

# République du Niger

Ministère des Enseignements Secondaire, Supérieur et de la  
Recherche Scientifique

Université de Tahoua  
Faculté de Droit, d'économie et de Gestion  
(FADEG)

Département droit

1<sup>ère</sup> année de droit

Année Académique 2013- 2014

## COURS DE DROIT DE LA FAMILLE

*Chargé du cours : Dr Ibrahim HAROUNA ZAKARI,  
Enseignant Chercheur à l'Université de Tahoua (UTA)*

PLAN DU COURS (à titre indicatif)

## INTRODUCTION GENERALE

- I : présentation du droit de la famille
- II : définition de la famille
- III : les sources du droit de la famille
- A : le droit moderne ou droit écrit
- B : le droit coutumier
- C : le droit musulman
- IV : le particularisme du droit de la famille

## PREMIERE PARTIE : LA CONSTITUTION DE LA FAMILLE : LE MARIAGE

### CHAPITRE 1 : les fiançailles

#### SECTION 1 : la valeur des fiançailles dans la coutume

#### SECTION 2 : dans la loi

##### Paragraphe I : la valeur juridique des fiançailles

##### Paragraphe II : le droit à réparation en cas de rupture abusive

##### Paragraphe III : le sort des cadeaux et de la bague de fiançailles

### CHAPITRE 2 : les conditions du mariage

#### SECTION 1/ les conditions de fond du mariage

##### Paragraphe 1 : les conditions d'aptitude physique ou conditions d'ordre physiologique

##### I : la différence de sexe : selon la loi et la coutume

##### II : l'âge de la puberté

##### A : dans la loi

##### B : dans le droit musulman

##### Paragraphe 2 : le consentement ou condition d'ordre psychologique

##### I : le consentement des époux

##### A : dans la loi

##### 1 : l'existence du consentement

##### 2 : un consentement non vicié

##### a : l'erreur

##### b : le dol

##### c : la violence

##### d : la lésion

##### B : selon la coutume

##### II : le consentement des parents des futurs époux

##### Paragraphe 3 : les conditions d'ordre sociologique

##### &I : les empêchements résultant d'une pluralité de mariages

##### A : la prohibition de la bigamie

##### B : l'observation du délai de viduité

- II : la prohibition de l'inceste
- III : la condition propre à la coutume : le paiement de la dot
- SECTION 2 : les conditions de forme du mariage
- Paragraphe I : les conditions propres à la loi
- I : les formalités antérieures au mariage
- II : les formalités concomitantes au mariage
- PARAGRAPHE 2 : les conditions propres à la coutume
- SECTION 3 : les sanctions de l'inobservation des conditions du mariage
- Paragraphe I : les oppositions à mariage
- I : les personnes ayant le droit de former opposition
- II : les formes de l'opposition
- III : les effets de l'opposition
- Paragraphe II: les nullités du mariage
- I : les cas de nullité de mariage
- II : les degrés de la nullité
- A : les nullités absolues
- B: les nullités relatives
- Paragraphe 3 : le cas de l'inexistence du mariage
- Paragraphe 4: les effets de l'annulation : la rétroactivité de la nullité et le cas du mariage putatif
- SECTION 4 : la preuve du mariage
  
- TRE 3 : les effets du mariage
- SECTION 1 : les effets du mariage entre les époux
- Paragraphe I : les droits et les obligations découlant du mariage
- I : le devoir de fidélité
- II : la communauté de vie
- III : les devoirs de secours et d'assistance
- IV : la direction de la famille et le choix de la résidence familiale
- Paragraphe II : le régime matrimonial
- I : le principe de l'immutabilité du régime matrimonial
- II : le changement du régime matrimonial
- SECTION 2 : les effets du mariage entre les époux et leurs enfants
- Paragraphe I : les droits sur la personne de l'enfant
- I : le droit de garde et de direction
- II : le droit dit de correction paternelle
- III : les droits sur les biens de l'enfant : le droit de jouissance légale
- IV : le droit à l'obligation alimentaire des enfants
- SECTION 3 : l'obligation alimentaire
- Paragraphe I : les conditions de l'obligation alimentaire
- Paragraphe II : l'objet de l'obligation alimentaire

## DEUXIEME PARTIE : LA DESAGREGATION ET LA DISSOLUTION DE LA FAMILLE

### Chapitre 1 : LA DESAGREGATION DU LIEN MATRIMONIAL OU SEPARATION DE CORPS

Section 1 : les cas de séparation de corps

Section 2 : la procédure de séparation de corps

Section 3 : les effets de la séparation de corps

Paragraphe 1 : quant aux personnes

Paragraphe 2 : quant aux biens

Section 4 : la cessation de la séparation de corps

Paragraphe 1 : la réconciliation des époux

Paragraphe 2 : la conversion de la séparation de corps en divorce

Paragraphe 3 : le décès de l'un des époux

### CHAPITRE 2 : LA DISSOLUTION DU LIEN MATRIMONIAL : LE DIVORCE

Section 1 : Les causes du divorce

Paragraphe 1 : les causes péremptoires du divorce

I : l'adultère de l'un des époux

II : la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante

Paragraphe 2 : les causes non péremptoires du divorce

I : les excès, sévices droit positif

II : les fins de non recevoir

Section 2 : la procédure de divorce

Paragraphe 1 : la juridiction compétente

Paragraphe 2 : les actions et demandes

Paragraphe 3 : fin de non recevoir : la réconciliation des époux

Paragraphe 4 : l'instance de divorce

I : les informations initiales

II : la conciliation

III : les mesures provisoires

IV : les preuves

V : l'absence de publicité des débats

Section 3 : les effets du divorce

Paragraphe 1 : les effets du divorce entre les anciens époux

I : quant aux rapports personnels

II : quant aux intérêts pécuniaires

Paragraphe 2 : les effets du divorce à l'égard des enfants des anciens époux

I : l'attribution de la garde des enfants mineurs

II : l'entretien et l'éducation des enfants

III : l'administration et la jouissance légale

Paragraphe 3 : les effets du divorce à l'égard des tiers

## CHAPITRE 3 : LA SEPARATION DE FAIT ET LA REPUDIATION COUTUMIERE

Section1: la séparation de fait

Section 2 : le cas de la répudiation coutumière

## CHAPITRE 4 : LA DISSOLUTION DU LIEN MATRIMONIAL PAR LE DECES D'UN DES EPOUX

## CHAPITRE 2 : LA FILIATION

Section 1 : la filiation légitime

Paragraphe 1 : la maternité légitime

I : la preuve extrajudiciaire de la maternité légitime

A : le rôle de l'acte de naissance dans la preuve de la maternité légitime

B : le rôle de la possession d'état dans la preuve de la maternité légitime

II : la preuve judiciaire de la maternité légitime

A : les modes de preuve judiciaire

1 : les modes de preuve dans la réclamation d'état

a : la preuve de l'accouchement

b : la preuve de l'identité

c : la preuve de la généalogie

2 : les modes de preuve dans la contestation d'état

B : les actions en justice relatives à la maternité légitime

1 : l'action en réclamation d'état d'enfant légitime

2 : l'action en contestation d'état d'enfant légitime

Paragraphe 2 : la paternité légitime

I : la preuve de la paternité légitime : la présomption « pater is est... »

A : le domaine d'application de la présomption « pater is est... »

B : la force de la présomption « pater is est... »

II : la preuve de la non paternité du mari

A : le désaveu de paternité

1 : le désaveu par preuve de non paternité

2 : le désaveu par simple dénégation

B : l'action en désaveu de paternité

C : la contestation de légitimité

Section 2 : la filiation naturelle

Paragraphe 1 : l'établissement extrajudiciaire de la filiation naturelle : la reconnaissance volontaire

I : l'établissement de la filiation par la reconnaissance

II : la contestation de la reconnaissance

Paragraphe 2 : l'établissement judiciaire de la filiation naturelle

I : la preuve judiciaire de la maternité naturelle

A : la preuve de l'accouchement

B : la preuve de l'identité

II : la preuve judiciaire de la paternité naturelle : l'action en recherche de paternité naturelle

A : les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle

B : les fins de non recevoir

Paragraphe 3 : les effets de la filiation naturelle

Section 3 : la filiation « artificielle » ou adoptive

Paragraphe 1 : l'adoption simple

I : les conditions de l'adoption simple

A : les conditions de fond

1 : les conditions relatives à l'adoptant

2 : les conditions relatives à l'adopté

B : les conditions de forme : le prononcé judiciaire de l'adoption

II : la procédure de l'adoption simple

III : les effets de l'adoption simple

A : le point de départ et la durée

B : les effets de l'adoption simple à l'égard de la famille par le sang : l'adjonction à la filiation par le sang d'une filiation artificielle

1 : la création d'un lien de filiation adoptive

2 : le maintien du lien de filiation originaire

C : les effets de l'adoption simple à l'égard de la famille adoptante

D : l'issue de l'adoption

1 : la révocation de l'adoption

2 : la transformation de l'adoption simple en adoption plénière

Paragraphe 2 : l'adoption plénière

I : les conditions de l'adoption plénière

A : les conditions de fond

B : les conditions de forme

II : la procédure de l'adoption plénière

III : les effets de l'adoption plénière : la substitution de la filiation adoptive à la filiation par le sang

A : la destruction du lien de filiation par le sang

B : la création du lien de filiation adoptive

C : l'irrévocabilité de l'adoption plénière

Paragraphe 3 : la légitimation

I : le domaine d'application de la légitimation

A : les bénéficiaires de l'institution : tous les enfants naturels

B : le mariage procédé de légitimation

## INTRODUCTION AU DROIT DE LA FAMILLE

### I : présentation du droit de la famille

Le programme des matières de droit civil relevant des études de 1<sup>ère</sup> année est divisé en général comme suit : L'introduction à l'étude du droit privé ; les personnes et les droits de la personnalité ; la famille ; les incapacités. Comme on le voit, l'étude du droit de la famille relève bien du programme de la première année droite.

Avant de penser à définir la famille, il est à rappeler que les relations amoureuses entre un homme et une femme sont variées mais deux formes prédominent. Certaines relations visent directement la satisfaction du désir charnel. L'on parle de liaison ou d'aventures amoureuses. De telles relations sont généralement fugitives et sans lendemain, c'est-à-dire sans projet. D'autres, au contraire, sont marquées par une certaine durée, voire une stabilité. Elles aboutissent alors à la constitution d'un couple. Selon le dictionnaire juridique, le couple (le copula du latin qui signifie lien) est « une union qui forment un homme et une femme entre lesquelles existent des relations charnelles et en général une communauté de vie, soit en mariage (couple légitime-couple conjugal), soit hors mariage (en concubinage) ». Cependant tout couple ne forme pas une famille.

Mais qu'est-ce la famille ?

### II : définition de la famille

Il faut dire que ni le législateur, encore moins les juristes ne se sont pendant longtemps, préoccupés de la famille en elle même mais seulement de protéger les intérêts individuels des membres de la famille et de réglementer les institutions que ces rapports mettent en jeu à savoir le mariage, la filiation etc.

Juridiquement, c'est l'ensemble des personnes unies par le mariage ou par la filiation ou par la parenté et l'alliance résultant elle-même de la filiation et du mariage.

Il est usuel de distinguer deux cercles dans la famille à savoir :

- La famille au sens large qui englobe toutes les personnes descendant d'un auteur commun, unies par un lien de parenté, par la communauté de sang, jusqu'aux limites reconnaissables. Elle comprend donc les « collatéraux », les cousins éloignés. C'est la grande famille, la « **gens patriarcale** » de l'ancien droit romain ou le lignage de l'ancien droit coutumier.
- La famille au sens étroit qui exclut les collatéraux. Elle se limite aux époux et à leurs descendants, même si ceux-ci ont fondé à leur tour une famille.
- Dans un sens plus restreint encore et qui tend à l'emporter dans la réalité, la famille se réduit aux époux et à leurs enfants mineurs : c'est le « ménage ». Il en résulte que la famille ne comprend que le mari, la femme et ceux de leurs

enfants soumis à leur autorité, c'est-à-dire leurs enfants mineurs non mariés et non émancipés, car l'autorité paternelle cesse avec la majorité et l'émancipation de l'enfant. On parle aussi de famille nucléaire par opposition à la notion plus large de famille atomique.

A présent, la question que nous pouvons légitimement nous poser est celle de savoir qu'est ce qui fait alors concrètement la famille ?

A coup sûr on peut affirmer qu'il y a famille dès lors qu'il y a engagement devant la société. Le mariage est alors l'acte fondateur de la famille. Il crée un lien d'alliance entre deux familles et les enfants qui en sont issus sont rattachés à leur mère puis au mari de celle-ci par le truchement de la présomption de paternité. En dehors du mariage un second critère serait la procréation. Les concubins ne forment une famille que s'il existe un enfant. En effet, c'est l'enfant qui va créer les liens entre les différentes personnes. En absence d'enfant les concubins ne forment qu'un couple et non une famille parce qu'aucun lien ne les unit. Ils sont considérés comme étrangers l'un par rapport à l'autre. Ainsi, le couple constitue le lieu de renouvellement de la société.

Dans les faits, l'on constate l'existence de ces deux phénomènes qui, d'ailleurs se succèdent le plus souvent. Ainsi, l'on part souvent d'une situation de pur fait (concubinage fiançailles) pour aboutir à une situation de droit (le mariage). En ces temps modernes, une certaine chronologie peut même être établie de la façon suivante : concubinage-fiançailles mariage. En somme, le droit de la famille et en fonction de l'état des m urs c'est-à-dire de l'état d'évolution de la société qu'il veut régir.

A titre récapitulatif, nous retiendrons que le droit de la famille régit, de manière générale, les relations qui se créent entre les individus au sein de la cellule familiale ces relations sont, soit fondées sur la parenté (reposant sur la filiation c'est-à-dire les rapports entre les parents et leurs enfants), soit sur l'alliance c'est-à-dire les rapports entre les époux entre eux-mêmes ou entre les parents respectifs des époux (basés sur le mariage).

De manière générale, les règles juridiques qui gouvernent la famille sont très nombreuses et d'une importance de premier plan. On peut les regrouper sous 3 chefs qui sont les étapes de la vie familiale à savoir la constitution de la famille, l'organisation de la famille, la désagrégation de la famille et la dissolution de la famille.

### **III : les sources du droit de la famille**

Les sources du droit de la famille sont très diversifiées car il importe de souligner que le droit de la famille est alimenté par des sources internes et internationales.

Au niveau international, plusieurs instruments traitent de la famille. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, dans plusieurs de ses dispositions,



s'intéresse à la famille. Elle considère d'abord la famille comme « l'élément naturel et fondamental de la société ». De ce fait, elle a droit à la protection de la société et de l'Etat (art. 16-3). Il y est affirmé aussi les principes du droit de se marier et fonder une famille (art.12) ou encore celui de l'égalité des époux dans le mariage (art.16). Ces affirmations sont reprises par la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Relativement à l'enfant, plusieurs conventions ont été signées et ratifiées. Il s'agit notamment de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant adoptée le 20 novembre 1989 et signée le 26 janvier 1990 à New-York. LA Charte Africaine des Droits et du bien-être de l'enfant adoptée en juillet 1990 à Addis-Abeba auquel il faut y ajouter la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale conclue le 29 mai 1993 à la Haye.

A présent au niveau interne, il faut retenir qu'à proprement parler, il n'existe pas véritablement un code de la famille au Niger. Cependant, quelques tentatives devant conduire à l'élaboration d'un code de la famille au Niger méritent d'être soulignées.

Ainsi à titre de rappel, dans les années 1960, les femmes du Niger, à travers l'UFN avaient demandé une nouvelle législation sur le mariage et l'institution d'un nouveau contrat de mariage qui puisse garantir à la femme une protection contre la répudiation une fois mère de 4 enfants. Mais ce projet resta lettre morte et il a fallu attendre 1976, à la faveur de l'année internationale de la femme mais surtout à la faveur de l'accession du CMS au pouvoir, instance qui a levé l'interdiction des mouvements associatifs, ce qui permis la création de l'AFN le 21 septembre 1975. Cette association fera du code de la famille son cheval de bataille à travers une commission spéciale qu'elle a créée à cet effet. Mais déjà à cette époque, les travaux de cette commission se sont butés à la résistance de l'Association islamique du Niger créé le 13 septembre 1974.

L'idée du code de la famille fut mise de coté et il aura fallu 1985 pour qu'elle refasse surface par l'implication personnelle du président KOUNTCHE qui instruisit le ministre de la justice de l'époque, de mettre sur pied une commission d'élaboration du code la famille, ce qui fut fait en janvier 1987.

Le vent de démocratisation qui a soufflé dans les années 90 a vu naître une floraison d'associations féminines telles le RDFN, AFJN etc. qui ont toutes uvré pour le même combat qui a abouti à l'élaboration d'un projet de code la famille, mais c'était sans compter les associations islamiques qui ont radicalisé leur position vis-à-vis de ce projet quand celui-ci a été porté à leur connaissance en janvier 1993. Ce projet est un document volumineux de 118 pages et composé de 906 articles.

En voici quelques dispositions qui y figurent :

- Alors qu'en matière coutumière, l'age du mariage n'étant pas fixé, les jeunes filles étant donné en mariage souvent dès l'apparition de leurs premières menstrues, le code fixe l'age du mariage à 16 ans pour les filles et 18 ans pour les garçons (art 62).
- L'article 63 précise qu'il n'y a point de mariage lorsqu'il n'ya pas de consentement
- L'article 162 supprime la répudiation et dit que le mariage est dissous soit par la

mort de l'un des époux soit par le divorce.

- Ce code dispose aussi que tous les enfants nés hors mariage sont légitimés de plein droit par le mariage subséquent de leurs père et mère, disposition qui est contraire aux lois islamiques.

-Concernant toujours l'enfant naturel, l'article 272 dispose que l'enfant naturel a en général les mêmes droits et devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère » ; comme on le sait, l'islam ne reconnaît pas l'enfant conçu hors mariage. Dans le même ordre d'idées, l'article 536 dit que les enfants et autres descendants légitimes et ou naturels reconnus succèdent à leurs père et mère et autres ascendants.

Tous ces articles qui figurent parmi tant d'autres sont jugés contraires à la coutume et au droit islamique, d'où la levée de bouclier des associations islamiques.

Enfin, en avril 2010, un comité de consultants a rédigé un avant projet de texte du statut personnel. Ladite étude a été soumise au comité d'éthique national. Les observations que ledit comité avait formulées, pendant la durée de ses travaux qui se sont déroulées aux mois d'août et septembre 2010, ont été prises en compte et intégrées dans le document. En substance, l'équipe de consultants a adopté la stratégie qui consiste à élaborer des textes destinés à l'écrasante majorité des nigériens qui sont de confession musulmane ; pour les nigériens qui ne sont pas de confession musulmane, ils pourront être régis par des dispositions spéciales.

C'est donc cette situation qui prévaut jusqu'à ce jour. Pour les partisans du code de la famille, il manque une réelle volonté politique doublée d'une trop grande passivité des associations de défense de droits de l'homme qui constituent les vrais obstacles à l'adoption de ce code.

Pour le surplus, on retiendra que de plus en plus l'appellation code de la famille (à tort ou raison qualifié de code de la femme) est délaissée au profit de la notion plus générale de « STATUT PERSONNEL ».

