

Droit civil : les personnes / la famille

EQUIPE PEDAGOGIQUE

Chargé du Cours : Professeur Mohamed Bachir NIANG

Chargés (es) des Travaux dirigés

Mme Ndèye Sophie DIAGNE NDIR / M. Sidy Nar DIAGNE / M. Thomas DIATTA /
M. Oumar Ahamadou DICKO / M. Cheikhou Oumar DIEYE /
Melle Khadidiatou DIOP / Dr. Abdoul Aziz DIOUF / M. Christian Ousmane DIOUF /
M. Ndigue DIOUF / M. Samba DIOUF/ M. Waly Deb DIOUF / M. Ndiack FALL/
Mme Oumy GUEYE /M. Ousseynou KA / M. El Hadj Iba Barry KAMARA /
M. Séckou MASSALY / M. Ibrahima NDAO / M. El Hadj Samba NDIAYE /
Melle Ndèye Coumba Madeleine NDIAYE (**coordonnatrice**) / M. Bira Lô NIANG /
M. Daly SENE

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE POUR LE SECOND SEMESTRE

Annick BATTEUR, Droit des personnes et de la famille, LGDJ, 2009.

Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET, Libertés et droits fondamentaux, 16^{ème} éd., Dalloz, 2010.

Jean CARBONNIER. Droit civil. t. 2. La famille, l'enfant, le couple. 21^{ème} éd. Refondue. Paris : PUF, 2002.

Gérard CORNU, Droit civil - Les personnes, Montchrestien, 13e éd. 2007.

Patrick COURBE, Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités, Mémento Dalloz, 7e éd. 2009.

Patrick COURBE, Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités, 6^{ème} éd. Dalloz, 2007.

Ndigue DIOUF, Droit de la famille. La pratique du tribunal départemental du Sénégal, abis éditions, 2011.

Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, Les personnes – La protection des mineurs et des majeurs, Defrénois, 5e éd. 2010.

Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, Droit civil. La famille. Paris: EJA, 2004.

Youssoupha NDIAYE, Le divorce et la séparation de corps, Dakar, NEA, 1979

François TERRE et Dominique FENOUILLET, Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités, Dalloz, 7e éd. 2005.

Bernard TEYSSIE, Droit civil, Les personnes, Litec, coll. Manuels, 12e éd. 2010.

Textes utiles

- Constitution du Sénégal du 7 janvier 2001
- Code de la famille du Sénégal
- Code civil français

Séance 1

Thème: La personnalité juridique

Sous-thème: L'existence de la personnalité juridique

Sujet : cas pratiques

Travail à faire : Lire les documents / Traitez les cas pratiques suivants

Cas 1

Modou est un jeune marié très consciencieux. Dès son union avec Awa, son souci majeur a été d'assurer à sa famille un bien-être matériel et moral. C'est ainsi qu'étant ouvrier, il travaille dur et sans arrêt. Il a aussi souscrit une assurance décès au profit de sa conjointe et de ses enfants qui naîtraient de son union. Pour que sa famille soit à l'abri du besoin, Modou a toujours souhaité avoir deux enfants, pas plus ni moins. Mais le destin en a décidé autrement. En effet, ce n'est qu'après sept ans de vie conjugale, qu'Awa tombe enceinte de leur premier enfant et quelques temps après, Modou, eut un accident. Il décède alors que son épouse en était à son septième mois de grossesse. Sous le choc, Awa donne naissance à un bébé prématuré, avec un poids très faible, qu'elle perd une semaine après l'accouchement. Elle veut savoir si l'assureur est fondé à refuser de tenir compte de l'enfant dans le versement du capital décès.

CAS 2

Pathé est un fonctionnaire servant dans la région de Ziguinchor tandis que son épouse, Maguette et leurs deux enfants, Lamine, six ans et Soda, quatre ans, vivent à Dakar. Il rentre sur Dakar tous les quinze jours; mais cela fait deux mois qu'il n'a pas fait signe de vie et son téléphone mobile est sous boîte vocale. Très inquiète, Maguette s'est renseignée auprès de ses collègues qui affirment l'avoir vu pour la dernière fois il y a de cela deux mois alors qu'il devait prendre ses congés. Au bout de six mois, soit quatre mois après de vaines recherches, son épouse décide de saisir le juge.

- 1°) Que peut-être l'objet de cette demande ?
- 2°) Les conditions sont-elles réunies pour que cette demande aboutisse ?
- 3°) Le cas échéant, quels en seraient les effets immédiats ?

Dix ans plus tard, Pathé, un beau jour réapparaît au nouveau domicile de son épouse qui s'est remariée entre temps ; il lui explique à elle et à leurs enfants qu'il avait été victime d'un mauvais sort d'une femme qui l'avait entraîné en Guinée Bissau pour y vivre avec lui.

Il se dit aujourd'hui délivré de son sort et entend se remettre avec son épouse et ses enfants. Il veut aussi reprendre la voiture et la maison qu'il avait laissées en partant.

Peut-il y parvenir ?

CAS 3

Un couple est dans la détresse en apprenant, à la radio, que la maison de campement dans laquelle se trouvaient son fils et ses amis, en vacances pour quinze jours, a pris feu.

D'après les témoins oculaires des faits, le feu était d'une rare violence et les secours avaient déployé tous les efforts possibles en vain.

Les enquêtes menées ont permis de déceler les causes du drame mais aucun corps, ni restes de corps calcinés n'ont pu être retrouvés et sortis des décombres.

Que vous inspire cette situation ? Quelles en sont les conséquences juridiques ?

Séance 2

Thème: La personnalité juridique

Sous-thème: La fin de la personnalité juridique

Sujet : La mort de la personne physique

Travail à faire : Lire les documents / Faire la dissertation

Documents pour les deux séances

Doctrine

- **Mayatta NDIAYE MBAYE**, le divorce de l'absent, Revue de la recherche juridique, Presses universitaires de Marseille, 2010-3, p. 1497 s. (v. **site de la FSJP**)
- **Marc DONNIER**, L'intérêt de l'enfant, D. 1956, I, chron, p. 179 s. (v. **Salle de lecture FSJP**)
- **Catherine PHILIPPE**, La viabilité de l'enfant nouveau-né, Dalloz, 1996, chon., p. 30 s. (v. **salle de lecture FSJP**).
- **François TERRE**, Les personnes, la famille les incapacités, n^{os} 19-40.
- **Marie-France Callu**, Autour de la mort : variations sur « Madame se meurt, Madame est morte » / Revue trimestrielle de droit civil 1999, Chroniques p. 313 (v. **site FSJP**)
- **Jean Hauser**, La personnalité des morts. Conditions d'une expérimentation *post mortem* / Revue trimestrielle de droit civil 1993, Chroniques p. 803 (v. **site FSJP**)
- **Jean-Pierre Gridel**, Retour sur l'image du préfet assassiné : dignité de la personne humaine et liberté de l'information d'actualité / Recueil Dalloz 2001, Chroniques p. 872 (v. **site FSJP**)

Doc. 1 / Quelques articles du Code de la famille

Article premier / Durée de la personnalité

La personnalité commence à la naissance et cesse au décès.

Cependant l'enfant peut acquérir des droits du jour de sa conception s'il naît vivant.

La date de la conception d'un enfant est fixée légalement et de façon irréfragable entre le 180^e et le 300^e jour précédant sa naissance.

CHAPITRE III / DE L'ABSENCE ET DE LA DISPARITION

Article 16 / Définitions

L'absent est la personne dont le manque de nouvelles rend l'existence incertaine.

Le disparu est la personne dont l'absence s'est produite dans des circonstances mettant sa vie en danger, sans que son corps ait pu être retrouvé.

Article 17 / Demande de déclaration de présomption d'absence

Dès que la réception des dernières nouvelles remonte à plus d'un an, tout intéressé, et le ministère public par voie d'action, peuvent former une demande de déclaration de présomption d'absence.

La demande est introduite par simple requête devant le tribunal de première instance du dernier domicile connu du présumé absent, ou de sa dernière résidence.

Article 18 / Publicité de la demande

La requête est communiquée au parquet qui fait diligenter une enquête sur le sort du présumé absent et prend toutes mesures utiles à la publication de la demande, notamment par voie de presse écrite et de radiodiffusion, même à l'étranger, s'il y a lieu.

Article 19 / Effet du dépôt de la demande (Loi n° 89-01 du 17 janvier 1989)

Dès le dépôt de la demande, le tribunal désigne un administrateur provisoire des biens qui peut être le conjoint resté au foyer, le curateur aux intérêts absents, le mandataire laissé par celui dont on est sans nouvelles ou toute autre personne de son choix. S'il y a des enfants mineurs, le tribunal les déclare soumis au régime de l'administration légale ou de la tutelle.

Article 20 / Obligations et pouvoirs de l'administrateur provisoire

Dès son entrée en fonction, l'administrateur provisoire doit établir et déposer au greffe du tribunal de première instance un inventaire des biens appartenant à l'absent présumé.

Il a pouvoir de faire les actes conservatoires et de pure administration. S'il y a urgence et nécessité dûment constatées, il peut être autorisé à faire des actes de disposition dans les conditions fixées par ordonnance

A tout moment, à la requête du ministère public ou de tout intéressé, il peut être procédé, dans les formes suivies pour la nomination, à la révocation et au remplacement éventuel de l'administrateur provisoire.

Article 21 / Déclaration de présomption d'absence

Un an après le dépôt de la requête, le tribunal, suivant les résultats de l'enquête, pourra déclarer la présomption d'absence.

Le jugement confirme les effets du dépôt de la requête et les prolonge jusqu'à la déclaration d'absence.

Article 22 / Déclaration d'absence

Deux ans après le jugement déclaratif de présomption d'absence, le tribunal pourra être saisi d'une demande en déclaration d'absence.

Le jugement déclaratif d'absence permet au conjoint de demander le divorce pour cause d'absence.

Les pouvoirs de l'administrateur provisoire sont étendus aux actes d'aliénation à titre onéreux des biens de l'absent. Cependant, préalablement à toute aliénation amiable, l'administrateur provisoire devra faire expertiser le bien sur ordonnance du président du tribunal.

Article 23 / Déclaration de décès de l'absent

Dix ans après les dernières nouvelles, tout intéressé pourra introduire devant le tribunal qui a déclaré l'absence une demande en déclaration de décès.

Il sera procédé à une enquête complémentaire à la diligence du parquet.

Le jugement déclare le décès au jour du prononcé et le dispositif en est transcrit sur les registres de l'état-civil du dernier domicile de l'absent, en marge de son acte de naissance, et, éventuellement, de son acte de mariage. La succession de l'absent déclaré décédé s'ouvre au lieu de son dernier domicile.

Article 24 / Déclaration de décès du disparu

Peut être judiciairement déclaré le décès:

1°) De tout Sénégalais disparu au Sénégal ou hors du Sénégal;

2°) De tout étranger ou apatride disparu, soit sur le territoire sénégalais, soit à bord d'un bâtiment ou aéronef sénégalais, soit même à l'étranger s'il avait son domicile ou sa résidence au Sénégal.

Article 25 / Procédure de déclaration de décès (Loi n° 89-01 du 17 janvier 1989)

La requête est présentée d'office par le Procureur de la République ou directement par tout intéressé au tribunal du lieu de la disparition si celle-ci s'est produite sur le territoire sénégalais, sinon au tribunal régional de Dakar. Une requête collective peut être présentée lorsque plusieurs personnes ont disparu au cours des mêmes circonstances.

L'affaire est instruite et jugée en chambre du conseil. Tous les actes de la procédure ainsi que les expéditions et extraits desdits actes sont dispensés du timbre et enregistrés gratuits.

Si le tribunal estime que le décès n'est pas suffisamment établi, il peut ordonner toute mesure d'information complémentaire et requérir notamment une enquête administrative sur les circonstances de la disparition.

Si le décès est déclaré, sa date doit être fixée en tenant compte des présomptions tirées des circonstances de la cause et, à défaut, au jour de la disparition. Cette date ne doit jamais être indéterminée.

Le dispositif du jugement déclaratif de décès est transcrit selon les modalités prévues à l'article 88, sur les registres de l'état civil du lieu réel ou présumé du décès et, le cas échéant sur ceux du lieu du dernier domicile.

Mention de la transcription est faite aux registres à la date du décès, en marge de l'acte de naissance et, éventuellement, en marge de l'acte de mariage. En cas de jugement collectif, des extraits individuels du dispositif sont transmis aux officiers de l'état civil compétents, en vue de la transcription.

Article 26 / Force probante

Les jugements déclaratifs du décès de l'absent et du disparu ont la même valeur probante que les actes de décès.

Article 27 / Effets patrimoniaux du retour de l'absent ou du disparu

Si l'absent reparaît avant le jugement déclaratif de décès, il reprend la totalité de ses biens dès qu'il en fait la demande. L'administrateur provisoire lui rend compte de sa gestion. Les actes d'aliénation régulièrement conclus lui sont opposables.

Si l'absent ou le disparu reparaît après le jugement déclaratif de décès, il reprend ses biens dans l'état où ils se trouvent sans pouvoir prétendre à la restitution des biens aliénés.

Article 28 / Effets extra-patrimoniaux du retour de l'absent ou du disparu

Lorsque l'absent reparaît après le jugement déclaratif de décès, le nouveau mariage de son conjoint lui est opposable. Il en est de même du divorce que le conjoint aurait obtenu après le jugement déclaratif d'absence.

Quel que soit le moment où l'absent ou le disparu reparaît, les enfants cessent d'être soumis au régime de l'administration légale ou de la tutelle. Dans le cas de divorce ou de remariage opposable au conjoint qui reparaît, le juge statuera sur la garde des enfants au mieux de leur intérêt.

Article 29 / Preuve de l'état des personnes

L'état des personnes n'est établi et ne peut être prouvé que par les actes de l'état civil.

Article 30 / Caractère universel de l'état civil

Toutes les naissances, tous les mariages et tous les décès sont inscrits sous forme d'acte sur les registres de l'état-civil.

Les autres faits ou actes concernant l'état des personnes font l'objet d'une mention aux registres.

Lorsque cette mention ne peut être portée en marge d'un acte de l'état civil dressé au Sénégal il y a lieu à transcription sur les registres de l'état-civil du 1er arrondissement de la commune de Dakar.

Article 33 / Les déclarants

Les déclarations sont faites à l'état civil dans le délai d'un mois par les personnes énumérées aux articles 51 et 67.

S'il n'est point justifié des déclarations de naissance et de décès survenus dans leur circonscription dans le délai d'un mois, les chefs de village ou de quartier seront tenus de faire dans les quinze jours suivants à l'officier de l'état civil les déclarations ainsi omises à peine d'une amende de simple police de 2.000 à 5.000 francs.

Article 67 / Déclaration de décès

Tout décès doit être déclaré à l'officier de l'état civil dans le délai franc d'un mois. Si le délai arrive à expiration un jour férié, la déclaration sera reçue valablement le premier jour ouvrable suivant.

Les déclarations peuvent émaner d'un des parents du défunt ou de toute autre personne possédant sur son état civil les renseignements nécessaires à l'établissement de l'acte.

A défaut de déclarations faites par les personnes ci-dessus désignées, les chefs de village et les délégués de quartier sont tenus d'y procéder dans les conditions et sous les sanctions prévues à l'article 33 du présent Code.

Lorsqu'un mois et quinze jours se sont écoulés depuis un décès, sans qu'il ait fait l'objet d'une déclaration, l'officier de l'état civil peut néanmoins en recevoir une déclaration tardive pendant le délai d'une année à compter du décès, à condition que le déclarant produise à l'appui de sa déclaration un certificat émanant d'un médecin ou qu'il fasse attester le décès par deux témoins majeurs. En tête de l'acte dressé tardivement doit être mentionné «déclaration tardive». Cette mention doit également figurer sur le répertoire alphabétique de l'année en cours prévu par l'article 39 du présent Code. Mention de la déclaration tardive et de son numéro est portée en marge de l'acte de décès antérieur le plus proche en date.

Si la déclaration tardive concerne un décès de l'année précédente, il sera procédé comme prévu à l'article 51, alinéa 5, du présent Code.

Passé le délai d'un an ci-dessus prévu, l'officier de l'état civil ne peut, sous réserve de l'article 72, dresser l'acte de décès que s'il y est autorisé par une décision du juge de paix rendue dans les conditions prévues par la Section III du présent chapitre.

Le Procureur de la République peut, à toute époque et en dehors des délais prévus, faire la déclaration d'un décès dont il aurait eu connaissance et qui n'aurait pas été constaté à l'état-civil.

Article du Code pénal

Article 354

Sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an, et de 50 000 à 180 000 francs d'amende, quiconque se sera rendu coupable de violation de tombeau ou de sépulture, sans préjudice des peines contre les crimes ou les délits qui seraient joints à celui-ci.

Les mêmes peines seront applicables à quiconque aura profané ou mutilé un cadavre, même non inhumé

Doc. 2 / Ndiaw Diouf et Isaac Yankhoba Ndiaye, Introduction générale. Personnes. Famille Juris-classeur, Droit comparé (Sénégal), 1995, pp.4-7.

A. Existence de la personne

14. – A lire l’alinéa premier de l’article 1^{er} du code de la famille, on est tenté de dire que l’étude de l’existence de la personne ne suscite aucune difficulté. L’existence de la personne correspond à la période comprise entre la naissance qui marque le commencement de la personnalité et le décès qui en marque la fin. Pourtant entre ces deux périodes, il peut y avoir des doutes sur l’existence de la personne – ce que le législateur ne pouvait pas ne pas prendre en compte.

1° Commencement de la personnalité

15. – La personnalité commence à la naissance. C’est en ces termes que débute le code de la famille. En permettant à l’être humain d’acquérir la personnalité dès sa naissance, le législateur sénégalais reprend une règle traditionnelle du droit civil français. La naissance doit faire l’objet d’une déclaration à l’état civil dans le délai d’un mois, dans les conditions prévues par les articles 51 et suivants du code de la famille. A défaut de déclaration dans un délai d’un mois, le chef de quartier ou de circonscription doit y procéder ; le non-respect de cette prescription l’expose aux sanctions prévues par l’article 33 du code de la famille. Au-delà d’un mois et 15 jours, il sera toujours possible de faire une déclaration tardive pendant un an à compter de la naissance : il faut cependant produire, à l’appui de la déclaration, un certificat émanant d’un médecin ou d’une sage-femme ou faire attester la naissance par deux témoins. Un an après la naissance seul un jugement d’autorisation d’inscription peut permettre à l’officier d’état civil de dresser l’acte de naissance.

16. – Le législateur fait rétroagir, dans certains cas, l’acquisition de la personnalité au jour de la conception. En effet après avoir posé comme principe que la personnalité commence avec la naissance, il précise dans l’article 1^{er}, alinéa 2 : « Cependant l’enfant peut acquérir des droits du jour de sa conception s’il naît vivant ». A cet égard il marque une certaine différence avec la législation française. Cette différence apparaît à deux niveaux.

D’abord, il fait de la règle (*infans conceptus...*) une disposition de portée générale là où le législateur français se contente d’en faire une application particulière dans certaines matières.

D’autre part, il se montre moins exigeant quant aux conditions d’application de la règle : en effet il se contente d’exiger que l’enfant soit né vivant : il n’est donc pas nécessaire que l’enfant soit, comme en droit français né viable c’est-à-dire « avec tous les organes nécessaires et suffisamment constitués pour lui permettre de vivre ».

17. – Pour régler le problème de la détermination de la période de la conception, que la rétroactivité de l’acquisition de la personnalité pourrait susciter, le législateur a institué une présomption : c’est le sens de l’alinéa 3 de l’article 1^{er} ainsi conçu : « la date de la conception d’un enfant est fixée légalement de façon irréfragable entre le 180^e jour et le 300^e jour précédant sa naissance ».

2° Fin de la personnalité

18. – La personnalité cesse au décès d’après l’article 1^{er}, alinéa 1^{er} *in fine*. Cette proclamation mérite d’être complétée par une observation préliminaire. La fin de la personnalité résulte de la mort naturelle et non de la mort civile institution ignorée par notre législation (elle a été abolie en France depuis la loi du 31 mai 1854).

19. – Etant donné que le décès marque la fin de la personnalité, il constitue un événement important qu’il faut constater par un acte authentique. Cet acte, appelé, acte de décès est établi par un officier d’état civil sur la déclaration d’un des parents du défunt ou de toute autre personne « possédant sur son état civil les renseignements nécessaires à l’établissement de l’acte » (*C. fam., art. 67, al. 2*). Cette déclaration doit intervenir dans le délai franc d’un mois. A défaut, le chef de village ou le délégué de quartier de la circonscription où le décès s’est produit doit y procéder (*C. fam., art. 67, al. 3*) dans les 15 jours suivants à peine d’une amende de simple police de 2 000 à 5 000F (*C. fam., art. 33, al. 2*). Il se peut que le décès ne

fasse l'objet d'aucune déclaration dans les délais requis ; dans ce cas, il faudra mettre en œuvre la procédure prévue par l'alinéa 4 de l'article 67 du code de la famille : selon ce texte, l'officier d'état civil peut recevoir une déclaration tardive du décès pendant le délai d'une année à compter du décès, à condition que le déclarant produise un certificat émanant d'un médecin ou qu'il fasse attester le décès par deux témoins. Au-delà d'un an, seul le procureur de la République peut faire la déclaration du décès (*C. fam., art. 67, dernier al.*). Toutefois, à défaut de pouvoir faire une déclaration, le délai n'ayant pas été respecté, les personnes visées à l'article 67, alinéa 2, du code de la famille peuvent introduire une demande tendant à obtenir du président du tribunal départemental un jugement d'autorisation d'inscription conformément à l'article 87 du code de la famille. Cette demande est faite par une requête à laquelle est joint un certificat de non-inscription délivré par l'officier d'état civil qui aurait dû recevoir la déclaration. Le jugement d'autorisation d'inscription (la loi utilise l'expression jugement même s'il s'agit d'une décision du président du tribunal lui-même) a pour effet, comme son nom l'indique, d'autoriser l'officier d'état civil à inscrire l'acte sur les registres d'état civil.

20.- La procédure de déclaration ainsi décrite que l'on pourrait qualifier de droit commun n'est pas applicable dans deux cas : décès dans un hôpital, une formation sanitaire ou une clinique, et décès dans un établissement pénitentiaire. Lorsque le décès s'est produit dans un hôpital ou une formation sanitaire, le chef d'établissement l'inscrit immédiatement sur un registre spécial sous peine d'une amende de 2 000 à 5 000 F. Cette inscription ne dispense pas les personnes chargées de l'administration d'en faire la déclaration à l'officier d'état civil dans les 24 heures. Lorsque le décès s'est produit dans un établissement pénitentiaire, la déclaration en est faite à l'officier d'état civil, dans les 24 heures par le directeur, le régisseur ou les gardiens s'il s'agit d'une mort naturelle (*C. fam., art. 70, al. 1^{er}*) et par le greffier s'il s'agit d'une exécution capital (*C. fam., art. 70, al. 2*).

