de la réciprocité. L'intention du législateur est de protéger l'enfant qui ne doit pas supporter les conséquences désastreuses occasionnées par la rupture de la relation de ses parents.

Les fiançailles entraînent aussi des conséquences en cas de décès d'un fiancé. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que l'action en dommages intérêts du fiancé survivant à l'égard du tiers responsable de la mort de l'autre fiancé n'est pas prévue en

droit sénégalais. Le code de la famille n'a toujours pas réglé cette question. Alors, pour palier à cette insuffisance, les juges se réfèrent généralement à la jurisprudence française¹².

Les conséquences des fiançailles se manifestent considérablement dans la rupture. D'abord la loi pose le problème de la restitution des cadeaux ensuite celui de la mise en œuvre de la responsabilité du fiancé qui a provoqué la rupture. Si chaque fiancé a le droit de rompre unilatéralement les fiançailles, un fiancé peut être tenu de payer des dommages intérêts lorsque cette rupture ne repose pas sur un motif légitime qu'il convient au juge d'apprécier. En cas de minorité, le fiancé ne peut lui seul prendre l'initiative de la rupture, celle-ci doit être exprimée en présence des témoins ainsi que des représentants de chaque famille.

Dans certains cas, la rupture peut être occasionnée par des motifs légitimes qui ne sont pas imputables au fiancé qui a pris l'initiative. Ainsi, en cas d'inconduite notoire d'un fiancé cette faute à lui imputable, peut engendrer la restitution des cadeaux dont il a reçu de l'autre fiancé de même que le paiement de dommages intérêts à sa charge. Dès lors, il convient d'identifier les cadeaux de fiançailles de la dot qui est une propriété exclusive de la femme. Seuls les cadeaux des fiançailles

¹² En effet, le juge français dans une décision du 05 mai 1956, admet le principe de la réparation du

préjudice moral et même matériel résultant de la disparition du fiancé.

peuvent faire l'objet de restitution. Par contre, les autres dépenses de noces occasionnées par celles-ci ne sauraient faire l'objet d'un quelconque remboursement ou indemnisation.

La rupture peut être appréciée selon qu'elle émane de la fiancée ou du fiancé. Tout d'abord, lorsqu'elle émane de la fiancée sans motif légitime, elle oblige celle-ci à restituer les cadeaux qu'elle a reçus de l'autre. Par contre si elle est imputable au fiancé, celui-ci ne peut réclamer le cadeau qu'il a offert à la fiancée. Toutefois, le fiancé évincé sans motif légitime peut demander qu'il soit formé opposition au mariage de son ancienne fiancée jusqu'à la restitution du cadeau.

L'action en responsabilité civile pourra être intentée à l'égard du fiancé fautif pour tout autre préjudice né de la rupture des fiançailles ou à son occasion. Celui-ci commet un délit civil¹³. Dès lors, la réparation du préjudice n'est pas uniquement réservée au fiancé, les personnes qui, à tort ont entraîné la rupture des fiançailles d'une manière quelconque, sont solidairement tenues du paiement des dommages et intérêts.

Plusieurs facteurs peuvent être à l'origine de la rupture, dans tous les cas, le fiancé abandonné se trouve dans l'obligation de

prouver la faute occasionnée par la rupture. Le préjudice occasionné peut être matériel ou moral. Ainsi, un fiancé sera fondé à demander réparation d'un préjudice matériel, lorsqu'il a effectué des dépenses en vue de la préparation du mariage. Le fiancé peut également invoquer un préjudice moral dans la mesure où la rupture unilatérale abusive des fiançailles peut constituer une atteinte à la réputation ou provoquer des troubles psychologiques pour le fiancé délaissé. Si l'action en réparation est réservée au fiancé victime du préjudice, ce dernier peut être prouvé par tous moyens.

Dans tous les cas, qu'il soit précédé de fiançailles ou non, le mariage reste soumis à des conditions de forme qui s'imposent aux époux.

Section II : La formation du mariage

L'union entre l'homme et la femme a depuis longtemps été considérée comme une condition indispensable à la survie de l'espèce humaine¹⁴. Ainsi, la famille se crée par le mariage, celle-ci constitue une des valeurs essentielles sur lesquelles est fondée notre société. Les rapports qui existent dans la famille sont complexes, ils ne peuvent uniquement être régis par des règles de

¹³ V. Art. 107, al. 3 Cf.

¹⁴ THERY Irène, « Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la

famille et de la vie privée », Rapport, éd. Odile Jacob, La documentation française, 1998, p. 63.

droit¹⁵. En droit, la question de savoir si le mariage est un contrat ou une institution a fait l'objet d'une réelle controverse. Deux thèses opposées vont attirer notre attention, la première estime que le mariage est un contrat et suppose donc l'accord préalable des futurs époux et demeure, en effet, un acte juridique. Cette conception classique du mariage coïncide avec celle retenue par le droit canonique. Analysé sous cet angle, le mariage nécessite en effet un accord de volonté destiné à produire des effets de droit. La seconde thèse considère que le mariage est une institution car l'accord des époux repose uniquement sur l'existence d'un statut légal qui leur est imposé de façon impérative par la loi dans l'impossibilité de modifier certaines dispositions. Cette thèse privilégie la notion d'ordre public dans le mariage. Aujourd'hui, la majorité de la doctrine considère que le mariage regroupe à la fois les aspects d'un contrat et celles d'une institution dans la mesure où, même si la volonté des époux, comme dans le contrat, constitue l'épine dorsale, l'intervention de l'autorité demeure substantielle.

Il en résulte ainsi, que par opposition au contrat de droit commun, dans lequel, les parties ont la libre disposition de leurs droits, dans le mariage, elles ne peuvent

librement défaire ce qu'elles ont fait. Alors, si les époux souhaitent mettre fin à leur relation qui constitue un statut légal, ils sont obligés de passer par le divorce. La rupture du lien matrimonial ne sera valable que lorsqu'elle résulte d'un consentement mutuel exprimé par les époux sous le contrôle du juge. Il est nécessaire d'examiner les conditions de formation du mariage avant de voir les sanctions qui s'attachent celles-ci.

Paragraphe I : Les conditions de formation

Le mariage en droit sénégalais, repose sur le principe de la laïcité. Le législateur prévoit plusieurs formes de mariage, on distingue ainsi, le mariage célébré, le mariage constaté, et le mariage coutumier non constaté.