En attendant que ce projet voit le jour, le droit nigérien continue d'être caractérisé par le pluralisme juridique c'est-à-dire plus précisément la coexistence de règles de nature différente chacune d'elle étant susceptible de s'appliquer à une même situation.

### **A : le droit moderne ou droit écrit**

Tout d'abord, il y'a le droit français à tort ou à raison appelé droit moderne ou droit écrit qui est en fait hérité de la colonisation. Ce droit est pour l'essentiel constitué par des constitutions, les codes, lois et règlements. Le code civil constitue la parfaite illustration de cette situation ; en effet, le code civil ou code Napoléon appelé code civil applicable au Niger (CCAN) n'est donc rien d'autre que le code civil français dans sa rédaction de 1960. L'art 76 de la Constitution du 8 novembre 1960 précisait que « ***législation actuellement en vigueur au Niger reste applicable sauf l'intervention de textes nouveaux, en ce qu'elle n'a rien de contraire à la***

**...constitution** ». C'est en vertu de cette disposition que le code civil français étendu aux colonies de l'AOF a continué à être appliqué au Niger devenu indépendant le 3 août 1960.

## **B : le droit coutumier**

Ensuite il y'a le droit coutumier ou droits traditionnels qui est un droit qui prend sa source dans les civilisations négro-africaines. La coutume qui régit la situation de la majorité des nigériens est consacrée par l'article 51 de la loi n°62-11 du 16 mars 1962, abrogée par la loi n° 2004-50 du 22 juillet 2004 fixant l'organisation judiciaire de la République du Niger. Cet article consacre l'application de la coutume dans les affaires relatives à la famille, à l'état des personnes, au mariage, au divorce, à la filiation, à la capacité de contracter et à agir en justice, aux successions, aux testaments et donations, à la propriété et à la possession immobilière.

Le droit coutumier, bien que soumis à d'autres influences résiste et se maintient surtout en milieu rural. A titre illustratif, en matière familiale, ce droit se caractérise par la possibilité de la polygamie illimitée ; le consentement des parents des futurs époux est tellement important que le mariage apparaît plutôt comme une alliance entre deux familles plutôt qu'entre deux individus. Toutefois, le problème de cette source est que les normes coutumières sont diversifiées et varient d'une ethnie à l'autre et au sein d'une même ethnie d'une région à l'autre, ce qui rend leur connaissance difficile. Ainsi par exemple, le juge à qui est demandé l'application de ces coutumes n'est pas forcément imprégné e ces dernières. Certes, le juge est assisté en la matière d'assesseurs, mais ces derniers eux-mêmes ne sont pas toujours mieux imprégnés au point de réussir pleinement leurs missions qui est celle d'éclairer le juge.

## **C : le droit musulman**

Enfin, faut-il le souligner, c'est en plus un droit très infiltré par le droit musulman qui constitue la 3<sup>ème</sup> et dernière source du droit au Niger.

Le droit musulman est faut-il le dire essentiellement d'origine divine. Il fait partie de la pratique religieuse de tout musulman. Ainsi selon ce droit tout musulman doit obéir et pratiquer les ordres de Dieu, les pratiques de son prophète appelées hadiths. A titre illustratif, la religion prône le mariage à quatre femmes et condamne l'union libre ou toute relation sexuelle hors mariage (sauf le cas du maître avec son esclave femme).

Face à la difficulté de l'application des normes coutumières, les jugent optent le plus souvent pour la solution de facilité que leur offre la loi islamique d'une part parce que ces normes sont écrites, d'interprétation facile et acceptés par la majorité des nigériens qui sont musulmans et ne peuvent de ce fait contester la loi divine.

#### IV : le particularisme du droit de la famille

Depuis l'origine de la société, le droit est omni présent dans la famille. Cependant, d'une manière générale, les juristes ne connaissent la famille qu'à travers les situations de crise. Dès qu'il y a une crise dans la famille, le droit intervient abondamment. C'est un droit particulier en raison de la matière qu'il régit. C'est aussi un droit qui a des sources très diversifiées du fait des influences qu'il subit par rapport à certaines autres disciplines.

De manière générale, on peut dire que le droit de famille est la branche de droit civil qui régit les relations familiales. C'est un droit qui ne peut prétendre à la précision des autres branches de droit en raison de la nature des relations qu'il est amené à régir.

En effet, dans une famille harmonieuse, le droit ne peut jouer qu'un rôle secondaire. Il ne peut régler avec minutie les détails de la vie quotidienne. C'est pourquoi la famille est considérée comme le domaine privilégié du non-droit parce qu'en principe, les familles vivent en marge du droit. Chaque famille vit selon ses règles propres (règles coutumières, religieuses, morales ou sociales) différentes de celles établies par le Code des personnes et de la famille ou le Code civil. Le droit n'entre en famille qu'en période de crise (divorce, séparation de corps, mort). De ce fait, certains ne trouvent pas de raison d'être au droit de la famille dans la mesure où tous les aspects patrimoniaux peuvent être régis par le droit commun (engagement contractuel, faute, enrichissement sans cause). Il serait ineffectif voire illégitime dans les relations personnelles car le droit ne devrait pas « régir les c urs, sonder les reins, imposer l'affection, le devoir de fidélité ».

Le particularisme qui marque les relations familiales justifie en quelque sorte le pluralisme législatif du droit de la famille. En effet, en toute matière, le droit de la famille propose aux justiciables plusieurs modèles. Ainsi, l'on peut opter entre plusieurs formes de mariage (polygamie, monogamie), plusieurs types de divorce (contentieux ou par consentement mutuel). De même, il existe plusieurs types de filiation. De même, contre la rigueur, le droit de la famille donne au juge un important pouvoir modérateur dans l'intérêt de la famille ou dans celui de l'enfant.

Pour le surplus et ce, vu sur le plan juridique, force est de signaler cette autre particularité en ce sens que la famille n'a pas de personnalité morale même si des juristes comme René SAVATIER le soutiennent.

En tout état de cause, les deux données essentielles de la famille sont le mariage et la filiation qu'il convient d'examiner à présent. Nous les étudierons en premier lieu dans le cadre de la constitution de la famille (première partie). Ensuite puisque tout n'est pas rose dans la vie, il peut arriver que la famille constituée se désagrège ou même se dissolve, ces questions appellent l'étude la séparation de corps, du divorce ou encore de la répudiation coutumière (deuxième partie).

## PREMIERE PARTIE : LA CONSTITUTION DE LA FAMILLE : LE MARIAGE

Le mariage et la filiation constituent les éléments fondamentaux qui permettent à la famille de se créer, de se rassembler. Mais nous n'étudierons dans cette partie que le mariage, la filiation elle sera examinée dans la troisième partie.

A première vue, le mariage peut être perçu comme l'union d'un homme et d'une femme en vue de la fondation d'un foyer et la perpétuation de l'espèce. Le mariage permet d'autre part la satisfaction licite de l'instinct sexuel.

C'est le mariage, faut-il le souligner, qui confère à la famille sa légitimité aussi bien dans la tradition fondamentale laïque qu'en droit musulman. Légitimité qui permet ainsi de distinguer la famille naturelle de la famille adoptive.

Contrairement au droit musulman où une personne saine de corps et d'esprit doit se marier, selon le droit écrit chacun est libre de rester célibataire. Mais au-delà d'une liberté matrimoniale, c'est un droit au mariage qui est aujourd'hui consacré. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 16 de la DUDH de 1948 **« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité et la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille »**.

Il importe de souligner que le code civil applicable au Niger ne définit pas le mariage. Mais déjà par le passé les jurisconsultes romains le définissaient comme une institution divine autant qu'humaine se traduisant par une mise en commun par les époux de tous les éléments de leur vie ; mais cette définition est bien vague car

elle implique d'ailleurs un système juridique admettant la perpétuité du mariage.

Pour Portalis, l'un des rédacteurs du code civil, le mariage est **« la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce ; pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée »**. Mais cette définition est également sujette à critique dans la mesure où elle fait de la perpétuation de l'espèce, le 1<sup>er</sup> but du mariage. Or, aujourd'hui, notre droit admet bien le mariage vieillard dans lequel le but de procréation est absent ainsi que le mariage in extremis c'est-à-dire le mariage contracté par une personne sur le point de mourir.

Compte tenu de toutes les critiques qu'on peut formuler à l'une ou à l'autre définition du mariage il nous paraît plus judicieux d'envisager du mariage la définition plus exhaustive suivante proposée par un auteur selon lequel : **« le mariage est un acte juridique solennel par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union dont la loi règle impérativement les conditions, les effets et la dissolution »**.

Au regard de cette définition et au demeurant, quelle que soit la définition retenue, il faut observer que le mariage n'est pas en dehors du droit, car, le droit l'appréhende, le régit. Ainsi au Niger comme partout ailleurs, l'institution du mariage baigne dans un environnement juridique assez particulier.

Contrat particulier, le mariage est strictement réglementé par le droit, dans sa formation, ses effets et sa dissolution. Il faut noter que la loi 62-11 du 16 mars 1962 délègue cette tâche à la coutume. En effet, dans son article 51 elle disait que **« sous réserve des dispositions législatives ou règles fondamentales concernant l'ordre public ou la liberté des personnes, les juridictions appliquent la coutume des parties, dans les affaires concernant l'état des personnes, la famille, le mariage, le divorce... »**.

Au Niger, il y a autant de coutumes que d'ethnies ou même plus, puisque à l'intérieur d'une même coutume, on peut trouver des divergences.

Il faut signaler l'existence d'une législation embryonnaire de l'époque coloniale composée de deux décrets intervenus dans le cadre de la coutume. Il s'agit du décret Mandel du 15 juin 1939 réglementant l'âge et le consentement au mariage ; et du décret Jacquinet du 15 septembre 1951 sur le mariage des mineurs et sur la dot. Ces textes dont la valeur est actuelle, sont toujours en vigueur, car non abrogés régulièrement par aucun texte.

Après l'indépendance, le législateur Nigérien n'a pas légiféré en matière de mariage. Mais le Gouvernement a signé la convention des Nations Unies du 12 décembre 1964, qui prévoyait même la célébration du mariage devant l'officier d'état civil, avec la comparution personnelle des futurs époux, mais ce texte était difficilement applicable, au même titre que les décrets Mandel et Jacquinet. Le législateur n'avait certainement pas voulu substituer à des règles juridiques séculaires, un système juridique nouveau, révolutionnaire, heurtant les populations et qui n'aurait en aucune chance d'être appliquée.

Comme nous l'avons déjà noté, le droit nigérien fait coexister deux ordres juridiques distincts à savoir le droit écrit et le droit coutumier fortement islamisé. Ce sont ces différentes sources qui régissent le mariage. Le mariage est célébré sous réserve du respect de certaines conditions (CHAPITRE 2). Une fois célébré, le mariage produit des effets (CHAPITRE 3). Mais avant, la célébration du mariage, les futurs époux traversent souvent une période qu'on appelle les fiançailles sur laquelle il convient de dire un mot (CHAPITRE1).

## **CHAPITRE 1 : LES FIANÇAILLES**

### **SECTION 1 : La valeur des fiançailles dans la coutume**

Le droit coutumier fortement islamisé ne reconnaît pas les fiançailles. Au demeurant, dans bien des cas, les futurs époux ne se connaissent seulement que la nuit des noces. Et comme on le voit, peu de place est laissée dans ce cas aux fiançailles.

### **SECTION 2 : La valeur des fiançailles dans la loi**

Préalable facultatif au mariage, les fiançailles désignent normalement l'engagement réciproque des époux de s'unir par le mariage. Cependant la question que l'on peut se poser est celle de savoir la valeur que le droit accorde à cet engagement bilatéral.

## **Paragraphe I/ La valeur juridique des fiançailles**

Les fiançailles ne constituent pas une institution juridique mais créent une simple situation de fait. La jurisprudence a d'ailleurs nié très tôt la nature contractuelle de cet engagement confirmant ainsi son absence de force obligatoire. N'étant pas conçu comme un contrat, les fiançailles peuvent en principe et se rompre librement. La responsabilité contractuelle de l'auteur de la rupture ne peut en aucun cas être engagée.

## **Paragraphe II/ Le droit à réparation en cas de rupture abusive**

Libre d'intervenir à tout moment, la rupture des fiançailles n'ouvre pas en elle-même un droit à réparation pour le ou la fiancé (e) délaissé (e). Toutefois, il est apparu injuste de ne pas allouer de réparation au fiancé ou à la fiancée victime d'une rupture totalement inattendue et injustifiée. Par souci d'équité, la Cour de cassation française a très tôt accepté d'accorder une réparation financière à la fiancée ou au fiancé délaissé (e) sous certaines conditions : à savoir qu'il ou elle doit rapporter la preuve :

- d'une faute ;
- d'un préjudice ;
- d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

L'action en réparation se fonde sur l'article 1382 du code civil, droit commun de la responsabilité civile délictuelle.

En résumé, il importe de noter que les fiançailles n'étant pas juridiquement un contrat, le fondement de l'action en réparation est délictuel et non contractuel.

## **Paragraphe III/ Le sort des cadeaux et de la bague de fiançailles**

A la rupture des fiançailles se pose la question du sort des cadeaux et de la bague de fiançailles. Force est de souligner que les cadeaux offerts dans la perspective du mariage devront être restitués. A contrario, les cadeaux dictés par élans d'affection et de courtoisie qu'on appelle les cadeaux d'usage pourront être conservés.

En ce qui concerne la bague des fiançailles et lorsque celle-ci est de grande valeur et de caractère familial, il convient qu'elle demeure dans la famille dont elle provienne. Elle doit être considérée comme un prêt d'usage. En revanche, la bague qui n'est pas un souvenir de famille et dont la valeur n'excède pas les ressources des fiancés et de leurs familles doit être regardée comme un présent d'usage et peut être conservé par la fiancée délaissée. Il semble enfin que la jurisprudence permette à la fiancée qui n'a rien à se reprocher et a été abandonnée brusquement de conserver la



bague (CA Paris, 3 déc.1976. D.1978, jur.p.339).

## CHAPITRE 2 : LES CONDITIONS DU MARIAGE

On envisagera successivement les conditions requises du mariage puis les sanctions de l'inobservation de ces conditions. De manière générale, les conditions du mariage peuvent être regroupées en trois (3) catégories : les unes tiennent à des conditions naturelles (sexe, âge de la puberté), elles sont d'ordre physiologique, les autres se rattachent aux données consensuelles du mariage, elles sont d'ordre psychologique, d'autres manifestent davantage des exigences sociales (délai de viduité, rejet de l'inceste), elles sont d'ordre sociologique. Nous les étudierons à travers les conditions de fond et les conditions de forme du mariage.

### SECTION 1 : Les conditions de fond de mariage

#### PARAGRAPHE I/ Les conditions d'aptitude physique ou conditions d'ordre physiologique

Elles sont relatives à la différence de sexe et à l'âge de la puberté.

##### I/ La différence de sexe : selon la loi et la coutume

Cette condition est commune à la loi et à la coutume. Bien qu'elle ne soit pas énoncée dans le code civil, elle se déduit implicitement de l'article 144 du code civil aux termes duquel **« l'homme avant 18 ans révolus, la femme avant 15 ans révolus ne peuvent contracter mariage »**.

Naturellement compte tenu des finalités du mariage au premier rang desquelles figure la procréation, la différence de sexe demeure fondamentale. Mais, cela n'a pas cependant empêché que des unions entre homosexuels soient permises et célébrées dans divers droits notamment aux USA, au Pays Bas, en République Fédérale d'Allemagne et même en France.

La question de savoir s'il y a bien différence de sexe s'est posée quelques fois devant les tribunaux au sujet des individus malformés. C'est une question qui relève de la médecine légale transsexuelle. L'absence de sexe ou l'impossibilité de reconnaître le sexe de l'un des époux doit être assimilée à l'identité de sexe et emporter nullité du mariage.

Mais l'impuissance n'entraîne pas en elle-même nullité de mariage, ce qui n'exclut pas sa prise en considération comme une cause de divorce ou comme une cause de nullité du mariage pour erreur sur la personne.

##### II/ L'âge de la puberté

## **A : Dans la loi**

L'âge exigé pour le mariage est de 18 ans révolus pour l'homme et 15 ans révolus pour la femme (article 144). L'article 145 du CCAN ajoute que le Président de la République peut accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves. Les causes qui sont le plus souvent invoquées sont la grossesse de la femme ou le désir d'assurer à l'impubère par son mariage des moyens d'existence. C'est pour cela qu'il est demandé aux futurs époux pour faire la preuve de leurs âges, de donner leurs actes de naissance à l'officier d'état civil.

## **B/ Dans la coutume**

Dans la coutume, en règle générale, il n'y a pas d'âge pour se marier. Ce qui fait que le mariage est très souvent célébré entre mineurs. Dès l'apparition des seins et des menstruations chez la jeune fille, on estime qu'elle est apte au mariage ; pour le garçon on tient compte en principe du gabarit, de la voix, de la pousse des barbes, des moustaches et autres...

Le droit musulman pour sa part fixe l'âge minimum en dessous duquel le mariage n'est pas valable, à quatorze ans pour les filles, et à dix huit ans les garçons ; soit deux ans de plus que le décret Mandel pour les garçons. Mais, ces dispositions demeurent inappliquées en pratique. L'âge demeure comme le dit un auteur, une notion problématique dans un pays où l'état civil est un mythe. C'est peut-être la raison pour laquelle le législateur colonial, en prenant le décret ne l'avait pas accompagné de mesures énergiques, pouvant assurer son application effective.

Pour le surplus, on notera que l'état de santé du futur conjoint importe peu, et un examen médical n'est pas exigé pour se marier. Cependant, certaines maladies cachées et qui se révéleraient après le mariage peuvent constituer une cause de divorce.

## **PARAGRAPHE II/ Le consentement ou condition d'ordre psychologique**

Nous examinerons le consentement des époux avant de voir celui de leurs parents.

### **I/ Le consentement des futurs époux**

#### **A : Dans la loi**

L'article 146 du CCAN stipule qu'« il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». L'échange de consentement est donc une condition fondamentale du mariage. L'officier d'état civil ne marie pas les époux, ils se marient eux-mêmes et l'officier d'état civil ne fait que recueillir leurs consentements. Comme tous les contrats, le consentement des futurs époux doit exister et ne doit pas être vicié.

## **1 : L'existence du consentement**

L'une des conditions du fond pour la validité du mariage est bien sur l'existence d'un consentement libre et éclairé des futurs époux. Le consentement doit être donné par les époux en personnes et ne peut être donné par procuration.

La représentation étant exclue, le principe est la nécessité de la comparution personnelle. Comme on le voit, cette exigence permet de s'assurer de la réalité du consentement et de son effectivité. C'est là le sens de la question « voulez-vous prendre pour époux un tel ou une telle ? » que pose l'officier d'état civil à chacun des futurs époux au moment de la célébration.

En tout état de cause, la jurisprudence française assimile le défaut de comparution personnelle à une absence de consentement. C'est ainsi qu'il a été jugé que défaut de comparution d'un époux lors de la célébration du mariage (le mari était représenté par son père) équivaut à une absence de consentement (Grenoble, 20 janvier 1998, JCP).

## **2 : Un consentement non vicié**

Traditionnellement, on retient comme vices du consentement, les vices suivants : l'erreur, la violence, le dol et la lésion. Il importe de les analyser dans le contexte du mariage.