3° Incertitude sur l'existence de la personne : absence et disparition

21.- L'incertitude peut résulter de ce qu'une personne a cessé de donner de ses nouvelles pendant une période relativement longue ; elle peut résulter aussi de ce que le manque de nouvelles est entouré de circonstances telles que l'on peut légitimement croire que la personne est décédée. Cela correspond à deux situations : l'absence et la disparition.

a) Absence

22.- C'est la situation de « *la personne dont le manque de nouvelles rend l'existence incertaine* » (*C. fam., art. 16, al. 1^{er}*). Il faut tirer les conséquences de cette situation. C'est ce que fait le législateur dans les articles 16 et suivants du code de la famille en instituant une procédure au cours de laquelle 3 types de décisions peuvent intervenir : la déclaration de présomption d'absence, la déclaration d'absence et la déclaration de décès.

1) Déclaration de présomption d'absence

23.- C'est le tribunal régional qui rend le jugement déclaratif de présomption d'absence après une demande introduite par tout intéressé ou par le ministère public.

24.- **a) Conditions du dépôt de la demande.** – Lorsqu'elle émane d'un particulier, la demande est introduite par simple requête devant le tribunal du dernier domicile ou de la dernière résidence du présumé absent. La requête, qui peut être introduite dès que la réception des dernières nouvelles remonte à plus d'un an (*C. fam., art. 17, al. 1^{er}*), doit être communiquée au ministère public qui fait diligenter une enquête et qui prend toutes mesures utiles à la publication de la demande (*C. fam., art. 18, al. 7*). Le ministère public peut lui aussi introduire la demande par voie d'action.

25.- **b) Effets du dépôt de la demande.** – C'est un an après le dépôt de la requête que le tribunal pourra, suivant les résultats de l'enquête, déclarer la présomption d'absence. En attendant cette décision, certaines mesures d'attente doivent être prises. Elles sont de deux ordres.

26.- Il y a, d'une part, les mesures relatives aux biens du présumé absent. Il résulte de l'article 19 du code de la famille que le tribunal doit dès le dépôt de la demande nommer un administrateur provisoire des biens. Il peut choisir comme administrateur provisoire le conjoint resté au foyer, le curateur aux intérêts absents, le mandataire laissé par le présumé absent ou toute personne de son choix. Le greffier en chef adresse au procureur de la République une expédition du jugement (*C. pr. Civ., art. 588*). Le code de la

famille a défini avec précision les obligations et les pouvoirs de l'administrateur provisoire. Ainsi dès son entrée en fonction, l'administrateur doit, selon l'article 20, alinéa 1^{er} du code de la famille, établir et déposer au greffe du tribunal régional un inventaire des biens appartenant au présumé absent. Le dépôt intervenir dans le délai de 2 mois suivant le jugement de nomination, faute de quoi, tout intéressé peut requérir du tribunal régional la désignation d'un autre administrateur ou celle du curateur aux intérêts absents après appel en cause de la personne qui a introduit la procédure d'absence et l'administrateur négligent.. Le droit de saisir le tribunal appartient aussi au procureur de la République. Lorsque le dépôt de l'inventaire est effectué, le greffier en chef en informe sans délai le procureur de la République. Pendant cette phase de la procédure, les pouvoirs de l'administrateur sont peu étendus : il ne peut normalement accomplir que des actes conservatoires et de pure administration. Il a été jugé cependant que les pouvoirs de l'administration s'étendent à la représentation en justice du présumé absent (*CA Dakar, arrêt n°35, 23 janv. 1981*). Quant aux actes de dispositions, il ne peut les accomplir que s'il y est autorisé par ordonnance dans les cas d'urgence et de nécessité dûment constatés. C'est cette ordonnance qui fixe les conditions dans lesquelles ces actes seront exécutés. L'activité de l'administrateur est sévèrement contrôlée ; il doit régulièrement présenter au tribunal son compte sommaire de gestion. Les fonctions de l'administrateur provisoire peuvent prendre fin par décision du tribunal rendue à la requête du ministère public ou de tout intéressé.

27.- Il y a d'autre part, les mesures concernant les enfants mineurs. Selon l'article 19 in fine s'il y a des enfants mineurs le tribunal saisi de la demande les déclare soumis au régime de l'administration légale ou de la tutelle.

28.- Toutes ces mesures d'attente seront confirmées par le jugement qui prolonge leurs effets jusqu'à la déclaration d'absence (*C. fam., art. 21, al. 2*).

2) Déclaration d'absence

29.- Le jugement déclaratif de présomption d'absence constitue le point de départ de la seconde phase, car deux ans après ce jugement, on pourra saisir le tribunal d'une demande de déclaration d'absence.

30.- Partant de l'idée qu'il y a de fortes probabilités qu'une personne qui reste 4 ans sans donner de nouvelles ne soit plus en vie, le législateur se préoccupe davantage au cours de la 2^e phase des intérêts des proches du présumé absent. C'est ce qui explique que le jugement déclaratif d'absence produise des effets plus importants. En effet, dès que ce jugement est rendu, le conjoint pourra demander le divorce pour cause d'absence (*C. fam., art. 22, al. 2*).

31.- De la même manière, les pouvoirs de l'administrateur deviennent plus importants. Celui-ci pourra désormais accomplir des actes d'aliénation à titre onéreux des biens de l'absent ; il devra toutefois, préalablement à toute aliénation amiable, faire expertiser le bien sur ordonnance du président du tribunal (*C. fam., art. 22 al. 3*).

32.- La phase de déclaration d'absence est suivie, si le manque de nouvelles persiste, par la déclaration de décès. Mais le législateur ne pouvait pas ignorer les conséquences d'un retour de l'absent avant la déclaration de décès. Aussi a-t-il déterminé avec précision ses conséquences tant sur le plan patrimonial que sur le plan extrapatrimonial.

33.- Sur le plan patrimonial, le retour de l'absent avant le jugement déclaratif de décès met un terme aux pouvoirs de l'administrateur qui lui rend compte de sa gestion. L'absent reprend alors la totalité de ses biens dès qu'il en fait la demande. Toutefois, les actes d'aliénation régulièrement accomplis lui sont opposables (*C. fam., art. 27, al. 1^{er}*).

34.- Sur le plan extrapatrimonial, la cessation du régime de l'administration légale ou de la tutelle auquel étaient soumis les enfants mineurs paraît être la conséquence essentielle que la loi attache autour de l'absent. En effet, le retour de l'absent avant le jugement déclaratif de décès ne remet pas en cause le nouveau mariage de son conjoint ; ce mariage lui est opposable. Le juge devra cependant statuer sur la garde des enfants en tenant compte de leurs intérêts.

3) Déclaration de décès

35.- La procédure à suivre pour obtenir un jugement déclaratif de décès est décrite par l'article 23 du code de la famille. Elle commence par une demande en déclaration de décès portée devant le tribunal qui avait

rendu le jugement déclaratif d'absence. Cette demande peut être introduite par tout intéressé dix ans après les dernières nouvelles.

36.- Dès le dépôt de la demande, il sera procédé à une enquête complémentaire à la diligence du parquet. Au vu des résultats de ces enquêtes, le tribunal pourra rendre un jugement déclaratif de décès qui est assimilé à un acte de décès. Pour cette raison, la date du décès est prononcée au jour du jugement ; le dispositif du jugement est transcrit sur les registres d'état civil du dernier domicile du de l'absent ; il est également transcrit en marge de son acte de naissance et éventuellement de son acte de mariage.

37.- Le jugement déclaratif de décès comporte tous les effets que le décès de l'absent aurait produits. Ainsi la succession de l'absent va s'ouvrir au lieu du dernier domicile de l'absent ; les pouvoirs de l'administrateur provisoire prennent fin ; le mariage de l'absent est dissous si le conjoint n'avait pas demandé le divorce après le jugement déclaratif de d'absence.

38.- Bien que le retour de l'absent soit très hypothétique après dix années sans nouvelles, le législateur n'a pas totalement exclu son éventualité. Si l'absent venait à réapparaître, un certain nombre de conséquences en découlerait.

39.- Sur le plan patrimonial, l'absent reprend ses biens, mais dans l'état où il les trouve ; il ne pourra donc prétendre à la restitution des biens aliénés (*C. fam., art. 27, al. 2*).

40.- Sur le plan extrapatrimonial, le nouveau mariage de son conjoint lui est opposable, de même que le divorce que celui-ci aurait obtenu après le jugement déclaratif d'absence. Les conséquences sur la situation des enfants sont les mêmes que celles produites par le retour après le jugement déclaratif d'absence et avant le jugement déclaratif de décès (quel que soit le moment où reparait l'absent...dit l'article 28, alinéa 3 du code de la famille) : cessation du régime de l'administration légale ou de la tutelle, garde confiée par le juge compte tenu des intérêts de l'enfant.

b) Disparition

41.- C'est, d'après l'article 16, alinéa 2, du code de la famille, la situation d'une personne dont l'absence d'est produite dans des circonstances mettant sa vie en danger, sans que son corps ait pu être retrouvé. Le fait que la personne ne reparait ces à la suite de ces circonstances est de nature à rendre son décès quasi certain. Aussi le législateur a-t-il mis en place une procédure moins complexe.

1) Demande de déclaration de décès

42.- Il résulte de l'article 24, alinéa 1^{er}, du code de la famille que les tribunaux sénégalais peuvent déclarer le décès de tout Sénégalais disparu au Sénégal ou à l'étranger (pour une application, V. *TPI Dakar, 6 juillet 1974, CREDILA 1982, vol. III, p. 9*) de tout étranger ou apatride disparu soit sur le territoire sénégalais, soit même à l'étranger s'il avait son domicile ou sa résidence au Sénégal. La demande de déclaration de décès peut être présentée par le procureur de la République ; elle peut aussi l'être directement (avant la réforme de 1989, la demande était toujours présentée par le procureur de la République soit d'office, soit à la demande de particuliers), sous forme de requête, par tout intéressé. C'est le lieu de souligner qu'une requête collective peut être présentée lorsque plusieurs personnes ont disparu au cours des mêmes circonstances. Le tribunal compétent pour statuer sur la demande, c'est le tribunal régional du lieu de la disparition, si celle-ci s'est produite sur le territoire sénégalais. Dans tous les autres cas, c'est le Tribunal régional de Dakar.

2) Jugement déclaratif de décès

43.- La procédure applicable en matière de disparition est une procédure assez spéciale ; la publicité y est absente : l'affaire est en effet instruite et jugée en chambre du conseil. Ceci dit, le tribunal saisi d'une demande de déclaration de décès peut prendre deux types de décisions.

44.- S'il estime, après l'instruction, que le décès n'est pas suffisamment établi, il pourra « ordonner toute mesure d'instruction complémentaire et requérir notamment une enquête administrative sur les circonstances de la disparition » (*C. fam, art. 25, al. 3*).

45.- S'il estime en revanche qu'il y a des raisons de croire que la personne est décédée, il rend un jugement déclaratif de décès. La date du décès qui ne doit jamais être indéterminée devra alors être fixée « en tenant compte des présomptions tirées des circonstances de la cause et, à défaut, au jour de la disparition ». Une fois le jugement déclaratif rendu, son dispositif est transcrit sur les registres de l'état

civil du lieu réel ou présumé du décès et le cas échéant, sur ceux du lieu du dernier domicile. Mention de la transcription est faite en marge de l'acte de naissance, et éventuellement, en marge de l'acte de mariage. S'il s'agit d'un jugement rendu à la suite d'une requête collective (disparition de plusieurs personnes au cours de mêmes circonstances), des extraits individuels du dispositif sont transmis aux officiers d'état civil compétents en vue de leur transcription.

46.- Malgré les fortes probabilités de décès du disparu, le législateur sénégalais a envisagé les effets de son retour toujours possible. De ce point de vue, il n'a pas, contrairement à son homologue français, prévu la procédure d'annulation du jugement déclaratif de décès. Il se borne à indiquer que sur le plan patrimonial le retour du disparu après le jugement déclaratif lui permet de prendre, dès qu'il en fait la demande, ses biens dans l'état où ils se trouvent et que sur le plan extrapatrimonial il fait cesser le régime de l'administration légale ou de la tutelle auquel étaient soumis les enfants ; le nouveau mariage de son conjoint lui est opposable et le juge devra statuer sur la garde des enfants au mieux de leurs intérêts.

47.- L'existence de la personne étant précisée, il convient maintenant d'étudier les éléments permettant de l'individualiser...

Suite, v. à la salle de lecture de la FSJP

Doc. 3 / Bernard Edelman, La dignité de la personne humaine, un concept nouveau (1) / Recueil Dalloz 1997, Chroniques p. 185

1 - En droit, la dignité est un *concept nouveau* : il vient à peine de naître. Non pas que le *mot* nous fut inconnu, car on le rencontrait aussi bien dans des textes internationaux (2) que dans des textes européens (3) mais le *concept* ne s'était pas encore vraiment établi - à supposer, d'ailleurs, qu'il le soit.

En effet, nous le savons bien, pour qu'un « mot » devienne un « concept », il doit établir son espace propre, fonder son ordre ; il a une « histoire », qui le fait passer par d'autres concepts ou sur des plans divers, et on y trouve « le plus souvent des morceaux ou des composantes venus d'autres concepts, qui répondaient à d'autres problèmes et supposaient d'autres plans » ; il a un « devenir », qui concerne son rapport avec des concepts situés sur le même plan et, ici, « les concepts se raccordent les uns avec les autres, se recoupent les uns les autres, coordonnent leurs contours, composent leurs problèmes respectifs... » (4).

2 - En droit, nous rencontrons la même *topographie*. Un concept juridique a lui aussi une *histoire*. Songeons, par exemple, au concept de « personne » qui se constitue de philosophie (le kantisme), d'économie (le libéralisme), de politique (le rousseauisme) pour aboutir à la notion juridique complexe de « personne », qui se raccorde - et là est son *avenir* - aux concepts de « capacité », de « volonté libre », pour se situer sur le même plan que les droits de l'homme. Ou bien au concept de « biens intellectuels » pour qui on pourrait faire une semblable analyse.

Or, concernant le concept de *dignité*, nous assistons, sur le vif, à l'élaboration de son propre « plan » c'est-à-dire, d'une part, à sa constitution « historique » et, d'autre part, à son « devenir ».

3 - En France, tout au moins, ce concept a surgi, en tant que tel, mais sous forme d'ébauche, d'esquisse, en deux occurrences : à propos de *crimes contre l'humanité* il a contribué à spécifier, juridiquement, le concept d'humanité qui, on le verra, permet à la dignité de se réaliser (5) ; à propos des lois sur la bioéthique, le Conseil constitutionnel lui a donné l'onction, en l'insérant dans le « bloc de constitutionnalité » (6).

Mais la théorie reste à faire, en ce sens qu'il nous faut établir son « plan » ou, si l'on préfère, son « espace juridique », ou encore son « objet », pour le relier à l'ensemble du système. Or, établir son « plan » revient, au premier chef, à le *distinguer* de ce qui, dans une approche rapide, lui semble le plus proche, c'est-à-dire les *droits de l'homme*. (v. [site de la FSJP](#))

Doc. 4 / Xavier Labbé, La valeur des choses sacrées ou le prix des restes mortels / Recueil Dalloz 2005, Jurisprudence p. 930

La ville de Roubaix a exhumé par erreur les restes mortels d'une personne de confession musulmane qui avait été inhumée dans le cimetière de la ville. Ces reliques furent portées à l'ossuaire communal... et une autre personne fut inhumée dans l'emplacement que la ville avait cru pouvoir libérer. Or la concession n'était pourtant pas venue à expiration. Et la tombe était très régulièrement entretenue.

La ville présenta ses excuses à la famille, affirmant qu'il était impossible de retrouver la dépouille qu'il fallait considérer comme définitivement perdue. Il n'est pas question de vider l'ossuaire en vue d'une recherche ADN. La famille eut le sentiment de perdre à nouveau son parent qui ne repose plus désormais en paix. Car on ne repose pas en paix dans la promiscuité de l'ossuaire au milieu des restes mélangés de personnes d'autres confessions. La ville ne voulut cependant pas indemniser la famille éprouvée et une procédure fut engagée.

Comment qualifier les faits sur le terrain du droit ? Le tribunal administratif, initialement saisi par les parents du défunt, s'est déclaré incompétent au profit de la juridiction judiciaire : il y a atteinte au respect dû aux morts et cette atteinte constitue une voie de fait. La juridiction judiciaire est traditionnellement gardienne des libertés fondamentales et de la propriété (1). Le culte des morts est une liberté publique. C'est donc tout naturellement que le tribunal de grande instance se déclara compétent. Sa jurisprudence est désormais fixée. On ne s'attardera donc plus sur l'emploi de la notion de « *voie de fait* » dans ce domaine particulier du droit.

Les membres de la famille avaient apporté la preuve de l'émotion bien légitime qu'ils avaient éprouvée lors de la disparition de la tombe. La veuve du défunt se voit allouer une somme de 1 500 euros au titre de son préjudice moral. Les enfants et petits-enfants se voient allouer, quant à eux, une somme de 500 euros sur ce même fondement. On ne s'attardera pas non plus sur ce point car la solution nous paraît normale, même si l'on peut discuter le montant des sommes allouées.

C'est sur le terrain de la définition de la dépouille mortelle qualifiée expressément par le tribunal de « *chose sacrée* » que la décision lilloise nous interpelle (2) : une somme de 1 000 euros est accordée à la famille pour compenser la disparition de cet objet de droit réel particulier.

Les mots les plus nobles sont employés pour qualifier une chose qui ne vaudrait, en fait, que quelques euros. Comme c'est étrange... Quoi qu'il en soit, en employant expressément la qualification de chose sacrée - qui nous paraît fort juste - le tribunal contribue à l'édification du droit sur le corps humain (I). Et, en allouant une somme d'argent aux fins de remplacer l'objet disparu, le tribunal nous fait toucher du doigt une réalité : les choses sacrées, qu'on dit hors du commerce, ont une valeur appréciable en argent même s'il ne s'agit pas d'un prix (II). (Suite v. [site de la FSJP](#))

Doc. 5/ Jean-Pierre Gridel, L'individu juridiquement mort / Recueil Dalloz 2000, Chroniques p. 266-6

« Il naquit, il travailla, il mourut ». Tels sont les mots par lesquels Heidegger a résumé la vie d'Aristote. La formule est réconfortante... dans la mesure où elle permet l'analogie avec nos modestes existences. Mais elle n'élide pas pour autant certaines interrogations. La mort de l'individu, et la condition humaine toute entière, relèvent-elle de l'absurde ? Ou du mystère ? Le décès de l'homme n'est-il qu'une extinction inéluctable et désespérante ? Ou l'accomplissement d'une plénitude ? Devons-nous penser qu'en mourant nous retournons dans un absolu néant dont la naissance nous avait tirés ? ou dirons-nous, avec Khalil Gibran, que nous demeurons inscrits à jamais dans la silencieuse mémoire de Dieu ? Ce sont évidemment les grandes questions. Mais nous ne les aborderons pas, par défaut des compétences philosophiques ou spirituelles nécessaires pour y procéder, et parce que la laïcité de notre droit, qui lui fait devoir, en ces matières, de tolérer toutes les opinions, lui fait aussi défense d'en promouvoir aucune.

Si la mort est, d'après la tradition, l'évanouissement des quatre passions naturelles - la douleur, la crainte, l'espérance et la joie - elle est, chez les juristes, un fait juridique majeur, transformant le corps en cadavre, l'être en souvenir, et produisant de multiples conséquences: de *droit privé*, par la dissolution des liens personnels et la dévolution patrimoniale ; de *droit administratif*, au regard de la santé publique et de la législation des cimetières ; de *droit médical*, puisque la science sait non seulement retarder l'instant fatal ou faire battre à nouveau un cœur arrêté, mais aussi, proposer des procédés nouveaux pour certifier l'évènement, prélever des organes sur le corps encore tiède et, jusque dans la tombe, faire parler la dépouille et révéler tel ou tel fait de la vie du défunt ; de *droit des libertés publiques*, lorsque l'on songe aux funérailles et aux cultes ; et même de *droit économique*, depuis que les activités funéraires sont nécessairement ouvertes à la libre concurrence. A voir tous ces effets, le décès, lorsqu'il est avéré, est bien un total effacement ; les juristes ont coutume de le fonder sur la perte de la personnalité juridique, signifiant par là l'inaptitude désormais totale à supporter un droit ou une charge, quelle qu'en soit la nature.

Et pourtant, cette vision radicale semble être une affirmation doctrinale et légale de la fin du siècle dernier, lors de l'épanouissement du scientisme. La célèbre phrase de Planiol « Les morts ne sont plus des personnes, ils ne sont plus rien » ne figure que dans la première édition du Traité élémentaire, celle de 1899. Le fameux art. 34 de la loi sur la liberté de la presse - il n'y a délit pénal de diffamation ou injure contre la mémoire des morts que s'il y a eu intention de porter atteinte à la considération des héritiers, époux, légataires universels - texte qui nous régit toujours, fut voté en 1881 pour donner satisfaction aux historiens, en brisant pour cela une jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci, en effet, saisie de l'interprétation de la loi précédente, celle de 1819, qui réprimait les diffamations et injures *contre les personnes*, sans précision, avait fini par dire, en 1860 pour la Chambre criminelle (1), en 1867 pour les Chambres réunies (2), que le texte, ne distinguant pas, s'appliquait dans les mêmes termes aux vivants et aux morts. Mais la recherche historique, disait-on au début de la III^e République, en était bridée par la crainte permanente d'une poursuite correctionnelle de la part des héritiers. Il est curieux d'observer, d'ailleurs, que la discussion de savoir si le mot *personne*, employé tel quel dans un texte, inclut aussi les morts se poursuit encore devant les tribunaux : en *droit pénal*, lorsqu'il s'agit d'une photographie prise sans autorisation (3), en *droit civil* à propos du mot semblable *chacun*, considéré dans ses droits au respect de sa vie privée (art. 9 c. civ.) (4), de son corps (art. 16-1 et 16-2) (5), de la présomption d'innocence (art. 9-1) (6).

Les morts conserveraient-ils une personnalité juridique ? Une fois décédé, l'individu n'a certes plus de patrimoine et ne peut davantage émettre une volonté juridiquement obligatoire ni agir ou exercer par lui-même. Question : mais alors, que reste-t-il ? Réponse : la place pour la jouissance de quelques droits extra-patrimoniaux, au profit d'une entité en situation juridique d'attente. Et d'attente de quoi ? de *soumission* aux volontés émises concernant sa dépouille ou ses biens, d'*authenticité* dans les présentations de ce qu'il fit et de ce qu'il fut, de *préservation* de l'intégrité de ses restes et de sa dernière demeure. De même que nous devons considérer, à la suite du Comité consultatif national d'éthique, l'enfant à naître comme une *personne potentielle* (7), ne pouvons-nous tenir l'individu, lorsqu'il est décédé, pour une *personne résiduelle* ?