Cette vision du législateur repose sur le fait que le Sénégal constitue un carrefour de civilisations mosaïques, un foyer religieux où l'islam occupe une place prépondérante mais aussi où s'installent les traditions animistes et chrétiennes. En dépit des critiques adressées au code de la famille par certains auteurs qui le qualifient de code de la femme, son adoption constitue une étape significative dans l'instauration d'une

¹⁵ Selon Hegel, « Si la société est le règne du droit, le mariage est le règne de l'amour ». C'est ce qui explique l'invocation d'autres types de règles à

l'image des règles religieuses ou morales pour régir les rapports de famille.

société sénégalaise modernisée gardant parallèlement son attachement à ses origines lointaines¹⁶. Désirant laisser aux citoyens le choix de leur conduite en harmonie avec les prescriptions de leur religion, le code constitue en effet une œuvre de compromis. Dans la conclusion du mariage, les coutumes relatives aux formalités consacrant traditionnellement le mariage sont maintenues au détriment des coutumes générales et locales. Ce choix s'explique par la volonté du législateur de diversifier les formes de mariage. En effet imposer une seule forme de mariage de type moderne dont la célébration sera faite devant l'officier de l'état civil irait à l'encontre des principes fondamentaux de l'Etat qui se réclame laïc.

La nécessité de maintenir les formes traditionnelles de mariage ne devait toutefois occasionner la suppression du système de la preuve de l'état des personnes par les actes de l'état civil. Ainsi, le recours au service de l'état civil dans l'élaboration des actes relatifs à l'état des personnes constitue un vœu pressant des pouvoirs publics. Ces exigences contradictoires ont conduit le législateur sénégalais à réglementer la forme du mariage suivant deux principes importants qui vont attirer notre attention : Dans un premier temps les

époux peuvent choisir librement entre la forme moderne du mariage célébré par l'officier de l'état civil et les formes traditionnelles du mariage à savoir le mariage coutumier constaté et le mariage coutumier non constaté. En second lieu, l'obligation de constater le mariage coutumier par l'officier de l'état civil afin de lui donner la force et la valeur juridique dont dispose le mariage célébré.

Pour la validité du mariage, la loi pose des conditions de fond et des conditions de forme dont l'inobservation entraîne un certain nombre de sanctions. Parmi les conditions de fond, certaines trouvent leur fondement dans la nature contractuelle de cette union alors que d'autres révèlent son caractère institutionnel.

L'exigence des conditions s'explique par le fait que le mariage est un acte juridique solennel dont la validité obéit à un certain formalisme.

A : Les conditions de fond

Elles sont soit, physiologiques, psychologiques, sociales ou morales. Celles-ci peuvent également être liées à la volonté des époux notamment en ce qui concerne l'option de statut conjugal et le versement de la dot.

¹⁶ GUINCHARD Serge, « *Les grandes orientations du code sénégalais de la famille* », Penant 1978, p. 224 et s.

a : Les conditions liées à la personne

Elles sont relatives à l'âge et au sexe des époux. En effet dans le droit sénégalais de la famille, le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme âgé de plus de 18 ans et une femme âgée de plus de 16 ans sauf dispense d'âge accordée pour motif grave par le Président du tribunal de grande instance après enquête. Dès lors, si la loi prévoit un âge minimum en dessous duquel, on ne peut contracter mariage, elle ne prévoit pas d'âge maximum au-delà duquel le mariage est prohibé. On peut se marier alors jusqu'à la mort.

Toutefois, le mari doit être apte aux relations sexuelles. Ainsi la nullité du mariage peut être prononcée en cas d'impuissance du mari. Cependant ce principe doit être appréhendé avec précaution dans la mesure où l'action en nullité est soumise en effet à des conditions strictes. En cas d'impuissance du mari l'action en nullité du mariage appartient exclusivement à la femme. Cependant, cette action n'est plus recevable devant le juge lorsque les époux ont cohabité pendant une durée supérieure à un an. Il faut signaler que l'époux astreint devant le juge pour une action en nullité du mariage fondée sur l'inaptitude aux relations sexuelles, peut opposer à l'épouse titulaire de l'action, une

fin de non-recevoir qui peut être fondée l'inobservation du délai d'action. Dès lors, même si le mari peut s'opposer à l'action de la femme lorsqu'elle n'a pas agi dans les délais, la question de l'intérêt de maintenir une relation qui n'est plus désirée mérite d'être posée.

b : Les conditions liées à la volonté des époux

Comme en droit des contrats, les époux, sont tenus de consentir à la formation de l'union. Le défaut de consentement entraîne la nullité absolue du mariage. Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. Les époux doivent donner leur accord de façon libre et expresse¹⁷. La volonté des époux joue ainsi un rôle fondamental dans la formation du mariage, elle traduit l'expression de la liberté individuelle de chacun d'eux¹⁸. Un majeur incapable devra obtenir un visa du médecin ainsi que l'autorisation du conseil de famille ou des deux parents lorsqu'il est sous tutelle ou du curateur en cas de placement en curatelle. En cas de minorité, le consentement des parents est requis. Toutefois, l'époux même mineur doit personnellement consentir au mariage. Le mineur de 21 ans ne peut valablement contracter mariage sans que le

¹⁷ V. Art. 180 C. civ.

¹⁸ COURBE Patric : Droit de la famille, 5^e éd., Sirey université, 2008, p. 25.

consentement de ses parents ne soit requis. Ici la personne visée est celle qui exerce la puissance paternelle sur le mineur en question. L'objectif visé par le législateur est de protéger le mineur non émancipé. Si le consentement des parents, est exigé, il ne peut cependant être substitué à celui des époux. Les parents peuvent cependant refuser de consentir à l'union. Le refus d'autorisation peut être attaqué devant les tribunaux d'instance. Ainsi, tout parent qui estime que l'opposition au mariage ne repose pas sur un motif légitime, peut saisir le tribunal d'instance du lieu de célébration de l'union pour obtenir son annulation.

Lorsque époux n'ont pu comparaître devant l'officier d'état civil, ils ont la possibilité de se faire représenter par un mandataire de leur choix à charge pour eux d'observer au préalable les formalités relatives à la comparution devant l'officier d'état civil et à la fourniture des pièces pour l'élaboration de l'acte de mariage.

Si le consentement constitue une formalité substantielle dont l'inexistence entraîne la nullité absolue du mariage, il n'en demeure pas moins qu'il soit rigoureusement apprécié. En effet, le consentement n'est valable que lorsqu'il émane d'une personne consciente, capable de comprendre la portée de ses actes. Ainsi l'époux qui ne jouit pas de ses facultés mentales ne peut contracter

mariage car le consentement exprimé est vicié. Le consentement doit en plus, être sérieux. Si l'époux qui donne son accord au mariage n'a aucune volonté sérieuse de se marier, l'union ne pourra légalement être reconnue. Ainsi, les mariages d'humour contractés à l'occasion des théâtres ne sont pas valables car n'émanant pas d'une volonté sérieuse, ces unions n'ont aucune valeur juridique. Rentrent dans la même catégorie, les mariages fictifs ou simulés dont la formation est conditionnée par un but autre que la fondation de la famille. De tels mariages sont généralement conclus entre personnes issues d'horizons divers souvent en vue de bénéficier d'un avantage particulier, notamment l'obtention de la nationalité de l'autre conjoint.