### **a) L'erreur**

En matière de mariage, il importe de distinguer :

-L'erreur sur l'identité physique : la question ne s'est naturellement jamais posée devant les juridictions. Une telle substitution n'est imaginable que si l'époux qui en est la victime est atteint de cécité ou si la substitution s'effectue entre jumeaux. Il est évident qu'une pareille erreur constitue plus qu'un vice du consentement, elle est même exclusive de tout consentement. Puisque qu'on n'a pas voulu se marier avec la personne qui, au moment de la célébration a été substituée à celle qu'on voulait épouser.

**-L'erreur sur l'identité civile :** dans cette hypothèse il y a eu consentement ; l'époux a bien épousé son conjoint parce qu'il lui croyait une autre identité. La jurisprudence française plus précisément la cour d'appel de Paris a annulé un mariage d'un individu qui s'est fait passer pour membre d'une autre famille (12 mars 1903).

**-L'erreur sur une qualité essentielle :** Peut-on retenir des erreurs sur les qualités substantielles c'est-à-dire sur les qualités qui donnent à chaque personne sa valeur humaine, c'est-à-dire celles qui la distinguent des autres. Par un arrêt rendu en 1862, les chambres réunies de la Cour de Cassation Française dans l'affaire dite du Forçat libéré, ont refusé de prononcer la nullité du mariage d'une fille ignorant la condamnation prononcée contre son fiancé, fiancé qui n'était rien d'autre qu'un ancien forçat (condamné aux travaux forcés).

Aujourd'hui l'arrêt des chambres réunies ne paraît plus avoir la même autorité car un courant contraire se dessine.

De plus en plus les tribunaux ont tendance à considérer les erreurs sur la nationalité, sur l'état et même sur l'honorabilité.

### **b) : le dol**

Tandis que l'erreur est cause de nullité de mariage dans les conditions analysées, il n'en est pas de même pour le dol. En effet, écrivait LOYSEL « **en matière de mariage trompe qui peut** ». Ce vieil adage de l'ancien droit signifie tout simplement qu'on ne doit pas tenir compte pour la validité du mariage de l'attitude du futur époux ayant usé des subterfuges pour s'attribuer des qualités qu'il n'avait pas. On dit encore que le dol n'est pas une cause de nullité du mariage. Toutefois, force est de souligner que cette solution est absurde et inutile car le divorce permet de sortir du lien conjugal.

### **C : la violence**

Il est extrêmement rare qu'un mariage soit annulé pour cause de violence car dans la loi, les époux sont tenus de comparaître physiquement devant l'officier d'état civil qui célèbre le mariage, le mariage par procuration étant interdit. La jurisprudence assimile d'ailleurs ce défaut de comparution à une absence de consentement.

Si la violence physique n'est pas concevable en matière de mariage dans la loi, la violence morale elle, est plus envisageable. C'est la menace d'un mal grave

considérable, imminent et illicite ayant déterminé le consentement. Toutefois, la crainte des père et mère ou de toute autre personne envers laquelle on voue du respect appelée crainte révérencielle n'est pas une cause d'annulation du mariage.

### **d : La lésion**

La lésion n'est pas susceptible de jouer un rôle dans une matière comme le mariage. En effet, la notion de lésion est purement économique. Il s'agit du préjudice économique que subit un contractant du fait du déséquilibre entre les prestations promises. D'ailleurs même dans le droit commun, la lésion n'est retenue qu'à titre exceptionnel. Plus précisément lorsqu'un texte la prévoit pour un contrat déterminé ou lorsque c'est un mineur qui en est victime.

### **B/ Selon la coutume**

En matière coutumière, force est de noter qu'il manque de jurisprudence eu égard aux cas d'annulation de mariage pour vice du consentement. En général, la coutume prend en compte l'erreur sur les qualités substantielles, plus précisément l'état de santé notamment l'impuissance du mari.

### **II/ Le consentement des parents des futurs époux :**

A l'inverse du droit écrit, la comparution personnelle pour la validité du mariage n'est pas une exigence du droit coutumier. Le mariage est ainsi célébré hors la présence des futurs époux et ce sont des représentants qui vont donner le consentement à leurs places. En conséquence de quoi, on ne peut pas savoir si au moment précis du l'échange des consentements, les époux sont véritablement consentants au mariage.

Les représentants matrimoniaux sont au nombre de deux. Il faut un représentant pour chaque époux. Ils reçoivent l'appellation de Wali ou al ouali ; ils viennent contracter le mariage au nom des futurs époux. Ils en ont les pleins pouvoirs.

Le mariage coutumier est un mariage par procuration. Les al ouali doivent remplir certaines conditions.

Le ouali est en général une personne désignée par le père du futur époux : un proche parent ou ami. En tout état de cause il doit être de sexe masculin. Le tribunal de Zinder n'a pas hésité à annuler un mariage où l'épouse était représentée par une femme (Tribunal de Première Instance de Zinder le 12 janvier 1965). Le ouali doit être pubère pour être en mesure d'accomplir sa fonction.

Le ouali est le dépositaire du consentement des époux et des parents, qui ne doit pas être donné par eux lors de la célébration. Cela étant exclu. Le mariage coutumier étant fait par procuration, il n'est pas permis aux futurs époux d'être présents aux cérémonies.

L'échange de consentement se fait entre les eux al ouali ou représentants matrimoniaux des époux, qui se font part expressément de leur intention de donner et de prendre pour épouse.

Deux témoins sont exigés pour toute célébration. Pour le crédit de leur témoignage, ils doivent remplir certaines conditions. Ils doivent être âgés de dix huit ans au moins, libres sans d'esprit ; ils doivent en plus être de sexe masculin de même que les al ouali. Dans le rite malikite la règle ne comporte pas d'exception ; « les femmes ne sont pas admises à témoigner d'un mariage ».

Les témoins doivent être présents au moment de l'échange de consentement entre les deux al ouali.

En droit musulman par contre, force est de constater que la comparution personnelle des futurs époux est prescrite tout comme c'est le cas dans le droit écrit. Néanmoins, la pratique est toute autre. En effet, lors de la célébration du mariage coutumier, les époux ne sont pas personnellement présents à la cérémonie mais sont représentés. Cette représentation des futurs époux lors de la célébration du mariage si elle est permise par le droit musulman n'est pas pour autant obligatoire. La règle qui prévaut aussi bien en droit coutumier qu'en droit musulman est donc en pratique la célébration du mariage par procuration. Ce qui, bien entendu peut faire douter de l'existence du consentement des futurs époux.

Pourtant, comme l'ont rapporté les hadiths, en droit musulman on ne marie pas la veuve sans son avis, ni la vierge sans son consentement. Le mariage qui aurait été célébré sans le consentement de la future épouse est donc un mariage nul.

L'islam a donc octroyé à la femme le droit de choisir son époux quoique dans la pratique, le mariage coutumier, fortement islamisé, apparaisse plutôt comme une union de deux familles, plutôt qu'une union des deux individus.

A présent en ce qui concerne le consentement des parents des futurs époux dans la loi, il convient de se référer à l'article 148 du CCAN selon lequel **« les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère, en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement »**. L'officier d'état civil ne peut donc célébrer le mariage sans le consentement de la

famille.

Les personnes dont le consentement est exigé, sont :

-Pour l'enfant légitime : il s'agit des père et mère et en cas d'empêchement, ce sont les aïeux et aïeuls, ici également le consentement l'emporte sur le dissentiment ;

-Pour l'enfant naturel : si sa filiation est établie à l'égard de ses deux parents, leur consentement ou celui d'un seul est exigé. S'il est reconnu par un seul parent, c'est celui là qui doit consentir.

Enfin, il faut souligner qu'en général, la forme du consentement est verbale.

### **PARARAPHE III/ Les conditions d'ordre sociologique**

Le mot mariage désigne à la fois un événement et un état qui concerne immédiatement les époux mais qui intéressent aussi d'autres personnes à savoir les enfants, les parents et les tiers. Sa formation et ses effets ont depuis longtemps attiré l'attention des sociologues et des politologues. Nous ne rentrerons pas dans ce débat. Nous retiendrons simplement que sur le plan sociologique, le législateur édicte un certain nombre d'empêchements à mariage fondé sur des considérations de moralité ou d'utilité sociale.

De manière générale, il existe trois (3) empêchements à mariage à savoir :

-L'existence d'un mariage antérieur non dissous ;  
-La non expiration du délai de viduité ;  
-L'existence d'un certain degré de parenté ou d'alliance entre les futurs époux.

Les deux (2) premiers entraînent une prohibition absolue du mariage c'est-à-dire l'interdiction avec n'importe quelle personne. Ils ont ceci de commun, qu'ils jouent en cas de remariage.

Le 3<sup>ème</sup> empêchement à mariage est relatif, c'est-à-dire qu'ici le mariage n'est interdit qu'entre certaines personnes seulement.

### **I/ Les empêchements résultant d'une pluralité de mariage**

#### **A : La prohibition de la bigamie**

##### **1 : dans la loi**

L'article 147 du CCAN dispose qu' « on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du 1<sup>er</sup> ». C'est le principe de la monogamie, le fait de le



transgresser en contractant un second mariage avant la dissolution du 1<sup>er</sup> constitue la bigamie qui constitue un délit pénal réprimé par l'article 290 du code pénal nigérien. Il va de soi que le mariage civil étant monogamique, ce texte s'applique aussi bien à l'homme qu'à la femme.

## **2 : dans la coutume**

Le mariage coutumier étant polygamique pour les hommes, il n'est un empêchement que pour la femme. Par conséquent, seule la femme est soumise à cette exigence. La sanction de ce principe est la nullité du second mariage.

En effet, l'homme est autorisé par la sourate Il verset du coran à épouser jusqu'à quatre femmes. Le mariage antérieur non dissous comme un empêchement ne court pour lui qu'à partir de la quatrième femme. La polygamie a été décrite à plusieurs égards comme étant avec la répudiation les deux plaies de la société musulmane.

Mais comme le dit Vincent Monteil, il faut cependant avoir l'honnêteté de reconnaître que l'homme n'est guère naturellement monogame et que la possibilité d'épouser successivement jusqu'à quatre femmes n'est en rien moins « morale » que la tolérance européenne de l'adultère, ou que les divorces à répétition à l'Américaine.

### **B/ : l'observation du délai de viduité**

Après un divorce ou après le décès d'un conjoint, le remariage est toujours libre. Toutefois il faut observer le délai de viduité. Ainsi lorsqu'une femme veut se remarier elle doit attendre l'expiration de neuf (9) mois durée normale d'une grossesse. Cette condition est destinée à empêcher l'application cumulative de la présomption de paternité (si ce délai n'est pas observé, deux (2) hommes peuvent prétendre être le père d'un enfant né dans ce délai à savoir l'ancien mari et le nouveau).

Dans la pratique, certains mariages sont précipités dès que la jeune fille est enceinte et cela les premiers jours, afin de suspendre l'opinion publique. Ces mariages, mêmes s'ils sont contractés avec les auteurs des grossesses, sont prohibés. Ils sont nuls de nullité absolue car étant intervenus en période de retraite légale.

En plus, ils sont régularisables à jamais. En principe, tout marabout qui récite la fatiya doit s'enquérir de la situation de la femme et refuser de prononcer l'union tant qu'il y a une grossesse antérieure. Cet empêchement est très grave et la seule issue n'existe qu'à priori.

Si une fille est enceinte de l'œuvre d'un individu qui désire l'épouser, le mariage n'est pas célébré sur le champ. On laisse à la femme le temps d'accoucher et tout de suite après le mariage est possible. L'enfant qui naît est illégitime et sans possibilité de légitimation postérieure. La coutume n'admet pas juridiquement le mariage-légitimation dans l'intérêt de l'enfant, mais dans la pratique ces cas sont légion.

L'enfant qui naît n'a même pas droit aux aliments vis-à-vis de son prétendu père, mais si ce dernier accepte de ne pas épouser la mère, il lui est permis de verser des aliments à son enfant naturel. Cette coutume est de par sa rigueur difficilement applicable et les juges l'abondement pour recourir à la loi.

En tout état de cause, il existe des cas dans lesquels la femme n'est pas obligée de respecter ce délai. En effet, elle peut se remarier immédiatement après dissolution du mariage mais pour cela elle doit prouver médicalement qu'elle n'est pas enceinte. Il en est de même si la femme a accouché immédiatement après le décès ou le divorce.

Enfin, il en est de même si la femme prouve qu'elle n'a pas cohabité avec son mari depuis neuf (9) mois.

## **II/ La prohibition de l'inceste**

Avant de voir ce que recouvre la notion d'inceste, il importe de dire un mot sur la notion de parenté. La parenté est la condition de deux (2) personnes qui descendent l'un de l'autre ou d'un auteur commun.

Il y a tout d'abord la parenté en ligne directe qui est la parenté des personnes qui descendent les uns des autres et qui peut être ascendante (du grand père au fils) ou descendante (du fils au grand père).

Ensuite, il y a la parenté en ligne collatérale qui est le rapport entre les personnes qui descendent d'un auteur commun (les frères et sœurs, les cousins).

Les frères germains sont ceux qui ont les mêmes père et mère.

Les frères consanguins sont ceux qui sont du même père.

Les frères utérins sont ceux qui sont de la même mère.

S'agissant à présent du degré de parenté, il faut dire que le degré c'est le nombre de générations séparant deux hommes envisagés. C'est donc une ligne, une distance entre deux personnes liées par un lien de parenté.

En ligne directe, le calcul est simple : le père et les fils sont parents au 1<sup>er</sup> degré, le grand père et le petit fils au second degré.

En ligne collatérale, c'est la parenté qui existe entre frères et sœurs et les descendants communs des frères et des sœurs, on doit donc remonter à l'auteur de ces deux parents. Par exemple les frères sont parents au second degré, l'oncle et le neveu au 3<sup>ème</sup> degré, les cousins germains au 4<sup>ème</sup> degré ainsi de suite.

Enfin, en ce qui concerne l'alliance, c'est le rapport entre une personne et les membres de la famille de son conjoint. L'alliance découle du mariage alors que la parenté est immuable. L'alliance peut être temporaire en ce sens qu'elle peut cesser à la dissolution du mariage, par décès ou divorce. Généralement, on désigne ses parents par alliance par l'expression beaux parents, belle famille.

Il importe de rappeler que la loi aussi bien que la coutume établissent un certain nombre d'empêchements à mariage tiré de la parenté ou de l'alliance. Ces empêchements se fondent sur l'interdiction du mariage entre proches parents plus précisément ces empêchements sont issus de la prohibition de l'inceste qui est défini comme le fait pour des parents proches d'entretenir des relations intimes.

L'inceste est un tabou quasi-universel. Le code civil pose ainsi des prohibitions. Il faut distinguer ces interdictions selon que l'on envisage la parenté légitime de la parenté naturelle.

### **A : l'empêchement tiré de la parenté par le sang**

Dans la loi en ce qui concerne la parenté légitime, le mariage entre parents de ligne directe est interdit. Par exemple le mariage est interdit entre le père et la fille, entre le grand père et la petite fille.

En ligne collatérale, le mariage est interdit entre nièce et oncle, frère et sœur, tante et neveu.

En ce qui concerne la parenté naturelle, elle instaure les mêmes empêchements lorsque la filiation est établie. Cependant, si elle n'est pas établie, il faut être toujours prudent car il y a forte probabilité de parenté.

En droit musulman, Allah dont la gloire soit proclamée a interdit les relations sexuelles avec les catégories suivantes de femmes en raison de la parenté. Ces interdictions sont absolues. Ainsi « Sont prohibées pour vous »  
« Vos mères, vos filles, vos sœurs, vos tantes paternelles et « maternelles, les filles de

votre frère et les filles de votre s ur ».

Le mariage ente cousin et cousines est permis, voire recommandé.

### **B : l'empêchement tiré de la parenté par le lait**

Cet empêchement à mariage est propre à la coutume. Ainsi, à la parenté par le sang, on assimile la parenté par le lait. Par conséquent, sont interdits, le mariage de la nourrice et du nourrisson et les enfants de cette dernière qui sont en réalité ses s urs de lait.

### **C : l'empêchement tiré de la parenté par l'alliance**

En raison de la parenté par l'alliance, sont interdits de manière générale et ce aussi bien dans la loi que dans la coutume, le mariage entre les personnes suivantes :

Les mères de vos femmes,

Les pupilles placés sous notre tutelle et qui sont nés de femmes avec lesquelles vous avez cohabitées,

Les femmes de vos fils, les femmes que vos pères ont épousées.

L'interdiction d'épouser deux s urs.

Cependant, le veuf peut épouser la s ur cadette de sa femme. Un frère peut aussi épouser la veuve de son frère aîné.

Il est de même permis d'épouser la veuve du frère aîné mais à condition qu'elle soit consentante. Il s'agit d'assurer la protection de la femme et des ses enfants (41)

Le mariage dans les deux dernières hypothèses est très rare aujourd'hui bien qu'il soit permis.

### **III /la condition propre à la coutume : le paiement de la dot**

La dot est une somme d'argent dont le montant est fixé entre les parents du garçon et ceux de la fille et qui est versé à ces derniers. C'est une condition de fond du mariage coutumier.

Contrairement à ce qu'ont soutenu certains chercheurs, la dot n'est pas un prix d'achat de la femme. « C'est un manque de compréhension de son motif de base dans la conception africaine du mariage qui a amené les Européens à la considérer comme le prix d'achat de la femme. Cela dans le sens où celle-ci perd son individualité et devient la propriété de son époux de la même façon que les biens meubles et immeubles » disait un auteur.

A l'origine la dot n'avait pas un caractère économique elle apparaissait tantôt comme une compensation de la perte subie par la famille de la jeune fille, tantôt comme un symbole de l'union qu'elle crée et dont elle garantit la stabilité.

A présent sur le plan juridique, force est de signaler le législateur colonial s'est montré très hostile à la dot. Cette hostilité est marquée par le décret Jacquinot qui déclarait que « la fille majeure de vingt et un ans et la femme dont le précédent mariage avait été légalement dissous pouvaient se marier sans que quiconque pût prétendre à en tirer un avantage matériel à l'occasion des fiançailles ou du mariage ».

Mais le législateur n'est pas allé jusqu'à supprimer la dot. Il l'a réglementée, et cela est fait par l'arrêté d'application qui fut pris par le gouverneur du Niger, fixant le taux maximum à quinze mille francs.

Il faut distinguer la dot, condition de validité du mariage de la « contre dot » (gaaraa) constituée d'une somme d'argent et des biens meubles (vivres et mobiliers) que la jeune mariée apporte au foyer après la célébration du mariage.

Ces sommes d'argent et les vivres (il y a souvent à manger pour une année) ne sont pas remboursés par le mari en cas de divorce. Les mobiliers restent propriété de la femme.

En tout état de cause, tout mariage coutumier suppose donc une dot sérieuse c'est-à-dire non dérisoire. La plupart des auteurs considère que la dot est régulière lorsqu'elle est au moins égale au quart du dinar équivalent à 1.500 F. le droit musulman n'a pas fixé de minimum laissant ainsi place à la surenchère.

Sous la colonisation, par un décret de septembre 1951, le gouverneur du Niger a fixé la dot à 15.000 F CFA, mais ce texte comme beaucoup d'autres textes coloniaux était d'application difficile, soit parce qu'ils sont inadaptés ou inconnus compte tenu du très faible taux d'alphabétisation des Nigériens.