Au terme de cette brève présentation, se dessinent les trois axes par lesquels nous pouvons parcourir la matière : celui de l'officialisation de la mort (I) ; celui de l'efficience de la volonté du mort (II) ; celui de l'hypothèse des droits subjectifs du mort (III). (Suite V. site de la FSJP)

Doc. 6/ Gilles Lebreton, Le droit, la médecine et la mort / (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 juillet 1993, *Milhaud*) (1) / Recueil Dalloz 1994, Chroniques p. 352

Le droit, la médecine et la mort : tel pourrait être le titre de la fable dont l'arrêt *Milhaud* constitue l'épilogue.

Un jeune accidenté de la route avait été admis au service de réanimation du centre hospitalier d'Amiens. Les médecins avaient alors conclu à sa mort cérébrale au vu d'artériographies et d'électroencéphalogrammes convergents. Le corps du jeune homme était toutefois resté maintenu en survie artificielle. Le chef du service, le professeur Milhaud, décida de saisir l'occasion pour pratiquer sur lui une expérimentation consistant à lui faire inhaler du protoxyde d'azote et de l'oxygène. Ces expériences furent enregistrées sur un film destiné aux experts du procès de Poitiers, procès dans lequel on reprochait à des médecins la mort d'une patiente par inhalation de protoxyde d'azote. Leur révélation par ces experts émut profondément l'opinion publique, et marqua le point de départ de « l'affaire » *Milhaud*.

Un blâme fut infligé au professeur Milhaud par le conseil régional de l'Ordre des médecins de Picardie, le 14 juin 1988, pour violation du secret professionnel et de l'art. 33 c. déont. méd., prescrivant aux praticiens de « s'abstenir de tout acte de nature à déconsidérer la profession ». Cette sanction fut confirmée en appel, le 23 janv. 1991, par le conseil national de l'Ordre des médecins, mais pour des motifs différents : la violation des art. 2, 7 et 19 c. déont. méd., imposant respectivement aux médecins le « respect de la vie et de la personne humaine », le devoir d'informer les proches du « malade... hors d'état d'exprimer sa volonté », et l'obligation de n'employer « sur un malade... une thérapeutique nouvelle » que si celle-ci « peut présenter pour la personne un intérêt direct ».

C'est dans ces circonstances que le professeur Milhaud déposa devant le Conseil d'Etat un pourvoi en cassation contre cette décision. Confrontée aux questions essentielles de la frontière entre la vie et la mort, et de la durée de l'inviolabilité du corps humain, la Haute juridiction dut, pour rejeter le pourvoi par son arrêt d'assemblée du 2 juill. 1993, adopter une définition juridique de la mort (I) et dégager des « principes déontologiques fondamentaux » assurant le respect de la personne humaine même après son décès (II). (Suite v. site de la FSJP)

Jurisprudence

Doc. 1 / Cass. civ. 1^{ère}, 10 décembre 1985, Bull. civ. I, n° 339

Sur le moyen unique :

Vu le principe selon lequel l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt ;

Attendu que Bernard Y..., au service de la société Comex, avait adhéré, le 20 août 1979, à une police d'assurance-groupe souscrite par son employeur pour son personnel auprès de la compagnie européenne d'assurances sur la vie (Euravie), laquelle garantissait, en cas de décès, le paiement d'un capital d'un montant de 200 % du salaire de base, majoré de 30 % par enfant à charge vivant au foyer de l'assuré ;

Que Bernard Y..., déjà père de trois enfants, dont deux issus d'un premier mariage, a désigné comme bénéficiaire de l'assurance-groupe sa seconde épouse, Brigitte Y..., née X... et, à défaut, ses enfants ;

Qu'il est décédé le 1^{er} mars 1980 ;

Que Mme Y... a mis au monde deux jumeaux le 24 mai 1980 ;

Que la compagnie Euravie lui a réglé la somme de 522.300 francs mais a refusé de tenir compte des deux enfants qui n'étaient pas nés au moment de la réalisation du risque ;

Que Mme Y... a, le 30 juillet 1981, assigné cet assureur en paiement de la somme complémentaire de 108.062 francs, 25 ;

Attendu que l'arrêt attaqué a rejeté sa demande, aux motifs essentiels que la seule bénéficiaire contractuellement désignée de l'assurance décès était Mme Y..., que la clause de la police était "envisagée comme une notion de seul fait" et que "les enfants simplement conçus dont il s'agit ne vivaient pas au foyer de l'assuré" ;

Attendu, cependant, que si les conditions d'application du contrat d'assurance décès doivent être appréciés au moment de la réalisation du risque, la détermination des enfants à charge vivant au foyer, doit être faite en se conformant aux principes généraux du droit, spécialement à celui d'après lequel l'enfant conçu est réputé né à chaque fois qu'il y va de son intérêt, étant observé que la majoration du capital-décès, lorsqu'il existe des enfants à charge, est destinée à faciliter l'entretien de ces enfants ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, en écartant, pour le calcul de la majoration du capital-décès, les enfants simplement conçus et qui, en l'espèce, sont nés viables, la cour d'appel a violé la règle et le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE l'arrêt rendu le 24 mai 1984, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles, à ce désignée par délibération spéciale prise en la chambre du conseil.

Doc. 2 / TRIBUNAL REGIONAL HORS CLASSE DE DAKAR (Sénégal) / AUDIENCE PUBLIQUE ORDINAIRE DU 04 MARS 2008

Le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar (Sénégal) [...]

LE TRIBUNAL [...]

AU FOND

Attendu que les requérants, par l'entremise de leur représente, ont soutenu que l'un des héritiers de Ch. S. D. du nom de El H. I. D. a quitté le Sénégal en 1981 pour se rendre en Algérie ;

Que depuis cette date, ils n'ont plus de ses nouvelles ;

Que ce dernier n'a ni écrit, ni téléphoné ;

Que le constat de cette situation a été fait par un huissier ;

Qu'ils ont sollicité du tribunal de résoudre définitivement cette situation ;

Attendu que le Procureur de la République, dans ses conclusions datées du 23 janvier 2008, a invoqué les dispositions de l'article 16 du Code de la Famille pour soutenir que la preuve de la disparition de I. D. n'est pas suffisamment rapportée ;

Que tout au plus, la présente situation s'apparente à celle de l'absent ;

Qu'il a sollicité en conséquence le rejet de la demande formulée par les cohéritiers, du moins en l'état ;

SUR CE

Attendu qu'aux termes de l'article 16 alinéa 2 du Code de la Famille, le disparu est la personne dont l'absence s'est produite dans des circonstances mettant sa vie en danger sans que son corps ait pu être retrouvé ;

Attendu qu'en l'espèce, la preuve de la survenance de cet état de fait sus évoqué n'est pas rapportée ;

Qu'en effet, au regard des déclarations des requérants et de celles faites par A. R. D., recueillies dans la sommation interpellative produite, l'absence de nouvelles de I. D. ne s'est pas produite dans des circonstances de péril qui font présumer de son décès ;

Qu'il s'ensuit que la juridiction de céans ne saurait considérer ce dernier comme étant un disparu ;

Qu'il échet en conséquence de rejeter la demande formulée par les cohéritiers ;

PAR CES MOTIFS

Statuant sur requête, en chambre du conseil, en matière civile et en premier ressort ;

En la forme

Reçoit l'action ;

Doc. 3 / TRIBUNAL REGIONAL HORS CLASSE DE DAKAR (Sénégal) / AUDIENCE PUBLIQUE ORDINAIRE DU 20 MAI 2008

Le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar (Sénégal) [...]

LE TRIBUNAL [...]

AU FOND

Attendu que dans sa requête, la requérante a exposé qu'elle est mariée à L. S. ;

Que de cette union est issue B., M. et M. S. ;

Qu'elle a précisé que son époux était marin, Bosco à bord du Thonier seneur « Cap Saint Paul » ;

Qu'il résulte du rapport de mer n° 05/ 2005 établi par P. L., capitaine de pêche dudit navire, que L. S. a disparu au large d'Abidjan le 13 octobre 2004 ;

Que les nombreuses recherches sont restées infructueuses ;

Qu'elle a ainsi soutenu que ce rapport et l'absence de signes de vie pendant plus de trois années établissent que l'absence de son époux s'est produite dans des circonstances mettant sa vie en danger, sans que son corps n'ait été depuis lors retrouvé ;

Qu'elle sollicite ainsi de la juridiction de céans que ce dernier soit déclaré décédé suite à sa disparition en Cote d'Ivoire le 13 octobre 2004 ;

SUR CE

Attendu qu'au sens des dispositions de l'article 16 alinéa 2 du Code de la Famille, « le disparu est la personne dont l'absence s'est produite dans des circonstances mettant sa vie en danger, sans que son corps n'ait pu être retrouvé ;

Attendu qu'en l'espèce, il est constant que la requérante n'a plus de nouvelles de son mari L. S., marin de son état, depuis 2004 ;

Qu'il n'est pas aussi contesté que ce dernier, membre de l'équipage du thonier seneur « Cap Saint Paul », a disparu le 13 septembre 2004 au large d'Abidjan, comme il ressort du rapport de mer n° 05/ 2004 établi le 15 octobre 2004 par le sieur P. L., capitaine de pêche dudit navire ;

Que ceci établit à suffisance que l'absence s'est produite dans des circonstances mettant sa vie en danger et que son corps n'a pas été retrouvé plus de trois ans après ;

Qu'il convient, en application de l'article 24 et suivants du Code la Famille, de déclarer L. S., né le 21 avril 1954 à Djrnda, de A. et de M. ND., décédé le 13 octobre 2004 en Cote d'Ivoire et d'ordonner par conséquent la transcription du dispositif du présent jugement sur les registres de l'état civil de Pikine Guinaw rails, lieu de son dernier domicile, au vu de sa carte professionnelle versée à la procédure ;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, contradictoirement, en matière civile gracieuse et en premier ressort ;

EN LA FORME [...]

AU FOND

Vu les dispositions des articles 16, 25 et 26 du Code de la Famille ;

Déclare L. S., né le 21 avril 1954 à Djrnda, de A. et de M. ND., décédé le 13 octobre 2004 à Abidjan en Côte d'Ivoire ;

Ordonne par conséquent la transcription du dispositif du présent jugement sur les registres de l'état civil de Pikine Guinaw rails, lieu de son dernier domicile ;

Ainsi fait, jugé et prononcé les jour, mois et an ci-dessus

Et ont signé le Président et le Greffier.

Séance 3

Thème : Les personnes

Sous-thème : Les incapacités

Travail à faire: Lire les documents / Faire les cas pratiques

CAS 1

Suite au jugement de déclaration d'absence de son mari, Seynabou FALL divorce et se remarie une année plus tard. Elle avait eu deux enfants avec ce dernier : Pathé 15 ans et Anta 13 ans. Les choses ne se passent pas bien entre les enfants et le nouveau mari de leur mère. Leur grand-mère paternelle est d'ailleurs très inquiète à ce sujet.

Elle a appris que leur beau-père les a faits interner dans leur établissement et que le week-end dernier, il avait administré une sévère correction corporelle à Pathé sous le regard passif et irresponsable de leur mère.

Interpellé par la grand-mère, il a prétendu qu'il était désormais leur tuteur et donc avait le droit de les éduquer comme il l'entendait.

Cette dernière, outrée veut avoir des éclaircissements sur deux points :

- 1) Le beau père a-t-il le droit d'agir ainsi ?
- 2) Que peut-elle faire pour sortir les enfants de cette situation ?

CAS 2

Baye Modou, un ingénieur retraité de 70 ans vit seul. Depuis que son épouse est décédée, il y a de cela 2ans, il est très malheureux et désorienté. Les deux fils qu'ils avaient eus vivent à l'étranger avec leurs familles.

Pour avoir de la compagnie, il fait venir chez lui des jeunes du quartier avec qui il prend le thé et joue aux cartes à longueur de journée.

Toutefois, ces derniers profitent de sa vulnérabilité mais surtout de sa générosité excessive. En effet, certains le sollicitent pour des prêts d'argent très importants ; d'autres pour des dons.

Et très souvent, le vieil homme accède à leurs demandes. Tantôt, il donne 100.000 francs par ci, tantôt 200.000 francs par là.

Mis au courant de cette situation par une proche voisine, son fils aîné rapplique au terroir.

Il a deux préoccupations et vous interpelle là dessus : d'une part, il veut protéger son père pour l'avenir et d'autre part, il veut récupérer tout l'argent que ce dernier a dilapidé, sachant par dessus tout que le montant s'élève à un peu plus d' 1,5 millions.

CAS 3

Le couple DIENG a perdu la vie dans un tragique accident de la route. Il a laissé derrière lui une fille adolescente de 15ans, Soda.

Cette dernière fut confiée à la sœur de sa défunte mère par le juge.

1) Quel est le régime légal qui fonde cette garde? Expliquez sommairement les grandes règles de ce régime.

Toutefois, la tante de Soda n'agit pas toujours dans le sens de l'intérêt de cette dernière. Pire, elle se permet même d'utiliser à des fins personnelles l'argent qui lui avait été laissé par ses parents.

2) Les parents de son père veulent savoir s'il n'y a pas moyen de contrôler ses actes mais surtout s'il n'existe pas des voies pouvant leur permettre de la démettre de ses fonctions.

Bibliographie indicative

- **Patrick COURBE**, Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités, Mémento Dalloz, 7e éd. 2009.
- **Patrick COURBE**, Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités, 6ème éd. Dalloz, 2007.
- **Ndigue DIOUF**, Droit de la famille. La pratique du tribunal départemental du Sénégal, abis éditions, 2011.
- **Philippe MALAURIE et Laurent AYNES**, Les personnes – La protection des mineurs et des majeurs, Defrénois, 5e éd. 2010.
- **Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, et François CHABAS**, Leçons de droit civil. t.1. vol. 2, Les personnes. La personnalité, les incapacités. Paris, Montchrestien, 1997. 466 p.
- **François TERRE, Dominique Fenouillet**, Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités, Dalloz, 7e éd. 2005.
- **Bernard TEYSSIE**, Droit civil, Les personnes, Litec, coll. Manuels, 12e éd. 2010.

Documents

- **Articles 273 à 367** du Code de la famille du Sénégal (**V. site FSJP**)

- **François Terré Yves Lequette** / MAJEUR EN CURATELLE. ACTE DE DISPOSITION. NULLITE FACULTATIVE / Civ. 1^{re}, 16 octobre 1985 (*D.* 1986. 154, note J. Massip) *Dame C. c/ Soc. Résidencia Immobilier/* Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2007411 (**V. site FSJP**)
- **François Terré Yves Lequette**, PRODIGES. ACTES ANTERIEURS A LA NOMINATION DU CONSEIL JUDICIAIRE. FRAUDE. NULLITE / Req. 15 juillet 1903 (*DP* 1904. 1. 129, note Capitant, *S.* 1904. 1. 446) *Vormus c/ Guignard* / Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2007408 (**V. site FSJP**)
- Jean Hauser, **Acte juridique et déclaration d'incapacité : trop tôt ou trop tard ?** / (Civ. 1^{re}, 2 mars 2004, *AJ Famille* 2004, p. 286, obs. F. Bicheron ; *Dr. fam.* 2004.111, obs. Contis ; Paris, 8 juin 2004, inédit ; Civ. 3e, 23 juin 2004, arrêt n° 780) / *Revue trimestrielle de droit civil* 2004, *Chroniques* p. 485. (**V. site FSJP**)
- **Jean-Pierre Gridel**, L'âge et la capacité civile / *Recueil Dalloz* 1998, *Chroniques* p. 90 (**V. site FSJP**)
- **François Terré, Yves Lequette**, TUTELLE. INCAPACITE. NULLITE. RESCISION POUR LESION / I. Civ. 18 juin 1844. - II. Civ. 25 mars 1861 / Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2007393 (**V. site FSJP**)
- **Jean-Jacques Lemouland**, L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation/*Revue trimestrielle de droit civil* 1997, *Chroniques* p. 1(**V. site FSJP**)
- **Fabrice Delbano**, Les difficultés d'application des principes de nécessité et de subsidiarité des régimes de protection des majeurs / *Recueil Dalloz* 1999, *Chroniques* p. 408 (**V. site FSJP**)

Doc. 1. / C- Incapacités

64.- La matière des incapacités fait l'objet du livre V du Code de la famille. Le législateur soucieux de protéger certaines personnes contre leur inexpérience ou la défaillance de leurs facultés intellectuelles, leur a enlevé « l'aptitude à participer au commerce juridique » (C. fam., art. 273). Les personnes concernées sont les mineurs et les majeurs incapables.

1° Mineurs

65.- A près avoir défini le mineur, le législateur a indiqué comment il est pourvu au gouvernement de sa

personne et comment est assurée la gestion de son patrimoine.

a) Définition

66.- Est considérée comme mineure « la personne de l'un ou de l'autre sexe qui n'a pas encore atteint l'âge de 21 ans [18 ans de nos jours] accomplis ».

(C. fam., art. 276, al. 1^{er}). Tous les individus qui n'ont pas cet âge sont en état de minorité civile et, à ce titre, déclarés incapables de se gouverner eux-mêmes et d'exercer leurs droits patrimoniaux.

67. — Le mineur étant un incapable, l'acte qu'il passe contrairement aux règles de protection prévues par la loi est frappé de nullité suivant les dispositions des articles 86, 92 et 95 du Code des obligations civiles et commerciales. Il ne peut toutefois faire prononcer une telle nullité que s'il est lésé.

68. — Cette incapacité d'exercice subit cependant quelques atténuations au profit du mineur émancipé. Celui-ci, même s'il n'a pas encore l'âge de 21 ans peut, sous certaines réserves (il doit, pour se marier ou se donner en adoption, observer les mêmes règles que s'il n'était pas émancipé), accomplir tous les actes de la vie civile (C. fam., art. 339, al. 1^{er}). L'émancipation qui relève le mineur de son incapacité s'acquiert de plusieurs manières. Elle a lieu de plein droit par le mariage (C. fam., art. 335, al. 1^{er}). En dehors de cette hypothèse, elle peut intervenir pour le mineur qui a atteint l'âge de 18 ans soit par une déclaration conjointe des père et mère devant le juge des tutelles (C. fam., art. 336, al. 1^{er}) ou une déclaration de l'un d'eux si l'autre est mort, inconnu ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté (C. fam., art. 336, al. 2), soit par délibération du conseil de famille (C. fam., art. 337). Elle peut exceptionnellement être décidée (en cas de désaccord entre les parents) ou autorisée (lorsqu'après divorce ou séparation de corps le père veut émanciper l'enfant dont la garde est confiée à la mère) par le juge des tutelles.

b) Puissance paternelle

69. — Selon l'article 276, alinéa 2, du Code de la famille « il est pourvu au gouvernement de la personne du mineur par la puissance paternelle ». Les règles régissant la puissance paternelle sont contenues dans les articles 277 à 299 du Code de la famille qui en déterminent les modalités d'attribution et les conséquences.

1) Attribution de la puissance paternelle

70. — Il faut distinguer selon qu'il s'agit de famille légitime, naturelle ou adoptive.

71. — **α) Dans la famille légitime.** — La puissance paternelle appartient aux père et mère, mais durant le mariage, elle est exercée par le père en sa qualité de chef de famille (C. fam., art. 277, al. 1^{er}).

72. — Cela ne veut pas dire autant que la mère ne puisse jamais l'exercer pendant le mariage. Il existe en effet plusieurs hypothèses où la puissance paternelle est exercée par la mère. Il en est ainsi en cas de déchéance de la puissance paternelle prononcée contre le père, de perte par celui-ci de sa qualité de chef de famille (en raison de son incapacité, son absence, son éloignement ou pour toute autre raison), de condamnation pour abandon de famille ou de délégation à la mère.

73. — Les règles sur l'attribution et l'exercice de la puissance paternelle telles qu'elles résultent de l'article 277 du Code de la famille subissent l'influence de certains événements qui

jalonnent la vie du couple. Ainsi, lorsqu'il y a divorce ou séparation de corps, la puissance paternelle échoit à celui des époux auquel est confiée la garde du mineur. De même lorsque les époux sont séparés sans que cette séparation soit judiciairement prononcée ou constatée, la puissance paternelle est exercée par les parents ou même le tiers auquel serait confiée la garde. Enfin lorsqu'il y a dissolution du mariage par décès de l'un des parents, le conjoint survivant est investi de la puissance paternelle. Il faut souligner qu'en cas de décès de celui qui avait été investi de la puissance paternelle à la suite d'un divorce ou d'une séparation de corps, celle-ci est attribuée au parent survivant qui n'en a pas été déchu ; en cas de décès des deux, elle est exercée par le tuteur.

74. — **β) Dans la famille naturelle.** — L'exercice de la puissance paternelle dans la famille naturelle dépend de l'ordre d'établissement de la filiation et il faut distinguer 3 situations.

75. — Il se peut d'abord que la filiation soit établie dès la naissance à l'égard des deux parents ; dans ce cas, l'enfant naturel est assimilé à l'enfant légitime.

76. — Il se peut ensuite que la filiation soit établie en premier lieu à l'égard de la mère ; dans ce cas, celle-ci exerce la puissance paternelle, sauf pour le président du tribunal départemental à en décider le transfert au père si l'intérêt de l'enfant l'exige.

77. — Il se peut enfin que la filiation ne soit établie à l'égard d'aucun des parents, dans ce cas l'enfant est mis en tutelle.

78. — **γ) Dans la famille adoptive.** — Il faut distinguer ici selon que l'enfant est adopté par un époux ou par les deux. Dans le premier cas, la puissance paternelle est exercée par l'adoptant ; dans le second, il est fait application des règles prévues pour les enfants légitimes.

2) Contenu de la puissance paternelle

79. — Celui qui exerce la puissance paternelle est chargé de la direction de l'enfant ; il a aussi la jouissance des biens de l'enfant.

80. — **α) Exercice de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant.** — Compte tenu de son inexpérience, l'enfant ne peut s'autodéterminer ; il a besoin d'être pris en charge et dirigé. Aussi, le législateur a-t-il prévu, au profit de celui qui exerce la puissance paternelle, des prérogatives qui ne peuvent être exercées « que dans l'intérêt du mineur » (C. fam., art. 283, al. 1^{er} in fine). Ces prérogatives qui consistent en un droit de garde et de correction (droit d'infliger à l'enfant réprimandes et corrections dans la mesure compatible avec son âge et l'amendement de sa conduite) sont assorties de devoirs. Ainsi, en parlant de la garde, le législateur précise qu'elle « comporte le droit et le devoir pour celui qui exerce la puissance paternelle de fixer chez lui la résidence de l'enfant, de surveiller ses actes et ses relations, de régler sa sépulture et faire respecter sa mémoire » (C. fam., art. 284). Dans le même ordre d'idées, l'article 283, alinéa 2 prévoit, pour celui qui exerce la puissance paternelle, le devoir d'entretenir l'enfant, de pourvoir à ses besoins et à son éducation. Toutes ces prérogatives sont exercées sous le contrôle du président du tribunal départemental devant lequel les décisions prises par le titulaire

de la puissance paternelle peuvent être déferées (C. fam., art. 287, al. 1^{er}).

81. — β) **Jouissance légale.** — La puissance paternelle comporte au profit de celui qui l'exerce « la jouissance légale des biens de l'enfant jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis » (C. fam., art. 286, art. 1^{er}). Il est fait usage de ces biens conformément aux règles de l'usufruit. Les revenus qui en sont tirés sont consacrés à l'éducation et à l'entretien de l'enfant.