Le consentement ne peut être vicié que dans deux hypothèses : En cas de la violence ou en cas d'erreur¹⁹. En retenant uniquement ces deux éléments comme vice du consentement, le législateur exclu implicitement le dol parmi les facteurs susceptibles d'altérer la volonté dans le mariage. Dans l'erreur, un époux s'est trompé lui-même et a donné son consentement au mariage alors qu'il n'aurait pas dû consentir s'il ne s'était pas trompé. Dans les rapports contractuels, l'article 1137 du code civil définit le dol comme une manœuvre frauduleuse qui peut

¹⁹ V. Art. 138, al. 2 Cf

consister en une action ou une abstention visant à obtenir le consentement du cocontractant. Le dol est ainsi sanctionné par le juge, par la nullité du contrat. En droit de la famille, le dol peut être appréhendé comme une situation dans laquelle un époux a été trompé par un autre qui a réussi à le faire consentir au mariage alors qu'il n'aurait pas dû consentir s'il était conscient de l'existence d'un dol. La violence renvoie aux agressions physiques ou morales ayant pour objet de forcer l'une des parties à consentir au mariage. Si le code de la famille fait allusion à l'erreur dans le cadre des vices du consentement au mariage, il n'a malheureusement pas spécifié celle-ci. Ainsi, pour appréhender cette notion dans la constitution du lien matrimonial, il sied de se référer aux dispositions du code des obligations civiles et commerciales²⁰. D'autres conditions de fond sont également prévues par la loi, il s'agit notamment de celles relatives à la moralité ou à l'intérêt social.

c : Les conditions liées à la morale et à l'intérêt social

Sur le plan moral, aucun mariage ne peut être contracté valablement s'il existe une union antérieure non dissoute. Dans notre droit positif, cette condition n'est valable que pour la femme ou pour l'époux ayant opté pour la monogamie ou la polygamie limitée.

Ainsi, une femme ne saurait avoir simultanément deux maris. La femme ne peut contracter un nouveau mariage tant que l'union précédente dans laquelle elle s'était engagée n'a pas été formellement dissoute et que mention ait été faite sur les registres de l'état civil²¹. Le droit sénégalais prévoit le délit de bigamie qui est sanctionné par le code pénal²². Il convient d'identifier les éléments constitutifs du délit de bigamie à savoir l'élément matériel et l'élément moral. S'agissant de l'élément matériel, il concerne l'engagement de l'auteur dans les liens d'un premier mariage non encore dissout, ensuite l'opposition du régime matrimonial de cette union à tout autre mariage nouveau. Enfin, la célébration du second mariage. Il s'ensuit donc, que le délit de bigamie est constitué lorsqu'une personne s'est mariée alors que son premier

²⁰ V. Art. 62 COCC.

²¹ V. Art 113 al. 1 CF.

²² Quiconque se serait remarié sans que le juge ait prononcé le divorce entre lui et son précédent

conjoint, aurait ainsi commis le délit de bigamie et les peines prévues à l'article 333 du code pénal (Loi n° 77-33 du 22 février 1977) s'appliqueront à lui.

mariage n'est pas encore dissout légalement²³.

Le mariage ne peut être valablement formé si le délai de viduité n'a pas expiré. La loi prévoit cette condition à l'égard de la femme dans le souci d'éviter les contestations sur la filiation paternelle d'un enfant qui serait né juste après la célébration d'un second mariage. Pour lever toute perplexité sur la paternité d'un enfant, la loi prévoit une période d'observation au cours de laquelle, la femme ne peut contracter un autre mariage. Le délai de viduité prévu est de 300 jours à compter de la dissolution du premier mariage. Ce délai ne court plus à partir de la délivrance de la femme.

Le délai peut être limité à 3 mois en cas de dissolution du mariage par le divorce ou par annulation et à 4 mois et 10 jours après dissolution du mariage antérieur par le décès du mari. Dans ces circonstances, l'enfant est présumé et de façon irréfragable, n'être pas issu des œuvres du précédent mari.

Lorsqu'il existe des liens de parenté étroits entre deux personnes, le mariage ne pourra être conclu pour cause de moralité. Les époux se trouvent aussi dans l'obligation d'opter parmi les statuts fixés par la loi.

d : Les conditions liées à l'option de statut conjugal

Les époux sont tenus de dévoiler leur option au mariage. Les conditions liées à l'option sont celles relatives au statut conjugal et à la dot. Le droit sénégalais de la famille prévoit trois sortes de statuts²⁴. Ainsi, le mariage peut être conclu soit sous le régime de la polygamie dans lequel l'homme est tenu de se limiter à quatre épouses, soit sous le régime de la polygamie limitée dans lequel il peut choisir deux ou trois femmes. L'homme peut enfin opter pour la monogamie en se limitant donc à une seule femme.

L'intégration des options dans le code de la famille ne relève pas d'un choix fortuit, elle s'explique par la pluralité des coutumes et des religions. En effet l'option de polygamie se fonde sur les préceptes de l'islam. Dans la religion musulmane, l'homme peut épouser jusqu'à quatre femme mais il ne peut dépasser ce nombre sous peine de forfaiture.

L'option de statut conjugal est définitive et irrévocable. Ainsi l'optant ne pourra, le reste de sa vie, modifier son choix, il est lié par sa décision même après la dissolution du mariage pour lequel il l'avait souscrit. Si

²³ L'article 333 du Code pénal qui prévoit et réprime cette infraction dispose que : « Sera puni d'un emprisonnement de six mois à un an et d'une amende de 20.000 à 300.000 francs toute personne qui aura contracté une nouvelle union, alors qu'elle en était

empêchée par l'effet d'un précédent mariage non dissout, même si ce précédent mariage n'a été ni célébré, ni constaté, ni déclaré tardivement ».

²⁴ V. Art. 133 CF.

l'homme a opté pour trois femmes, il ne pourra augmenter ce nombre à quatre. De même si le nombre d'époux choisi est de deux, il ne pourra plus être porté à trois ou à quatre. L'option peut revêtir plusieurs formes, elle peut être expresse ou tacite. Dans le premier cas, c'est lorsque l'homme a manifesté de façon libre devant l'officier d'état civil le choix de son statut conjugal. Par contre, si l'homme n'a souscrit à aucune option parmi celles prévues par la loi, le mariage sera placé sous le régime de la polygamie.

L'option peut être souscrite soit à l'occasion du mariage soit après le mariage. Dans tous les cas, l'homme est tenu de justifier au préalable qu'il a respecté les règles relatives à l'organisation des options de statut conjugal indiquées par la loi. Il appartient à l'officier d'état civil du lieu de célébration du mariage, à défaut son délégué de recueillir la déclaration de l'époux. Si le mariage est contracté à l'étranger, la déclaration est faite devant l'agent diplomatique ou le consul territorialement compétent.