On se souvient des lendemains des indépendances sous le régime du CMS, le Président SEYNI KOUTCHE avait, lors d'une rencontre avec les femmes affirmé que désormais aucune dot ne devait dépasser 50.000 F CFA. Néanmoins cela n'a pas réussi à éradiquer le problème de la surenchère rendant ainsi inaccessible le mariage au plus grand nombre.

Aujourd'hui la dot prend des proportions telles que l'on a pu dire que les jeunes ne travaillent que pour former la dot de leur mariage.

La question que l'on est tenté de se poser est celle de savoir si on peut se marier sans dot autrement dit est-ce qu'une personne sans ressource aucune peut se marier sans dot ? A ce sujet, il importe de souligner qu'il existe bien une forme de mariage dit Sadaka (aumône), mais qui est en voie de disparition. En effet, ici les parents de la fille la marie sans réclamer de dot. Mais comme la dot est une condition de validité du mariage, les parents sont quand même tenus de la verser à la fille. Le mari est exonéré du versement. Généralement ces genres de mariages profitent à des marabouts très estimés. C'est un mariage idéal, mais comme il est célébré dans une extrême modestie, il est mal apprécié par les gens.

## **SECTION 2 : les conditions de forme du mariage**

### **Paragraphe I/ les conditions propres à la loi**

#### **I/ les formalités antérieures à la célébration du mariage**

Il s'agit des formalités suivantes :

- La publicité du projet du mariage ;
- La remise de certains documents.

Le but de ces formalités préparatoires est de permettre à l'officier d'état civil qui doit célébrer le mariage de vérifier si les conditions de fond sont réunies.

#### **A : la publicité du projet de mariage**

La publicité se fait par voie d'affiche à la mairie où les époux sont domiciliés. Il a pour but de faire connaître au tiers le projet de mariage. Cet affichage doit durer au moins dix (10) jours.

#### **B : la remise de certains documents**

Les époux doivent remettre un certain nombre de pièces en l'occurrence l'acte de naissance de chacun d'eux, afin que l'officier d'état civil puisse vérifier l'identité, l'âge des futurs époux mais surtout s'ils ne sont pas dans les liens de mariage avec d'autres personnes car, dans l'acte de naissance, on mentionne en marge le mariage de l'intéressé.

### **II : Les formalités concomitantes au mariage**

Le mariage est célébré par l'officier d'état civil selon les règles posées par le code civil. Par conséquent, le mariage doit respecter les formes prescrites pour être valable.

Tout d'abord le mariage est célébré à la mairie mais pour des causes graves, le maire peut se rendre au domicile de l'un des futurs époux. Il faut dire que la mairie est considérée comme le symbole de la laïcité de l'Etat. C'est la mairie de l'un ou de l'autre des futurs époux est domicilié ou à tout le moins ou l'un ou l'autre des futurs époux à sa résidence à condition d'avoir passé au moins un mois.

La mairie symbolise également le lien où le public peut accéder librement. Lorsqu'un mariage viole ces dispositions, il y a vice de domicilié et il encourt annulation.

L'officier d'état civil compétent pour célébrer le mariage est le maire, en cas d'empêchement, par délégation les adjoints ou les conseillers municipaux peuvent célébrer le mariage. Les époux doivent être toujours présents. Le mariage par procuration ou sans comparution personnelle n'a été autorisé qu'exceptionnellement par suite de circonstances de guerre.

L'officier d'état civil au moment de la célébration demande aux époux s'ils ont fait un contrat de mariage et mentionne leur réponse dans l'acte de mariage afin que les tiers soient facilement informés du régime matrimonial.

Ensuite, il demande aux futurs époux s'ils veulent se prendre pour mari et femme et sur leur réponse affirmative prononce qu'ils sont unis par le mariage au nom de la loi avant de dresser l'acte de mariage et d'établir le livret de famille qu'il remet au mari. En plus de l'officier d'état civil et des futurs époux, la présence de deux témoins est également exigée un de chaque côté. Par conséquent pour se marier, il faut être au moins au nombre de cinq (5).

## **Paragraphe II/ les conditions propres à la coutume**

Dans la coutume, il existe peu de formalités antérieures au mariage. Elles ne sont pas nécessaires ni même obligatoires. Ce qui est sûr, ce que dans la majorité des cas, il y a une certaine publicité du mariage. Le mariage coutumier n'est pas célébré par l'officier d'état civil mais par un religieux qui est l'imam ou le prêtre selon les cas.

De manière générale, le mariage coutumier revêt deux caractères principaux à savoir :

- qu'il est religieux, en ce sens qu'il est attesté par la personne du ministre de culte qui apporte à la cérémonie la bénédiction au nom de Dieu.

- qu'il est public : le mariage est généralement célébré en présence du grand public car il s'agit de le faire connaître aux tiers. Les mariages clandestins ne sont pas autorisés.

S'agissant des formalités de célébration, plus précisément de la cérémonie de célébration, force est de dire que les futurs époux n'y assistent pas, ils sont représentés chacun par un membre de sa famille. C'est eux qui échangent les consentements à leur place. Ces représentants doivent être des hommes majeurs sains de corps et d'esprit. Ils doivent s'assurer que toutes les formalités antérieures au mariage ont été satisfaites. Ils doivent rappeler succinctement les droits et obligations de chacun des époux envers l'autre au cours de la cérémonie.

Ensuite c'est au tour du représentant du futur époux de demander par trois fois au représentant de la future mariée la main de celle-ci. Le représentant de la future mariée répond également par trois fois que la demande en mariage est acceptée.

Enfin, la parole est donnée au ministre du culte ; en effet, les oulémas donnent lecture de quelques versets du coran tout en bénissant le mariage et les griots s'élèvent et prennent à témoins le public que le mariage est définitivement attaché.

### **SECTION 3 : Les sanctions de l'inobservation des conditions de mariage**

#### **Paragraphe I/ Les oppositions à mariage**

L'opposition à mariage est un acte officiel par lequel on fait connaître à l'officier d'état civil qu'existe une raison de ne pas célébrer le mariage.

##### **I : les personnes ayant le droit de former opposition**

Ces personnes sont le père et la mère, aïeuls et aïeules. A défaut de père et mère, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains majeurs peuvent faire opposition.

Le parquet peut également former opposition lorsque l'ordre public est menacé.

##### **II : les formes de l'opposition**

L'opposition doit être faite par exploit d'huissier signifié aux futurs époux à leurs parents éventuellement mais aussi à l'officier d'état civil. L'exploit doit indiquer la qualité de l'opposant, les motifs de l'opposition invoqués.

##### **III : les effets de l'opposition :**



L'opposition irrégulière ne lie pas l'officier d'état civil qui reste libre de passer outre. Au contraire, l'opposition régulière en la forme constitue pour l'officier d'état civil une défense de célébrer le mariage, il ne pourrait y contrevenir sans encourir des sanctions.

Les effets de l'opposition disparaissent par la mainlevée volontaire ou judiciaire. La demande doit être formulée par les futurs époux et examinée par le Tribunal dans les dix jours. Si le Tribunal lève l'opposition le mariage sera célébré. Dans le cas contraire, le mariage ne le sera plus.

## **Paragraphe II/ Les nullités du mariage**

Selon le décret Mandel (10) le mariage est nul dans deux cas : article 1

- selon que la fille mariée est impubère, qu'elle ait ou non consenti à l'union
- lorsque la fille pubère refuse son consentement.

Ces nullités sont de plein droit sans que la partie qui se dirait lésée par la prononciation de la nullité puisse de ce fait, réclamer aucune indemnité.

Il est encore dommage que ce texte peu connu ne soit pas appliqué en pratique.

La coutume ne connaît pas la nullité en tant qu'institution distincte du divorce. Mais en droit musulman une nullité est instituée qui se distingue également de celle qui est prévue par la loi et connue du droit français.

### **I/ Les cas de nullité**

Toutes les conditions de fond et de forme posées par le législateur s'imposent à l'officier d'état civil. En ce sens que quand il a connaissance de leur inobservation, il ne doit pas procéder au mariage. S'il le faisait, il encourt des sanctions pénales. Mais une fois que le mariage a été célébré, seuls parmi les empêchements ceux qu'on qualifie de dirimants (empêchement obstacles) entraînent la nullité du mariage par opposition aux empêchements simplement prohibitifs.

Tandis que le divorce rompt le mariage pour l'avenir, la nullité efface en principe le mariage dans le passé. Les nullités du mariage se divisent en nullités

absolues et en nullités relatives.

## **II : les degrés de nullité du mariage**

### **A : les nullités absolues**

Il y a nullité absolue en cas de violation des conditions de fond et de forme du mariage. En ce qui concerne les conditions de fond, il y a l'absence du consentement, le défaut d'âge légal chez l'un des époux, (c'est-à-dire l'impuberté), la bigamie, l'inceste, l'identité de sexe, le délai de viduité, la grossesse antérieure au mariage et le lien antérieur non dissous.

Cependant la nullité n'est pas prononcée de la même manière selon la cause. A titre illustratif, un jugement du tribunal de première instance de Niamey a admis que le non respect du délai de viduité n'est pas une cause absolue de nullité du mariage en se référant aux décrets Mandel et Jacquinot. Le motif était que le mari qui demandait cette nullité n'y avait pas intérêt.

La Cour d'Etat qui a reçu le pourvoi du mari a statué dans le même sens : « Attendu que le délai de viduité a pour but exclusif de prévenir tout conflit de paternité ; qu'en l'absence de tout accouchement de la répudiation à ce jour le pouvoir de Monsieur X ne peut qu'être rejeté, faute d'intérêt légalement invocable ».

Par ailleurs, un jugement du Tribunal de Zinder annula un mariage qui n'avait d'ailleurs même pas été consommé, parce que l'époux avait appris avant ladite consommation, que son épouse était enceinte.

Le mariage est également nul lorsque la femme répudiée par la triple formule, épouse son ex mari, ou lorsqu'un homme contracte un cinquième mariage en plus des quatre épouses autorisées.

En ce qui concerne la forme, il s'agit précisément de l'incompétence de l'officier de l'état civil et du vice de clandestinité qui se traduit notamment par l'absence de formalités de publication avant le mariage et le fait que la cérémonie n'ait pas été publique.

En ce qui concerne l'action en nullité absolue, toute personne ayant un intérêt à agir peut demander la nullité absolue. L'intérêt peut être moral (à l'endroit des époux ou de leurs ascendants) ; l'intérêt peut aussi être pécuniaire (par exemple pour le créancier de l'un des époux).

En principe, les nullités absolues ne peuvent être couvertes. Mais en matière

de mariage, elles peuvent l'être des différentes hypothèses en cas de défaut d'âge légal, la nullité est couverte dans 2 cas : dans le 1<sup>er</sup> cas : 6 mois ont passé que l'âge légal est atteint. 2<sup>ème</sup> cas : si la femme a conçu dans les 6 mois du mariage.

Enfin, dans la coutume, il y a nullité absolue en cas de grossesse de la femme.

En ce qui concerne la forme, il s'agit de l'incompétence des représentants des époux (si c'était une femme, un mineur ou un aliéné).

### **B : Les nullités relatives**

La nullité relative est susceptible d'être encourues dans deux cas :

- En cas de vice des consentements des époux ;**
- En cas d'absence de consentement des parents au mariage de leurs enfants mineurs.**

Le mariage nul de nullité relative est susceptible de confirmation expresse ou tacite. Le législateur présume la nullité dans 3 cas :

-lorsque le vice de consentement a cessé et que les époux ont continué la cohabitation pendant 6 mois. Par exemple, en cas de mariage contracté sous l'emprise de la violence, lorsque les époux cohabitent pendant 6 mois à partir du moment où la violence a cessé.

**-lorsque l'époux qui s'est marié mineur sans le consentement de ses parents a laissé passer un après sa majorité sans agir en nullité ;**

**-en cas de mariage sans le consentement des parents :** lorsque ces derniers reçoivent le jeune ménage, lorsqu'ils acceptent d'être parents des enfants de leurs enfants ou lorsque les parents n'ont pas demandé la nullité depuis un an à partir du moment où ils ont entendu le mariage.

En matière coutumière, les nullités qui peuvent être couvertes sont prononcées dans les cas suivants à la requête d'une personne intéressée :

- Lorsque la dot n'est pas réelle mais seulement apparente ou bien elle est inférieure au quart du dinar ;**
- Lorsque la dot payable en nature consiste en produits prohibés, par exemple, l'alcool ;**
- Lorsque le mariage a été conclu sans tuteur matrimonial.** Un jugement du tribunal de Zinder a prononcé la nullité d'un mariage où la femme avait comme tuteur matrimonial une autre femme ;
- Lorsque le mariage contient des clauses contraires à l'essence du mariage, par exemple, que les époux ne vivront pas en commun, qu'ils se verront seulement le jour, que le mari ne sera pas obligé de subvenir aux dépenses d'entretien de sa femme.

-lorsque le mariage contracté par la femme sans respecter le délai de viduité n'enregistre pas la naissance d'un enfant dans les 9 mois qui suivent. La jurisprudence de la Cour Suprême du Niger estime que la nullité est couverte de ce chef.

Si la nullité du mariage est prononcée, il reste à savoir quels seront les effets sur la situation des époux.

L'annulation que connaissent la coutume et le droit musulman est en tout état de cause non rétroactive. Elle n'a d'effet que pour l'avenir, exception faite des effets pécuniaires.

S'agissant des effets pécuniaires, il faut distinguer selon que le mariage a été consommé ou non :

**- Si le mariage n'a pas été consommé :** la dot doit être remboursée ainsi que tous les vêtements et accessoires. Les menus cadeaux doivent aussi être remboursés. Les vocations successorales cessent dorénavant entre les époux.

**- Si le mariage a été consommé, et si** la nullité est susceptible de couverture, elle sera couverte : paiement d'une dot valable si la première ne l'était pas. Mais pour ce qui est du défaut de tuteur matrimonial, il ne semble pas que la jurisprudence admette la couverture, car un jugement a prononcé l'annulation d'un mariage qui a duré près d'une année et demi après la consommation.

Le mariage annulé ne crée pas de droits successoraux entre conjoints.

S'agissant des effets personnels de l'annulation :

- si le mariage n'a pas été consommé : l'annulation étant prononcée pour l'avenir tous les effets antérieurs sur la situation personnelle des époux demeurent.

« Le mariage annulé produit ses pleins effets sans qu'on se préoccupe de savoir si les époux ont été de bonne foi ou non.

Il existe cependant un cas où la bonne foi est prise en considération ; « c'est l'hypothèse où une femme contracte successivement deux mariages sans rompre légalement le premier. Si le second mari était de bonne foi et le premier mariage non consommé, le second mariage ne sera pas annulé.

Dans tous les cas, les enfants nés de l'union annulée ne sont pas illégitimes. Mais le jugement du 12 janvier précité a considéré que les époux ne vivaient qu'en concubinage.

Notons enfin que le code pénal sanctionne le mariage contracté hors des cas prévus par la loi ou la coutume : article **290** « *quiconque étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre hors des cas prévus par la loi ou la coutume sera puni d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 50 000 à 500 000F ou de l'une de ces deux peines seulement* ».

En tout état de cause, l'action en nullité relative est strictement réservée à la personne que la loi a voulu protéger c'est-à-dire l'époux dont le consentement a été vicié ou pour lequel le consentement des parents était requis. Ni les créanciers, ni les héritiers ne peuvent intenter cette action à leur place.

Le mariage nul de nullité relative est susceptible de confirmation expresse ou tacite. Le législateur présume la nullité dans 3 cas :

- lorsque le vice de consentement a cessé et que les époux ont continué la cohabitation pendant 6 mois. Par exemple, en cas de mariage contracté sous l'emprise de la violence, lorsque les époux cohabitent pendant 6 mois à partir du moment où la violence a cessé.

- lorsque l'époux qui s'est marié mineur sans le consentement de ses parents a laissé passer un après sa majorité sans agir en nullité ;

- en cas de mariage sans le consentement des parents : lorsque ces derniers reçoivent le jeune ménage, lorsqu'ils acceptent d'être parents des enfants de leurs enfants ou lorsque les parents n'ont pas demandé la nullité depuis un an à partir du moment où ils ont entendu le mariage.

Dans la coutume, lorsque le mariage contracté par la femme sans respecter le délai de viduité n'enregistre pas la naissance d'un enfant dans les 9 mois qui suivent. La jurisprudence de la Cour Suprême du Niger estime que la nullité est couverte de ce chef.

### **Paragraphe 3 : le cas de l'inexistence du mariage**

Il n'existe aucun intérêt à distinguer les cas de nullité absolue et des prétendus cas d'inexistence du mariage (identité de sexe, bigamie, absence de célébration devant un officier d'état civil). En effet, il est incontestable que le mariage n'est pas valable.

D'autre part, l'exception à la rétroactivité de la nullité, que constitue le mariage putatif, joue dans les cas de soi-disant inexistence comme dans les autres cas de nullité.

Aussi, la Cour de Cassation française a-t-elle refusé d'accueillir la théorie de

l'inexistence (C. civ 9 nov.1887, D.1888).

#### **Paragraphe 4 : les effets de l'annulation : la rétroactivité de la nullité et le mariage putatif**

Comme toute nullité, la nullité du mariage rétroagit. Le mariage est censé n'avoir jamais existé. Dans la loi, les contrats de mariage seront annulés rétroactivement. Les époux sont considérés comme n'ayant jamais été mariés. Ils ne peuvent donc avoir un droit de succession l'un vis-à-vis de l'autre. Les conséquences de la rétroactivité de la nullité comme on le voit sont très graves. Aussi, le législateur décide-t-il que la rétroactivité cesse de jouer lorsque les époux sont de bonne foi. On dit que le mariage nul est putatif. Une seule condition est exigée c'est la bonne foi d'au moins l'un des époux lors de la célébration du mariage. La bonne foi est toujours présumée. La cause de la nullité importe peu. Même dans les hypothèses où la doctrine voit des cas d'inexistence, la jurisprudence déclare que le mariage peut être putatif.

Toute personne intéressée a le droit de demander qu'un mariage nul soit déclaré putatif même après que la nullité ait été prononcée.

En tout état de cause, lorsque le mariage nul est putatif, les effets de la nullité ne jouent que pour l'avenir. En conséquence, à l'égard des époux, si les deux sont de bonne foi, la nullité opère comme une dissolution pure et simple du mariage. Lorsqu'un seul des époux est de bonne foi, la nullité ne rétroagit qu'à l'égard de cet époux de mauvaise foi. A l'égard des enfants, il faut noter qu'ils sont légitimes donc même lorsqu'un seul des époux est de bonne foi. Ils ont dans la succession de leurs parents, les droits des enfants légitimes. Mais le parent qui serait de mauvaise foi n'aurait que les droits des parents naturels dans la succession de leurs enfants. La jurisprudence admet que le mariage putatif emporte légitimation.

A l'égard des tiers, les époux de bonne foi peuvent se prévaloir du mariage putatif à l'encontre des tiers. Les tiers peuvent se prévaloir de tout mariage apparent.

### **SECTION 4 : La preuve du mariage**

La preuve du mariage peut être apportée par la production de l'acte de mariage. Mais force est de constater qu'au Niger, rares sont les couples mariés qui en disposent. Pour pallier à cette insuffisance, il est exceptionnellement admis que la preuve du mariage se fasse par la possession d'état d'époux.