82. — La jouissance légale ne porte pas sur tous les biens du mineur, puisque d'après l'article 286, alinéa 3, elle ne s'étend ni aux biens provenant d'un travail séparé de l'enfant, ou d'une succession dont ses parents ont été exclus pour indignité, ni à ceux qui lui seront donnés ou légués sous la condition d'être soustraits au droit de jouissance.

3) Fin de la puissance paternelle

83. — Selon l'article 288 du Code de la famille, la puissance paternelle prend fin par la majorité, le mariage ou l'émancipation du mineur. Dans toutes ces hypothèses, la puissance paternelle cesse, puisque l'intéressé n'a plus besoin d'être pris en charge. Il existe cependant des situations dans lesquelles, même si la puissance paternelle ne prend pas fin, celui à qui elle est dévolue perd en tout ou partie ses prérogatives. Il en est ainsi dans 3 cas : assistance éducative, délégation et déchéance de la puissance paternelle.

84. — α) **Assistance éducative.** — Lorsque la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation d'un mineur sont compromises, il peut être fait application des dispositions des articles 593 à 607 du Code de procédure pénale au titre de l'enfance en danger. Ces textes permettent au président du tribunal pour enfants du domicile ou de la résidence du mineur de remettre celui-ci à un parent autre que les père et mère, à une personne digne de confiance, à un établissement d'enseignement, d'éducation spécialisée ou de rééducation, à un établissement sanitaire ou à un service administratif spécialisé.

85. — Les frais d'entretien du mineur incombent, dans tous ces cas, à celui qui exerce la puissance paternelle et aux personnes auxquelles les aliments peuvent être réclamés.

86. — β) **Déchéance de la puissance paternelle.** — Elle fait l'objet des articles 296 à 299 du Code de la famille qui en déterminent les cas et en précisent la portée. Il existe deux cas de déchéance : la déchéance obligatoire et la déchéance facultative.

87. — La déchéance est obligatoire lorsque celui qui est investi de la puissance paternelle a subi l'une des condamnations suivantes : 1^o) une condamnation pour excitation à la débauche de ses propres enfants ; 2^o) une double condamnation pour excitation de mineurs à la débauche ; 3^o) une condamnation pour crime, ou pour délit passible de plus de 5 ans d'emprisonnement commis sur la personne de son enfant ou comme coauteur ou complice d'un crime ou d'un délit passible de plus de 5 ans commis par lui ; 4^o) une double condamnation pour délit commis sur la personne de son enfant.

88. — La déchéance est facultative lorsque celui qui exerce la puissance paternelle compromet gravement, par de mauvais traitements, des exemples pernicieux d'inconduite notoire, par défaut de soins ou manque de direction la santé, la sécurité ou la moralité du ou des enfants remis à sa garde.

89. — La portée de la déchéance n'est pas la même dans les deux cas. La déchéance obligatoire prive celui qui en est frappé de tous les attributs de la puissance paternelle sur tous les enfants dont il assurait la direction (C. fam., art. 296, dernier al.). La déchéance facultative prive celui qui en est frappé de tout

ou partie des attributs de la puissance paternelle à l'égard d'un ou de plusieurs des enfants qui lui étaient confiés.

90. — γ) **Délégation de la puissance paternelle.** — Dans la dévolution de la puissance paternelle, le législateur tient parfois compte de la volonté des parents du mineur. Ainsi l'article 289 nouveau du Code de la famille (réduction L. n^o 89-01, 17 janv. 1989) prévoit que le père ou la mère peut déléguer la puissance paternelle en tout ou partie à une personne majeure jouissant de la pleine capacité civile. La personne choisie doit être agréée par le président du tribunal départemental du domicile ou de la résidence du mineur saisi à la requête de la partie la plus diligente. Dans sa décision, le président doit préciser au délégué les droits et devoirs dont il est investi.

c) **Gestion du patrimoine du mineur**

91. — Elle est assurée selon les règles de l'administration légale ou de la tutelle (C. fam., art. 276, al. 3).

1) **Administration légale**

92. — C'est un attribut de la puissance paternelle ; à ce titre, elle est confiée à celui qui exerce la puissance paternelle (C. fam., art. 300). Elle est exercée sous l'autorité du juge des tutelles (tel qu'il est désigné par l'article 306 du Code de la famille) qui a un pouvoir de surveillance et de contrôle sur les activités de l'administrateur légal. Celui-ci a pour mission de représenter « le mineur dans tous les actes de la vie civile qu'il ne peut ou ne doit effectuer lui-même ».

93. — Il dispose à cet effet de pouvoirs très étendus. Ainsi, il peut même passer seul des actes qu'un tuteur ne pourrait accomplir qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille (C. fam., art. 302, al. 1^{er} in fine).

94. — Toutefois, ses pouvoirs ne sont pas sans limite. En effet, certains actes ne peuvent être accomplis qu'avec l'autorisation préalable du juge des tutelles : il s'agit de la vente de gré à gré, de l'apport en société d'un immeuble ou d'un fonds de commerce appartenant au mineur, de l'emprunt au nom du mineur, de la renonciation à un droit appartenant au mineur, de l'acceptation d'un partage amiable. D'autres actes lui sont purement et simplement interdits ; l'article 302, alinéa 3 du Code de la famille prévoit que les actes interdits au tuteur le sont également à ceux qui doivent obligatoirement être accomplis par d'autres personnes ; ce sont les actes visés par les articles 301, alinéa 2 et 303 du Code de la famille ; le premier de ces textes prévoit que, lorsque les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux de l'administrateur légal, celui-ci doit, pour l'affaire envisagée, faire nommer un tuteur *ad hoc* ; le second prévoit la désignation d'un tiers administrateur pour l'administration des biens qui ont été donnés ou légués au mineur sous certaines conditions.

95. — L'administration légale prend fin par la majorité ou l'émancipation (C. fam., art. 304, al. 1^{er}). Elle peut aussi être convertie en tutelle lorsque cette mesure est rendue nécessaire par le comportement de l'administrateur légal ou lorsqu'il y a remariage ou mariage de la mère naturelle exerçant la puissance paternelle. Dans tous ces cas, la décision de conversion est prise par le juge des tutelles.

2) **Tutelle**

96. — C'est le régime sous lequel se trouvent placés les enfants visés à l'article 305 du Code de la famille : les enfants légitimes dont le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent dans l'un des cas prévus à l'article 277, alinéa 3, du Code de la famille ; les enfants naturels dont la filiation n'est établie à l'égard d'aucun des parents ; les enfants pour lesquels l'administration légale a été convertie en tutelle ; les enfants pour les-

quels l'exercice de la puissance paternelle n'est plus possible soit parce que la seule personne qui en était investie est décédée ou frappée d'incapacité, soit parce qu'elle se trouve dans l'un des cas prévus par l'article 277, alinéa 3, du Code de la famille.

97. — *α) Organisation de la tutelle.* — Plusieurs organes interviennent dans la tutelle : le tuteur, le subrogé-tuteur, le juge des tutelles et le conseil de famille.

98. — *Tuteur.* — Il est l'organe exécutif de la tutelle. Il peut faire l'objet d'une désignation testamentaire. Le testament ne peut être fait que par le dernier mourant des père et mère, s'il a conservé au jour de sa mort l'exercice de l'administration légale. Le tuteur ainsi désigné qui peut être parent ou non n'est pas tenu d'accepter la tutelle. Il peut aussi être désigné par une délibération du conseil de famille. Cette délibération est nécessaire s'il n'y a pas de tuteur testamentaire ou si le tuteur désigné n'accepte pas. Il est exceptionnellement désigné par le juge des tutelles ; tel est le cas lorsque la tutelle est vacante.

99. — Celui qui n'est ni parent, ni allié du père ou de la mère du tuteur ne peut être forcé d'accepter la tutelle (*C. fam., art. 322, al. 3*). Le tuteur désigné peut aussi être dispensé ou déchargé s'il se trouve dans les cas prévus par la loi. Il est possible de désigner un tuteur adjoint à côté du tuteur principal si la consistance du patrimoine à administrer ou la dispersion des biens rendent utile la désignation de plusieurs tuteurs (*C. fam., art. 317, al. 1^{er}*). Il est également possible de partager les fonctions entre un tuteur à la personne et un tuteur aux biens (*C. fam., art. 317, al. 2*).

100. — Le choix du tuteur ne peut pas porter sur certaines personnes : les mineurs, à l'exception des père et mère, les majeurs incapables, les personnes condamnées à une peine afflictive et infamante, les personnes frappées d'une interdiction d'exercice d'une charge tutélaire en vertu de l'article 34 du Code pénal, les personnes déchues de la puissance paternelle. Le choix ne doit pas non plus porter sur une personne qui est adversaire ou proche parent d'un adversaire du mineur dans un procès (celle-ci doit, selon l'article 321, alinéa 2, du Code de la famille, se récuser). Quant à la personne dont l'inconduite notoire, l'improbité, la négligence habituelle ou l'inaptitude auraient été constatées, elle peut être exclue ou destituée (*C. fam., art. 321, al. 3*).

101. — Les fonctions tutélares sont personnelles (elles ne se transmettent pas aux héritiers) (*C. fam., art. 320, al. 1^{er}*) et gratuites.

102. — *Juge des tutelles.* — Ses fonctions sont exercées par le président du tribunal départemental dans le ressort duquel se trouve le domicile du mineur. En cas de transfert du domicile, le tuteur en avise le juge des tutelles qui transmet le dossier au président du tribunal du nouveau domicile. C'est l'article 307 du Code de la famille qui fixe les attributions du juge des tutelles. Celui-ci a une mission générale de direction et de surveillance des tutelles et administrations légales de son ressort. Il peut, à cet égard, convoquer les personnes chargées de l'administration légale ou tutélaire, leur réclamer des éclaircissements, leur adresser des observations et prononcer contre elles des injonctions.

103. — *Conseil de famille.* — Il est composé de quatre membres y compris le subrogé-tuteur, mais non le juge des tutelles (qui pourtant préside ses délibérations, *C. fam., art. 314, al. 2*) et le tuteur. Les membres du conseil de famille sont choisis par le juge des tutelles, pour la durée de leur tutelle (sauf à pourvoir à leur remplacement si des changements s'opèrent dans leur situation), parmi les parents ou alliés du père ou de la mère ou même parmi les personnes pouvant s'intéresser à l'enfant. En effectuant son choix, le juge des tutelles doit veiller à ce que les deux lignes soient représentées.

104. — Le conseil de famille est convoqué par le juge des tutelles ; il ne peut délibérer valablement que si les présents représentent au moins la moitié des membres. Pour éviter les blocages pouvant résulter de l'absence répétée de certains membres, plusieurs solutions sont prévues. D'une part, les membres sont tenus de se présenter, et l'absence non justifiée est sanctionnée par une amende ; les membres peuvent cependant se faire représenter par un parent ou allié du père ou de la mère qui ne participe pas en son propre nom au conseil. D'autre part, le juge des tutelles peut prendre lui-même la décision en cas d'urgence, si faute de quorum le conseil ne peut valablement délibérer.

105. — Les délibérations du conseil de famille sont exécutoires par elles-mêmes (l'homologation n'est donc pas nécessaire), sauf s'il y a un recours formé par le tuteur, le subrogé-tuteur, l'un des membres, le juge des tutelles ou le pupille. Ceux-ci peuvent en effet demander, en application de l'article 315, du Code de la famille, l'annulation des délibérations pour dol, fraude, ou omission d'une formalité substantielle.

106. — *Subrogé-tuteur.* — Désigné par le conseil de famille parmi ses membres, de préférence dans une autre ligne que le tuteur lui-même, le subrogé-tuteur est chargé de surveiller les activités du tuteur et d'alerter le juge des tutelles en cas d'anomalies. Il est également chargé de représenter le tuteur lorsque les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux du mineur. En cas de décès ou d'incapacité du tuteur, il est chargé de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur.

107. — *β) Fonctionnement de la tutelle.* — Le Code de la famille a minutieusement réglementé les mesures qui doivent être prises à l'ouverture de la tutelle et les pouvoirs du tuteur.

108. — *Obligations imposées au tuteur à l'ouverture de la tutelle.* — Le législateur impose au tuteur un certain nombre de mesures destinées à fixer la consistance du patrimoine du mineur. Le tuteur doit notamment faire procéder à l'inventaire des biens du mineur dans les 10 jours de sa nomination (s'il était présent) ou de la notification ; à défaut d'inventaire dans le délai prescrit, le subrogé-tuteur y procède lui-même sur décision du juge des tutelles (dans le délai fixé par celui-ci). L'inventaire fait état de tous les biens meubles et immeubles du mineur et des sommes qui lui sont dues ; il doit aussi comporter la déclaration des créances du tuteur contre le mineur, le défaut de déclaration entraînant leur perte.

109. — D'autres mesures sont destinées à assurer le contrôle de l'utilisation des titres au porteur. Le tuteur doit ainsi, dans les 3 mois de l'ouverture de la tutelle, déposer les titres et valeurs mobilières dans un compte ouvert au mineur et portant mention

de sa minorité chez un dépositaire agréé par le gouvernement ou un banquier. Les mêmes règles sont suivies lorsque les titres et valeurs échoient au mineur en cours de tutelle. Lorsque le tuteur reçoit des capitaux pour le compte du mineur, il doit procéder à leur dépôt dans les mêmes conditions, mais le délai est d'un mois ; par ailleurs, il ne pourra donner quittance qu'avec le contreseing du subrogé-tuteur.

110. — Il existe enfin des mesures relatives à l'emploi des capitaux. À cet égard, l'article 327 du Code de la famille prévoit que le juge des tutelles fixe, au vu de l'inventaire, la somme dont il pourra être disposé annuellement pour l'entretien et l'éducation du pupille. Si la somme nécessaire dépasse 100 000 francs, elle est fixée par le conseil de famille. Celui-ci devra en outre fixer la somme à laquelle commence pour le tuteur l'obligation de faire emploi de capitaux liquidés ou de l'excédent des revenus du mineur, en déterminant soit d'avance, soit pour chaque opération la nature des biens acquis en emploi. Il peut autoriser le tuteur à s'attacher les services d'administrateurs ou à passer des contrats pour la gestion des biens du pupille.

111. — *Pouvoirs du tuteur.* — Le tuteur est investi d'une mission générale de représentation pour tous les actes de la vie civile que le mineur ne peut ou ne doit effectuer lui-même. Dans l'exercice de cette mission, les pouvoirs du tuteur sont plus ou moins étendus selon la gravité de l'acte. À cet égard, le législateur prévoit trois catégories d'actes.

112. — Il y a les actes que le tuteur peut accomplir seul ; il s'agit des actes conservatoires et des actes d'administration. Il peut notamment introduire toute action en justice relative aux intérêts patrimoniaux du mineur, y défendre ou se désister de l'instance (*C. fam., art. 328, dernier al.*). Il peut conclure des baux, encore que le contrat ne confère au preneur, à l'encontre du mineur devenu majeur ou émancipé, aucun droit au renouvellement ou au maintien dans les lieux (*C. fam., art. 328, al. 4*).

113. — Il y a ensuite les actes que le tuteur ne peut accomplir qu'avec l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille (l'autorisation du conseil de famille est nécessaire pour les actes portant sur les biens dont la valeur est supérieure à un million de francs CFA). Il s'agit de la renonciation à une succession, de l'acceptation pure et simple d'une succession, du partage des biens appartenant indivisément au mineur (une décision du juge des tutelles ou une délibération du conseil de famille pouvant imposer un partage judiciaire), de l'acceptation d'une donation ou d'un legs particulier grevé d'une charge, de l'exercice en demande ou en défense des actions relatives à des droits extrapatrimoniaux (l'autorisation du conseil de famille est toujours nécessaire dans ce cas), de l'acquiescement à une demande introduite contre le mineur, de la transaction au nom du mineur, des actes de disposition, etc.

114. — Il y a enfin les actes qui sont interdits au tuteur ; sont concernés par l'interdiction deux types d'actes : l'achat des biens du mineur ou l'acceptation de la cession d'un droit contre le mineur (*C. fam., art. 330*).

115. — *γ) Fin de la tutelle.* — La tutelle prend fin par l'émancipation, la majorité ou le décès du mineur (*C. fam., art. 331*). Il convient de rappeler que le décès du tuteur ne met pas fin à la tutelle ; dans ce cas ses héritiers, s'ils sont majeurs, doivent continuer la tutelle jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur (*C. fam., art. 330, dernier al.*).

116. — À la fin de la tutelle, le tuteur établit un compte définitif dont il avance les frais. La reddition des comptes est indispensable, et toute convention passée entre le pupille devenu majeur et le tuteur en vue de soustraire celui-ci, en tout ou partie, à cette obligation est nulle. Il se peut que le compte fasse apparaître un reliquat dû par le tuteur ; dans ce cas, la somme portera intérêt de plein droit du jour où la tutelle aura pris fin. Au cas

où le reliquat est dû par le mineur, les intérêts ne courent qu'à partir du jour de la sommation de payer suivant l'approbation des comptes.

117. — La responsabilité du tuteur ou des autres organes de la tutelle peut éventuellement être recherchée par le pupille. Toutefois, si la faute à l'origine du dommage est commise par le juge des tutelles ou son greffier, l'action sera dirigée contre l'État qui pourra éventuellement exercer une action récursoire contre son agent (*C. fam., art. 334, dernier al.*).

2° Majeurs incapables

118. — Alors que l'incapacité est la règle pour les mineurs c'est la capacité qui est la règle pour les majeurs (*C. fam., art. 340*) ; les cas d'incapacité constituent donc des exceptions qu'il faut déterminer avant d'examiner les régimes de protection

a) Cas d'incapacité

119. — On distingue deux cas d'incapacité chez les majeurs : les incapacités de défiance et les incapacités de protection. Les premières ont pour but d'empêcher certains majeurs d'agir, à titre de sanction. Ainsi l'article 342, dernier alinéa, du Code de la famille soumet au régime de la tutelle les majeurs condamnés à une peine afflictive et infamante. Les autres ont pour but, comme leur nom l'indique, d'assurer la protection de certaines personnes présumées hors d'état d'exprimer leur volonté en raison de la défaillance de leurs facultés mentales ou physiques. Sont ainsi frappés d'incapacité les majeurs chez lesquels il y a une perturbation des facultés mentales et les majeurs chez lesquels l'altération des facultés corporelles est telle qu'elle empêche l'expression de la volonté. Le législateur a organisé la protection de ces incapables dans les articles 341 à 367 du Code de la famille.

b) Protection des majeurs incapables

120. — Le Code de la famille a prévu trois régimes de protection des biens (*C. fam., art. 345 à 365*) auxquels il faut ajouter la protection occasionnelle prévue par l'article 341 du Code de la famille.

1) Protection occasionnelle prévue par l'article 341 du Code de la famille

121. — Il arrive que, malgré l'altération des facultés mentales, l'on n'ait pas recours à l'un des régimes prévus par la loi soit parce que l'altération est brève, soit parce qu'elle est ignorée ou cachée. Dans un tel cas, « une application du droit commun des vices du consentement est... nécessaire » (*Tosi, Droit des obligations au Sénégal, LGDJ - NEA 1982, n° 219, p. 89*). C'est l'objet de l'article 341 du Code de la famille. Ce texte rappelle que « pour exprimer valablement sa volonté, il faut être sain d'esprit... » Il permet implicitement ainsi d'attaquer l'acte accompli par celui qui n'est pas sain d'esprit ; mais il subordonne la demande en nullité à la preuve de l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte (*C. fam., art. 341, al. 1^{er} in fine*).

122. — La nullité ainsi encourue ne peut être demandée que par une catégorie limitée de personnes. Ainsi du vivant du dément, lui seul ou son tuteur ou curateur, s'il lui en a été nommé un, peut agir en nullité. À son décès, il est en principe impossible d'attaquer pour démence les actes qu'il aurait passés de son vivant. Cependant, peuvent exceptionnellement être attaqués les donations entre vifs et le testament ; les actes qui portent en eux-mêmes la preuve d'un trouble mental ; les actes faits dans un temps où le dément était placé sous protection de la justice ou dans le délai de 3 mois précédant ou suivant un tel placement. Dans le même ordre d'idées, le législateur prévoit que les actes du dément peuvent aussi être attaqués lorsqu'une action des-

tinée à ouvrir la tutelle ou la curatelle avait été introduite avant le décès.

2) Régimes de protection des biens organisés par les articles 345 et suivants du Code de la famille

123. — Lorsque l'altération, quelle que soit sa nature, a été médicalement constatée, le juge peut choisir l'un des trois régimes de protection prévus par le code : le placement sous la protection de justice, la tutelle et la curatelle.

124. — a) Placement sous la protection de la justice. — Elle a lieu, en ce qui concerne l'administration des biens, pour les majeurs internés ou soignés à domicile. Les biens de la personne internée sont administrés par un curateur d'office tenu de se conformer aux dispositions des articles 691, alinéa 2 et 698 du Code de procédure civile et de « faire usage de ses pouvoirs pour adoucir le sort du malade et accélérer sa guérison » (C. fam., art. 346, al. 3). Lorsque le malade n'est pas interné, ces biens sont administrés par un mandataire désigné par le juge des tutelles à la requête de tout intéressé. Ce mandataire est tenu d'exécuter ses obligations conformément aux articles 463 à 467 du Code des obligations civiles et commerciales. Sa rémunération est fixée par le juge compte tenu des diligences et des biens de l'incapable.

125. — Le placement sous protection de justice a pour principal effet de faire « présumer l'absence de consentement du majeur dément agissant seul » (C. fam., art. 345, al. 2).

126. — Il prend fin « lorsque l'internement ou les soins cessent par le retour à la santé constaté par le juge » (C. fam., art. 349, al. 1^{er}) ou lorsqu'il y a ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle.

127. — b) Tutelle. — Elle est ouverte lorsque l'altération des facultés mentales de la personne est telle que celle-ci a besoin d'être représentée de façon continue dans les actes de la vie civile. Les personnes ayant qualité pour demander l'ouverture de la tutelle sont énumérées par l'article 351, alinéa 1^{er}, du Code de la famille ; il s'agit de l'intéressé lui-même, ses ascendants, ses descendants, ses frères et sœurs, le curateur et le Ministère public. Le juge compétent (président du tribunal départemental) peut aussi ouvrir d'office la tutelle après avoir entendu ces personnes.

128. — Dans tous les cas, le jugement ne pourra être prononcé qu'après l'enquête et l'expertise ordonnées par le Ministère public et l'audition par le juge de la personne dont la mise en tutelle est demandée.

129. — Les règles de fonctionnement de la tutelle des majeurs sont, pour l'essentiel, calquées sur celles de la tutelle des mineurs. Elles présentent cependant certaines spécificités. Ainsi la tutelle des majeurs peut être confiée à une personne morale ; le tuteur désigné, sauf s'il est une personne morale, n'est pas tenu de conserver la tutelle au-delà de 5 ans.