La violation des règles de l'option est passible de sanction. En effet, deux types de sanctions peuvent être retenus. Les unes relèvent du droit civil par contre les autres résultent du droit pénal. Ainsi, le nouveau mariage contracté en violation des règles du

droit d'option est frappé de nullité absolue²⁵.

Parmi les conditions relatives à l'option de statut conjugal figure également la dot. Celle-ci a fait l'objet d'un débat lors de la rédaction du code de la famille. Le législateur était invité à définir les conditions relatives à la dot. En effet, deux possibilités lui ont été offertes soit supprimer celle-ci, soit la maintenir en la règlementant juridiquement. Finalement la dot a été maintenue mais le législateur en a fait une simple faculté. Elle ne constitue une condition de validité du mariage que lorsque les époux le décident expressément. Ainsi, les futurs époux peuvent convenir que la fixation d'une somme d'argent, ou la détermination des biens à remettre en partie ou en totalité par le futur époux à la future épouse, sera une condition de fond du mariage. L'acte de mariage permet en effet de s'informer sur la dot notamment sur le montant remis, le montant restant mais aussi de savoir si les époux en ont fait une condition de validité de leur union. Lorsque les époux conviennent que la dot sera une condition de validité du mariage, l'union ne pourra être conclue qu'après versement de celle-ci à la femme. Le montant de la dot est fixé à trois mille francs CFA maximum²⁶. Toutefois, cette disposition n'est pas aujourd'hui respectée par les populations.

²⁵ V. Art. 141 CF.

²⁶ V. Art. 6 de la loi du 1^{er} mars 1967 relatives aux cérémonies familiales .

En effet la dot peut même s'élever jusqu'à plusieurs millions de francs, voire comporter des biens matériels d'importante valeur notamment des biens mobiliers tels que voitures, bijoux de valeur etc. voire des biens immobiliers maisons, terrains etc. Pourtant le vœu du législateur sénégalais était d'interdire le gaspillage et de diminuer au maximum les dépenses dans les cérémonies familiales.

C'est dans cette logique que s'inscrit la loi de 1967 qui signale que les dépenses cumulées relatives aux cadeaux destinées à la fiancée, aux membres de sa famille ou à des amis, ainsi qu'aux réjouissances ne peuvent dépasser quinze mille francs, exception faite aux dépenses effectuées à l'occasion des fiançailles et celles relatives à la dot.

Pour assurer l'efficacité de cette mesure, compétence a été donnée à certaines autorités notamment les chefs de village, les délégués de quartier, les chefs de circonscription administratives de veuillez à l'application des mesures prises et de faciliter la poursuite des époux ou familles récalcitrants en constatant eux même les infractions commises dans ce cadre. La dot ne doit pas être remise aux parents de l'épouse. Etant une propriété exclusive de la femme, celle-ci ne peut demander une somme supérieure au montant légalement prévu sous peine de sanctions. Il est fait mention dans l'acte de mariage du montant

de la dot, de la part stipulée payable d'avance et de ce qui a été perçu par la femme au moment de la célébration du mariage. Si la validité du mariage repose sur des conditions de fond dont la violation entraîne des sanctions, il est important de souligner que le mariage dans la société sénégalaise, obéit à un formalisme complexe qui mérite d'être examiné.

B : Les formes de mariage

Plusieurs formes de mariage sont prévues par le droit sénégalais de la famille. Cette diversité s'explique par la prise en compte des réalités sociales, coutumières et religieuses des différentes franges de la population. Le Sénégal est un Etat laïc composé de musulmans en majorité, mais aussi de chrétiens voire d'animistes. La commission d'élaboration du code de la famille ne pouvait ignorer cette diversité notamment, culturelle, ethnique, religieuse. C'est pour cette raison que la loi de 1972 portant code de la famille a prévu des formes modernes de célébration du mariage d'une part et des formes coutumières de mariage d'autre part. Les formes normales de célébration du mariage sont le mariage célébré et le mariage constaté par l'officier d'état civil. Par contre, les catégories dites exceptionnelles de mariages sont constituées du mariage coutumier constaté et du mariage coutumier non constaté.

En diversifiant les formes de mariage conformément aux coutumes et religions existantes, le législateur entend accorder aux époux une certaine marge de manœuvre dans la célébration de leur union.

a : Les formes habituelles de constatation du mariage

Le code de la famille prévoit deux formes classiques de célébration du mariage. Il s'agit du mariage célébré et du mariage constaté. Ainsi, le mariage peut être célébré par l'officier de l'état civil ou constaté par lui ou son délégué dans les formes prévues par la loi, en fonction du choix des époux²⁷. D'autre part, le mariage constaté est une forme de mariage qui permet aux époux de célébrer leur union conformément à leur religion, leur tradition ou coutumes tout en encadrant celle-ci par les règles du droit civil notamment sur le plan de la publicité et de l'administration de la preuve. Dès lors, si la loi prévoit deux formes régulières de célébration du mariage ayant la même valeur juridique, les sanctions qu'elle énumère en cas d'inobservation des règles régissant ces unions demeurent toutefois opposées. Tout d'abord, en cas de violation des règles du mariage célébré la sanction

prévue est la nullité de l'acte de mariage élaboré par l'officier d'état civil. Le mariage coutumier reste valable malgré le défaut de constatation par l'officier d'état civil mais il est soumis à des restrictions.

b : Les formes atypiques de constatation du mariage

Ces formes exceptionnelles de constatation du mariage concernent les mariages célébrés suivant des règles coutumières mais dont les époux peuvent régulariser ultérieurement conformément aux conditions normales de constatation du mariage.

Alors, il faudra noter que dans le mariage coutumier, le défaut de constatation n'entraîne pas la nullité de l'union, le législateur ayant prévu d'autres procédures de constatation devant l'officier d'état civil. Dès lors, l'absence de toute intervention de celui-ci dans la formation de l'union est sans conséquence sur la validité de celle-ci²⁸. Ainsi, à côté des procédures normales de constatation du mariage, la loi prévoit d'autres procédures dites supplétives.

Celles-ci sont au nombre de deux : il s'agit d'abord de la procédure dite de déclaration tardive ensuite celle relative au jugement

²⁷ Le mariage célébré existe depuis longtemps. En France par exemple, il a été prévu par la loi sur l'état civil de 1901. Il a été repris par le législateur sénégalais dans le code de la famille.

²⁸ GUINCHARD Serge, « Le mariage coutumier en droit sénégalais ». In Revue internationale de droit comparé, vol. 30 n° 3, juil-sept. 1978, pp. 811-832.

d'autorisation d'inscription sur les registres du mariage.