#### **Paragraphe I : La preuve par l'acte de mariage**

C'est la preuve normale du mariage aussi bien dans la loi que dans la coutume. Dans la loi, le problème ne se pose pas dans la mesure où l'acte de mariage est délivré aux jeunes mariés juste après la fin de la cérémonie de célébration.

En matière coutumière, avant 1985, la déclaration a été rendue obligatoire. Cela a été réaffirmé à travers les dispositions de la loi 2007 sur l'état civil au Niger.

## **Paragraphe II : La preuve par la possession d'état d'époux**

La possession d'état d'époux est la situation d'un homme et d'une femme qui paraissent aux yeux du public comme mari et femme. Ce mode de preuve est exceptionnellement admis lorsque :

- l'acte de mariage est nul ;
- les enfants qui ignorent le lieu de célébration du mariage de leurs parents peuvent faire la preuve de ce mariage par la possession d'état d'époux mais à la condition que leurs parents soient décédés ou dans l'impossibilité de donner une indication à ce sujet, que les enfants eux-mêmes aient la possession d'enfant légitime et que leurs actes de naissances ne contredisent cette possession d'état.

## **SECTION 3 : les effets du mariage**

### **Paragraphe 1 : Les effets du mariage entre les époux**

#### **I/ Les droits et obligations découlant du mariage**

##### **A/ Le devoir de fidélité**

Les époux se doivent mutuellement fidélité comme cela ressort de l'article 212 du CCAN qui dispose : « **les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance** ». Cela signifie avant tout qu'ils ne doivent pas avoir de relations sexuelles avec une autre personne autre que leur conjoint, de telles relations si elles ont lieu étant constitutives d'adultère. Le devoir de fidélité est violé non seulement par un adultère consommé mais encore par une tentative d'adultère ou par une conduite licencieuse ou légère.

Cependant la loi pose des conditions très rigoureuses pour la poursuite du délit et qui rendent cette dernière inopérante.

Tout d'abord pour la constatation, un constat d'huissier est exigé ce qui en pratique n'est pas sans poser des problèmes. Il faut supposer que les rapports frauduleux se répètent dans le temps pour que le mari ait le temps d'aviser un

huissier. Cela veut dire que l'époux, qui surprend son conjoint pour la première fois a très peu de chance de prouver l'acte s'il ne se répète pas dans le temps, de façon à lui permettre d'aviser l'huissier.

En plus le code de procédure pénale oblige la poursuite des deux complices ce qui s'oppose à la pratique coutumière où on a tendance à poursuivre plutôt l'homme pas la femme.

L'adultère dûment constaté est puni d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois et d'amende de 10 000f à 100 000f ou de l'une de ces deux peines seulement- article 289 C. P. Le code pénal rend très difficile la poursuite de l'adultère et prétend par cela préserver la paix sociale. Mais cette paix ne serait pas obtenue en pratique si la coutume n'avait pas prévu une autre solution pour éviter une justice privée fort dangereuse.

En effet, force est de signaler que la coutume est plus rigoureuse pour l'adultère de la femme que pour celui de l'homme. Coutumièrement, constitue un adultère pour ce dernier le fait d'entretenir des rapports sexuels avec une autre femme que sa ou ses épouses légitimes, seulement dans le domicile conjugal. De même un homme commet un adultère si sa complice est une femme mariée. Dans ce cas peut importe le lieu.

L'adultère de la femme est le fait par celui-ci d'avoir des relations sexuelles avec un homme autre que son époux et quel qu'en soit le lieu de réalisation de l'acte.

Pour ce qui est de la poursuite, seul l'époux frustré a intérêt à agir ; en plus, il n'est pas obligé de poursuivre les deux complices. Le Coran pose pour condition le témoignage de quatre personnes.

Si l'adultère de la femme est constitué, le mari se rend justice lui-même vis-à-vis de sa femme en la répudiant dans la majorité des cas. Il peut ne pas répudier sa femme et poursuivre le complice devant le cadî.

Autrefois le Sultan percevait des amendes sur adultères, trois écus si le complice (homme) avoue son acte, dix écus si le chef est prévenu par un tiers.

Aujourd'hui les amendes ne sont pas perçues, mais le complice (homme) est conduit chez le cadî qui lui défère le serment coranique comme quoi il ne recommencera pas.

Dans beaucoup de cas l'adultère de la femme était pour cette dernière l'ultime recours pour obtenir la dissolution d'une union inique. Toutefois si un mariage est dissous pour cause d'adultère, il n'est pas permis aux complices de se marier. Il



semble que le tribunal apprécie très libéralement l'infidélité de la femme.

En tout état de cause, pour que le devoir conjugal soit accompli par les époux, il faut supposer qu'ils ont une demeure commune et qu'ils vivent effectivement ensemble, d'où le devoir de cohabitation.

## **B/ La communauté de vie ou devoir de cohabitation**

Selon l'article 215 du CCAN les époux s'obligent à une communauté de vie. Ainsi, par le mariage, les époux s'obligent en principe à vivre ensemble. L'obligation de vie commune pèse sur chacun d'eux. Mais c'est au mari qu'il appartient, de choisir et de pouvoir le couple résidence.

Le devoir de cohabitation n'a pas la même portée selon que le mari est monogame, et selon qu'il est polygame.

Si le mari est monogame la résidence doit être commune. Il n'est pas admis d'exception à la règle. Le mari ne doit pas s'éloigner de sa femme du moins pour une longue durée.

L'éloignement temporaire est admis, mais s'il est prolongé il peut être assimilé à une absence et constituer une cause de divorce.

La situation n'est pas la même lorsque le mari est polygame.

En effet, si le mari est polygame, et la coutume lui reconnaît la faculté d'épouser jusqu'à quatre femmes, (si possible dans quatre villes différentes) dans ce cas le devoir de cohabitations est laissé à son appréciation discrétionnaire. Ce dernier peut avoir un domicile auquel il vit avec l'une de ses femmes, et avoir des résidences secondaires à d'autres endroits, géographiquement distincts du domicile. Ici d'ailleurs le mari n'est pas tenu au partage égal des nuits.

Il a le droit de vivre le maximum de temps chez sa « favorite » et se contenter d'un passage très bref chez les autres.

## **C : le devoir conjugal**

Le devoir conjugal est une conséquence du devoir de cohabitation. En effet, le devoir conjugal qui signifie que les époux ont l'obligation de faire des rapports sexuels. Si un époux doit s'abstenir des relations charnelles avec un tiers, il a en revanche l'obligation d'en entretenir avec son conjoint.

Une des premières fins du mariage est la satisfaction licite de l'instinct sexuel. L'homme et la femme unis par le lien du mariage doivent avoir des relations sexuelles. Dans cette optique un mariage contracté avec l'intention de les exclure ou bien avec l'intention de ne pas procréer est, nul, voire « haram ».

Si un époux une raison d'une incapacité survenue après le mariage est incapable d'accomplir son devoir conjugal, l'autre peut demander le divorce.

Le devoir conjugal est à la fois un droit et un devoir pour chaque époux,

comme le relate une tradition du prophète.

Celui-ci disait en effet à un fidèle qui semble t-il jeûnait le jour et jeûnait la nuit c'est-à-dire qu'il n'accomplissait pas son devoir conjugal : « tu as des devoirs vis-à-vis de ton corps tes yeux ont des droits sur toi, et ta femme a des droits sur toi ».

La coutume insiste beaucoup, surtout du côté de la femme, pour l'accomplissement de ce devoir et le régleme de façon minutieuse. Un homme satisfait à son devoir en rencontrant sa femme une fois par mois, mais on lui reconnaît quand même le droit de la requérir à tout moment. La femme ne se refuse pas à son mari quand elle est priée.

Comme on peut le voir, le mariage coutumier permet là un abus du fait du rôle très passif qu'on accorde à la femme. Cela engendre que beaucoup d'hommes perdent de vue, en pratique, les autres buts du mariage en répudiant leurs femmes dès qu'ils considèrent que leurs « instincts sont suffisamment assouvis » vis à vis d'elles.

Le mode d'accomplissement du devoir conjugal diffère selon que le mari est monogame ou polygame. S'il est monogame, il ne se pose pas de problèmes particuliers. S'il est polygame il doit partager équitablement les nuits entre les épouses.

Le mari passe dans les chambres de ses épouses par périodes de roulement de deux jours généralement. A chaque épouse son tour. Le mari ne doit pas avoir des rapports intimes qu'avec l'épouse dont « le tour est en cours ». Pendant cette période le mari « appartient » en exclusivité à cette femme. La violation de cette règle à laquelle les femmes veillent strictement, donne directement un recours à la femme lésée, devant le cadi ou devant le juge, en iniquité de partage de nuits. C'est d'ailleurs une cause légitime de demander divorce.

Cette rigueur arithmétique dans le partage des nuits a une limite. C'est le droit du mari de passer en exclusivité chez sa femme nouvellement mariée, et cela si la femme est vierge. Si c'est une femme qui a déjà connu un premier mariage le délai d'exclusivité est de trois jours.

Cependant, il existe des périodes de suspension du devoir conjugal : ces cas sont notamment :

- lorsque la femme est en grossesse avancée et pendant la période d'allaitement qui suit l'accouchement. Pendant cette période qui peut durer jusqu'à deux ans, le mari est tenté de prendre une épouse. Certains auteurs pensent d'ailleurs que c'est là une des raisons de la polygamie, mais pas la principale ;

- pendant les périodes menstruelles ;
- pendant le mois de Ramadan, mais la suspension s'applique uniquement le jour ;

## **C/ Le devoir de secours et d'assistance**

### **1- Le devoir de secours**

Le devoir de secours consiste de la part de chacun des époux à fournir à l'autre tout ce dont il a besoin pour vivre, dans la mesure où les ressources personnelles de ce dernier ne suffisent pas. Toutefois, le devoir de secours ne se confond pas avec l'obligation de contribuer aux charges du mariage. Cette contribution est due en toute circonstance alors que l'obligation alimentaire proprement dite n'est due que si l'un des époux est dans le besoin.

Par contre la coutume n'admet pas du moins juridiquement, que les deux époux participent à parts égales aux charges du ménage. C'est-à-dire tout ce qui a trait à l'entretien de la famille. Cette obligation incombe à l'homme qui la supporte seul.

Le mari y est tenu même si sa femme a une source de revenu extérieur, qu'elle soit fonctionnaire, commerçante ou simplement ménagère. C'est ce que dit un jugement du 25 février 1969 du tribunal de Zinder : « Attendu que dans la coutume Haoussa, l'une des principales obligations du mari est de subvenir à l'entretien de son épouse, qu'elle soit riche ou qu'elle soit pauvre, qu'elle soit ou non musulmane, sans qu'il ait le droit de l'obliger à travailler pour assurer son existence, qu'il ne peut exiger qu'elle participe aux charges pécuniaires du mariage »

Ainsi donc à travers ce devoir d'entretien la femme est censée attendre tout du mari. Même quand il s'absente, le mari doit laisser à la femme le nécessaire pour son entretien, le cas échéant si la femme demande le divorce, et l'obtient, le tribunal ne la condamnera pas à reverser la dot, au contraire il lui en fera droit du fait de l'endurance qu'elle a eu à subir

L'obligation d'entretien comprend entre autres :

- **La nourriture : en effet**, la femme a droit à tout ce qu'elle peut consommer et ne peut exiger au-delà de ce qu'elle peut consommer. Même si elle a un appétit extraordinaire disait Khalil, dans la « Rissâla ».

A ce niveau il faut relever que les jeunes redoutent non sans un peu d'humour, le mariage de celles qu'ils considèrent comme des « mange mil », ce sont des femmes

qui sans aucune qualification ne sont bonnes qu'au foyer.

- **Le logement** : le mari est tenu de pourvoir sa femme en logement. Il n'est pas exigé une maison distincte de la sienne, ce qui n'apparaît pas logique, mais il doit tout au moins un appartement ou une chambre. S'il est polygame il est tenu de cette obligation vis-à-vis de chacune de ces épouses. Il ne peut les contraindre à habiter ensemble. Si le mari est dans l'impossibilité de fournir un logement et que ses parents refusent sa demande d'héberger la femme, cette dernière peut demander le divorce.

On trouve en pratique des cas où le couple est logé dans la maison de la femme et sans que cette dernière exige le versement des loyers à son profit. Mais notons quand même qu'ils sont rares.

- **Les vêtements** : La femme a droit à deux vêtements par an. Un vêtement pour la saison froide et un vêtement pour la saison chaude (Hiver été). N'oublions pas que l'obligation de vêtir incombait à l'homme depuis les fiançailles car il était tenu d'un trousseau à chaque fête.

Le mari doit aussi les produits de beauté : parfum, pommade, henné et l'argent nécessaire pour les tresses. Les femmes invoquent très fréquemment à l'appui de leur demande en divorce ces produits accessoires.

Si la condition de la femme l'exige le mari doit lui fournir les domestiques à gage. Dans le cas contraire elle se charge elle-même de l'exécution des tâches ménagères.

## 2/ Le devoir d'assistance

Alors que le devoir de secours revêt un aspect pécuniaire, le devoir d'assistance a trait aux soins personnels que nécessite l'état de chacun des conjoints en raison de son âge ou de sa santé, ou réconfort à lui prodiguer des conseils dans les difficultés de l'existence. Normalement, l'exécution du devoir d'assistance suppose une communauté de vie. En l'absence de celle-ci, il ne peut pour l'essentiel s'exécuter que sous une forme pécuniaire par une prise en charge des frais du traitement du conjoint malade et se confond dans ce cas au devoir de secours.

L'obligation d'assistance n'a que très peu de sens dans une société qui admet très facilement le divorce remède. Quand un époux est atteint d'une maladie grave, ou difficilement curable, l'autre peut demander le divorce – par exemple le mari devient lépreux. Quand c'est la femme qui devenue lépreuse, le mari peut tout simplement la répudier. Il n'est pas rare de voir des vieilles femmes délaissées par

leurs maris qui estiment qu'elles ne font plus l'affaire !

En vérité, nous tenons pour évidence que le devoir d'assistance n'a qu'un caractère moral et qu'un époux n'est pas obligé juridiquement à un tel point qu'il puisse être poursuivi et condamné à verser des aliments par exemple.

#### **D/ La direction de la famille et le choix de la résidence**

L'article 213 du CCAN dispose que « le mari est le chef de famille, il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage ». L'alinéa 2 du même texte ajoute que la femme concourt avec le mari à assurer la direction morale et matérielle de la famille, à élever les enfants, à pourvoir à l'entretien de la famille et à préparer l'avenir de leurs enfants.

S'agissant du choix de la résidence de la famille, d'après les dispositions de l'article 215, il appartient au mari et la femme est obligé d'habiter avec lui sauf à être autorisée par le juge à avoir une résidence séparée pour motif grave.

### **II/ Le régime matrimonial**

Ce régime est axé sur les règles relatives à la gestion du ménage. Le choix du régime matrimonial est libre en ce sens que les époux peuvent opter notamment pour la séparation des biens ou encore la communauté des biens (régime dans lequel les biens sont mis en commun).

Le principe est l'immutabilité du régime matrimonial. Toutefois, le Tribunal peut changer le régime matrimonial si celui-ci se révèle contraire à l'intérêt des enfants notamment.

#### **Paragraphe 2 : Les effets du mariage entre les époux et leurs enfants**

##### **I/ Les droits sur la personne de l'enfant**

###### **A/ Le droit de garde**

Les parents ont un droit de direction générale sur la personne de l'enfant. L'article 374 du CCAN précise que l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père. Les parents ont donc le droit d'obliger l'enfant à résider chez eux et de l'y faire manu militaire (par la force). S'il s'en est échappé, ils ont d'autres prérogatives notamment le droit de surveiller ses correspondances et ses relations, de choisir son éducation et sa religion. Ils ont un véritable droit de contrôle général sur la personne de l'enfant et l'enfant est tenu à leur égard d'un devoir

général d'obéissance.

En matière coutumière, en tant que seul maître au foyer c'est le mari qui prend toute décision concernant les enfants. C'est lui qui décide de leur scolarité et investi de l'autorité parentale. La femme n'a pas cette autorité sur les enfants même à la mort de leur père, car ces derniers sont alors confiés à leurs parents de la lignée paternelle.

Le père fixe et reçoit la dot de mariage de ses filles et c'est lui qui marie les garçons. En cas de divorce les enfants au dessus de sept ans reviennent à sa garde. Mais un jugement du tribunal de première instance de Niamey a eu à préciser que « toute décision concernant les enfants doit tenir compte de leurs intérêts » et a fini par confier la garde à la femme bien que les enfants aient plus de sept ans.

Une application exacte de cette jurisprudence conduit le tribunal à réfuter à une femme la garde d'enfants de moins de sept ans parce qu'elle était de moralité douteuse.

### **B/ Le droit de correction paternelle**

Il ne faut pas confondre le droit d'infliger aux enfants des légers châtiments corporels et le droit qualifié « droit de correction ». En effet, on admet que les parents ont le droit de châtier leurs enfants ou les contraindre à se plier à leur autorité. Mais à condition qu'il s'agisse de châtiments sans gravité, donnés dans l'intérêt même de l'enfant et de la famille. Tout abus est sanctionné par la loi pénale et la déchéance de la puissance paternelle. En France, le droit de correction paternel était autrefois le droit pour les parents de faire incarcérer leurs enfants mais ce droit a aujourd'hui disparu. Il reste seulement aux parents le droit de demander au juge des enfants (des mineurs) de prendre une mesure d'assistance éducative.

### **C/ Le droit sur les biens de l'enfant : le droit de jouissance légale**

Le droit de jouissance légale est un droit d'usufruit appartenant à un parent qui exerce l'autorité parentale sur les biens des enfants mineurs non émancipés. Le droit de jouissance légale porte sur tous les biens de l'enfant à l'exception :

- des biens que l'enfant acquiert par son travail séparé ;
- des biens qui sont donnés ou légués à l'enfant sous la condition expresse que les père et mère n'en jouissent pas. En effet, un donateur ou testateur peut vouloir gratifier l'enfant sans que ses parents en bénéficient, ou le lui permet.

### **Paragraphe 3 : L'obligation alimentaire**

Il appartient normalement à chaque individu de subvenir à ses propres besoins par le travail. En cas d'impossibilité, il peut faire appel, à la solidarité familiale. Les parents et alliés devant subvenir à leurs parents qui se trouvent dans le besoin. C'est ce qu'on appelle l'obligation alimentaire. L'existence d'une obligation alimentaire suppose donc d'une part un lien de parenté ou d'alliance et d'autre part deux personnes l'une dans le besoin, l'autre disposant des ressources suffisantes pour y faire face.

### **I/ Les conditions de l'obligation alimentaire**

L'obligation alimentaire suppose un lien de parenté ou d'alliance. On ne trouve d'obligation alimentaire stricto sensu qu'en ligne directe et dans les relations entre parents du 2<sup>ème</sup> degré et au-delà (par exemple dans les rapports petits fils - grands parents) et quel que soit la filiation (naturelle ou légitime). Entre alliés, le mariage fait naître des relations entre les deux familles (par exemple entre gendre et beaux parents). Mais l'obligation n'existe que tant que dure le mariage. L'obligation alimentaire ne joue pas cependant entre frères et sœurs. Mais la jurisprudence décide dans ce cas, il y a une obligation naturelle c'est-à-dire une obligation dont l'inexécution n'est pas juridiquement sanctionnée alors que l'inexécution d'une obligation alimentaire quant elle existe est constitutive du délit d'abandon de famille.