130. — Les règles de la tutelle peuvent être écartées dans certains cas. Ainsi lorsqu'il existe un conjoint, un ascendant ou un descendant, un frère ou une sœur apte à gérer les biens, le juge des tutelles peut décider qu'il les gèrera en qualité d'administrateur légal sans subrogé-tuteur ni conseil de famille ; si malgré l'incapacité de la personne à gérer les biens, le juge

estime inopportun d'ouvrir une tutelle complète, il peut désigner en qualité d'administrateur légal le curateur d'office. Dans le même ordre d'idées, le juge peut renoncer à ouvrir une tutelle ou une administration légale si, par application des règles sur le régime matrimonial, il peut être pourvu aux intérêts de la personne protégée par une habilitation judiciaire délivrée à son conjoint (Pour application, V. *Ord. Juge de paix Dakar, 4 févr. 1976 ; Crédita, 1977, vol. II, p. 225*).

131. — La protection insituée au profit du majeur dans le cadre de la tutelle est très forte car, quelle que soit la mesure adoptée par le juge, tous les actes accomplis par l'individu postérieurement au jugement d'ouverture de la tutelle sont nuls de droit (C. fam., art. 357, al. 1^{er}) ; même les actes passés antérieurement peuvent être annulés si la cause qui a déterminé l'ouverture de la tutelle existait notoirement à l'époque des faits (C. fam., art. 357, al. 2). La nullité encourue est une nullité relative et l'acte annulable pourra être confirmé par le dément après sa guérison ou par ses ayants cause après décès.

132. — La tutelle prend fin par un jugement de mainlevée qui est rendu lorsque disparaissent les causes qui ont justifié l'ouverture de la procédure de mise en tutelle ; le majeur retrouve alors le plein exercice de ses droits.

133. — γ) Curatelle. — Elle est ouverte dans deux cas : — d'une part, lorsque les facultés mentales d'un majeur sont altérées de telle sorte que, sans être hors d'état d'agir lui-même, il a besoin d'être contrôlé ou conseillé dans les actes de la vie civile (C. fam., art. 359) ; — d'autre part, lorsque le majeur, « par sa prodigalité, son intempérance ou son oisiveté s'expose à tomber dans le besoin ou compromet l'exécution de ses obligations familiales » (C. fam., art. 365).

134. — L'article 360, alinéa 1^{er}, du Code de la famille renvoie aux règles de la tutelle pour les modalités d'ouverture et de mainlevée de la curatelle. Il a été jugé à cet égard que la mainlevée de la curatelle ne peut être effectuée qu'après l'accomplissement des formalités prévues par l'article 352 du Code de la famille (consacré à la tutelle, V. *Cour suprême, arrêt n° 54, 3 juill. 1976, Taraf et Tamf*).

135. — Le seul organe prévu pour la curatelle c'est le curateur soumis aux dispositions des articles 319 à 322 du Code de la famille.

136. — La curatelle ne se traduit pas par une incapacité totale ; c'est plutôt un régime de semi-capacité dans lequel le majeur agit lui-même, mais avec l'assistance de son curateur ; d'ailleurs l'assistance n'est pas toujours obligatoire, car la loi invite à faire une distinction.

137. — L'assistance est obligatoire pour les actes visés à l'article 329 du Code de la famille c'est-à-dire les actes qui, sous le régime de la tutelle du mineur, ne peuvent être accomplis par le tuteur qu'avec l'autorisation du conseil de famille ; l'assistance est également obligatoire lorsque le majeur en curatelle doit recevoir des capitaux ou en faire emploi. En cas de refus d'assistance du curateur, le majeur peut demander une autorisation supplétive au juge des tutelles (Pour une application, V. *TPI Dakar, 15 janv. 1974 ; Crédita 1977, vol. I, p. 15 bis*). Si le majeur

Passe seul un acte pour lequel l'assistance est obligatoire, la nullité pourra en être demandée (par lui-même ou le curateur).

138.- L'assistance n'est pas obligatoire pour les actes les moins graves. Cependant lorsque le majeur en curatelle accomplit seul de tels actes, ils sont sujets à réduction en cas d'excès. L'action en réduction pourra alors être exercée par le majeur lui-même ou par les autres personnes visées à l'article 351 du Code

de la famille (conjoint, ascendants, descendants, frères et sœurs, curateur, Ministère public) ; au décès de l'intéressé, l'action peut être exercée par ses héritiers. Le tribunal saisi d'une telle action devra prendre en considération la fortune de la personne protégée, la bonne ou mauvaise foi de ceux qui ont traité avec elle ainsi que l'utilité ou l'inutilité de l'opération (C. fam., art. 364, al. 2).

Doc. 2 / Jean Hauser, Définition de l'acte d'administration / Paris, 28 oct. 2004, 8e ch. sect. A, arrêt n° 473) Revue trimestrielle de droit civil 2005, Chroniques p. 104

Malgré les apparences, la distinction pourtant essentielle entre les actes d'administration et de disposition est loin d'être claire. Un viticulteur charentais, placé en 1987 sous curatelle simple exercée par son épouse, souscrit un contrat de publicité en 1999 aux fins d'insertion dans un annuaire des caves coopératives, le tout pour la somme de 43 416 F payable en trois fois. Devant les difficultés de paiement la curatrice a assigné la société de publicité en nullité du contrat pour défaut d'assistance. Le tribunal d'instance rejette la demande en alléguant qu'il ne s'agissait pas d'un emploi de capitaux qui, aux termes de l'article 510 du code civil, aurait nécessité l'assistance du curateur mais d'un simple acte d'administration que le protégé pouvait faire seul. La Cour de Paris l'approuve dans un arrêt aux motivations diverses. On regrettera que soit invoqué d'abord le fait que le contractant ne pouvait pas avoir connaissance de la curatelle et qu'on ne pouvait lui reprocher de n'avoir pas enquêté sur ce sujet alors « qu'aucun indice ne l'y invitait » ce qui ferait, si on va au bout de l'argument, dépendre la protection de la connaissance qu'en auraient les contractants et de « l'apparence » que présenterait la personne protégée. Le démarchage des publicitaires, des banquiers ou des assureurs intègre ce type de risque ce qui explique qu'ils ne vérifient guère. Plus solide est le second argument qui classe l'opération dans la catégorie des actes d'administration, ce qui était peut-être défendable (encore que la somme...), sauf à s'étonner devant une motivation parfois surprenante. L'acte serait d'administration parce que la curatelle était justifiée (*sic*) par la protection du fonds familial (*quid* de l'article 508 du code civil ?) et que l'insertion de l'annonce ne mettait pas en péril ledit fonds. Il est vrai que la curatrice avait payé les mensualités et n'avait réclamé qu'à la fin ce qui permettait effectivement d'invoquer l'article 510-1 *in fine* du code civil. Il demeure que ce type de raisonnement, vidant la curatelle de l'essentiel de son effet, devrait être manié avec prudence : pourquoi y a-t-il tant de curatelles renforcées ?

Doc. 3 / Jean Hauser, Incapables majeurs : actes de la vie courante / (Civ. 1re, 19 oct. 2004, arrêt n° 1413 ; JCP 2004.IV.3299) / Revue trimestrielle de droit civil 2005, Chroniques p. 103

Il semble bien que, depuis un arrêt de la même chambre du 3 juin 1980, toujours cité (Bull. civ. I, n° 172) on n'ait pas eu confirmation que la théorie des actes de la vie courante autorisés par l'usage, prévue pour les mineurs (art. 389-3 al. 1 et 450 c. civ.) s'appliquait aux majeurs. On saluera donc particulièrement le présent arrêt dont l'attendu de principe n'est pas douteux : « les actes passés postérieurement au jugement d'ouverture de la tutelle, par la personne protégée, sont nuls de droit, à l'exception des actes de la vie courante autorisés par l'usage ». Pourtant l'arrêt est de cassation sur le visa de l'article 502 : que s'est-il donc passé ? Le tribunal avait condamné M. D..., majeur sous tutelle, à payer à la société F... une somme de 11 438 F et intérêts à 16,92 %, en relevant que la société ne pouvait connaître l'incapacité de M. F... aucune mention ne figurant au contrat et que le montant des achats, répétés sur plusieurs mois, n'avait pas attiré l'attention du tuteur, pour en déduire... que cet acte pouvait entrer valablement dans la catégorie des actes de la vie courante autorisés par l'usage. La motivation était erronée car il appartenait à la société de requérir une pièce d'état civil qui eût fait apparaître la tutelle (même si ces sociétés ne le font pas mais à leurs risques et périls...), de même que l'ignorance du tuteur était sans rapport avec une éventuelle nullité de l'acte, mais elle était en plus sans rapport avec la notion d'acte de la vie courante permis par l'usage. La cassation est donc encourue pour manque de base légale.

Il est tout à fait important que l'exception, ainsi étendue dans son principe, à l'incapable majeur sous tutelle, soit rigoureusement disciplinée car les risques demeurent tout de même réels. Comme on l'a très justement démontré (J.-M. Plazy, *La personne de l'incapable*, préf. J. Hauser, éd. La Mouette, 2001 spéc. n° 500 et s.) le mineur est protégé par la possibilité d'une rescision générale pour lésion ce qui n'est pas le cas du majeur et, de plus, on peut imaginer l'exception dans le cadre d'une pré-majorité progressive du mineur, ce qui est exclu pour le majeur. Oui donc à l'extension, oui aussi à la rigueur de la motivation des juges du fond.

METHODOLOGIE DU COMMENTAIRE D' « ARRÊT »

L'expression « **commentaire d'arrêt** » est consacrée, bien que l'exercice puisse porter aussi bien sur un arrêt, que sur un jugement. Il s'agit d'un commentaire d'une décision de justice de quelque juridiction quelle émane, même si c'est le plus souvent une décision de la Cour de cassation (en droit civil évidemment).

L'exercice est considéré comme complexe, car il est tout à fait nouveau pour un étudiant de première année. Aussi, il présente deux difficultés principales. La première est d'éviter la paraphrase de la décision. Il ne faut pas vous borner à répéter sous d'autres termes la solution donnée. La seconde difficulté est d'éviter que l'arrêt ne soit qu'un prétexte pour réciter le cours et disserter sur des points sans les mettre en relation avec l'arrêt.

Quand la décision soumise à analyse est un arrêt de la Cour de cassation, il y a fortement intérêt à :

Savoir si on est en présence d'un arrêt de rejet (fondé sur le pouvoir souverain des juges du fond, sur l'approbation d'une appréciation juridique effectuée par les juges du fond, sur une substitution de motifs) ou d'un arrêt de cassation (fondé sur un défaut de motifs, sur un défaut de base légale, sur la violation de la loi) : la portée de l'arrêt dépend de ces considérations.

Savoir déterminer le, ou les moyens de cassation, et le, ou les branches des moyens ;

Se demander si le pourvoi est formé contre un arrêt d'appel (il faut alors, dans la partie de l'analyse consacrée à la procédure, préciser si l'arrêt d'appel était confirmatif ou infirmatif de la décision des premiers juges) ou contre un jugement rendu en premier et dernier ressort;

Se demander si le pourvoi qui a donné lieu à la décision de la Cour de cassation est un pourvoi "classique", ou un pourvoi dans l'intérêt de la loi, formé par le Procureur général près la Cour de cassation;

Se demander si, dans l'hypothèse où l'arrêt de la Cour de cassation vient casser la décision de la juridiction du fond, il y a cassation avec renvoi, sachant que la cassation a lieu, à titre exceptionnel, sans renvoi.

Déterminer si on est en présence d'un arrêt d'espèce ou d'un arrêt de principe

Ne pas oublier que la vocation de la Cour de cassation est de juger en droit, et non en fait.

Précisions liminaires

L'arrêt de principe

L'arrêt de principe, au-delà du cas d'espèce, entend imposer à l'ensemble des juridictions judiciaires une certaine interprétation de la règle de droit.

Il n'est nulle part écrit dans le texte d'un arrêt de la Cour de cassation qu'il s'agit d'un arrêt de principe ou d'un simple arrêt d'espèce.

Cependant, il existe des critères qui peuvent aider à qualifier d' « arrêt de principe » un arrêt de la Cour de cassation :

- *La portée doctrinale et normative de l'arrêt*

Dans la mesure où les arrêts de principe sont ceux qui présentent un intérêt d'ordre juridique plus ou moins grand, ils comprennent à l'évidence tous les arrêts qui **mettent fin à une controverse** divisant les tribunaux, voire la doctrine, en ce qui concerne un point de droit. Ils comprennent aussi ceux qui **inaugurent l'interprétation d'une nouvelle règle de droit**. Ils incluent également les arrêts par lesquels la cour de cassation opère un **revirement jurisprudentiel**. Dans ce vaste domaine, il est évident que la portée des arrêts de l'Assemblée

plénière ou des chambres mixtes (au Sénégal chambres réunies) est supérieure, dès lors qu'ils ont eu pour objet de résoudre des questions de droit de principe ou connaissant des solutions divergentes soit entre les chambres de la cour de cassation, soit entre la cour de cassation et les juridictions du fond

- ***La formulation de l'arrêt***

Il est soutenu qu'un arrêt de principe est souvent un arrêt de cassation. Mais un arrêt de principe peut aussi être un arrêt de rejet. L'arrêt **Jacques Vabres du 24 mai 1975....** était un arrêt de rejet, alors que l'arrêt **Perruche du 17 novembre 2000...** était un arrêt de cassation (pourtant l'un et l'autre ont eu un effet considérable dans l'ordre juridique établi).

En revanche, le caractère de principe d'un arrêt de cassation ou de rejet de la cour de cassation peut être éventuellement déduit de la formulation qu'ils utilisent.

L'arrêt d'espèce

L'arrêt d'espèce a une portée très faible. Il n'a d'autre ambition que de **résoudre la difficulté particulière que le litige a soulevée.**

L'arrêt de cassation d'espèce se reconnaît lorsqu'il casse pour inobservation des formes du jugement, par exemple, « *l'absence ou insuffisance de motifs* », ou « *le défaut de réponses à conclusions* ». En général, les cassations pour de tels griefs de forme n'ont pas un grand intérêt théorique.

L'arrêt de cassation est également d'espèce lorsqu'il comporte un attendu sous forme de « chapeau » qui reprend littéralement le texte de l'article auquel il se réfère dans son « visa », sans rien y apporter de nouveau.

L'arrêt de rejet d'espèce se reconnaît lorsque la cour de cassation énonce que les juges du fond ont « *souverainement estimé, jugé, ou pu décider que...* ». Cela signifie que la cour de cassation ne veut pas connaître du problème de droit. Elle se borne à vérifier que les juges du fond ont motivé leurs décisions et répondu aux conclusions.

L'arrêt de cassation

L'arrêt de cassation de principe est souvent reconnaissable à la formulation relativement générale et abstraite du **chapeau qui suit le visa.**

Parfois encore, cette formulation générale et abstraite peut figurer **dans l'attendu qui précède le dispositif.**

Structure type d'un arrêt de cassation

**La Cour,
Vu l'article...**

Dans cette proposition, que l'on appelle le **visa**, la cour de cassation vise, c'est-à-dire cite le numéro de l'article, le titre de la loi ou le principe discuté.

Attendu qu'il résulte de ce texte...

Il s'agit du chapeau de l'arrêt. La cour de cassation cite le texte même de l'article ou formule le grand principe qu'elle entend appliquer. Parfois, le chapeau figure dans l'attendu précédant le dispositif.

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que... ;

Dans la première partie de cette proposition, la Cour de cassation rappelle les faits.

Que (ou « Attendu que ») l'arrêt attaqué a décidé que...

Dans cette deuxième partie de la proposition, la Cour de cassation rappelle la décision et les arguments retenus par la cour d'appel.

Attendu qu'en statuant ainsi (ou « de la sorte »), **alors que...**

(Autre formule : « Attendu cependant qu'il ne peut [...], d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait la Cour d'appel a violé le texte susvisé... »)

Dans cette proposition sont indiquées les raisons pour lesquelles, selon la Cour de cassation, l'arrêt attaqué encourt la cassation. Contrairement aux arrêts de rejet, on ne trouve pas dans les arrêts de cassation les griefs formulés par l'auteur du pourvoi contre l'arrêt qu'il attaque. Toutefois, on peut admettre que ces griefs se confondent avec les arguments de la cour de cassation énoncés dans son arrêt.

Par ces motifs, casse et annule l'arrêt rendu le (...) et renvoie devant...

L'arrêt de rejet

L'arrêt de rejet de principe se reconnaît aussi à la formulation générale et abstraite qu'il emploie *dans son attendu du motif de rejet* :

Les arrêts de rejet ont également une portée doctrinale et didactique lorsque la cour de cassation emploie les termes suivants : « *Mais attendu qu'à bon droit (ou « légitimement ») la cour d'appel a pu décider (ou « estimer »)... »*

Exemple : « *Mais attendu que le Traité du 25 mars 1957, qui, en vertu de l'article 55 de la constitution, a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres ; qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces Etats et s'impose à leurs juridictions ; que dès lors, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé que l'article 95 du traité devait être appliqué en l'espèce...* » (ch. Mixte, 24 mai 1975, D. 1975. 497).

Lorsque la cour de cassation procède par substitution de motifs, ses arrêts ont également une valeur nominative. Il en est ainsi lorsque la cour d'appel a rendu une décision justifiée sur un motif erroné. Au lieu de casser l'arrêt, la cour de cassation a la faculté de rejeter le pourvoi après avoir substitué au motif erroné un motif de pur droit.

Exemple : « *Mais attendu que, pour que soit présumée, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 4 du code civil, la responsabilité des père et mère d'un mineur habitant avec eux, il suffit que celui-ci ait commis un acte qui soit la cause directe du dommage invoqué par la victime : que par ce motif de pur droit, substitué à celui critiqué par le moyen, l'arrêt se trouve légalement justifié* » (Ass. Plén., 9 mai 1984, D. 1984, note Chabas).

Structure type d'un arrêt de rejet

La Cour,

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt (ou du jugement) attaqué...

Dans cette proposition, seront généralement exposés succinctement les faits de l'espèce, éventuellement la procédure suivie jusque-là, et bien entendu la décision qui a été rendue par l'arrêt ou le jugement attaqué.

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué (ou « Attendu qu'il est reproché à l'arrêt attaqué ») d'avoir ainsi statué, **alors que...**

Dans cette proposition, seront cités les **moyens** du pourvoi, c'est-à-dire les arguments, les critiques formulées par le demandeur au pourvoi à l'encontre de la décision attaquée.

Mais attendu que (...) à bon droit la Cour d'appel a décidé que... (ou « Mais attendu que » suivi de l'énoncé du principe sur lequel s'appuie la cour de cassation), d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli (ou « que les juges du fond ont ainsi pu décider... ») ;

Dans cette proposition, la Cour de cassation réfute les griefs formulés par l'auteur du pourvoi et donne sa propre opinion. En somme, la Cour de cassation se fait le défenseur de la décision attaquée.

Par ces motifs, rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le...

La fiche de méthodologie

Il s'agit de rédiger ce que l'on appelle une « note de jurisprudence ». De telles notes sont publiées par les « arrêtistes », entendez : les commentateurs d'arrêts, dans les grands recueils de jurisprudence (*Recueil Dalloz*, *Semaine juridique*, par exemple) à la suite des décisions rapportées. Le travail que vous avez à présenter diffère cependant quelque peu de celui des « arrêtistes », car ceux-ci ont à commenter des décisions récentes, de telle sorte que leurs recherches, quant à la législation, à la jurisprudence et la doctrine, s'arrêtent nécessairement dans le temps à la décision annotée, tandis que l'on vous demande souvent de commenter un arrêt déjà ancien, de telle sorte que **vous ne devez pas limiter vos recherches aux textes, aux décisions et études antérieures à cet arrêt.**

Le commentaire d'arrêt a un double objet :

- **l'explication de la décision** : il faut, à ce stade, montrer que l'arrêt a été compris, ce qui suppose des connaissances approfondies, lesquelles doivent être confrontées avec les éléments spécifiques de la décision ;
- **une réflexion sur la décision** : après avoir démontré que vous avez compris la décision, il s'agit de montrer que vous savez réfléchir. Ainsi, en utilisant vos connaissances doctrinales et jurisprudentielles, il convient de **mener une discussion** en vue d'apprécier cette décision au regard du droit positif, d'en effectuer la critique, d'en mesurer les conséquences juridiques, sociales, politiques, économiques, morales, etc.

Remarques

Pour faire un bon commentaire d'arrêt, il faut alors avoir une bonne capacité d'analyse, un esprit de synthèse, des connaissances approfondies et un style d'expression clair, compréhensif. C'est ce qui vous permettra d'éviter:

- de faire une dissertation;
- de paraphraser la décision;
- les développements purement descriptifs et théoriques.

Différents étapes sont à respecter pour assurer un bon commentaire

I. Travail préparatoire

- La phrase d'accroche

Comme tout exercice en droit, il est recommandé de faire une entrée en matière. Certains soutiennent que cette phase n'est pas obligatoire dans un cas pratique ou dans un commentaire d'arrêt. Mais, il faut souligner que le respect de cette étape rend compte du degré de compréhension par l'étudiant du thème à traiter. **Dans un cas pratique comme dans un commentaire d'arrêt, l'entrée en matière est un accessoire qui donne de la valeur ajoutée au travail de l'étudiant.** D'autres diront même que c'est une phase essentielle comme toutes les autres.

- Présentation de la décision à commenter

L'introduction du commentaire d'arrêt est soumise à quelques règles spécifiques. En guise de préliminaire, il importe de présenter la décision qui doit être commentée. À ce titre, il

convient d'indiquer la **nature de la juridiction** qui l'a rendue, sa **date** et de situer en deux, trois lignes la **question juridique traitée**.

Puis, **les faits** de la cause doivent être exposés : ici non plus, il ne s'agit pas de reproduire servilement et fastidieusement le motif de la décision qui contient les faits en question. Par conséquent, il faut opérer une sélection : seuls, les faits utiles, c'est-à-dire ceux qui ont une influence sur la question posée aux juges et sur la solution que ceux-ci lui ont donnée, méritent les honneurs de l'introduction.

Après l'exposé des faits, intervient nécessairement celui de **la procédure**. Précision et concision sont les deux impératifs qui doivent être respectés à ce stade de l'introduction. Il ne saurait être question d'entamer l'explication de la décision; il faut se limiter à indiquer comment les rôles de demandeur et de défendeur à l'instance ont été répartis pendant les différentes phases du procès, mentionner, brièvement mais précisément, les prétentions de chaque partie, préciser les juridictions qui ont rendu des décisions antérieurement à celle qui doit être commentée, les dates de ces décisions et le sens dans lequel elles ont été rendues. À l'issue de ce rappel de la procédure, deux thèses doivent nécessairement apparaître quant à la solution à apporter à une même question, quant à l'interprétation d'une seule règle de droit. Aussi, si la décision à commenter est un arrêt de la Cour de cassation, les développements relatifs à la procédure doivent clairement faire apparaître l'opposition entre le raisonnement des juges du fond d'une part, et celui du demandeur au pourvoi, d'autre part.

Attention à éviter de supposer des faits imaginaires et à bien respecter la chronologie.

Attention aussi à ne pas inventer la solution de première instance, si elle ne vous est pas donnée.