La procédure de déclaration tardive est issue de la loi du 7 janvier 1989 qui a introduit un article 147 nouveau dans le code de la famille. Ce texte ouvre aux époux la possibilité de déclarer leur union dans les six mois qui suivent la conclusion de celle-ci, il les invite à se présenter devant l'officier d'état civil du lieu où leur mariage a été contracté, en compagnie de deux témoins, qui étaient présents lors de la conclusion de l'union, capables de révéler l'existence de consentement entre les époux au moment de la constatation.

En se présentant à l'officier d'état civil, les époux vont devoir fournir chacun en ce qui le concerne, un certain nombre de pièces. Ainsi chaque époux doit déposer une copie de son acte de naissance datant de moins de trois mois, délivré en vue du mariage, la copie des actes accordant des dispenses de mariage dans les cas prévus par la loi.

Dans l'hypothèse où un époux ne serait pas en mesure de se procurer son acte de naissance, il pourra le suppléer en rapportant un acte de notoriété délivré par le juge du tribunal d'instance du lieu de sa naissance ou par celui de son domicile. Cet acte devra nécessairement contenir la déclaration faite par trois témoins de l'un ou de l'autre sexe, parents ou non parents, des

prénoms, nom, profession et domicile du futur époux, et de ceux de ses père et mère, s'ils sont connus, du lieu et, autant que possible, de l'époque de sa naissance et des causes qui empêchent d'en rapporter l'acte. Les témoins sont tenus de signer l'acte de notoriété avec le juge du tribunal d'instance et, s'il en est qui ne puissent ou ne sachent signer, mention en sera fait.

Les époux peuvent solliciter un jugement d'autorisation d'inscription sur les registres du mariage dans l'hypothèse où ils n'ont pas manifesté la conclusion de leur union dans les six mois qui précèdent la formation de celle-ci. Cette autorisation d'inscription est accordée par le juge du tribunal d'instance qui donne l'ordre à l'officier d'état civil du lieu de célébration de l'union, d'inscrire celle-ci aux registre des mariages de l'année en cours.

La requête est introduite devant le juge du tribunal d'instance et doit être accompagnée d'un certificat attestant que le mariage n'a pas fait l'objet d'une inscription à l'état civil. L'examen des pièces justificatives va orienter le juge dans sa décision à l'occasion du procès, à défaut de jugement il pourra ouvrir une enquête en vue d'examiner la validité de l'union.

Les époux peuvent également opter pour un mariage coutumier non constaté²⁹. Cependant, en dépit de l'absence de

²⁹ Art. 146 CF.

constatation par l'officier d'état civil, le mariage coutumier reste valable. Toutefois, les époux ne pourront se prévaloir de ce mariage à l'égard de l'Etat et de ses démembrements pour l'acquisition d'avantages familiaux.

Le juge peut même aller au-delà de ces mesures, en prononçant des sanctions pénales notamment une amende comprise entre trois mille et dix-huit mille francs CFA en cas d'inobservation volontaire des conditions relatives à la comparution personnelle, au dépôt des pièces, à l'établissement du formulaire type, à la publication de l'union, aux oppositions à mariage et à la constatation de l'union.

Le mariage coutumier non constaté produit des effets multiples qui peuvent être analysés vis-à-vis des époux eux-mêmes ainsi que dans leurs rapports avec leurs enfants.

Les droits et devoirs réciproques des époux concernent l'obligation de cohabitation, le devoir de fidélité, le devoir d'assistance et de secours.

Le mariage coutumier non constaté peut également être à l'origine de poursuites pénales sur le fondement du délit de bigamie. Ainsi, lorsque le ministère public est au courant de l'existence d'une union empêchée par un mariage antérieur non encore dissout, il peut poursuivre l'époux

auteur de la violation pour bigamie, même si le mariage n'a jamais été célébré, ni constaté ou déclaré de façon tardive³⁰. Dans ce cas le divorce n'est reconnu que lorsqu'il est prononcé conformément aux règles de procédures prévues par la loi.

Le mariage coutumier non constaté crée des effets considérables dans les rapports entre les parents eux même ainsi que dans leurs rapports avec les enfants issus de leur union.

Ainsi, les enfants issus des mariages coutumiers non constatés ont la qualité d'enfants légitimes³¹.

Les enfants visés sont ceux dont la filiation est régulièrement établie à l'égard d'un père et d'une mère mariés ou réputés mariés au moment de leur conception. Le législateur vise les unions célébrées dans une forme coutumière, non constatées devant l'officier d'état civil. De telles unions posent un problème de preuve dans la mesure où aucun acte d'état civil n'a été élaboré alors que l'état des personnes ne peut être prouvé que par les actes d'état civil. Cette règle appliquée de façon stricte par la cour suprême est rendue plus souple par la loi du 29 novembre 1979 modifiant l'article 633 du code de la famille. Cette loi pose trois conditions sur le fondement desquelles le juge peut se référer pour dispenser les prévenus de fournir un acte de mariage. Tout d'abord, ce texte prévoit que la preuve

³⁰ V. Art. 142 CF.

³¹ V. Art. 219 CF.

du mariage coutumier non constaté doit être soulevée dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation de corps. Ensuite, les époux doivent préciser qu'ils n'ont pas eu à faire élaborer un acte de mariage au niveau de l'état civil qui atteste l'existence de leur union célébrée en la forme purement coutumière. Enfin, la célébration du mariage doit avoir été faite avant l'entrée en vigueur du code de la famille³².

La réunion de ces conditions permet aux époux de faire constater la dislocation de leur union, leur divorce, leur séparation de corps décidés par consentement mutuel. Cette désagrégation est constatée dans le cadre d'une procédure prévue par la loi à l'image des autres procédures de divorce notamment celles qui concernent le mariage célébré ou constaté.

Si le divorce ou la séparation de corps interviennent dans le cadre d'un contentieux, les époux sont tenus d'éclairer le juge sur la date et les procédés de formation de leur union. Dans l'hypothèse où les époux ont fait des déclarations concordantes, le juge est tenu d'accorder le divorce. En cas de contestation de l'existence du mariage, l'époux contestataire est appelé à saisir le tribunal de grande instance seul compétent pour se prononcer sur la question préjudicielle. L'époux demandeur est tenu de prouver

l'existence de l'union en justifiant de ses allégations par l'établissement d'une possession d'état en cas de défaillance de l'époux défendeur. La preuve de cette possession d'état de conjoint est rapportée par enquête diligentée devant le juge du tribunal d'instance saisie de la demande de divorce ou de séparation de corps. En dépit de son admission, le mariage coutumier non constaté reste soumis à certaines sanctions.

c : Les sanctions de l'absence de constatation du mariage coutumier

Le mariage coutumier non constaté n'est pas sanctionné par la nullité mais il reste inopposable à l'Etat et à ses démembrements ainsi qu'aux établissements privés. Toutefois, en cas d'inobservation volontaire des formalités de constatation du mariage, le juge du tribunal d'instance compétent pour apprécier celles-ci peut prononcer des sanctions pécuniaires³³.