### **II/ L'objet de l'obligation alimentaire.**

Le mot aliment désigne tout ce qui est nécessaire à la vie. Le montant de la créance varie en fonction des besoins du créancier et des ressources du débiteur. Aussi, sa fixation est-elle toujours provisoire. L'obligation s'exécute en argent sauf entre époux ou quand le Tribunal ordonne une exécution en nature, ce qu'il peut faire notamment lorsque le débiteur d'aliments justifie ne pas pouvoir payer la pension alimentaire.



## DEUXIEME PARTIE : LA DESAGREGATION ET LA DISSOLUTION DE LA FAMILLE

Comme tout groupement humain, la famille, n'a qu'une vie limitée. Certains événements occasionnant sa dissolution tandis que d'autres la font disparaître, la désagrègent.

Dissolution et désagrégation n'atteignent que la famille au sens exact du mot plus précisément, la famille légitime. En effet, les concubins et leurs enfants naturels ne constituent pas une famille parce que faite d'un lien juridique quelconque entre les concubins, ce groupe n'est doté d'aucune permanence. Ce qui ne signifie pas d'ailleurs qu'il n'existe pas entre parents et enfants naturels un lien juridique créateur de droits et d'obligations. Mais parce qu'aucun lien n'attache les 2 parents, l'un à l'autre, il n'y a pas de groupe familial. En tout état de cause, force est de constater que bâtie sur le mariage, la famille est atteinte par la cessation de mariage. Celle-ci se produit pour des causes diverses.

- tout d'abord pour la cause naturelle à savoir la mort de l'un des époux ;
- par l'union conjugale prononcée par le Tribunal demandée par l'un des époux.
- par une cause artificielle à savoir la rupture de l'union conjugale par le Tribunal ; c'est le divorce.

On peut y assimiler quant à cette disparition de la famille l'annulation d'un mariage déclaré putatif car une telle annulation au lieu d'effacer rétroactivement le mariage, y met seulement fin au jour où elle est prononcée.

La famille est encore ébranlée lorsque sans rompre leur mariage, les époux cessent la vie commune soit à la demande de l'un d'eux ou de tous les deux. Le tribunal prononce la séparation de corps par laquelle il les dispense de l'obligation de cohabitation ; soit en dehors de toute intervention judiciaire par la volonté de l'un d'eux ou par leur volonté commune. Ils vivent séparés de fait.

## **CHAPITRE I : LE DIVORCE**

Le divorce est la dissolution du lien matrimonial prononcée par le juge à la demande l'un des époux comme sanction d'une faute grave de l'un des époux à l'égard de l'autre ou comme remède à une situation matrimoniale devenue intolérable.

Le divorce est une voie contentieuse de dissolution du mariage. Elle est utilisée généralement sinon exclusivement par les femmes, les hommes ont toujours recours à la répudiation.

Une femme qui désire le divorce saisit généralement le cadi, car les gens sont plus habitués aux autorités coutumières qu'à la justice. Le cadi ou le chef fait venir le mari de cette femme, et essaie une conciliation entre les deux époux. Si la conciliation réussit les époux reprennent la vie commune. Mais il arrive que le mari face à l'intransigeance de sa femme qui demande uniquement à être répudiée, accepte et la répudie. Le cadi lui en donne acte. Si la conciliation échoue, la femme doit déposer une demande en divorce devant la justice de paix soit par écrit, soit verbalement. Si sa demande est fondée, elle pourra obtenir le divorce sans que la réticence de son mari ait pour effet de la retenir dans une union qui ne lui est que très préjudiciable.

Dans ce chapitre nous allons analyser les causes du divorce avant d'analyser la procédure du divorce. Nous terminerons le chapitre par les effets du divorce.

### **SECTION 1 : les causes du divorce**

Nous distinguerons les causes péremptoires et les causes non péremptoires.

Mais avant, on soulignera que la coutume ne connaît pas de cause péremptoire. Plus exactement on pourrait dire que toute cause est péremptoire. Plus exactement on pourrait dire que toute cause est péremptoire. Il suffit que l'épouse en fasse la demande et appuie la véracité de ses dires par quelques témoignages pour que le tribunal prononce le divorce. Un jugement du tribunal de Zinder a rejeté une demande parce que, semblait-il, la femme ne faisait pas la preuve de véracité dans ses propos et que la coutume prévoyait que quiconque allègue un fait doit être en mesure d'en prouver la véracité.

#### **Paragraphe 1 : Les causes péremptoires du divorce**

La jurisprudence distingue entre les causes péremptoires du divorce qui, lorsqu'elles sont constatées par le juge, l'oblige à prononcer le divorce et les causes facultatives ou non péremptoires qui laissent au juge la liberté d'accueillir ou de

rejeter la demande en divorce.

Les causes péremptoires relèvent de la conception du divorce sanction. Elles sont au nombre de deux à savoir :

- l'adultère ;
- la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante.

### **I/ L'adultère de l'un des époux :**

L'adultère est la violation du devoir de fidélité qui incombe à chacun des époux plus précisément l'adultère s'entend des rapports sexuels avec une autre personne autre que le conjoint. La nécessité des rapports sexuels est un élément constitutif de l'adultère permet de répondre à la question que se pose les auteurs à propos de l'insémination artificielle. On suppose une femme mariée pratiquant à l'insu de son mari une hétéro insémination c'est-à-dire une insémination provenant d'un donateur étranger. Cet acte constitue sans doute une injure pour le mari mais il n'est pas un adultère au sens de la loi pénale ni au sens des causes de divorce.

L'enfant n'en sera pas moins un enfant adultérin. L'adultère constitue une infraction pénale prévue aux articles 286 et 289 du code pénal nigérien. La peine prévue pour sanctionner l'adultère est de 15 jours à 3 mois d'emprisonnement et une amende de 10.000 à 100.000 Fcfa. Sur ce terrain pénal, il existe une importante différence entre l'adultère de la femme et du mari. En effet, tout adultère de la femme est sanctionné pénalement. L'adultère du mari au contraire ne l'est que dans le cas où il est commis au domicile conjugal. Toutefois, il demeure une cause péremptoire du divorce au plan civil. Enfin, sur le plan pénal, il faut ajouter que seul le mari pourra dénoncer l'adultère de la femme et inversement.

En tout état de cause, l'adultère suppose en plus de l'élément matériel un élément intentionnel c'est-à-dire la volonté consciente de commettre l'acte en question. C'est pourquoi l'adultère commis de bonne foi peut exercer la faute pénale mais la faute civile subsiste donc constitue une cause péremptoire du divorce. Enfin il faut préciser qu'en preuve l'adultère n'est plus une cause péremptoire du divorce depuis 1975 et ne constitue une infraction pénale.

### **II/ La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante :**

Elle est prévue à l'article 231 du code civil. Selon l'article 5 du code pénal, les peines afflictives et infamantes sont :

- la condamnation à mort ou peine capitale ;
- l'emprisonnement à vie ou condamnation à la perpétuité ;
- la condamnation de 10 à 30 ans d'emprisonnement. Cependant, pour que la condamnation à une peine afflictive et infamante permette de prononcer le divorce, il

faut qu'il s'agisse d'une condamnation devenue définitive prononcée par une juridiction nationale territorialement compétente.

La condamnation ne doit ni être réhabilitée ni être amnistiée.

## **Paragraphe 2 : Les causes non péremptoires du divorce**

Ce sont les fautes les moins graves. Elles laissent le Tribunal libre de sa décision. Les causes non péremptoires sont prévues à l'article 230 du code civil qui les définit comme étant des excès, sévices ou injures d'un conjoint envers l'autre. Les excès et les sévices désignent les mauvais traitements matériels de l'un des époux vis-à-vis de l'autre. Les injures sont constituées par des termes de mépris ou des outrages (paroles choquantes) ou de toute autre méconnaissance des devoirs résultant du mariage.

Contrairement aux causes péremptoires, dans le cas des causes non péremptoires, le juge jouit d'un plus large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne les excès, sévices et injures graves pour décider si les faits doivent ou non entraîner le divorce. Dans tous les cas, les excès, sévices et injures doivent revêtir deux caractères pour constituer une cause de divorce. Tout d'abord, ils doivent constituer une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations résultant du mariage. Ils doivent constituer des fautes graves. Cependant, le fait de ne pas aimer son conjoint n'est pas une faute car la loi impose aux époux la fidélité et non les sentiments (civ. 2<sup>ème</sup> ch, 2 février 1972, D. 1972, P.95). Ensuite elles doivent rendre intolérables le maintien de la vie conjugale. Ici le divorce est analysé dans sa conception de divorce remède où seule la séparation se trouve être la solution. On peut citer exemples suivants d'excès, sévices et injures :

- les excès sexuels de l'un ou de l'autre conjoint ;
- la non hygiène de la femme ;
- la brutalité du mari ou de la femme ;
- L'emploi des préservatifs ;
- la non consommation du mariage etc.

Dans les coutumes nigériennes, force est de dire que la distinction entre causes péremptoires et non péremptoires ne sont pas connues.

La jurisprudence coutumière paraît distinguer trois cas de divorce à savoir :

- le divorce pour faute (comme l'insoumission de la femme, les mauvais traitements à elle infligés, l'inégalité de traitement) ;
- le divorce demandé par l'un des époux et accepté par l'autre ;
- Le divorce pour rupture de la vie commune (comme l'absence prolongée du mari) ;
- un quatrième cas de divorce semble être pris en considération en pratique, c'est le cas de certaines maladies atteignant l'un des conjoints comme l'impuissance

du mari, la démence de l'un des époux.

### **III/ Les fins de non-recevoir**

Les fins de non recevoir sont les causes qui obligent le tribunal à rejeter une demande en divorce avant tout examen au fond. On entend plus précisément par fins de non recevoir, les exceptions que l'époux défendeur peut opposer à la demande, non pas pour contester les faits qu'on lui reproche mais pour faire écarter la demande quoique ces faits soient prouvés ou susceptibles de l'être.

Il existe 3 fins de non recevoir invoquées traditionnellement en matière de divorce :

- la réconciliation des époux ;
- le décès de l'un des époux ;
- la chose jugée.

#### **A/ La réconciliation des époux**

La réconciliation suppose un accord des volontés des époux après le pardon accordé par l'un d'eux. Cet accord peut intervenir aussi bien avant toute instance comme au moment de l'instance en divorce. Son objet est une renonciation de l'époux qui avait des fiefs ou droit de demander le divorce. Elle efface par conséquent, les fautes antérieures. Ces fautes pourraient cependant être invoquées si des nouvelles fautes étaient commises ou d'anciennes fautes découvertes.

#### **B/ Le décès de l'un des époux**

L'action en divorce est rigoureusement personnelle, elle s'éteint par le décès l'un des époux même dans le cas où le décès de l'époux demandeur ou défendeur survient en cours de procédure avant que le jugement ne soit devenu définitif.

#### **C/ La chose jugée**

Il n'est pas possible de fonder une demande nouvelle sur des faits qui ont été écartés lors d'une première instance. Cependant, les faits écartés par un premier jugement parce qu'ils présentaient une gravité suffisante peuvent être repris dans une nouvelle instance fondée principalement sur des faits nouveaux ou des faits encore inconnus lors de la 1<sup>ère</sup> instance.

#### **D/ Le cas de la prescription**

L'article 2262 du code civil établit une prescription trentenaire qui éteint toutes les actions. Mais cette disposition ne s'applique pas aux actions d'état qui

sont imprescriptibles. Il faut donc décider que l'action en divorce est imprescriptible. C'est en ce sens que se sont prononcées les rares décisions qui ont eu à trancher cette question (cf. Angers 29 Janvier 1859 où les juges ont estimé « les droits et les devoirs du mariage sont imprescriptibles et qu'il n'est jamais trop tard pour demander et obtenir la réparation d'un tort ou d'une faute qui y porterait atteinte »).

## **SECTION 2 : la procédure du divorce**

La procédure de divorce se divise en deux phases : la 1<sup>ère</sup> se déroule devant le Président du Tribunal civil, la seconde devant le Tribunal civil. La phase qui se déroule devant le Président du Tribunal civil a pour but d'aménager la vie des époux pendant l'instance et d'essayer une réconciliation.

### **Paragraphe 1 : La juridiction compétente**

Le Tribunal compétent est le Tribunal civil de grande instance du domicile du défendeur mais comme, sauf dans l'hypothèse où les époux seraient séparés de corps, la femme est domiciliée chez son mari, la compétence appartient en fait au Tribunal civil du mari. L'incompétence doit être soulevée « *in limine litis* » (avant tout débat au fond) devant le Président du Tribunal.

### **Paragraphe 2 : Les actions et demandes**

L'action en divorce est une action rigoureusement personnelle. Par conséquent ni les créanciers, ni les héritiers ne peuvent agir à la place des époux.

Lorsque l'époux demandeur est incapable et s'il est mineur, il agit par lui-même car il est émancipé par le mariage.

L'époux demandeur présente en personne sa requête au Président. Cette formalité a pour but de permettre au Président de dissuader le demandeur. Le Président, si le demandeur persiste dans sa volonté de divorcer, délivre une ordonnance contenant « permis de citer ». Il autorise le demandeur. Par cette 1<sup>ère</sup> ordonnance, il peut permettre à l'époux de résider séparément et prendre des mesures conservatoires relatives aux biens des époux.

Au jour indiqué, le Président tente de concilier les époux hors la présence de leur conseil, si la conciliation n'a pas été possible, il peut ou bien ajourner les époux à « 6 mois » (ce délai étant renouvelable sans que sa durée totale puisse excéder une année) ou bien autoriser le demandeur à assigner son conjoint devant le Tribunal.

Quel que soit la solution qu'il adopte, il peut prendre un certain nombre de

mesures provisoires. La résidence séparée des époux, la provision alimentaire à l'époux dans les besoins, la garde des enfants etc.

Un des époux peut former une demande reconventionnelle au cours de l'instance, le Tribunal se trouve ainsi saisi d'action en divorce émanant de chacun des deux époux et ayant toutes eux pour objet de faire prononcer le divorce aux torts de l'autre époux. Le but pour le défendeur est de faire valoir réciprocité des torts et d'obtenir que les déchéances résultant de la condamnation ne pèsent pas sur lui tout seul.

La demande reconventionnelle peut être formulée au cours de la procédure de 1<sup>ère</sup> instance jusqu'à la clôture des débats.

L'article 248 du code civil ajoute que les demandes reconventionnelles peuvent être introduite même en appel.

En ce qui concerne la procédure devant le Tribunal, elle est caractérisée par la non publicité des débats. En effet, les débats ont lieu en chambre de conseil (huit clos) hors la présence du public. Ils ne peuvent être reproduits dans la presse. Toutefois, le jugement lui est rendu publiquement.

S'agissant des moyens de preuve, le Tribunal peut ordonner une enquête sur les faits articulés par les époux. Un juge commis par le Tribunal entend les témoins. Contrairement au droit commun, les parents (sauf les descendants), les alliés et les domestiques peuvent être entendus comme témoins. Les lettres missives (par exemple d'amour) peuvent être versées au débat malgré leur caractère confidentiel et l'opposition du destinataire mais à la condition que l'époux ne soit pas procuré ces lettres par un moyen illicite.

### **SECTION 3 : les effets du divorce**

#### **Paragraphe 1 : Les effets du divorce entre les divorcés**

##### **I/ Quant aux rapports personnels**

Sur le plan personnel, le divorce entraîne plusieurs conséquences dont les principales sont :

- chacun des époux recouvre la liberté de sa personne, les époux deviennent étrangers l'un vis-à-vis de l'autre. Par conséquent le devoir de fidélité et de vie commune cesse.

- sous réserve de certaines dérogations en faveur de la femme, la femme perd l'usage du nom de son conjoint ;

- chacun est désormais libre de contracter un nouveau mariage, la femme étant seulement tenue de respecter le délai de viduité.

-si dans l'avenir, les époux divorcés veulent se remarier, ce qui leur est possible sans restriction, une nouvelle célébration est nécessaire, une simple réconciliation, serait-elle assortie d'une déclaration à l'état civil, ne suffit pas ;

-les liens d'alliances qui unissent chaque époux à la famille de son conjoint disparaissent. On en déduit que même s'il existe des enfants en commun, il n'y a plus d'obligation alimentaire entre un ex-époux et ses beaux-parents ;

-les époux divorcés sont déliés l'un envers l'autre de toute obligation alimentaire et d'assistance.

## **II/ Quant aux intérêts pécuniaires**

-Le régime matrimonial est dissous et doit être liquidé du fait du prononcé du jugement de divorce ;

-Les époux divorcés perdent l'un et l'autre les droits que la loi accorde au survivant dans la succession du précédé ;

-En cas de divorce pour faute prononcé pour tort exclusif d'un époux, l'autre peut obtenir des dommages intérêts en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subi du fait de la dissolution du mariage.

### **Paragraphe 2 : Les effets du divorce à l'égard des enfants des anciens époux :**

Par le divorce, le mariage n'est dissous que pour l'avenir, il n'est pas anéanti dans le passé. En conséquence, le divorce n'a pas pour effet de modifier le statut juridique des enfants spécialement en ce qui concerne leur filiation. Ceux-ci restent et demeurent des enfants légitimes et ont des droits successoraux dans la succession de leur parent et l'obligation alimentaire des parents à leur égard.

En cas de divorce, la garde des enfants est confiée à l'un ou à l'autre des époux divorcés ou à un tiers. Ce qui est pris en considération est essentiellement l'intérêt de l'enfant.

Dans le droit coutumier par contre, la solution est différente. En règle générale, l'enfant en bas âge reste sous la garde de la mère mais dès qu'il atteint l'âge de 7 ans, le père ou la famille de celui-ci est fondé (e) à récupérer l'enfant. Mais là également, la tendance de la jurisprudence actuelle est la prise en compte de l'intérêt de l'enfant.



## **CHAPITRE 2 : LA SEPARATION DE CORPS**

La séparation de corps tout comme le divorce résulte d'une décision judiciaire. Alors que le divorce met fin au mariage, la séparation de corps n'entraîne que son relâchement. Les époux étant dispensés dans cette hypothèse de l'obligation de vie commune.

Comme l'autorisation de résidence séparée accordée aux époux en instance de divorce sur ordonnance du juge après échec de la tentative de conciliation, la séparation de corps dispense donc les époux du devoir de cohabitation.

La séparation de corps est une institution fort ancienne ; elle était la seule issue à la mésintelligence conjugale pour les partisans de l'indissolubilité du mariage. D'où les expressions telles que « divorce des catholiques », « diminutif du divorce ». En réalité, loin d'éviter le divorce, la séparation de corps n'en constitue que l'antichambre avec la possibilité de conversion automatique. De ce fait, la séparation de corps emprunte largement au divorce même si certains effets lui sont spécifiques et qu'elle ne peut constituer une situation définitive.

Nous analyserons ses causes et la procédure (SECTION 1) avant ses effets (section2) et enfin les circonstances dans lesquelles elle cesse (section 3).

### **SECTION 1 : Les causes et la procédure de la séparation de corps**

Les causes de la séparation de corps et la procédure à suivre en vue de son prononcé sont les mêmes que celles évoquées en matière de divorce (sauf le cas des causes péremptoires).