Vous pouvez parfois déduire la solution grâce à la formule "l'arrêt infirmatif attaqué" (la cour d'appel a infirmé la solution de première instance), ou "l'arrêt confirmatif attaqué" (la cour d'appel a confirmé la solution).

Il est temps, alors, d'exposer clairement la **question de droit** que la décision commentée a tranchée. Le problème de droit est la question juridique qui a été posée à la juridiction saisie par le pourvoi (d'une manière générale, c'est la juridiction dont on commente la décision) et sur lequel les parties sont en désaccord. Il s'agit là d'une étape déterminante non seulement de l'introduction, mais aussi du commentaire. Le correcteur, à la lecture des lignes consacrées à l'exposé de la question de droit pourra immédiatement constater si, oui ou non, vous avez bien compris la décision que vous prétendez commenter. Il faut, en effet, bien comprendre que toute la difficulté de cet exercice spécifique qu'est le commentaire d'arrêt réside, outre l'explication de la décision et la réflexion que celle-ci vous inspire, dans la **découverte de la question qui a été tranchée**. Si vous vous trompez sur cette question de droit, si vous ne réussissez pas à l'identifier ou si vous l'exposez de manière imprécise ou confuse, il ne fait guère de doute que votre commentaire sera voué à l'échec. Aussi, faut-il apporter un grand soin et une particulière attention à cette étape de l'introduction.

Le problème de droit se déduit donc de la confrontation des arguments présentés par le demandeur avec la thèse soutenue par les juges dont la décision est contestée devant la Cour de cassation. Pour le trouver, il faut donc concevoir très clairement le ou les points de désaccord entre les parties (il peut y avoir plusieurs problèmes de droit dans un même arrêt). Une solution de facilité consiste à partir du principe que la Cour de cassation, juge du droit, répond toujours au problème de droit qui lui est soumis, et qu'il suffit de déduire de la solution le problème qui se pose. C'est en effet exact dans 90 % des cas, mais il y a un risque terrible de passer à côté de l'arrêt. En effet, il arrive que la Cour de cassation ne réponde pas au problème de droit et réponde à une question qui n'est pas posée (on parlera alors d'*obiter dictum*). Le commentaire ne réside plus alors dans la critique de la solution apportée pour

résoudre le problème de droit, mais dans le fait de comprendre pourquoi la Cour de cassation n'a pas répondu à la question qui lui était posée (solution de facilité, erreur, prétexte saisi pour statuer dans un autre domaine ?). Pour éviter de tomber dans ce piège, il faut donc bien analyser les arguments des uns et des autres (**en confrontant les thèses en présence**) et déterminer si la Cour de cassation répond à la question qu'on lui pose, et si elle y répond correctement.

Dans un arrêt de rejet, la thèse de l'arrêt attaqué est présentée la première et introduite par la locution conjonctive "au motif que", et la thèse du pourvoi vient ensuite introduite par la conjonction "alors que".

Dans un arrêt de cassation, la thèse du pourvoi n'est pas présentée, c'est la thèse de la cour d'appel qui est développée. Sa thèse est clairement annoncée: la cour d'appel retient que... a considéré que... a énoncé que...

Lorsque la décision à commenter est un jugement ou un arrêt de la cour d'appel, il faut confronter les arguments du demandeur et du défendeur (jugement); de l'appelant et de l'intimé (arrêt de la cour d'appel).

Dans un même arrêt, on peut trouver un ou plusieurs problèmes de droit. S'ils sont tous d'égale importance, et s'ils concernent tous le sujet traité en travaux dirigés ou dans le programme de l'examen, il faudra les traiter séparément, si possible dans des parties distinctes. Il arrive souvent qu'ils n'aient pas tous la même importance ; il ne faudra alors retenir pour le commentaire que le point principal, mais sans oublier de signaler dans l'introduction la présence de points annexes en indiquant qu'ils seront volontairement laissés de côté. On procédera de la même manière dans les hypothèses où un problème ne concerne pas directement la séance ou le thème, mais toujours en le mentionnant dans son introduction.

RETENIR : Le problème de droit doit correspondre aux deux derniers arguments que s'opposent les parties. Lorsque l'analyse est bien faite il suffit de mettre ces arguments sous forme interrogative et le problème de droit est alors identifié. Si vous n'y parvenez pas, c'est souvent le signe d'une mauvaise décomposition des prétentions des parties.

Une fois franchie, l'étape en question doit être suivie de **l'exposé de la solution** que la décision commentée a apporté à la question de droit. Exceptionnellement, notamment s'il s'agit d'un arrêt de principe, il n'est pas interdit d'ouvrir les guillemets et de reproduire le motif de la décision dans lequel cette solution est donnée. L'introduction se termine par l'annonce du plan des développements qui vont suivre.

Pour résumer:

Le travail préparatoire qui constitue l'introduction et votre commentaire doit comporter les quatre éléments suivants :

- 1...Un rappel chronologique des faits.
2. Un rappel chronologique de la procédure en énonçant à chaque stade de la procédure (première instance, appel, cassation), l'objet de la demande (ou requête) et la solution retenue, tout en précisant les arguments avancés par chaque juridiction. En même temps, faire le rappel des prétentions soutenues par les plaideurs
3. Une reformulation en termes juridiques du problème de droit soulevé par l'arrêt (décision).
4. La solution retenue par l'arrêt (décision) au problème de droit soulevé.

II- Confection d'un plan

Le commentaire d'arrêt suppose la **confection d'un plan**. Quant au fond, on signalera que, pour l'essentiel, commenter un arrêt consiste à :

Lorsque **l'arrêt ne tranche qu'une question de droit**, le plan de son commentaire peut être utilement articulé autour des trois masses de développement que sont l'étude de son sens, de sa valeur et de sa portée. En ce qui concerne, la répartition de ces masses à l'intérieur des parties et des sous-parties de votre plan, une règle s'impose : l'explication du sens de la décision doit être effectuée dans la première partie du commentaire. Quant à la valeur et à la portée de l'arrêt, tout dépend des espèces :

Soit l'arrêt **s'inscrit dans une longue évolution jurisprudentielle**, ou bien en constitue le point de départ ou le point d'orgue, et alors, il sera judicieux de consacrer une partie de votre commentaire à la portée de l'arrêt. Dans cette hypothèse, l'étude de la valeur de l'arrêt pourra être traitée dans la première partie du plan, à la suite de l'explication de son sens ;

Soit l'arrêt **a suscité de nombreuses discussions et controverses doctrinales**, auquel cas vous pourrez réserver la seconde partie de votre commentaire à l'appréciation de sa valeur. Dans cette seconde hypothèse, l'étude de la portée de l'arrêt pourra trouver place dans la première partie de votre devoir ;

Expliquer le sens de l'arrêt : il s'agit de faire œuvre pédagogique, d'expliquer le raisonnement de la juridiction qui a rendu la décision, d'explicitier la façon dont elle a interprété la règle de droit pour trancher la question qui lui était posée. Pour convenablement se prononcer sur le sens d'une décision de justice, il est clair que de solides connaissances théoriques sont indispensables car elles permettent de comprendre et donc, d'expliquer une décision qui, par hypothèse, porte sur un point précis du cours.

Apprécier la valeur de l'arrêt : il s'agit en quelque sorte de « juger les juges ». Cet examen critique de la décision suppose, lui aussi, des connaissances approfondies qui doivent conduire à émettre un jugement de valeur sur l'interprétation de la règle de droit qui a été retenue par la juridiction dont la décision est commentée. Ce qui nécessite une culture juridique suffisamment maîtrisée pour connaître les opinions doctrinales qui ont été émises à propos de la question de droit tranchée par la décision et de la solution rendue par cette dernière. Dans ces développements, dans lesquels l'accent est mis sur la réflexion, il convient de réfléchir sur la rectitude juridique de la décision, sur sa cohérence logique, sur sa conformité au droit positif, à l'équité, à la morale, à l'idée de justice et aux impératifs économiques et sociaux ;

Etudier la portée de l'arrêt : il s'agit de rechercher son influence sur l'évolution postérieure du droit positif. En fait, cette partie du commentaire diffère sensiblement selon la date à laquelle a été rendue la décision en question. S'il s'agit d'une décision déjà ancienne, il convient, non seulement de rappeler les solutions jurisprudentielles qui lui étaient antérieures, mais encore de retracer l'évolution qui s'est, postérieurement, dessinée. Au fond, l'exercice ne présente guère de difficultés, si ce n'est un sérieux effort de mémoire. En revanche, si l'arrêt est récent, la réflexion sur la portée de la décision rendue est autrement plus délicate. Il faut alors se risquer à un pronostic et essayer de prévoir les conséquences de cette décision sur le droit positif. En particulier, il importe de rechercher si la décision est de principe, et en tant que telle énonce une règle générale et abstraite susceptible d'être étendue aux espèces futures portant sur la même question juridique, ou bien si il s'agit simplement d'une décision d'espèce dont la solution s'explique, pour l'essentiel, par la spécificité des faits de la cause et qui n'est donc promise à aucun avenir jurisprudentiel.

Lorsqu'il s'agit d'un arrêt d'espèce : vous l'avez trouvée conforme au droit positif antérieur, et vous avez discuté les mérites de cette solution bien établie.

La seule conséquence que l'on peut reconnaître à une décision de ce type est de renforcer encore la position acquise. On peut s'en féliciter, ou bien le regretter et souhaiter une évolution.

- Notez cependant que toute décision de justice présente l'intérêt d'appliquer les principes à un cas particulier nouveau. Il est rare que la situation de fait soit exactement la même que celle des précédents. On a donc souvent une illustration nouvelle à présenter.
- En outre, si la décision n'est pas récente, vous connaissez l'évolution ultérieure du droit positif sur la question et vous devez en dire un mot.

La solution de l'époque s'est-elle maintenue ou a-t-elle subi une évolution ? A-t-elle été consacrée, ou au contraire, condamnée par une disposition légale ?

- Enfin, il peut être intéressant de mentionner brièvement si les mêmes solutions sont appliquées dans des cas voisins. Mais ne vous étendez pas outre mesure sur ces cas voisins pour ne pas sortir du sujet.

Dans ce cas de l'arrêt d'espèce, ne prévoyez pas de faire une partie du commentaire sur les incidences de l'arrêt. Les incidences doivent être étudiées tout au long du commentaire. C'est plutôt l'exposé du régime applicable qui doit être privilégié.

Concrètement dans un arrêt d'espèce la réponse au problème juridique doit être éclatée en deux branches : l'une consacrée à la première partie et l'autre consacrée à la seconde partie.

Lorsqu'il s'agit d'un arrêt de principe : l'étude de sa portée doit constituer *une part importante de votre commentaire (au moins toute la deuxième partie)*. Mais le travail vous est facilité car vous trouverez expliquées dans les ouvrages ainsi que dans les notes ou les conclusions qui l'accompagnent les conséquences de la jurisprudence inaugurée par cet arrêt, ainsi que l'évolution ultérieure.

Un jour d'examen, il faut avoir les connaissances suffisantes pour **reconnaître l'arrêt et le replacer dans l'évolution de la question**. Précisez les points suivants :

- **La solution nouvelle est-elle appelée à s'appliquer souvent, à régir un grand nombre de cas ?**
- **La solution nouvelle entraîne-t-elle des conséquences juridiques importantes ?**
- **A-t-elle eu des incidences extra-juridiques** (retentissements sociologiques, économiques, sociaux, etc.) **ou pourrait-elle en avoir ?**
- **La solution est-elle toujours en vigueur ? S'est-elle maintenue longtemps ? Quel est le sens de l'évolution postérieure ou de l'évolution prévisible ? A-t-elle été consacrée par des dispositions légales ?**

Pour les autres décisions : l'arrêt à commenter n'est pas un arrêt d'espèce. Il s'écarte des solutions acquises, apporte une précision d'interprétation, innove quelque peu. Mais s'il s'agit d'une décision des juges du fond, ou en tout cas d'un arrêt qui ne présente pas les caractères de l'arrêt de principe : la nouvelle interprétation est énoncée incidemment dans le cours du raisonnement, comme un simple motif de droit.

A votre niveau, la recherche des incidences d'une décision de ce type est délicate. On ne vous reprochera pas d'être prudent et bref sur ce point. L'important est de bien montrer en quoi consiste l'apport nouveau, ou la différence d'interprétation par rapport aux solutions antérieures.

Lorsque **l'arrêt tranche plusieurs questions de droit**, une démarche différente pourra inspirer la construction de votre plan. Ces questions se formalisent dans les différents moyens développés par le demandeur au pourvoi. Dans une telle hypothèse, les différentes parties de votre plan peuvent être consacrées à l'étude de chacune de ces questions, en regroupant le cas échéant, celles qui présentent des points communs.

Le plan

Dans un commentaire d'arrêt, il est préférable de ne pas rechercher dans le plan trop d'originalité : il faut un plan très simple. La simplicité, en ce domaine, épouse, la forme binaire. Un plan en deux parties, comportant chacune deux sous-parties, est donc conseillé.

Faites apparaître **les intitulés** des parties et sous-parties ; éventuellement soulignez-les.

N'oubliez jamais d'annoncer, dans **un chapeau**, chaque partie suivante et sous-partie, sachant que vous n'introduisez jamais deux niveaux hiérarchiques simultanément.

Par conséquent, après l'intitulé de la première partie, vous introduisez le A) et B).

A la fin du A), vous introduisez le B)

A la fin du B), vous introduisez la seconde partie, mais non les A') et B')

Après l'intitulé de la seconde partie, vous introduisez les A') et B'). A la fin du A') vous introduisez le B')

L'annonce de chaque partie constitue un chapeau, c'est-à-dire une transition entre le paragraphe précédent et le paragraphe suivant : si votre plan est bon, vous ne devriez éprouver aucune difficulté à écrire les transitions-introductions. Elles devraient s'imposer d'elles-mêmes.

Chacune des sous-parties doit avoir à peu près la même longueur. La seule exception notable généralement admise concerne le B') en seconde partie. Il peut être plus court et constitue le plus souvent une ouverture par rapport aux thèmes centraux abordés dans le commentaire. Il remplace un peu la conclusion exigée en dissertation notamment littéraire.

III- Rédaction du commentaire

Le respect du **style**, qui doit être **approprié et sobre**, contribue à la pertinence du commentaire. Il convient de veiller au juste emploi du vocabulaire juridique. A cet égard, l'exposé d'une critique de la solution ne peut être mené qu'au moyen de termes mesurés et adéquats.

Il est recommandé de se reporter systématiquement à la lecture des textes cités dans l'arrêt, ou auxquels la décision se rattache, afin d'éviter tout oubli, contresens, confusion.

Dans le corps du commentaire, il est souvent utile de citer d'autres décisions, ainsi que certaines opinions doctrinales. L'étudiant pourra à titre d'aide-mémoire consulter et citer les références contenues notamment dans les Codes (origine et date de l'arrêt ou nom de l'auteur). L'utilisation de ces références suppose que ces informations soient préalablement connues. En particulier, le risque est grand de mentionner des décisions dont le contexte diffère de celui de l'espèce à commenter, et de procéder à des comparaisons erronées. Il serait de surcroît malvenu d'opérer un recopiage, sans explication d'extrait d'arrêt.

Enfin, une conclusion résumant le commentaire n'a pas lieu d'être. A ce stade, l'essentiel a été exprimé ou omis. A titre exceptionnel, il peut être néanmoins envisagé la formulation d'une autre question, dépassant la portée de l'arrêt telle qu'elle a été expliquée tout au long du commentaire.

Structure du commentaire d'arrêt

Introduction (*Ne pas mentionner dans le devoir*)

- Phrase d'accroche
- Présentation de l'arrêt
- Faits

- Procédure et prétentions et moyens des parties
- Problème juridique
- Solution
- Annonce du plan

NB : Les étapes de l'introduction ne doivent pas être intitulées.

Corps du commentaire (*Ne pas mentionner dans le devoir*)

I- Intitulé de la première partie
Chapeau pour annoncer les deux sous- parties
 A- Intitulé de la première sous-partie

Annonce de la seconde sous-partie
 B- Intitulé de la deuxième sous-partie

Transition pour annoncer la deuxième partie
 II- Intitulé de la deuxième partie
Chapeau pour annoncer les deux sous-parties
 A- Intitulé de la première sous-partie

Annonce de la seconde sous-partie
 B- Intitulé de la deuxième sous-partie

Pas de conclusion

NB : Vous ne pouvez certainement pas faire de commentaire d'arrêt sans connaître le langage du juge et la typologie des juridictions. ***Une bonne révision du cours d'institutions judiciaires du premier semestre s'avère alors nécessaire !*** Etant donné qu'il très fréquent que vous ayez des décisions des juridictions françaises à commenter, faites aussi l'effort de connaître la typologie des juridictions françaises (***Une photocopie du schéma de l'organisation juridictionnelle française est mise à votre disposition à la salle de lecture de la FSJP.***)

Séances 4, 5 et 6

Bibliographie indicative pour les trois séances

- **Annick BATTEUR**, Droit des personnes et de la famille, LGDJ, 2009.
- **Abdel Kader BOYE**, Des mariages mixtes en droit international privé, NEA-CREDILA, 1981 (spécialement pour la séance 5, v. p. 54 s.). Site où la thèse est publiée : http://greenstone.lecames.org/collect/theft/index/assoc/HASH01f7/b7849982.dir/CS_00286.pdf
- **Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET**, Libertés et droits fondamentaux, 16^{ème} éd., Dalloz, 2010.
- **Jean CARBONNIER**. Droit civil. t.2. La famille, l'enfant, le couple. 21^{ème} éd. Refondue. Paris : PUF, 2002.
- **Patrick COURBE**, Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités, 6^{ème} éd. Dalloz, 2007.
- **Philippe MALAURIE et Laurent AYNES**, Droit civil. La famille. Paris: EJA, 2004.
- **Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD et Jean CHABAS**, Leçons de droit civil. t.1. vol.3. La famille. Mariage, filiation, autorité parentale, divorce et séparation de corps. 7^{ème} édition par Laurent LEVENEUR. Paris: Montchrestien, 1995.
- **Kéba MBAYE** (dir.), le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar, Paris, éditions G-P. Maisonneuve et Larose, 1968 (format électronique sur le site : <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001335/133592mo.pdf>)
- **Youssoupha NDIAYE**, Le divorce et la séparation de corps, Dakar, NEA, 1979 (spécialement pour la séance 5)
- **François TERRE et Dominique FENOUILLET**, Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités, Dalloz, 7^e éd. 2005.

Séance 4

Thème : les conditions de formation du mariage

Sous thème : les conditions de fond

Travail à faire : lire les documents et faire la dissertation

Sujet : le mariage du mineur en droit sénégalais

Doctrines

- **Alain SERIAUX**, Une définition civile du mariage (prière d'insérer) / Recueil Dalloz 2005, Chroniques p. 1966 (V. site FSJP)
- **Jean-Jacques Lemouland**, Opposition des père et mère au mariage de leur enfant / Recueil Dalloz 2003, Sommaires commentés p. 1938 (V. site FSJP)
- **François Terré ? Yves Lequette**, MARIAGE PUTATIF. BONNE FOI. PRESOMPTION / Civ. 5 novembre 1913 (DP 1914. 1. 281, note P. Binet, S. 1920. 1. 370) *Veuve Picot c/ Picot* / Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12^e édition 2007/260 (V. site FSJP)

Doc.1 / Quelques articles de Code de la famille

Article 29 / Preuve de l'état des personnes

L'état des personnes n'est établi et ne peut être prouvé que par les actes de l'état civil.

Article 87 / Autorisation d'inscription

Lorsqu'un acte de naissance, de décès ou de mariage n'aura pas été dressé ou que la demande d'établissement en aura été présentée tardivement, le juge de paix dans le ressort duquel l'acte aurait dû être reçu, pourra, par jugement, en autoriser l'inscription par l'officier de l'état civil.

Le juge est saisi sur requête des personnes dont l'acte de l'état civil doit établir l'état, de leurs héritiers et légataires, des personnes autorisées ou habilitées à procéder à la déclaration de l'événement, ou du ministère public.

Si la requête n'émane pas de lui, elle est obligatoirement communiquée au Procureur de la République qui procède conformément aux dispositions de l'article 18, alinéa 1er du Code de Procédure Civile. Le droit de faire appel est reconnu dans tous les cas.

La requête n'est pas recevable s'il n'y est pas joint un certificat de non inscription de l'acte, délivré par l'officier de l'état civil qui aurait dû le recevoir. Le demandeur peut produire le certificat d'accouchement ou de décès.

Le juge de paix examine toutes les pièces justificatives de l'événement à inscrire; à défaut de pièces, il procède ou fait procéder à une enquête. Il adresse le dossier au Procureur de la République pour ses conclusions si celui-ci le demande.

Il statue à charge d'appel devant le Tribunal de première instance. Le délai d'appel, qui est toujours suspensif, prend effet à compter du jour où le Procureur de la République a eu connaissance du jugement intervenu.

Le jugement énonce les mentions qui doivent être portées à l'acte et ordonne que celles qui n'ont pu être établies seront bâtonnées. Dans son dispositif, il ordonne la transcription sur le registre de l'état civil et précise que la preuve de l'événement ne peut être rapportée que conformément aux prescriptions de l'article 29 du présent Code.

Article 98 / Preuve en matière d'action d'état

La loi fixe pour chacune des actions d'état l'objet et les moyens de preuve autorisés.

Lorsque la loi autorise la preuve par possession d'état, le demandeur établit par tous moyens que, de façon constante, il s'est comporté, a été traité par la famille et considéré par la société comme ayant l'état auquel il prétend.

Article 100 / Objet du lien matrimonial

Le lien matrimonial crée la famille par l'union solennelle de l'homme et de la femme dans le mariage. Ce lien n'est détruit que par le décès de l'un des époux ou par le divorce. La séparation de corps en réduit seulement les effets.

SECTION II – CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE

Paragraphe Premier / Conditions communes aux deux époux

Article 108 / Consentement des époux

Chacun des futurs époux, même mineur, doit consentir personnellement au mariage.

Toutefois lorsque la forme de mariage adoptée ne comporte pas la comparution en personne de l'un ou de l'autre des futurs époux au moment de sa conclusion, ils peuvent se faire représenter par mandataire, pourvu que les formalités des articles 126 et 127 aient été préalablement respectées.

Article 109 / Consentement des parents

Le mineur ne peut contracter mariage sans le consentement de la personne qui exerce la puissance paternelle à son égard.

Ce consentement doit comporter la désignation des deux futurs conjoints. Il est donné soit par la déclaration faite devant un officier de l'état civil, devant un juge de paix ou devant un notaire antérieurement à la célébration du mariage, soit verbalement lors de cette célébration même.

Tout parent peut saisir le juge de paix du lieu de célébration du mariage s'il estime que le refus de consentement est basé sur des motifs non conformes à l'intérêt du mineur. Après avoir régulièrement convoqué dans le délai d'ajournement la personne qui refuse son consentement, celle par qui il a été saisi du recours et toute autre personne dont l'audition lui semblerait utile, le juge de paix statue par ordonnance non susceptible de voies de recours pour maintenir le refus opposé ou au contraire autoriser la célébration du mariage. La procédure se déroule dans le cabinet du juge, en audience non publique, même pour le prononcé de l'ordonnance.