Paragraphe II : Les nullités du mariage

La violation des règles de formation du mariage a pour conséquence la nullité de l'union. Le droit sénégalais prévoit des sanctions pénales et des sanctions civiles. Les premières concernent les délits de

³² V. Art. 833, al. 6 CF.

³³ Le juge peut prononcer une amende de trois mille à dix-huit mille francs CFA.

bigamie et d'adultère qui peuvent faire l'objet d'une condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende. Les sanctions civiles sont relatives aux oppositions à mariage, à l'existence d'un mariage antérieur non dissout, aux empêchements à mariage pour cause d'alliance ou de parenté qui ont un caractère préventif. Les autres sanctions ont par contre, un caractère répressif, il s'agit des nullités du mariage qui sont régies par des dispositions particulières du code de la famille³⁴.

A : Les causes de nullités du mariage

Il y a des causes de nullité relative et des causes de nullité absolue. Les actions en nullité du mariage sont ouvertes seulement à quelques personnes.

a : Les nullités relatives du mariage

Le mariage soit célébré par l'officier de l'état civil ou constaté par lui ou son représentant, sa nullité peut être prononcée soit pour vice du consentement de l'un des conjoints si son accord a été obtenu par violence ou donné à la suite d'une erreur ; soit pour défaut d'autorisation familiale ; pour non-paiement de la portion de la dot exigible lorsque les époux ont convenu d'en

faire une condition de leur union ; pour impuissance du mari ; ou en cas de maladie grave et incurable rendant la cohabitation préjudiciable lorsque le conjoint l'a sciemment dissimulée au moment du mariage³⁵.

L'action en annulation du mariage pour défaut de consentement, ne peut être intentée que par celui des époux dont le consentement a été vicié, ou, lorsque l'autorisation familiale nécessaire pour le mariage de la personne n'ayant pas atteint l'âge de la majorité n'a pas été accordée par celui dont le consentement était requis ou l'époux qui avait besoin de ce consentement. Il peut s'agir des parents de l'enfant ou de l'époux mineur.

L'action en nullité peut aussi être engagée par la femme si la portion exigible de la dot ne lui a pas été versée ou lorsque le mari est impuissant.

Dans l'hypothèse où un époux est atteint d'une maladie grave et incurable l'action ne pourra être intentée que par le conjoint. L'exercice de l'action en nullité peut être confronté à un certain nombre d'obstacles. En effet, certaines circonstances peuvent rendre cette action irrecevabilité. C'est le cas lorsque le défendeur oppose au titulaire de l'action une fin de non-recevoir. Les fins de non-recevoir peuvent être liées au consentement. Le vice de consentement

³⁴ V. Art. 141 CF

³⁵ Pour les causes de nullité relatives, v. art. 138 CF

peut être retenu lorsque les époux ont cohabité ensemble pendant 6 mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que par lui l'erreur a été reconnue. Un des époux peut également opposer une fin de non-recevoir pour défaut d'autorisation familiale. Ainsi, lorsque le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par celui dont le consentement était nécessaire ou lorsque celui-ci avant la majorité de l'époux, a laissé s'écouler une année sans exercer l'action alors qu'il avait connaissance du mariage, ou enfin si l'époux a atteint 22 ans révolus sans avoir fait de réclamation.

Aussi, l'action en nullité ne sera plus recevable en cas d'impuissance du mari ou de maladie incurable de l'autre conjoint car l'époux défendeur pourra lui opposer une fin de non-recevoir lorsque la cohabitation s'est poursuivie au-delà d'un an.

b : Les nullités absolues du mariage

Elles ont pour objet de protéger l'ordre public. Le mariage étant, en effet, une institution d'ordre public, sa protection s'impose au législateur qui est tenu de le régler strictement³⁶.

En cas de nullité absolue du mariage, l'action ne peut être intentée que par les époux eux-mêmes ou toute autre personne y

ayant un intérêt. Le ministère public peut aussi intenter cette action du vivant des époux. Le mariage nul peut cependant être régularisé. D'abord, l'action en nullité peut être demandée, du fait de l'existence d'un mariage antérieur non encore dissout. Dans ce cas lorsque l'action en nullité est intentée par l'un des époux ou ses ayants causes, le juge est tenu de statuer au préalable sur la validité ou non de la précédente union. Si cette union antérieure est considérée comme nulle, la nullité du nouveau mariage ne pourra plus être prononcée sur le fondement de l'existence d'un mariage antérieur non dissout. Par contre si le précédent mariage est valable, le nouveau mariage sera en effet annulé. Si l'un des époux n'avait pas la majorité lors de la conclusion du mariage, l'action en nullité ne sera plus recevable lorsqu'elle est intentée au moment où l'époux mineur a obtenu l'âge requis pour se marier, il en est de même lorsque la femme a conçu.

B : Les effets de l'annulation du mariage

La nullité du mariage entraîne des conséquences néfastes dans la vie des époux ainsi que dans celle de leurs enfants. L'annulation d'un acte entraîne généralement son anéantissement aussi bien dans le passé que pour l'avenir. Il serait

³⁶ V. Art. 141 CF

dangereux d'appliquer strictement cette règle en matière de mariage. Conscient de cette gravité, le législateur sénégalais prévoit que la nullité du mariage ne peut produire des effets que pour l'avenir. Ainsi, en fixant le point de départ des effets de l'annulation du mariage au jour du prononcé de la décision, le législateur entend soumettre le mariage annulé au principe de non rétroactivité. Le mariage nul va produire ses effets comme s'il avait été valable jusqu'au jour où la décision prononçant la nullité est devenue définitive. Au jour du prononcé du jugement, ce mariage sera réputé dissout³⁷.

L'application du principe de non rétroactivité du mariage présente un intérêt particulier dans le mariage putatif en sens qu'elle permet de maintenir les effets produits à l'égard des enfants ainsi qu'à l'égard de leurs biens. Lorsque les époux ont agi de mauvaise foi, le mariage ne pourra produire des effets dans leurs rapports personnels ainsi que dans ceux qu'ils ont entrepris avec les tiers. Il sera considéré comme n'ayant jamais existé. Par contre, si les époux ou l'un d'eux, ignorant la cause de nullité, ont cru à la validité du mariage, cette union, bien que nulle, est réputée valable dans le passé et tous les effets qu'elle a engendré avant la

découverte de la cause de nullité sont valables.

Dans l'hypothèse où les deux époux sont déclarés de mauvaise foi, le mariage est réputé n'avoir jamais existé, tant dans leurs rapports personnels que dans ceux qu'ils entretiennent avec les tiers³⁸. Lorsqu'un seul des époux est déclaré de mauvaise foi, le mariage nul est réputé n'avoir jamais existé à son égard³⁹.