### **SECTION 2 : les effets de la séparation de corps**

La séparation de corps met fin au devoir de cohabitation sans qu'il ait dissolution du mariage. Ce qui emporte les principales conséquences suivantes :

- les époux ne peuvent contracter une nouvelle union (sinon il y aurait bigamie) et les devoirs entre époux autres que ceux de vie commune et d'assistance sont maintenus en l'occurrence le devoir de fidélité.
- en raison de la disparition de la vie commune, le devoir de secours prend la forme du versement d'une pension alimentaire fixée par le juge au profit de l'époux dans le besoin et en principe sans considération de torts.
- du point de vue pécuniaire la séparation de corps entraîne toujours séparation des biens.

### **SECTION 3 : La cessation de la séparation de corps**

La reprise volontaire de la vie commune met fin à la séparation de corps. En d'autres termes, la réconciliation des époux met fin à la séparation de corps. Pour favoriser cette réconciliation, aucune formalité particulière n'est exigée autre que le simple accord de volonté.

La séparation de corps peut cesser par sa conversion en divorce. Ainsi l'article 310 du code civil indique que lorsque la séparation de corps aura duré 3 ans, le jugement de séparation sera de droit converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux.

La conversion produit des effets notamment la substitution du divorce au régime de la séparation de corps et le divorce est nécessairement prononcé au tort de l'époux contre lequel la séparation a été prononcée.

Enfin, la séparation de corps prend fin par le décès de l'un des époux. Circonstance à la survenance de laquelle le mariage est également considéré comme dissous.

## CHAPITRE 3 : LA SEPARATION DE FAIT ET LA REPUDIATION COUTUMIERE

### SECTION 1 : La séparation de fait

La séparation de fait peut être la conséquence de l'abandon d'un des époux par l'autre ou le résultat de leur accord. Le législateur ne reconnaît pas à la séparation de fait un caractère licite. Une interprétation extensive de l'article 215 du code civil qui permet d'assigner une résidence séparée à la femme mariée lorsque celle choisie par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre matériel ou moral, interprétation qui légaliserait la séparation de fait qui ne paraît devoir être admise par les Tribunaux. La jurisprudence se montre toutefois moins rigoureuse que le législateur à l'égard de la séparation de fait. Sans doute, elle considère les conventions de séparation comme nulles ainsi que les mesures accessoires, mais elle accorde à l'époux séparé de fait dans le besoin (sauf si la séparation est la conséquence de sa faute) une pension alimentaire sans l'obliger à reprendre la vie commune. L'obligation de secours subsistant, le responsable d'un accident doit des dommages et intérêts au conjoint de la victime.

Au total, force est de dire la séparation de fait est un phénomène sociologique qui n'est donc pas organisé par un juge (I). Cependant, dans l'intérêt des enfants ou de la famille, le juge peut être amené à intervenir *a posteriori* (II).

#### Paragraphe 1 : les hypothèses de séparation de fait

Deux conditions sont nécessaires pour que l'on puisse parler de séparation de fait. Un élément matériel qui consiste dans le défaut de cohabitation, les époux ayant des résidences séparées ; un élément intentionnel qui est la volonté de mettre fin à la communauté de vie. La séparation de fait est synonyme de cessation de fait entre les époux de la vie commune aussi matérielle qu'affective. Ainsi, un couple peut vivre matériellement séparé sans qu'il ait intention quelconque de porter atteinte au lien conjugal. Il en est ainsi en cas de séparation temporaire qui peut avoir sa cause dans l'éloignement pour des raisons professionnelles ou dans le cas force majeure, ou dans la maladie ou encore dans le fait que l'époux se trouve détenu en prison.

De la même manière il ne saurait y avoir séparation de fait si la cohabitation continue entre les époux. Ce serait l'hypothèse d'époux faisant « chambre à part » ou, bien que vivant ensemble ne s'adressent pas la parole s'ignorant mutuellement. Il n'existe plus de sentiments communs. Mais la communauté de toit (élément matériel) fait obstacle à ce que l'on puisse parler de séparation de fait bien qu'il y ait absence de communauté de vie. La rupture de la vie commune doit donc être intentionnelle même si cette intention était absente au départ de la séparation. C'est-à-dire un refus de reprendre la vie commune.

Il existe deux sortes de séparation de fait, suivant leur origine. L'une procède d'un accord commun des époux. L'autre peut survenir à l'initiative d'un seul des époux qui abandonne le domicile conjugal. Dans la première hypothèse, la séparation correspond parfois à une véritable convention entre les époux. En effet, parfois les époux s'accordent sur leur incompréhension mutuelle (désaccord) et conviennent alors que la vie commune étant impossible du moins momentanément, de se donner un temps de réflexion avant éventuellement de divorcer. Ils s'accordent alors une sorte de « congé mariage » qui évite ainsi une irritante cohabitation. Mais comme nous l'avons noté plus haut, de tels pactes de séparation amiable n'ont aucune valeur juridique et aucun des conjoints ne peut obtenir une exécution forcée d'une clause. L'un d'eux peut à tout moment demander la reprise de la vie commune. Mais le juge ne s'interdit pas de s'y référer dans la recherche de solutions.

Dans une seconde hypothèse, la séparation procède d'une rupture unilatérale de la vie commune. Cette rupture est souvent due à la faute d'un des époux qui exacerbe l'autre l'amenant à abandonner le domicile conjugal.

Mais dans tous les cas, pour mériter intérêt, la séparation de fait (conventionnelle ou unilatérale) doit présenter un caractère de la stabilité de sorte que chaque époux entend s'installer dans une vie isolée.

## **Paragraphe 2 : l'intention exceptionnelle du juge**

Pendant longtemps, le législateur a voulu méconnaître cette situation quel que soit son origine. S'il n'était pas question de l'interdire, il ne lui reconnaissait aucun effet juridique. Mais ce phénomène a fini par s'imposer comme le concubinage. Aussi, constate-t-on un changement dans l'attitude du législateur.

D'abord à l'égard du juge, parfois les époux obtiennent son intervention forcée dans cette situation. Il en est ainsi lorsqu'en étant déjà séparés, ils demandent à ce que le juge en aménage les conséquences. En effet, le mariage subsiste malgré la séparation. Ainsi, les devoirs de secours et de fidélité (et partant la présomption de paternité) entre époux demeurent de même que la protection dont bénéficie le logement familial. Au plan patrimonial, toutes les règles du régime matrimonial sont applicables notamment si les époux sont mariés sous le régime de la communauté.

Le mariage n'étant pas dissous, l'époux qui ne dispose pas de ressources suffisantes pour vivre peut obtenir la condamnation de son conjoint à lui verser une contribution aux charges du ménage. De même, dans le but de sauvegarder les intérêts de la famille, il peut demander l'aménagement des pouvoirs de gestion conformément au régime matrimonial qui les régit. Bien sûr le juge tiendra compte

de circonstances de la cause et de la responsabilité dans la séparation. Lorsque la séparation a une origine fautive, les droits de l'époux innocent peuvent être sauvegardés par une pension alimentaire qui assure le devoir de secours. Le juge statue aussi sur l'exercice de l'autorité parentale s'il existe des enfants mineurs. En tout état de cause, le juge ne peut régler d'une manière générale les modalités de la séparation de fait.

## **SECTION 2 : Le cas de la répudiation coutumière**

La répudiation est le pouvoir reconnu au mari dans le droit coutumier de mettre unilatéralement fin au mariage. Autrement dit la répudiation c'est la possibilité qu'a tout mari de rompre unilatéralement le mariage, cette décision ayant des effets de droit. « Tout mari musulman peut à chaque instant renvoyer sa femme et se séparer d'elle sans motifs et sans indemnités.

C'est quasiment la voie exclusive utilisée par les hommes pour dissoudre le mariage. Dans cette hypothèse, la dissolution du mariage s'effectue sans qu'intervienne le juge et à la discrétion du mari. Celui-ci n'étant pas tenu de justifier sa décision.

La répudiation est prévue et réglementée par le Coran dans les Sourates II (versets 227 à 241) et LXV (versets 1 à 7).

Pour être valable, la répudiation ne peut être prononcée que par un homme majeur, jouissant de toutes ses facultés mentales. Elle ne peut être prononcée lorsque le mari est en état d'ivresse ou sous l'emprise de la colère. Quant à la femme elle ne doit pas se trouver en période menstruelle lors du prononcé de la formule répudiatoire.

La formule de la répudiation est simple. Le mari dit à la femme « je te répudie » trois fois. Le droit musulman pour sa part conditionne la répudiation à la prononciation par trois fois de la phrase « tu n'es plus ma femme ». Cette phrase prononcée 3 fois met fin au mariage des époux. Le plus souvent, la femme demande à un tiers de venir témoigner la décision du mari.

S'agissant des effets de la séparation, ils peuvent être envisagés eu égard à la dot. Trois cas peuvent être envisagés :

- si le mariage a été consommé, la femme a droit à la totalité de la dot ;
- si le mariage n'a pas été consommé, la femme a droit à la moitié de la dot ;
- si la femme est répudiée pour faute grave notamment pour adultère, elle n'a

pas droit à la dot et partant elle est même tenue de restituer ce qu'elle a reçu.

## **CHAPITRE 4 : LA DISSOLUTION DU LIEN MATRIMONIAL A LA SUITE DU DECES DE L'UN DES EPOUX**

En dehors de toute intervention de la justice, le lien matrimonial est aussi dissous par le décès du conjoint. Les effets de cette dissolution ne sont pas les mêmes selon que c'est le mari (Section 1) ou la femme (section 2) qui décède.

### **SECTION 1 : le décès du mari**

Le décès du mari va avoir des effets personnels et des effets pécuniaires sur la situation de la femme.

S'agissant des effets personnels, l'effet immédiat c'est que la femme doit observer un délai de viduité ; cette fois un peu plus long de quatre mois et dix jours à l'issu duquel, elle a la liberté de se marier.

Pendant tout ce délai la femme doit observer une conduite irréprochable.

La femme passe le délai de viduité au domicile du défunt.

S'agissant des effets pécuniaires, la femme hérite son mari dans la proportion du quart de ses biens mobiliers et immobiliers s'il n'a pas d'enfants et dans la proportion du huitième s'il a des enfants. Si elles sont plusieurs femmes, elles se partagent le quart. Si le reliquat de sa dot n'a pas été payé elle devient créancière de la succession pour ce montant.

La femme est également créancière de la succession pour son entretien pendant toute l'année qui suit le décès de son mari.

Les enfants de plus de deux ans sont confiés à la garde des parents de la lignée paternelle.

### **SECTION 2 : le décès de la femme**

Dans l'hypothèse où c'est la femme qui décède, le mari peut, s'il le désire, se remarier dès le lendemain. Mais cela se heurterait à la bienséance et la coutume lui fait obligation d'observer un délai de quarante jours avant de se marier.

Le mari a également vocation à succéder à sa femme. Si elle n'a pas d'enfant, il hérite de la moitié de ses biens meubles et immeubles ; si elle a des enfants, il hérite du quart de ces mêmes biens.

Si les époux avaient des dettes entre eux, c'est le droit commun qui s'applique ;

la femme est créancière ou débitrice de la succession.

### **CHAPITRE 3 : La FILIATION**

On appelle filiation le double lien juridique qui rattache un enfant à ses auteurs, à ses père et mère. Il y a donc filiation maternelle et une filiation paternelle.

Le plus fréquemment la filiation résulte du mariage des auteurs de l'enfant. On dit alors que la filiation est légitime. L'enfant légitime est donc issu des rapports de personnes mariées ensemble (s'il devient légitime, on dit qu'il est légitimé). La filiation peut aussi être naturelle. L'enfant naturel est issu des rapports de personnes qui ne sont pas mariées ensemble. Il peut s'agir d'un enfant naturel simple (aucun des parents n'est marié) ou d'un enfant adultérin (un, ou les auteurs sont mariés par ailleurs).

On parle de filiation incestueuse s'il existe entre les auteurs de l'enfant un empêchement au mariage fondé sur la parenté.

Enfin, la filiation peut être adoptive. La filiation adoptive est artificiellement établie par la justice.

Nous allons étudier la filiation légitime, puis les procédés de légitimation, la filiation naturelle et la filiation adoptive.

#### **SECTION\_1 : La filiation légitime**

Le mariage constitue la seule source de la famille et confère la qualité de famille légitime à laquelle est établie la filiation légitime. Les enfants qui naissent dans le mariage sont dits légitimes ; ils sont unis à leur mère par le lien de maternité légitime et à leur père par le lien de paternité légitime. La filiation légitime nécessite donc la réunion de trois conditions : un mariage valable entre les parents, un lien de filiation avec la femme (maternité légitime), un lien de filiation avec le mari de cette femme (paternité légitime).

La filiation est donc un double lien, nous allons en exposer les deux composantes : filiation maternelle, filiation paternelle.

##### **Paragraphe 1 : la filiation maternelle légitime**

L'enfant né dans la famille légitime ne rencontrera généralement aucune difficulté à établir sa filiation que personne ne dénie. Cependant le législateur a dû intervenir pour réglementer la preuve. Il faut en effet, empêcher d'une part, que les époux sans descendance réussissent à s'attribuer faussement un enfant qui n'est



pas le leur, et en cela les règles qui gouvernent l'établissement de la filiation sont d'ordre public.

Pour établir la filiation maternelle légitime, il faut établir trois faits distincts : le mariage de la femme, l'accouchement de la prétendue mère à une date déterminée, et l'identité d l'enfant. Les rédacteurs du code civil ont maintenu les exigences de l'ordonnance de Colbert sur la procédure civile en matière de preuve en distinguant les preuves extrajudiciaires et les preuves judiciaires de la maternité.

La preuve extrajudiciaire de la maternité légitime peut s'établir à travers l'acte de naissance et la possession d'état.

### **I : la preuve par l'acte de naissance**

C'est le procédé de très loin le plus fréquent (art. 319 du code civil).

L'acte de naissance est la preuve normale de la filiation légitime. L'article 319 du code civil dispose que « la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil ». La lecture de cet article pourrait supposer que l'acte de naissance prouve la filiation tout entière, c'est-à-dire à la fois l'accouchement et l'identité. Certaines conditions doivent tout de même être remplies, notamment la mention du nom de la mère est indispensable pour que l'acte de naissance établisse la filiation.

### **II : la preuve par la possession d'état**

En ce qui concerne la possession d'état, l'article 321 du code civil indique qu'elle « s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir... ». Les principaux de ces faits énumérés par le code civil sont :

- que l'individu a toujours porté le nom de son père auquel il prétend appartenir ;
- que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ;
- qu'il a été constamment reconnu pour tel dans la société ;
- qu'il a été reconnu pour tel par la famille ;

Ainsi, les rédacteurs du code civil ont retenu comme faits le nom (*nomen*), la manière dont l'enfant a été traité par ses prétendus parents (*tractatus*), sa situation aux yeux de la famille et des étrangers (*fama*).

La possession d'état est l'une des manifestations de l'apparence sur le plan juridique. Le législateur lui attache deux conditions pour être une preuve de la maternité légitime : elle doit être constante, sans interruption ; elle doit enfin rattacher l'enfant à

ses deux parents.

### **III : la preuve par témoins**

Si les deux moyens précédents ne peuvent être réunis on peut encore prouver sa filiation par témoins. A la condition de fournir au préalable un commencement de preuve écrite (art. 324 du code civil : pratiquement n'importe quel écrit), ou d'établir l'existence de présomptions ou d'indices (art. 323 du code civil).

### **IV : les actions relatives à la maternité légitime**

Deux actions en justice ont trait à la maternité légitime : l'action en réclamation d'état d'enfant légitime, et l'action en contestation d'état d'enfant légitime. Par l'action en réclamation d'état, l'enfant recherche la maternité légitime par le jeu de la présomption *pater is est...* dès qu'il a établi que telle femme mariée est sa mère. L'action est réservée à l'enfant ou son représentant s'il est mineur. Le code civil autorise les héritiers de l'enfant à exercer l'action dans deux cas : lorsque l'enfant a commencé l'action et est décédé sans l'avoir abandonnée (art.330cc) ; lorsque l'enfant est décédé dans les cinq années qui suivent sa majorité. L'action en contestation d'état d'enfant légitime permet de démontrer qu'une personne n'est pas l'enfant de telle femme mariée. L'action appartient à toute personne ayant un intérêt direct dans la contestation.

#### **Paragraphe 2 : la filiation paternelle légitime**

Il est biologiquement très difficile d'apporter la preuve de la filiation paternelle. En considération de cette difficulté le législateur a créé une présomption de paternité (il dispose de la preuve de sa filiation paternelle l'enfant d'une femme mariée) qui est énoncée par l'article 312 du code civil : « l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari » (« le mari c'est le papa »).

Bien sûr le mari peut combattre cette présomption de paternité : c'est le désaveu de paternité.

Mais la difficulté est seulement reportée, semble-t-il, car bénéficiaire de la présomption de paternité, il faut prouver la conception de l'enfant pendant le mariage. Le législateur a sur ce point aussi créé une présomption : c'est la présomption légale sur la durée des grossesses (art. 311 du code civil).

Tout enfant est présumé avoir été conçu entre le 300<sup>e</sup> et le 180<sup>e</sup> jour inclusivement qui précèdent sa naissance.

Cette période de 121 jours, c'est la période légale de conception dans laquelle l'enfant a été conçu à un moment quelconque au mieux de ses intérêts (sauf preuve contraire).

## **I : la présomption de paternité**

La paternité présumée du mari joue automatiquement ou sous condition.

### **A : application automatique**

La présomption de paternité (le mari est le père) s'applique :

- A l'enfant conçu dans le mariage (art. 312 du code civil) ;
  - Soit tout enfant né au plus tôt 180 jours la célébration du mariage.
  - Soit tout enfant né avant le 300<sup>ème</sup> jour après la dissolution de l'union.
- A l'enfant né dans le mariage (art. 314 du code civil), c'est une faveur car l'enfant qui naît dans les 180 premiers jours du mariage a, par application de la présomption sur la durée des grossesses, été conçu avant le mariage ;
- En revanche la présomption est écartée tout aussi automatiquement si l'enfant est né plus de 300 jours après la dissolution du mariage de ses parents, l'absence ou la disparition du mari (art. 315 du code civil).

### **B : application sous condition**

La présomption de paternité est écartée si l'enfant est né plus de 300 jours après une ordonnance autorisant la résidence séparée de ses parents, ou si l'enfant est né moins de 180 jours après le rejet de la demande en divorce de ses parents ou leur réconciliation. Il est logique d'écarter la présomption de paternité car l'enfant a été conçu (application de la présomption légale sur la durée des grossesses) pendant la résidence séparée de ses parents ou avant leur réconciliation. Mais la présomption de paternité redevient applicable si (applicable sous condition) l'enfant a la possession d'état d'enfant légitime (art. 313, al. 2) ; ou si l'on établit des rapports entre les époux après leur résidence séparée avant leur réconciliation (art. 313-2, al 2 du code civil).

Par ailleurs, la présomption de paternité est écartée si l'enfant de la femme mariée est déclarée père inconnu, ou sous un nom autre que celui du mari, ou si la femme a dissimulé sa grossesse (art. 313-1 du code civil). La présomption de paternité retrouve application sous condition d'établir des rapports entre les époux (313-2, al2).