Article 110 / Absence de lien de parenté ou d'alliance

Est prohibé pour cause de parenté ou d'alliance le mariage de toute personne avec:

1°) Ses ascendants ou ceux de son conjoint;

2°) Ses descendants ou ceux de son conjoint;

3°) Jusqu'au 3e degré, les descendants de ses ascendants ou de ceux de son conjoint.

Toutefois il n'y a plus prohibition pour cause d'alliance entre beau-frère et belle-sœur lorsque l'union qui provoquait l'alliance a été dissoute par le décès.

Paragraphe II – Conditions particulières à chacun des époux

Article 111 / Sexe et âge

Le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme âgé de plus de 18 ans et une femme âgée de plus de 16 ans sauf dispense d'âge accordée pour motif grave par le Président du tribunal régional après enquête.

Article 112 / Délai de viduité

La femme ne peut se remarier qu'à l'expiration d'un délai de viduité de 300 jours à compter de la dissolution du précédent mariage.

Elle peut cependant limiter le délai à 3 mois en cas de dissolution du mariage par le divorce ou par annulation et à 4 mois et 10 jours après dissolution du mariage antérieur, l'enfant est présumé irréfragablement n'être pas issu des œuvres du précédent mari.

Dans tous les cas, le délai prend fin par la délivrance de la femme .

Article 113 / Lien matrimonial antérieur

La femme ne peut contracter un nouveau mariage avant la mention sur le registre de l'état civil de la dissolution du précédent.

L'homme ne peut contracter un nouveau mariage s'il a un nombre d'épouses supérieur à celui autorisé par la loi, compte tenu des options de monogamie ou de limitation de polygamie souscrites par lui.

SECTION III – CONDITIONS DE FORME

Article 114 / Dualité des formes

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

SOUS-SECTION PREMIERE - DES NULLITES

Paragraphe premier – Nullités relatives

Article 138 / Cas de nullités relatives

Qu'il ait été célébré par l'officier de l'état civil ou constaté par lui ou son représentant, la nullité du mariage peut être prononcée:

- 1°) Pour vice du consentement de l'un des conjoints si son accord a été obtenu par la violence ou donné à la suite d'une erreur;
- 2°) Pour défaut d'autorisation familiale;
- 3°) Pour non paiement de la portion de la dot exigible à la conclusion du mariage lorsque les époux ont convenu d'en faire une condition de leur union;
- 4°) Pour impuissance du mari;
- 5°) Pour maladie grave et incurable rendant la cohabitation préjudiciable lorsque le conjoint l'a sciemment dissimulée au moment du mariage.

Article 139 / Ouverture de l'action

L'action en nullité appartient:

- 1°) A celui des époux dont le consentement a été vicié;
- 2°) En cas de défaut d'autorisation familiale, à celui dont le consentement était requis ou à l'époux qui avait besoin de ce consentement;
- 3°) A la femme en cas de non paiement de la portion exigible de la dot ou d'impuissance du mari;
- 4°) Aucun joint de l'époux atteint de maladie grave et incurable.

Article 140 / Fins de non recevoir

Toutefois l'action en nullité cesse d'être recevable:

- 1°) Pour vice du consentement, lorsqu'il y a eu cohabitation pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que par lui l'erreur a été reconnue;
- 2°) Pour défaut d'autorisation familiale lorsque le mariage a été approuvé expressément ou tacitement, par celui dont le consentement était nécessaire ou, lorsque celui-ci, avant la majorité de l'époux, a laissé s'écouler une année sans exercer l'action alors qu'il a connaissance du mariage, ou enfin, si l'époux a atteint 18 ans révolus sans avoir fait de réclamation.
- 3°) En cas d'impuissance du mari ou de dissimulation de la maladie grave et incurable de l'un des conjoints, lorsque la cohabitation s'est poursuivie pendant plus d'un an.

Paragraphe II – Nullités absolues

Article 141 / Cas de nullité absolue

Quelle que soit la forme du mariage, sa nullité doit être prononcée:

- 1°) Lorsqu'il a été contracté sans le consentement de l'un des époux;
- 2°) Lorsque les conjoints ne sont pas de sexe différent;
- 3°) Lorsque l'un des époux n'avait pas l'âge requis, en l'absence de dispense;
- 4°) Lorsqu'il existe entre les conjoints un lien de parenté ou d'alliance prohibant le mariage;
- 5°) Lorsque la femme était dans les liens d'une union antérieure non dissoute;
- 6°) Lorsque le mari ne pouvait plus contracter une nouvelle union en raison des dispositions de l'article 133.

Article 142 / Ouverture de l'action et fins de non recevoir

L'action en nullité fondée sur les dispositions de l'article précédent, peut être exercée:

- Par les époux eux-mêmes;

-Par toute personne qui y a intérêt;
-Par le ministère public, du vivant des deux époux.
Elle est imprescriptible.

Si, l'action étant basée sur l'existence d'un mariage antérieur, l'un des époux ou ses ayants cause invoque la nullité de cette précédente union, il sera préalablement statué sur la validité ou la nullité de ce mariage, après mise en cause de l'autre conjoint de ladite union ou de ses ayants cause.

Lorsque l'un des époux n'avait pas l'âge requis, la nullité ne peut être invoquée après qu'il ait atteint cet âge ou lorsque la femme a conçu, à moins que l'action ne soit intentée par la femme elle-même.

En tout autre cas la nullité ne peut être couverte.

Paragraphe III - Effet des nullités

Article 143 / Autorité de la chose jugée et transcription

Le jugement prononçant la nullité du mariage possède l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous du jour de l'accomplissement des formalités prévues à l'article 99.

Le dispositif de la décision prononçant la nullité est mentionné à la diligence du ministère public en marge de l'acte de mariage et de l'acte de naissance de chacun des époux. Si le mariage a été célébré à l'étranger ou si les époux sont nés hors du Sénégal, le dispositif est transcrit sur les registres de l'état civil du 1er arrondissement de la commune de Dakar.

Article 144 / Date des effets

Le mariage nul produit ses effets, comme s'il avait été valable, jusqu'au jour où la décision prononçant la nullité est devenue définitive, il est réputé dissous à compter de ce jour.

Ces dispositions ne s'opposent pas à la validité d'un nouveau mariage contracté avant l'annulation.

En ce qui concerne les biens, la dissolution remonte quant à ses effets entre les époux au jour de la demande; elle n'est opposable aux tiers que du jour de l'accomplissement des formalités prévues à l'article 143.

Article 145 / Bonne ou mauvaise foi des époux

Le jugement prononçant la nullité doit, en toute hypothèse statuer sur la bonne foi de l'un et l'autre des époux; celle-ci est présumée.

Si les deux époux sont déclarés de mauvaise foi, le mariage est réputé n'avoir jamais existé, tant dans les rapports des époux entre eux que dans leurs rapports avec les tiers.

Lorsqu'un seul des époux est déclaré de mauvaise foi, le mariage seul est réputé n'avoir jamais existé, tant dans les rapports des époux entre eux que dans leurs rapports avec les tiers,

Lorsqu'un seul des époux est déclaré de mauvaise de foi, le mariage nul est réputé n'avoir jamais existé à son égard tandis que l'autre peut se prévaloir des dispositions de l'article 144.

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

SOUS SECTION II / INOPPOSABILITE DU MARIAGE NON CONSTATE

Article 146 / Sanction de l'absence de la constatation

Lorsque les époux ont choisi de ne pas faire célébrer leur mariage par l'officier de l'état civil, si pour une raison quelconque la conclusion de leur union n'a pas été constatée par l'officier de l'état civil ou son représentant, le mariage non constaté est valable, mais ils ne peuvent s'en prévaloir à l'égard de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics ou privés pour prétendre notamment au bénéfice des avantages familiaux.

En outre, faute par les époux de satisfaire sans motif estimé valable par le juge aux dispositions mises à leur charge par les articles 125 et 130, ils seront condamnés à une amende de 3.000 à 18.000 francs.

Article 147 / Déclaration tardive du mariage

Dans les six mois de la conclusion du mariage, les époux doivent se présenter personnellement devant l'officier de l'état civil dans la circonscription duquel le mariage a été contracté, accompagnés chacun de deux témoins majeurs qui, ayant assisté au mariage, certifient de l'échange des consentements.

L'officier de l'état civil accomplit les autres formalités prescrites par l'article 126 et fait préciser aux époux et aux témoins la date, le lieu et les circonstances dans lesquelles l'union a été contractée.

L'officier de l'état civil dresse l'acte de mariage conformément à l'article 66. Il en donne lecture aux comparants, le signe et le fait signer par eux, mention étant faite éventuellement de ce qu'ils savent ou ne peuvent signer.

Il est délivré à l'épouse un exemplaire de l'acte de mariage constitué par le volet n°1 et, au mari, un livret de famille.

L'officier de l'état civil se conforme aux prescriptions de l'article 124.

La déclaration tardive du mariage permet aux époux de se prévaloir des effets du lien matrimonial.

Doc. 2 / ARTICLE 6.2 B PCADHP (protocole à la charte africaine des droits de l'homme et des peuples), ARTICLE 16.2 CEDEF (convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes) ET ARTICLE 21.2 CADBE (charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant)

L'âge minimum du mariage pour la fille est de 18 ans (*Article 6.2 B PCADHP*).

Les fiançailles et les mariages d'enfants n'ont pas d'effets juridiques. (*Article 16.2 CEDEF*)

« Les mariages d'enfants et la promesse de jeunes filles et garçons en mariage sont interdits et des mesures effectives, y compris des lois, sont prises pour spécifier que l'âge minimal requis pour le mariage est de 18 ans » (*Article 21.2 CADBE*)

Doc. 3/ARTICLE 17, AL. 1 ET ARTICLE 18 DE LA CONSTITUTION DU 22 JANVIER 2001

Le mariage et la famille constituent la base naturelle et morale de la communauté humaine. Ils sont placés sous la protection de l'Etat. (**Art. 17, al. 1 constitution**).

Le mariage forcée est une violation de la liberté individuelle ; elle est interdite et punie dans les conditions fixées par la loi. (**Art. 18 constitution**).

Doc. 4 / Ndiaw Diouf et Isaac Yankhoba Ndiaye, Introduction générale. Personnes. Famille Juris-classeur, Droit comparé (Sénégal), 1995, pp. 14-15.

Selon l'article 100 du Code de la famille, « le lien matrimonial crée la famille par l'union solennelle de l'homme et de la femme dans le mariage... ». Cette formulation maladroite et quelque peu inexacte traduit, en réalité, l'importance que le législateur sénégalais attache au mariage. Les articles subséquents du Code de la famille énumèrent de façon précise toutes les conditions de validité du mariage

(1°) et prévoient des sanctions en cas d'inobservation de ces conditions (2°) ; ils envisagent aussi les effets du mariage (3°) et sa dissolution.

1° Conditions de validité du mariage

141.- L'union solennelle à laquelle fait référence l'article 100 du Code de la famille doit obéir à des conditions de fond (a) et à des conditions de forme (b).

a) Conditions de fond

142.- On retrouve presque toutes les conditions classiques connues en France, notamment l'absence d'un lien matrimonial antérieur non dissous pouvant constituer un obstacle au mariage. Le législateur a tenté aussi de faire des concessions au droit traditionnel ; mais ces concessions ne parviennent pas à masquer les innovations apportées relativement au consentement des futurs époux et à l'âge matrimonial.

1) Consentement des époux et âge matrimonial

143.- *) **Consentement des époux.** – Aux termes de l'article 108, alinéa 1^{er}, « chacun des futurs époux, même mineur, doit consentir personnellement au mariage ». Le législateur entend ainsi assurer la liberté de choix et de décision des futurs époux. La finalité recherchée est d'affranchir les futurs époux de la tutelle de la famille. A cet égard, l'échec des décrets Mandel et Jacquinet n'a pas eu d'incidence sur l'option résolument moderniste du législateur. Le consentement des époux est requis même dans le cadre du mariage coutumier où les époux peuvent se faire représenter (C. fam., art., 108, al.2) : la constatation du mariage

coutumier ne peut être faite par l'officier d'état civil que si cette exigence est remplie. Pourtant, dans la tradition africaine, le consentement des futurs époux n'est guère nécessaire pour la validité du mariage... » (K. Mbaye : Rev. Sén. dr. 1967, n°1, p.32). L'intervention des parents est limitée au seul cas du mariage des mineurs (C. fam., art. 109).

144.- L'existence du consentement doit être appréciée au moment de la célébration ou de la constatation du mariage. Cette exigence renvoie au problème des fiançailles. Contrairement au droit civil français, le code de la famille a réglementé les fiançailles que l'article 101 du code de la famille définit comme « une convention solennelle par laquelle un homme et une femme se promettent mutuellement le mariage ». Mais l'article 102, alinéa 2 ajoute immédiatement que « cette convention n'oblige pas les fiancés à contracter mariage ».

145.- Sous réserve de cette précision, la réglementation vise les conditions et les effets des fiançailles. Les conditions de fond sont calquées sur celles du mariage ; cependant, l'âge minimum requis est inférieur d'un an à celui prévu pour le mariage (C. fam., art.103). L'article 104 énonce les conditions de forme : la convention est passée en présence de deux témoins au moins pour chaque fiancée et d'un représentant de chaque famille. Paradoxalement, la rigueur des conditions jure avec l'absence de sanction légale.

146.- La convention de fiançailles régulièrement conclue produit des effets à l'égard des parties et des tiers. Un droit de visite réciproque est reconnu aux fiancés qui sont tenus d'une obligation de réserve vis-à-vis des tiers (C. fam., art. 105).

147.- La durée des fiançailles est fixée à un an (C. fam., art. 105, al. 1). Et pendant cette période, la loi reconnaît à chaque fiancé un droit de rupture unilatérale qui doit cependant être exercé à bon escient. La rupture sans motif légitime imputable à la fiancée oblige celle-ci à restituer le cadeau qu'elle a reçu, et le fiancé évincé peut faire opposition au mariage de son ex-fiancé jusqu'à restitution dudit cadeau. A cet égard, la restitution peut soulever une difficulté, notamment lorsque la valeur du cadeau dépasse le montant fixé par la loi du 26 février 1967 relative aux dépenses excessives en matière de cérémonie familiale. Il semble que dans cette hypothèse, le fiancé évincé ne puisse

prétendre à restitution qu'à concurrence de la somme légale (5 000 F CFA ; V. par exemple Cour suprême, arrêt n°23, 12 mai 1973 : Rec. ASERJ 1973, n°2, p. 50). La rupture des fiançailles peut être source de responsabilité conformément au droit commun (C. fam., art. 107, al. 3).

148.- **) **Age matrimonial.**- Pendant longtemps, les jeunes filles sénégalaises ont été mariées sans le vouloir ou sans le savoir. Aujourd'hui, en plus de leur consentement personnel, elles doivent aussi avoir l'âge minimum requis : 16 ans (C.fam., art. 111). L'époque des « mariages au berceau » est donc révolue. Toutefois, la loi a prévu une dispense d'âge pour motif grave pour la jeune fille de moins de 16 ans. Depuis la loi 17 janvier 1989, c'est le président du tribunal régional qui est habilité à accorder cette dispense.

2) Concessions en faveur du droit traditionnel

149.- Elles concernent la réglementation de la polygamie, de la dot et du délai de viduité.

150.- *) **Polygamie.**- Pour des raisons d'opportunité, le législateur sénégalais a préféré maintenir la polygamie. Ainsi, le Sénégalais a le droit d'avoir plusieurs épouses simultanément. Le système mis en place est certes original mais incohérent.

151.- L'originalité réside dans la pluralité de régimes : la polygamie de droit commun avec un minimum de 4 épouses ; la polygamie limitée à un nombre d'épouses inférieur à 4, et la monogamie (C. fam., art. 133). L'option de monogamie est irrévocable. Les options de polygamie peuvent toujours être modifiées, mais seulement dans un sens restrictif ; ainsi, le régime polygamique de droit commun ou limité peut être ramené à un nombre d'épouses inférieur à celui de l'option initiale jusqu'au régime de monogamie. En revanche, la modification dans le sens contraire est impossible (C. fam., art. 134). Le législateur entendait, grâce à ce mécanisme, orienter progressivement les Sénégalais vers le régime de la monogamie.

152.- Mais le système renferme une incohérence qui éloigne de l'objectif recherché : l'absence d'option souscrite par l'homme, soit au moment de la célébration du mariage soit postérieurement (C.

fam., art. 135), place le mariage sous le régime de la polygamie de droit commun (C. fam., art. 133). Or, lorsque l'option est faite au moment de la célébration du mariage, elle peut être source de conflit entre les époux, notamment si le mari prétend vouloir être polygame. Ce dernier va alors préférer ne pas souscrire d'option. De même, lorsque l'option est reçue en dehors du mariage, la loi n'exigeant pas que les époux soient ensemble, rien n'interdit au mari qui n'a pas pu souscrire une option au moment de la célébration du mariage de faire réaliser son souhait. La réglementation de la polygamie risque de créer ainsi une situation totalement contraire au dessein du législateur.

153.- **) **Dot.**- La dot a perdu sa valeur symbolique pour devenir un instrument de spéculation. Pourtant, l'une des institutions les plus décrites du droit traditionnel (G.A. Kouassigan, *Quelle est ma loi ?* Pedone, Paris 1974) demeure une condition de validité du mariage (C. fam., art. 132). La réglementation du Code de la famille tend à éviter les dérives du droit traditionnel. D'abord, le montant maximum de la dot est fixé à 3000 F CFA et l'époux qui a obtenu le divorce ne peut prétendre au remboursement qu'à due concurrence (TPI Dakar, 4 juin 1974 : Ann. Africaines 1974, n°9, p. 132 ; CREDILA, 1977, vol. II, n°69, p.90), sans préjudice des sanctions pénales (Loi de 1967 sur les dépenses excessives). Par ailleurs, la dot est une condition de fond facultative du mariage ; elle est donc une affaire entre époux et elle est la propriété exclusive de la femme.

154.- ***) **Délai de viduité.**- Cette exigence est la même qu'en droit français et elle se justifie par le souci d'éviter une confusion des parts. La femme ne pourra se remarier qu'après l'expiration d'un délai de viduité fixé à 300 jours à partir de la dissolution, par décès ou par divorce, du précédent mariage (C. fam., art. 112, al. 1). Mais le législateur a tenu compte de l' : 3 mois en cas de divorce ou d'annulation du mariage, 4 mois et 10 jours en cas de décès du mari. Toutefois, si telle est l'option de la femme, l'enfant qui naîtra moins de 300 jours après la dissolution du mariage antérieur sera présumé irréfragablement n'être pas issu des œuvres du précédent mari (C. fam., art. 112, al. 2).

Séance 5

Thème : les conditions de formation du mariage

Sous-thème : le mariage coutumier

Travail à faire : lire les documents et faire le commentaire d'arrêt

Sujet : commentaire de l'arrêt de la Cour Suprême du 20 juillet 1977

La Cour suprême

Première section en matière civile

Audience publique du mercredi 20 juillet 1977

Entre :

M.D. ayant pour conseil Maître X. avocat à la cour à Dakar, demandeur,

D'une part ;

et :

M.A. ayant pour conseil Maître Y. avocat à la cour à Dakar, défenderesse,

D'autre part ;

Statuant sur le pourvoi n°... formé par M.D., suivant requête de Maître X. enregistrée au greffe de la Cour suprême le 6 novembre 1976, contre le jugement n°..., rendu le 27 août 1976, par le Tribunal de première Instance de Dakar statuant en appel des décisions de justice de paix dans le litige opposant le demandeur au pourvoi à la dame M.A.

Vu le certificat attestant la consignation de l'amende ;

Vu la signification du recours à la défenderesse par exploit en date du 12 novembre 1976 ;

Vu le mémoire en défense en date du 8 décembre 1976 concluant au rejet du pourvoi ;

La cour

Oui Monsieur l'auditeur X en son rapport ;

Oui Monsieur Y, auditeur représentant le Ministère public en ses conclusions ;

Après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu l'ordonnance portant loi organique sur la Cour suprême ;

Attendu que par jugement du Tribunal de première Instance de Dakar en date du 27 avril 1976 par lequel a été prononcé les torts réciproques entre les époux M.D. et M.A., pour d'une part, mauvais traitements, excès, sévices, injures graves et de l'autre abandon de domicile ;

Sur le moyen unique de cassation pris de la violation de l'article 168 du Code de la Famille ;

Attendu que ce texte, aux termes de son deuxième alinéa, s'oppose au développement de la procédure de divorce lorsque le demandeur ne dépose pas au greffe une copie de l'acte de mariage ainsi que le cas échéant les actes de naissance et de décès de tous les enfants issus du mariage, documents, que le juge de paix doit lui réclamer et qui doivent être obligatoirement produits ;

Attendu que pour confirmer la décision par laquelle le Juge de Paix a prononcé le divorce entre les époux M.D. et M.A. le jugement attaqué se borne à déclarer que si aucune des parties ne conteste le mariage non prouvé par un acte de l'Etat civil, « il doit être passé outre à la production de l'acte de mariage », le divorce pouvant alors être prononcé sans le dépôt de ce document, surtout lorsque comme en l'espèce, l'époux qui invoque l'article 168 du Code de la Famille pour s'opposer à la recevabilité en la forme de la demande en divorce avait

expressément reconnu dans sa correspondance du 6 mai 1976 « que la main de la femme lui a été accordée par son père en présence de témoins » ;

Mais attendu que les règles de procédure prescrites par l'article ci-dessus invoqué sont d'ordre public et apparaissent comme complémentaires de celles fixées par les articles 29, 98 et 146 du Code de la Famille, desquels il résulte notamment que les époux dont l'union n'a pas été constatée ne peuvent pas divorcer, même par consentement mutuel, tant qu'ils ne sont pas en mesure d'établir la preuve de leur état par les seuls moyens de preuve que la loi autorise et qui sont en l'espèce soit la production de l'acte de mariage, soit si cet acte n'a pas dressé, l'accomplissement en vue de son obtention et de sa production, des formalités prescrites par l'article 87 du Code de la Famille, texte à l'aide duquel l'état des personnes peut être établi et sans le respect duquel toute organisation d'un Etat civil serait illusoire;

D'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait le Tribunal de première Instance de Dakar a violé le texte visé au moyen ;

Par ces motifs

Casse et annule le jugement rendu le 27 août 1976 par le Tribunal de première Instance de Dakar dans le litige opposant les époux M.D. et M.A. ; remet en conséquence la cause et les parties au même et semblable état où elles étaient avant ledit jugement et pour être fait droit, les renvoie devant le Tribunal de première Instance de Dakar autrement composé.