Les enfants issus du mariage nul, conservent à l'égard de leurs parents et des tiers la qualité qui leur avait été conférée par le mariage sans que l'époux de mauvaise foi puisse s'en prévaloir.

Le mariage produit des effets importants qui méritent d'être examinés.

Chapitre II : Les effets du mariage

Les effets du mariage peuvent être analysés sous deux angles. Il y a des effets patrimoniaux et des effets extrapatrimoniaux.

Le législateur a posé les principes fondamentaux qui s'imposent aux époux quel que soit la forme de mariage et le statut conjugal qu'ils ont adopté. Compte tenu de l'importance de ces principes, il s'avère important d'étudier de façon détaillée les

³⁷ V. Art. 144 al. 1 CF

³⁸ Cf. Art. 145 CF

³⁹ L'autre époux pourra se prévaloir des dispositions de l'article 144 CF.

effets qu'ils produisent à l'égard de chacun des époux⁴⁰.

Comme toute adhésion à un groupement, le mariage se traduit par une certaine perte d'indépendance. Néanmoins, le mariage crée des rapports de réciprocité et d'égalité entre époux. Chaque époux conserve l'exercice, dans le mariage de ses droits et libertés fondamentaux. Il en est ainsi du droit à la liberté professionnelle, à la liberté d'opinion, de culte, de la liberté syndicale ou culturelle et celle d'adopter le mode de vie qui lui convient.

Le mariage crée des droits et devoirs réciproques entre époux, des droits et devoirs qui visent particulièrement le mari et des droits et devoirs qui pèsent sur eux notamment dans leurs rapports avec leurs enfants.

Section I : Les effets communs aux époux

En s'engageant dans les relations du mariage, les époux ouvrent à leur rencontre, une série d'obligations mutuelles. L'union matrimoniale crée à leur égard des droits et devoirs qu'ils sont tenus de respecter. Parmi ces obligations, figurent notamment la cohabitation, la fidélité, le secours et l'assistance.

Paragraphe I : La cohabitation

Le devoir de cohabitation implique une communauté de vie entre les époux. Ainsi, se trouvant dans l'obligation de vivre dans la même maison, les époux sont tenus de partager la même chambre voire le même lit. La communauté de lit fait naître à leur égard l'obligation d'entretenir des relations charnelles. En cas de violation, l'époux fautif ne peut être exonéré de responsabilité sauf si la faute est justifiée par un motif médical.

Le devoir de cohabitation, présente des limites. Ainsi, lorsque les époux sont en instance de divorce, en séparation de corps légale, de crise dans leur foyer, lorsque le juge autorise le couple à vivre de façon séparée, ou après le jugement de séparation de corps judiciaire, l'obligation de cohabitation va cesser⁴¹. L'obligation de cohabitation est également soumise à restriction dans la fixation du domicile conjugal. Ainsi, même si le choix de la résidence du ménage appartient à l'époux et que la femme est tenue d'y être reçue et de s'y installer, elle peut, pour elle et ses enfants, de façon exceptionnelle être autorisée par décision judiciaire à avoir un autre domicile séparé de celui de son mari, lorsque la résidence fixée par son époux

⁴⁰ V. Les arts. 148 à 156 CF.

⁴¹ Cf. Art. 149 CF précit.

présente des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral.

Paragraphe II : La fidélité

Lorsque le mariage est conclu, les époux restent, pendant toute sa durée y compris en cas de séparation de fait ou de corps jusqu'à sa dissolution par le prononcé du divorce définitif, soumis au devoir de fidélité⁴². Le législateur sénégalais n'a pas défini la notion de fidélité dans le code de la famille, il se limite à indiquer que les époux se doivent mutuellement fidélité⁴³. La fidélité implique l'interdiction aux époux d'avoir des relations sexuelles extra conjugales et plus généralement d'entretenir une relation amoureuse avec un tiers⁴⁴. Dans ce cas, le devoir de fidélité revêt un aspect purement matériel, toutefois il peut revêtir un caractère moral. Il en est ainsi lorsqu'en dehors de toute relation sexuelle, un époux entretient des relations tendancieuses avec un tiers⁴⁵. Cette relation est constitutive d'une faute de nature à entraîner le divorce. Sur les époux, pèse aussi un devoir de secourir et d'assistance mutuelle.

⁴² MAES Louis Théo, « Les délits de mœurs dans le droit pénal coutumier de Malines ». In : Revue du Nord, tome 30, n°117, Janvier-mars 1948. pp. 5-25

⁴³ Cf. Art. 150 CF.

⁴⁴ LUHMANN Niklas : Amour comme passion. De la codification de l'intimité, Paris, Aubier, 1990, p. 26.

⁴⁵ MARTIN-FUGIER Anne : La bourgeoise, Paris, Grasset, 1983, p. 131.

Paragraphe III : Le secours et l'assistance

Le devoir de secours et le devoir d'assistance sont parfois confondus. En théorie, il s'agit de deux notions distinctes. Le code de la famille invite les époux à s'entraider⁴⁶. Les époux se doivent, en effet, soins et assistance mutuelles afin de favoriser la sauvegarde des intérêts matériels et moraux du ménage et des enfants.

Le devoir de secours englobe l'expression de l'obligation alimentaire entre époux en cas de besoin, alors que le devoir d'assistance est une manifestation de l'entraide conjugale extrapatrimoniale.⁴⁷

Le devoir de secours se traduit par l'obligation faite aux époux de se fournir réciproquement les ressources nécessaires à l'existence. Lorsque les époux vivent en commun, la distinction entre le devoir de secours et d'assistance est plus facile à faire. Par contre, en cas de séparation, le devoir d'assistance s'assimile au devoir de secours. Contrairement au devoir de secours, le devoir d'assistance s'analyse en termes de soutien moral notamment celui

⁴⁶ V. Art. 151 CF.

⁴⁷ PHILIPPE Catherine : Le devoir de secours et d'assistance entre époux, LGDJ, 1981. Selon C. Philippe, « le devoir d'assistance, le devoir de secours et la contribution aux charges du mariage sont tous trois l'expression d'un devoir plus général d'entraide conjugale ».

d'assister son conjoint dans les difficultés qu'engendre la vie. Le devoir d'assistance n'a pas une valeur pécuniaire, il n'existe que lorsque les époux vivent en communauté. Ainsi, la communauté de vie entraîne une obligation pour chaque époux de soutenir l'autre en cas de maladie⁴⁸. Cela signifie que lorsqu'un époux malade n'a pas les moyens nécessaires pour se faire soigner, l'époux disposant de moyens doit le venir en aide notamment dans la prise en charge des frais médicaux. A travers cette obligation, le devoir d'assistance revêt un caractère pécuniaire et se rapproche alors du devoir de secours.