## **II : le désaveu de paternité**

Le mari qui est présumé être le père de l'enfant peut toujours combattre cette

présomption.

Le mari peut toujours apporter la preuve de sa non- paternité, par n'importe quel moyen (examen sanguin, stérilité, éloignement...).

Cette preuve est simplifiée pour l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage. Cet enfant qui a été conçu avant le mariage, peut être désavoué par la seule preuve de la date de sa naissance (s'il est né avant le 180<sup>e</sup> jour il n'est pas l'enfant du mari), sauf si le mari connaissait la grossesse de la femme au moment du mariage ou s'il confère la possession d'état d'enfant légitime à l'enfant (art. 314, al 3 du code civil).

L'action en désaveu de paternité (le désaveu doit être judiciairement prononcé) doit être dans les 6 mois qui suivent la naissance de l'enfant (art. 314, al. 3 du code civil). Mais le mari n'est plus le seul à pouvoir discuter sa paternité.

### **III : la contestation de paternité**

Le mari peut avant que la filiation d'un enfant soit établie à l'égard de sa femme, ou au moment où cette filiation va être établie contester sa paternité. La présomption de paternité ne s'applique pas encore puisque la filiation maternelle de l'enfant n'est pas établie mais peut l'écarter par précaution, préventivement (art. 325 et 326 du code civil).

Surtout la mère qui s'est remariée (après divorce), avec le véritable père de son enfant peut contester la paternité de son ex-mari (art. 318, 318-1 du code civil) sous réserve d'ajouter à sa demande de contestation de paternité une demande de légitimation de l'enfant formulée avec le véritable père qu'elle a épousé.

L'enfant légitime est donc l'enfant né ou conçu dans le mariage. Mais parfois la légitimité n'est pas acquise dès l'origine, on l'obtient par le moyen d'une légitimation.

### **SECTION 2 : la légitimation**

C'est le mariage qui peut conférer à un enfant né hors mariage la légitimité, on parle alors d'un enfant légitimé.

Les enfants reconnus par leurs parents sont légitimés par leur mariage. Les parents doivent donc reconnaître leurs enfants avant de se marier (art. 331 du code civil).

### **SECTION 3 : la filiation naturelle**

L'enfant naturel, issu des rapports de personnes qui ne sont pas mariées

ensemble, a les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime (art. 333 du code civil). La filiation naturelle s'établit par l'aveu (la reconnaissance) ou en justice. Si on ne parvient pas à établir un lien de filiation, il reste encore l'action à fins de subsides (pour obtenir une « pension alimentaire ») dont nous dirons quelques mots.

### **Paragraphe 1 : la reconnaissance de l'enfant naturel**

Par la reconnaissance, le père ou la mère de l'enfant établissent le lien de filiation qui les unit à celui-ci.

La reconnaissance d'un enfant naturel est faite dans son acte de naissance, ou dans un autre acte authentique (art. 335 du code civil).

Généralement la reconnaissance est faite devant un officier d'Etat civil au moment de la naissance ou après.

Par faveur, on admet que l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance vaut reconnaissance, si elle est confirmée par la possession d'état de l'enfant (art. 337 du code civil).

Les père et mère, capables juridiquement ou pas, peuvent reconnaître l'enfant. Ainsi l'officier d'Etat civil doit accepter la reconnaissance qui émane d'un mineur ou d'un majeur en tutelle, sauf si le majeur apparaît hors d'état de comprendre la portée de ses actes.

L'officier d'Etat civil doit également recevoir la reconnaissance de l'enfant d'une femme mariée si l'enfant possède seulement le titre d'enfant légitime. En d'autres termes, on peut reconnaître un enfant adultérin.

On peut reconnaître un enfant simplement conçu (pendant la grossesse) ou décédé, et bien entendu un enfant vivant.

L'officier d'Etat civil mentionne ensuite la reconnaissance, si elle a été faite par acte séparé, en marge de l'acte de naissance. Au moment de cette apposition le caractère éventuellement irrégulier de la reconnaissance apparaîtra et l'officier d'Etat civil en informe le Procureur de la République.

En revanche, on ne peut reconnaître un enfant qui a déjà fait l'objet d'une reconnaissance (art. 338 du code civil). Une question difficile concerne l'enfant qui a le titre d'enfant légitime (l'acte de naissance), mais pas la possession d'état, et dont il semble qu'il puisse être reconnu (art. 334-9 du code civil, interprétation de la jurisprudence).

Enfin les enfants adultérins peuvent être reconnus de même que les enfants incestueux, mais par un seul parent (père ou mère) pour ces derniers de telle façon que le caractère incestueux de leur filiation n'apparaisse pas (art. 334-10 du code civil).

Une reconnaissance d'enfant peut être annulée (si l'enfant ne peut être reconnu parce que cela ferait apparaître sa filiation incestueuse par exemple), ou contestée (art. 339 du code civil).

## **Paragraphe 2 : l'établissement judiciaire de la filiation naturelle**

### **I : l'action en recherche de paternité naturelle**

Elle n'est possible que dans cinq cas (art. 340 du code civil) :

1. Viol ou enlèvement de la mère pendant la période légale de conception.
2. Séduction avec fraude, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles.
3. Existence d'écrits du père prétendu établissant sa paternité.
4. Concubinage impliquant des relations stables et continues à défaut de communauté de vie.
5. Entretien de l'enfant par le père prétendu.

L'homme dont on prétend qu'il est le père de l'enfant peut arrêter la procédure en apportant la preuve de l'un des trois faits suivants (art. 340-1 du code civil) :

- a. La mère était d'une conduite notoire, ou a eu commerce avec un autre individu, pendant la période légale de conception.
- b. Impossibilité de procréer du père prétendu, pendant la période de conception.
- c. Preuve médicale qu'il ne peut être le père de l'enfant.

Si ces obstacles préliminaires sont franchis le dossier sera examiné complètement et une décision rendue.

L'action en recherche de paternité naturelle doit être exercée dans les deux ans qui suivent la naissance de l'enfant par son représentant, ou par l'enfant lui-même dans les deux ans qui suivent sa majorité.

### **II : l'action en recherche de maternité naturelle**

Elle est fondée sur la preuve de la possession d'état d'enfant naturel de telle femme, ou en l'absence de possession d'état sur des témoignages en ce sens (sous réserve de l'existence d'un commencement de preuve par écrit, ou de présomptions ou indices graves (art. 341 du code civil)).

### **Paragraphe 3 : l'action afin de subsides**

L'enfant naturel dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie peut demander des subsides (une pension) à celui qui a eu des rapports avec sa mère durant la période légale de la conception (art 342 du code civil).

Si plusieurs hommes se trouvent avoir eu des relations avec la mère, ils pourront néanmoins être condamnés à verser des subsides à l'enfant s'ils ont commis une faute (viol), ou s'ils ont pris un engagement en ce sens (art. 342-3 du code civil).

### **Section 4 : la filiation adoptive**

La filiation adoptive est définie par opposition à la filiation biologique (filiation d'origine ou filiation par le sang ou filiation selon la chair) considérée comme la filiation par excellence. Ainsi, l'adoption crée, par l'effet de la loi, un lien de filiation indépendamment de l'origine de l'enfant. Il s'agit d'une filiation purement juridique reposant sur la présomption d'une réalité non pas biologique mais affective.

De toutes les définitions qui ont pu être données, il apparaît un élément commun : la volonté de créer un lien de droit entre un enfant et une personne entre lesquels il n'existe parfois aucun lien biologique. Quelles peuvent être alors les motivations d'une telle manifestation de volonté ?

Il faut dire que les raisons qui peuvent justifier une adoption sont très diverses. Cependant, deux principales motivations existent. L'adoption est perçue comme le moyen pour un couple sans enfant, d'en accueillir et de donner une famille à un enfant qui n'en a pas. L'adoption joue alors comme un palliatif et peut être conçue soit dans l'intérêt de l'adoptant, soit dans l'intérêt de l'adopté.

Tout d'abord et ce dans l'intérêt de l'adoptant, l'adoption apparaît comme un palliatif du défaut d'enfant. Les motivations y sont variées. D'abord et primordialement, l'adoption sera un moyen permettant de satisfaire le désir d'enfant des couples qui sont dans l'impossibilité d'en avoir. Ainsi le couple stérile ressentant l'absence d'enfant comme un manque, se donne le moyen de son épanouissement en réalisant une adoption. Pour un(e) célibataire (surtout la femme), l'adoption visera essentiellement à combler un vide affectif ; l'instinct maternel y joue un rôle primordial.

L'adoption permet aussi de pallier une absence d'héritiers. Cette motivation est à l'origine même de l'adoptant ; du moins telle qu'elle est introduite dans le code civil. L'adoption était le moyen de remédier au manque de descendance à qui

transmettre, après son décès, non seulement ses biens mais aussi une fonction héréditaire (C'était le moyen de perpétuer une dynastie : transmettre un nom qui va s'éteindre, un titre de noblesse).

Enfin, l'adoption peut être un moyen d'élargissement de la famille : ainsi, par humanisme ou pour des raisons d'ordre psychologique, une personne, un couple ayant déjà au moins un enfant, peut être amené à en adopter. De même, dans le but d'en effacer toute différence juridique entre les enfants légitimes et les orphelins (décès d'un frère, d'une sœur ou d'un cousin etc.). Que l'on a recueillis, l'on peut procéder à leur adoption. Le remariage peut être aussi une raison de l'adoption. L'adoption de l'enfant du conjoint marque alors la volonté de l'époux d'intégrer l'enfant du conjoint, dans la nouvelle famille. Il peut y avoir même des adoptions croisées ou réciproques des enfants de précédents lits. Il s'agira alors de mettre ces enfants sur un pied d'égalité juridique.

A présent dans l'intérêt de l'adopté l'adoption apparaît ensuite comme un palliatif à l'absence de famille. En adoptant un enfant, le couple donne un cadre d'épanouissement (une famille) à l'enfant. Soit parce que cet enfant n'avait pas ou n'a plus sa famille, soit parce que la famille ne lui offre pas un véritable cadre d'épanouissement. Elle décharge alors ces personnes qui ne sont pas en mesure d'assumer un enfant ou tout simplement qui n'en veulent pas. L'adoption est alors inspirée par la générosité ; elle vise à offrir à des enfants déshérités, le foyer et l'affection qu'ils ne peuvent trouver auprès de leurs parents par le sang.

En disposant que « l'adoption ne peut avoir lieu que s'il y a de justes motifs et si elle présente des avantages pour l'adopté » les législations modernes confèrent plus à l'adoption qu'une seule raison, une seule finalité : réaliser l'intérêt de l'enfant. Quelles que soient les motivations de l'adoptant, dans leurs manifestations les plus égoïstes, c'est l'intérêt de l'enfant qui devra justifier l'adoption. C'est l'aboutissement de l'institution qui a connu un développement important.

Pour le surplus, on notera que l'adoption n'est pas de cette création récente et l'évolution de ses motivations emporte celle de l'institution elle-même. A l'origine (en droit romain), l'adoption permettait d'assurer les cultes domestiques puis plus tard, d'assurer la transmission de la puissance impériale. Après un certain essoufflement, l'adoption suscitera encore de l'intérêt sous la révolution française avec l'apparition de l'adoption par la nation.

C'est Napoléon BONAPARTE qui insista pour la prise en compte l'adoption dans le Code civil au moment de la rédaction. Mais par crainte de détournement de l'institution par des personnes qui avaient ainsi la possibilité de se créer une postérité sans les charges d'un conjoint, l'adoption était soumise à des conditions



très restrictives. Par exemple, n'était pas possible que pour les majeurs. Ce qui freina conséquemment l'adoption qui n'avait plus beaucoup d'intérêt pour les adoptants. C'est surtout au lendemain de la deuxième guerre mondiale (1914 – 1918) que l'adoption connut une nouvelle faveur de l'opinion publique du fait du grand nombre d'orphelins de guerre. C'est une loi du 19 juin 1923 qui changea en France la physionomie de l'adoption pour en faire une institution charitable en faveur de l'adopté en permettant l'adoption des mineurs.

Les états africains hériteront de la colonisation l'institution avec plus ou moins d'uniformité (du moins pour les Etats ayant modifié leur législation familiale). La loi africaine connaît une terminologie variée pour une nécessaire adaptation aux réalités mais aussi en fonction de la volonté du législateur.

Dans tous les cas, certaines manifestations ont existé dans les sociétés africaines. Ce sont notamment le fait que les orphelins soient recueillis puis élevés. De même, dans la pratique du lévirat, les enfants du frère ou du cousin prédécédé sont assimilés aux enfants de leurs beaux-frères. Mais y-a-t'il là adoption ? On peut répondre par l'affirmative parce que les rites auxquels elle donne lieu marquent l'intégration des enfants du défunt dans la famille de ce dernier.

Le législateur a défini deux types d'adoption : l'adoption plénière (paragraphe II) et l'adoption simple (paragraphe I).

### **Paragraphe 1 : l'adoption simple**

L'adoption simple est un acte judiciaire, elle est prononcée par un jugement. Elle nécessite néanmoins un accord de volonté donné sous une forme solennelle. Certaines conditions sont exigées par la loi. L'adoption produit des effets analogues aux autres régimes de la filiation.

#### **I : les conditions de l'adoption simple**

Elles sont de deux ordres, les premières sont de fond, les secondes sont de forme.

##### **A : les conditions de fond**

Les conditions de fond de l'adoption simple tiennent d'une part à la nécessité du consentement des intéressés, et d'autre part à faire de l'adoption un succédané de la filiation par le sang.

L'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe âgées de

plus de 40 ans. Toutefois, elle peut être demandée conjointement par deux époux non séparés de corps de corps dont l'un est au moins âgé de plus de 35 ans s'ils sont mariés depuis plus de 10 ans et n'ont pas eu d'enfants de leur mariage (art. 344).

Les consentements de l'adoptant et de l'adopté sont requis pour que l'adoption soit valable. Le consentement de l'adoptant peut requérir celui de son conjoint car l'adoption est susceptible de modifier l'équilibre familial. En outre, la requiert également le consentement de l'adopté. Lorsque l'adopté est marié, l'autorisation de son conjoint est requise.

La filiation adoptive étant un succédané de la filiation légitime, l'adoption n'est possible qu'à défaut d'enfant légitime. Pour la même raison, la filiation adoptive doit ressembler à la filiation par le sang, elle ne peut donc exister que dans les hypothèses où la légitimité ne rencontrerait pas d'obstacle.

## **B : les conditions de forme**

En ce qui concerne les conditions de formes, le consentement des intéressés est exigé. Pour assurer l'accomplissement de cette condition, la loi exige que ce consentement soit donné devant le tribunal d'instance ou un notaire qui rédige, pour le constater, un acte authentique. Le tribunal est jugé de l'opportunité de l'adoption. Le décès du requérant n'empêche au tribunal de statuer. L'adoption fait en outre l'objet d'une publicité qui a pour but de la porter à la connaissance des tiers. Le jugement qui prononce l'adoption est rendu en audience publique. La sanction du défaut de publicité est l'inopposabilité.

## **II : les effets de l'adoption simple**

L'article 365 du code civil, « l'adoption ne produit ses effets entre les parties qu'à partir du jugement ou de l'arrêt d'homologation ». Le jugement d'adoption est donc constitutif, créateur de droits, et non déclaratif.

Les effets de l'adoption simple peuvent se résumer dans la double proposition consistant à dire que l'adopté demeure dans sa famille d'origine ; il entre dans la famille adoptive. Il demeure dans sa famille d'origine signifie que sa situation à l'égard de la famille d'origine reste la même, donc les mêmes droits et obligations à l'égard de la famille d'origine. Il peut y avoir cependant la possibilité de rompre le lien juridique avec ses parents de sang, seule demeure les prohibitions au mariage. L'adopté entre dans la famille adoptive signifie que la puissance paternelle est transférée à l'adoptant ; c'est celui-ci qui peut consentir au mariage de l'adopté ; l'adopté prend le nom de l'adoptant, et des obligations alimentaires réciproques naissent. Entre l'adopté et les membres de la famille de l'adoptant il ne s'établit en

principe aucun rapport. Cependant le législateur a établi pour des raisons de moralité, des empêchements au mariage. L'adoption ne prend pas fin par l'établissement d'une filiation par le sang résultant d'une reconnaissance d'un lien de filiation de l'enfant adopté ; selon l'article 366 du code civil, « si l'adoptant vient à mourir, après que l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption a été reçu et que la requête à fin d'homologation a été présentée au tribunal civil, l'instruction est continuée et l'adoption admise s'il ya lieu. Dans ce cas elle produit ses effets au moment du décès de l'adoptant ». L'adoption peut aussi être révoquée s'il est justifié de motifs graves, par une décision du tribunal, rendue à la demande de l'adoptant ou de l'adopté ; néanmoins, aucune demande de révocation n'est admise lorsque l'adopté est mineur de moins de seize ans (art.367 cc).

## **Paragraphe 2 : l'adoption plénière**

L'adoption plénière remplace la légitimation adoptive que le code civil réservait aux couples mariés adoptant de jeunes enfants et qui faisait entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant avec rupture de lien avec la famille d'origine.

Le législateur a créé sous le nom de légitimation adoptive, une adoption complète par laquelle il est parvenu à assimiler presque entièrement l'adopté à un enfant légitime. Pour aboutir à ce résultat, le législateur a dû modifier les conditions de l'adoption simple.

Ainsi, les conditions de réalisation de l'adoption plénière sont strictement déterminées. Elle opère alors intégration de l'adopté dans la famille dans la famille de l'adoption.

### **I : les Conditions de l'adoption plénière**

Il y'a des conditions de fond et de forme.

#### **A : les conditions de fond**

En ce qui concerne les conditions de fond, seul le consentement des adoptants est nécessaire. On n'exige ni celui de l'enfant ou de son représentant légal, ni celui de sa famille. Les adoptants doivent être mariés et non séparés de corps. Ils ne doivent avoir en principe ni enfants, ni descendants légitimes ; mais ils peuvent adopter successivement plusieurs enfants par légitimation adoptive. Ils doivent remplir les conditions d'âge exigées par l'article 344. L'adopté doit être âgé de moins de cinq ans (art.368 CCAN) ; il doit être abandonné par ses parents ou ceux-ci doivent être décédés ou inconnus. La légitimation adoptive doit présenter de justes motifs et des avantages pour l'adopté.

## **B : les conditions de forme**

En ce qui concerne les conditions de formes, la légitimation adoptive est acte judiciaire. Le tribunal peut procéder à une enquête, il doit en tout cas demander l'avis de la personne ou de l'œuvre de qui relève l'enfant. Le jugement doit faire l'objet d'une publicité. Elle consiste comme pour l'adoption, en une mention en marge de l'acte de naissance.

### **II : Les effets de l'adoption plénière**

Le point de départ est le même que pour l'adoption simple. Les effets sont cependant plus complets. L'enfant est en tout point dans la situation d'un enfant légitime dans ses rapports avec les adoptants. Il existe entre eux un droit de succession réciproque. L'enfant prend le nom du mari ; l'adopté entre dans les familles des adoptants. L'enfant perd tout lien avec sa famille d'origine, seuls subsistent les empêchements au mariage. La légitimation adoptive est irrévocable ; cependant en cas de décès, une nouvelle légitimation adoptive de l'enfant est possible.