Paragraphe IV : Le devoir de respect

Le devoir de respect englobe d'abord celui de l'intégrité physique du conjoint, ensuite celui du respect de la personnalité morale. Le développement des droits de la femme notamment la lutte contre les violences faites à elles dans le ménage a entraîné une évolution considérable du devoir de respect mutuel entre époux. Ce dernier englobe des notions aussi importantes que la liberté de conscience, la liberté de croyance, le respect de la vie privée, la protection de l'honneur et de la dignité.

La notion de respect fait référence entre autres à la notion de violence conjugale. Les époux sont tenus de ne pas être violents l'un envers l'autre. Ils doivent en effet s'abstenir de se proférer des menaces, des insultes, se rabaisser, ni échanger des coups et blessures. Les époux ne doivent pas aussi se dénigrer devant les tiers.

Section II : Les effets particuliers visant le mari

Le mari est considéré comme le chef de famille. Ce statut lui offre un certain nombre de prérogatives non reconnues à la femme⁴⁹. Ainsi le mari dispose d'un pouvoir de décision dans la gestion du ménage et des enfants. Le code de la famille admet en effet, la puissance maritale qui permet à l'homme d'avoir une prééminence dans la gestion de la famille. Toutefois ce pouvoir ne lui est pas exclusif car la femme a le droit d'intervenir dans la direction de la famille notamment sur le plan moral et matériel. Le mari pourvoit à l'entretien du ménage et l'éducation des enfants en fonction de ses moyens. Toutefois, il ne doit pas sous prétexte de l'utilisation de la puissance maritale, nuire aux intérêts de la famille. Ainsi, en cas d'abus, notamment pour un motif étranger à l'intérêt familial,

⁴⁸ CULIOLI M, « La maladie d'un époux ; idéalisme et réalisme en droit matrimonial français », RTD civ. 1968. P. 253.

⁴⁹ Cf. Art. 152 CF.

son pouvoir sera remis en cause et pourra même constituer une cause de divorce.

Aujourd'hui, les rapports de soumission qui ont longtemps caractérisé les relations entre époux ont connu une évolution remarquable, ils ont en effet cédé la place à des rapports d'égalité⁵⁰.

Conclusion

Le législateur a instauré un droit de la famille fondé sur l'Etat de droit et la démocratie en mettant en avant le principe de la liberté religieuse gage de la consolidation d'un Etat laïc. Toutefois la mise en place du droit positif n'a pas conduit à la remise en causes toutes les coutumes qui existaient avant l'adoption du code de la famille. Ainsi certaines parmi elles sont maintenues grâce à l'introduction d'un droit d'option dans la formation du lien conjugal.

En dépit de cette organisation juridique effectuée avec beaucoup de prudence, les relations matrimoniales connaissent aujourd'hui des bouleversements profonds occasionnés par l'évolution sociale. Malheureusement, face à l'inertie du législateur, on assiste à une violation délibérée des dispositions du code de la famille. L'égalité des pouvoirs entre époux dans la gestion de la famille est

toujours une revendication portée par les organismes défendant des positions féministes. Toutefois l'action de ces organisations demeure compromise par la subsistance des pratiques traditionnelles.

Aujourd'hui, avec le développement des moyens de communications des masses, et le phénomène de l'urbanisation, se développent de nouvelles sortes d'unions non conformes à la loi. De même la précarité sociale a entraîné un développement considérable des nouvelles formes de famille, ainsi que la dislocation de certaines unions par le divorce.

Bibliographie

Ouvrages

MARTI-FUGIER A : La bourgeoise, Paris, Grasset, 1983

COURBE Patrick, Droit de la famille 5^e éd. SIREY Université 2008, pp. 91.

DIAL F. B. : Mariage et divorce à Dakar : Itinéraires féminins, Kartalah- Crepos, 2008

GUIDE de l'association nationale pour l'Alphabétisation et la Formation des Adultes : Les droits de la femme, Fondation Friedrich EBERT, Dakar, 2000

KOUASSIGAN K. A., Quelle est la loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone, Paris, Pédone, 1974.

⁵⁰ COURBE Patrick, Droit de la famille 5^e éd. SIREY Université 2008, pp. 91.

M'Baye K.éba, (dir.) : Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, Paris, Éditions G.-P. Maisonneuve et Larose, 1968.

LUHMANN Niklas : Amour comme passion. De la codification de l'intimité, Paris, Aubier, 1990, p. 26.

MARTIN-FUGIER Anne : La bourgeoise, Paris, Grasset, 1983, p. 131.

PHILIPPE Catherine : Le devoir de secours et d'assistance entre époux, LGDJ, 1981.

Courant R, Coutumiers juridiques de l'Afrique Occidentale Française, vol. 1, Sénégal, Paris, Larose, 1939.

SOW SIDIBE Aminata : Le Pluralisme juridique en Afrique. L'exemple du droit successoral sénégalais, Paris, LGDJ, 1991

MIKALEH-TOUDIC V : Droit des personnes et de la famille, 2^e Larcier, 2015

Articles

A. MARTIN-FUGIER, La bourgeoise, Paris, Grasset, 1983, p. 131.

Circofs, Projet de code de statut personnel, Dakar, Institut islamique de Dakar, année 1422/2002 (2^e éd.), p. 3.

NDIAYE Isaac Yankhoba, « L'envers du droit traditionnel dans le code de la famille », Revue de l'Association sénégalaise de droit pénal, droit sénégalais, juillet-décembre 1995

THERY Irène, « Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée », Rapport, éd. Odile Jacob, La documentation française, 1998, p. 63.

MAES Louis Théo, « Les délits de mœurs dans le droit pénal coutumier de Malines ». In : Revue du Nord, tome 30, n°117, Janvier-mars 1948. pp. 5-25

M. BROSSIER, Les débats sur le droit de la famille au Sénégal, Politique africaine, 2004 vol. 4, no 96, p. 78-98.

CULIOLI M, « La maladie d'un époux ; idéalisme et réalisme en droit matrimonial français », RTD civ. 1968. P. 253

MBOW Penda, « Contexte de la réforme du Code de la famille au Sénégal », Droit et cultures, 59 | 2010, 87-96.

S. Diop, « Code de statut personnel de la famille : les islamistes ne démordent pas », Le Quotidien, 16 juillet 2003.

GUINCHARD Serge, « Le mariage coutumier en droit sénégalais ». In Revue internationale de droit comparé, vol. 30 n° 3, juil-sept. 1978, pp. 811-832

GUINCHARD Serge, « *Les grandes orientations du code sénégalais de la famille* », Penant 1978, p. 224 et s.

COURBE Patric : Droit de la famille, 5^e éd., Sirey université, 2008, p. 25.

Textes de lois

Loi n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant code pénal

Loi du 1^{er} mars 1967 relatives aux cérémonies familiales

Loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant code de la famille