Doctrine

- **Pape Talla FALL**, La rupture du mariage coutumier en sénégalais : l'imbroglie juridique, Nouvelles Annales Africaines, 2011, n° 2, p. 217-234 (**photocopie disponible à la salle de lecture de la FSJP**)
- **Isaac Yankhoba NDIAYE**, L'envers du droit traditionnel dans le code de la famille, Revue de l'association sénégalaise de droit pénal, droit sénégalais, juillet-décembre, 1995 – revue burkinabé de droit, 1996, pp.58-72 (**photocopie disponible à la salle de lecture FSJP**)
- **Guy Adjété KOUASSIGAN**, Des conflits interpersonnels et internationaux de lois et de leurs incidences sur la forme du mariage en Afrique francophone. Réflexions à partir de l'expérience sénégalaise, Rev.crit., 1978, p. 646 s. (**photocopie disponible à la salle de lecture FSJP**)
- **Serge GUINCHARD**, La mariage coutumier en droit sénégalais, RIDC, 1978, pp.811 s. (**photocopie disponible à la salle de lecture FSJP**)
- **Serge GUINCHARD**, Réflexions critiques sur les grandes orientations du Code sénégalais de la famille, Penant, 1978, n°s 760 (pp.175-204) et 761(pp.325-352) (**photocopie disponible à la salle de lecture**)
- **Kéba MBAYE**, L'évolution des formes du mariage au Sénégal, Mélanges Ancel, pedone 1975, p. 173 s (**photocopie disponible à la salle de lecture FSJP**)

Doc.1. / Youssoupha NDIAYE, Le nouveau droit africain de la famille (Rapport au Colloque de l'Association Internationale des Science juridiques (Dakar, juillet 1977)), Ethiopiques numéro 14, revue socialiste, de culture négro-africaine, avril 1978,

[...] 3° *Le mariage*

C'est certainement dans ce domaine que les institutions coutumières ont le mieux résisté. Pour certaines d'entre elles, le triomphe est même total.

Tout d'abord le législateur, malgré ses faveurs marquées pour le droit moderne, a maintenu l'option entre deux formes de mariage. Celui-ci peut être célébré par l'Officier de l'Etat civil ou constaté par lui. La deuxième forme concerne le mariage coutumier auquel peuvent recourir les futurs époux qui observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal.

Ce qui est surtout remarquable, c'est que le législateur n'a établi aucune prééminence de l'une des formes sur l'autre et la Cour suprême du Sénégal l'a affirmé avec force. Ainsi l'option qui est ouverte par le législateur n'exclut pas les étrangers qui, dès lors qu'ils observent une coutume applicable au Sénégal, peuvent y contracter mariage.

Allant encore plus loin dans la voie qu'il a ouverte à la coutume, le législateur considère que le mariage coutumier qui n'a pas été constaté par l'Officier de l'Etat civil demeure valable. La non-constatation du mariage n'est sanctionnée que par l'inopposabilité à l'Etat.

La même résistance s'est manifestée en ce qui concerne la polygamie. Alors que les législateurs africains lui ont manifesté une grande hostilité, le législateur sénégalais l'a reconnue tout en essayant de favoriser sa disparition. Ainsi l'homme peut opter entre trois régimes : le régime de la monogamie, de la polygamie limitée ou de la polygamie ne dépassant pas 4 épouses, ceci étant la consécration d'une règle propre aux coutumes islamisées. Cette option est irrévocable, sauf si l'homme s'engage à réduire le nombre de ses épouses. Une autre institution coutumière qui n'a pas eu également les faveurs des législateurs africains est la dot. Certains l'ont purement et simplement supprimée tandis que d'autres qui l'ont maintenue, ont tenté de la réglementer.

C'est le cas du législateur sénégalais qui décide que les époux peuvent en faire une condition de fond du mariage. Cette solution du Code de la Famille est originale. La dot est facultative. Elle n'est une condition de fond du mariage que par la volonté des époux, et non par l'effet de la loi.

Le régime de la séparation des biens marque une autre résistance du droit traditionnel. Dans celui-ci, le régime matrimonial ne peut être logiquement que la séparation de biens. En effet la femme mariée continue d'être rattachée à sa famille d'origine. Ensuite le mariage polygamique paraît inconciliable avec un régime communautaire. Ainsi c'est tout naturellement que le législateur sénégalais a adopté le régime de la séparation de biens et en a fait le régime de droit commun.

Le droit traditionnel retient de nombreuses causes de divorce. Celles-ci sont d'ailleurs souvent des nullités du mariage, plutôt que des causes de divorce.

Le Code de la Famille a retenu deux cas de nullité relative du mariage qui avaient une grande place dans le droit traditionnel : l'impuissance du mari et la maladie grave et incurable rendant la cohabitation préjudiciable lorsque le conjoint l'a sciemment dissimulé au moment du mariage. La procréation qui est la finalité du mariage africain et le rôle primordial de l'enfant dans la perpétuation du culte des ancêtres ont guidé le législateur dans l'adoption de ces cas de nullité du mariage.

L'énumération des causes du divorce montre également que le législateur sénégalais a cherché son inspiration dans la tradition. Certaines d'entre elles sont tirées directement de la coutume. Il en est ainsi du divorce par consentement mutuel, du défaut d'entretien de la femme par le mari, du refus de l'un des époux d'exécuter les engagements pris en vue de la conclusion du mariage, de l'absence déclarée de l'un des époux, de la stérilité

définitive médicalement constatée et, de la maladie grave et incurable découverte pendant le mariage [...].
(Intégralité du doc, v. site de la FSJP)

**Doc. 2 / Ndiaw DIOUF et Isaac Yankhoba
NDIAYE, Introduction générale. Personnes.
Famille Juris-classeur, Droit comparé
(Sénégal), 1995, pp. 15-17.**

[...] **b°) Conditions de forme**

155. – L'article 114 du Code de la famille consacre deux formes du mariage : le mariage célébré par l'officier d'état civil et le mariage par lui, constaté c'est-à-dire le mariage coutumier. Dans l'un et l'autre cas, les formalités sont sensiblement similaires (1). Mais le mariage coutumier a ses particularités (2).

1) Similitude des formes

156. – Les formalités à accomplir sont inspirées du droit français. Le mariage célébré et mariage constaté sont soumis à des conditions sensiblement identiques. D'ailleurs, le plus souvent, le législateur renvoie pour le mariage constaté (c.fam., art. 125 à 131), aux articles consacrés au mariage célébré (C.fam., art. 115 à 125), même si d'un mariage à un autre, les formalités peuvent suivre un ordre chronologique différent.

157. – Sous cette réserve, les formalités à observer sont de trois ordres. Il s'agit d'abord des formalités antérieures au mariage : production des pièces justifiant que les époux répondent aux conditions requises, publications destinées à informer les tiers et à susciter des oppositions. Par ailleurs, il y a les formalités relatives à la conclusion du mariage : comparution personnelle des époux, présence des témoins, échange de consentement, célébration ou constatation du mariage par l'officier d'état civil. C'est lors de cette phase que l'officier d'état civil doit poser aux futurs époux un certain nombre de questions relatives à la dot, au régime matrimonial, à l'option de monogamie ou de polygamie. Enfin, les dernières formalités intéressent la rédaction de l'acte de mariage, sa signature, la délivrance aux époux d'un exemplaire de l'acte de mariage et d'un livret de famille et la mention en marge de l'acte de naissance de chacun des conjoints.

2) Spécificités du mariage constaté

158. – Seul le problème de l'option entre la forme coutumière et la forme célébrée du mariage retiendra ici notre attention. Ce problème trouve son siège dans l'article 114, alinéa 1^{er}, du Code de la famille aux termes duquel « selon le choix des futurs époux, le mariage peut être célébré par l'officier d'état civil ou constaté par lui ou son délégué, dans les conditions prévues par la loi. Le mariage ne peut être constaté que lorsque les futurs

époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal ».

159. – L'art. 114 consacre ainsi la dualité des formes du mariage. Dans sa formulation, le texte est précis. Il offre un choix aux futurs époux. Ces derniers peuvent se marier soit civilement, soit selon leurs coutumes, à condition que celles-ci soient en usage au Sénégal (A. min. 28 fév. 1961 : JORS 1961, p. 359, qui fixe les coutumes applicables ; il a été jugé que l'enregistrement n'est pas possible lorsqu'il s'agit d'un mariage célébré selon la coutume malienne dogon qui ne figure pas dans la liste dressée par l'arrêt de 1961. – TPI Dakar, 17 avr. 1971 : Rev. Sén. dr. Juin 1972, n°11, note Gulphe). A part cette précision, l'article 114 appartient tout entier au doute. Dès que l'on s'écarte de la forme civile du mariage, il est mis en défaut : comment observe-t-on une coutume ? Quelles sont les coutumes matrimoniales en usage au Sénégal ? L'option de la forme coutumière est-elle ouverte à tous ?

160. – On comprend dans ces conditions que l'article 114, texte à l'apparence rassurante, ait suscité tant de controverses doctrinales (V. entre autres, A.K. Boye, Les mariages mixtes en droit international privé, NEA. – CREDILA 1981. – G.A. Kouassigan, Des conflits interpersonnels et internationaux de lois et de leurs incidences sur la forme du mariage en Afrique noire francophone : réflexions à partir de l'expérience sénégalaise : Rev. Crit. DIP 1978, p. 646 s., S. Guinchard, Le mariage coutumier en droit sénégalais : RID comp. 1978, p. 811 s. – I.Y. Ndiaye, Etude critique de l'article 114, alinéa 1^{er}, du Code de la famille : EDJA n° 23). Tel qu'il est prévu par l'article 114 du Code de la famille, le mariage coutumier semble inaccessible sous quelque aspect qu'on le regarde. « Observer une coutume » est une formule à significations multiples ; les coutumes matrimoniales visées sont introuvables.

161. – *) **Une formule à significations multiples.** – L'article 114 du Code de la famille exige des époux qui veulent se marier selon la tradition qu'ils observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal. La condition ainsi posée a fait l'objet d'interprétations contrastées. A ce propos, 3 auteurs se sont fait particulièrement remarquer : Kouassigan et MM. Boye et Guinchard. Pour le premier, lorsque le législateur vise les futurs époux observant une coutume matrimoniale en usage au Sénégal, il s'agit de ceux qui, en raison de leur origine, de leur tradition et de leur milieu social, appartiennent à des communautés ethniques régies par le droit traditionnel auquel ils demeurent attachés (G.A. Kouassigan, article préc.). Et selon l'auteur, cette

appartenance à l'ordre traditionnel doit être réalisée en la personne des deux futurs époux. En revanche, pour M. Guinchard, « ...c'est la volonté des futurs époux et elle seule qui commande le recours au mariage coutumier ou au mariage célébré ; elle est une condition nécessaire et suffisante, quelle que soit par ailleurs l'appartenance à un ordre juridique traditionnel » (article préc.). Il suffit donc pour l'auteur que les futurs époux ayant opté pour la mariage coutumier se conforment aux règles posées par la coutume. M. Boye s'est évertué à opérer un rapprochement de ces deux points de vue nettement tranchés (op. cit., p. 54 s.). Son raisonnement repose sur le même postulat que celui du professeur Kouassigan : observer une coutume, c'est appartenir à l'ordre juridique traditionnel. Toutefois, ajoute le professeur Boye, cette condition peut être remplie par un seul des futurs époux et cette appartenance à l'ordre traditionnel peut résulter d'une conversion à la religion musulmane.

162. – Assurément, cette opposition doctrinale traduit l'influence négative de la jurisprudence antérieure au Code de la famille. La Cour suprême fut saisie de cette question, pour la première fois, à propos d'un mariage mixte entre le sieur Ndoye, sénégalais de coutume Ouolof islamisée et la dame Irène Roca de nationalité française. Le mariage avait été célébré selon la coutume du mari et sa transcription sur les registres de l'état civil ordonnée par un jugement de la justice de Paix de Dakar du 28 octobre 1965. Le pourvoi du ministère public introduit dans l'intérêt de la loi contestait la validité du mariage au motif que celui-ci aurait dû être célébré par l'officier d'état civil. Le 29 novembre 1969, la Cour suprême annule le mariage par application de l'article 16 de l'ordonnance de 1960 qui donne compétence à la loi de la femme lorsque les futurs époux sont de statuts différents (Penant 1970, p. 371, note Gulphe ; Rev. Sén. dr. 1970, n° 7, p. 63 note Pierre Bourel). Cinq ans plus tard, dans l'arrêt Lochet (24 nov. 1974 : Penant 1976, p. 543, note Lampue ; Rev. Sén. dr. 1974, n° 16, p. 47, note Bilbao) et dans des circonstances pratiquement identiques, la Cour suprême, toutes sections réunies, valide le mariage au motif, entre autres, que le législateur n'a établi aucune prééminence de l'une des formes du mariage sur l'autre.

163. – Avec le recul, il est aujourd'hui établi qu'on ne peut se satisfaire d'aucune de ces deux décisions, ni des réactions doctrinales suscitées par l'interprétation de l'article 114 du Code de la famille (I.Y. Ndiaye, article préc.). En réalité, le recours au mariage coutumier n'est pas une simple formalité ; c'est d'abord l'attachement de l'individu à ses traditions. C'est ensuite et surtout qu'au Sénégal on observe la coutume comme on observe le jeûne. C'est un acte de foi. Le mariage coutumier

est un mariage... confessionnel. C'est essentiellement pour cela que le législateur n'a pas osé abroger les formalités consacrant traditionnellement le mariage (C.fam., art. 830) ; seule cette interprétation nous semble donner au mariage coutumier sa véritable signification.

164. – **) **des coutumes matrimoniales introuvables.**

L'identification des coutumes en usage au Sénégal paraît juridiquement impossible. Bien avant l'avènement du Code de la famille, un arrêté conjoint des ministères de la justice et de l'intérieur limitait les coutumes applicables au Sénégal à 68. Or l'article 830 du Code de la famille a expressément abrogé l'article 14 de l'ordonnance du 14 novembre 1960 qui renvoyait à l'arrêté de 1961. On pourrait en déduire l'abrogation « par ricochet » de l'arrêté de 1961 (K. Mbaye, l'évolution des formes du mariage au Sénégal, in Mélanges Ancel, Pedone 1975, p. 189 et 190). S'il est possible d'admettre la survie de l'arrêté de 1961 (G.A Kouassigan, article préc. : Rev. Crit., DIP 1978, p. 646 s.), on ne peut douter de l'illégalité du texte pour violation des règles relatives à la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire (A.K. Boye, op. cit., p. 57). En vertu de l'article 56 de la constitution, c'est la loi qui fixe les règles relatives à l'état des personnes. Or ici manifestement, le pouvoir réglementaire s'est aventuré sur une terre étrangère. L'exception d'illégalité qui est permanente rend alors bien fragile l'arrêté de 1961.

165.- Pour sortir de l'impasse que renferme l'article 114 du Code de la famille, il s'avère nécessaire d'opérer une actualisation des coutumes matrimoniales (I.Y. Ndiaye, article préc.) [...]

b) Inopposabilité du mariage coutumier non constaté

172.- En raison de la similitude des formes, on aurait pu penser que l'absence de constatation du mariage coutumier devait entraîner la nullité du mariage, voire son inexistence. Le Code de la famille ne retient pas cette solution ; un mariage coutumier non constaté est valable (C. fam, art. 146). Le législateur a pris conscience de l'attachement des Sénégalais aux formalités consacrant traditionnellement le mariage.

173.- Le principe de la validité du mariage coutumier non constaté est toutefois limité. Le mariage est certes valable à l'égard des époux, à l'égard des enfants et à l'égard de certains tiers. Il en résulte notamment qu'un mariage non constaté peut servir de fondement à une condamnation pénale pour bigamie (L. 22 fév. 1977 modifiant C. pén., art. 333). Mais il est inopposable à l'Etat, aux collectivités publiques et aux établissements publics ou privés. Par ailleurs, l'action en divorce introduite par l'un des époux marié sous cette forme sans constatation est irrecevable, car, conformément à

l'article 29, l'état des personnes ne peut être prouvé que par les actes de l'état civil (C. suprême, 22 juill. 1977 : Penant 1978, p. 395, note Guinchard). La rigueur de cette solution a amené le législateur à prévoir une dérogation en faveur des époux mariés avant l'entrée en vigueur du Code de la famille, époque pendant laquelle l'acte d'état civil n'était pas obligatoire (L. n° 79-31, 24 janv. 1979 modifiant art. 833).

174.- L'inopposabilité du mariage coutumier ne peut être évitée que par le recours aux procédures de régularisation : la procédure de déclaration tardive et le jugement d'autorisation d'inscription. La déclaration tardive du mariage doit intervenir dans les six mois suivant la conclusion du mariage (L. n° 89-01, 17 janv. 1989 modifiant art. 147). Au-delà de ce délai, il faut un jugement d'autorisation d'inscription délivré par le président du tribunal départemental (C. fam., art. 87).

Séance 6

Thème : la dissolution du mariage

Sous-thème : la nullité du mariage

Travail à faire : lire les documents et faire le commentaire d'arrêt

Sujet : commentaire du jugement du TGI de Lille du 01 avril 2008

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE LILLE / Chambre 01 / 07/08458 / JUGEMENT DU 01 AVRIL 2008

DEMANDEUR

X... représenté par Me Xavier LABBEE, avocat au barreau de LILLE

DEFENDEUR

Y... épouse X... représentée par Me Patrick DUPONT-THIEFFRY, avocat au barreau de LILLE, Me Charles Edouard MAUGER, avocat au barreau de PARIS

DEBATS :

Vu l'ordonnance de clôture en date du 08 Janvier 2008.

A l'audience en chambre du conseil en date du 05 Février 2008, date à laquelle l'affaire a été mise en délibéré, les avocats ont été avisés que le jugement serait rendu le 01 Avril 2008 par mise à disposition au greffe.

Vu l'article 785 du code de procédure civile, Stéphanie BARBOT, juge préalablement désigné par le Président, entendu en son rapport oral, et qui, ayant entendu la plaidoirie, en a rendu compte au Tribunal.

JUGEMENT :

contradictoire, en premier ressort, par mise à disposition au greffe le 01 Avril 2008 par Elisabeth POLLE-SENANEUCH, Présidente, signé par Elisabeth POLLE-SENANEUCH et Isabelle LAGATIE, greffier.

EXPOSE DES FAITS ET DE LA PROCEDURE :

X..., de nationalité française, s'est marié avec Y... le 8 juillet 2006 à

Par acte du 26 juillet 2006, il a fait assigner Y... devant le tribunal de céans, arguant avoir été trompée sur les qualités essentielles de sa conjointe.

L'affaire a fait l'objet d'une radiation le 4 septembre 2007 pour défaut de diligences des parties, avant d'être réenrôlée à la demande de X...

PRETENTIONS DES PARTIES :

Aux termes de ses dernières conclusions signifiées le 31 octobre 2007, X... sollicite :

- l'annulation du mariage sur le fondement de l'article 180 du Code civil,
- que chacune des parties supporte ses propres dépens.

Il indique qu'alors qu'il avait contracté mariage avec Y... après que cette dernière lui a été présentée comme célibataire et chaste, il a découvert qu'il n'en était rien la nuit même des noces. Y... lui aurait alors avoué une liaison antérieure et aurait quitté le domicile conjugal. Estimant dans ces conditions que la vie matrimoniale a commencé par un mensonge, lequel est contraire à la confiance réciproque entre époux pourtant essentielle dans le cadre de l'union conjugale, il demande l'annulation du mariage.

Selon ses dernières écritures signifiées le 4 septembre 2007, Y... demande au tribunal de :

- lui donner acte de son acquiescement à la demande de nullité formée par X...,
- dire que chacune des parties supportera la charge de ses propres dépens,
- ordonner l'exécution provisoire du jugement.

La procédure de mise en état a été clôturée par ordonnance du 8 janvier 2008.

Après avoir reçu communication de l'affaire, le Ministère public a visé la procédure le 26 octobre 2007 et a déclaré s'en rapporter à justice.

SUR CE

Attendu qu'aux termes de l'alinéa 2 de l'article 180 du Code civil, s'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage ; que, par ailleurs, l'article 181 - dans sa rédaction issue de la loi du 4 avril 2006 applicable à la cause - précise qu'une telle demande n'est plus recevable à l'issue d'un délai de cinq ans à compter du mariage ou depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue ;

Attendu qu'il convient en premier lieu de constater qu'en l'occurrence, l'assignation a été délivrée avant l'expiration d'un délai de cinq années suivant la célébration du mariage et la découverte de l'erreur ; que l'action en annulation du mariage s'avère dès lors recevable ;

Attendu qu'en second lieu il importe de rappeler que l'erreur sur les qualités essentielles du conjoint suppose non seulement de démontrer que le demandeur a conclu le mariage sous l'empire d'une erreur objective, mais également qu'une telle erreur était déterminante de son consentement ;

Attendu qu'en l'occurrence, Y... acquiesçant à la demande de nullité fondée sur un mensonge relatif à sa virginité, il s'en déduit que cette qualité avait bien été perçue par elle comme une qualité essentielle déterminante du consentement de X... au mariage projeté ; que dans ces conditions, il convient de faire droit à la demande de nullité du mariage pour erreur sur les qualités essentielles du conjoint ;

Sur les dépens :

Attendu que conformément à l'accord des parties, chacune conservera à sa charge les dépens qu'elle a exposés dans le cadre de la présente instance ;

Sur la demande d'exécution provisoire :

Attendu que les parties s'accordant pour voir prononcer l'annulation de leur mariage, l'exécution provisoire du jugement sera ordonnée ainsi que la requis Y... ;

PAR CES MOTIFS :

Le tribunal, statuant en audience publique, contradictoirement et en premier ressort, après communication de l'affaire au ministère public,

- PRONONCE l'annulation du mariage célébré le 8 juillet 2006 à ... (acte n° ...) entre X... et Y...,
- ORDONNE la transcription du présent jugement en marge de l'acte de naissance des parties et de l'acte de mariage
- DIT que chacune des parties conservera la charge des dépens qu'elle a exposés dans le cadre de la présente instance ;
- ORDONNE l'exécution provisoire du présent jugement

Doctrine

- **François TERRE et Dominique FENOUILLET**, Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités, Dalloz, 7e éd. 2005, n° 374.
- **Jean-Jacques LEMOULAND et Daniel VIGNEAU**, Droit des couples (mars 2007 - avril 2008) / Recueil Dalloz 2008, Sommaires commentés p. 1786 (**V. site FSJP**)
- **Jean-Jacques LEMOULAND et Daniel VIGNEAU**, Droit des couples - Mariage - Concubinage - Pacte civil de solidarité février 2006 - mars 2007 / Recueil Dalloz 2007, Sommaires commentés p. 1561 (**V. site FSJP**)

Article 180, al. 2 C. civ

[...] « S'il y a eu erreur sans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage ».

Article 181 C. civ

Dans le cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable (L. n° 2006-399 du 4 avr. 2006, art. 6) « à l'issue d'un délai de cinq ans à compter du mariage » (Abrogé par L. n° 2008-561 du 17 juin 2008, art. 7-1) « ou depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue »

Doc. 1. Pascal LABBEE / La mariée n'était pas vierge / Recueil Dalloz 2008, Jurisprudence p. 1389

Il ne faut pas négliger l'importance de la présente décision qui fait état, en ce nouveau millénaire débutant, d'une situation beaucoup plus fréquente qu'on ne le pense en matière de droit conjugal.

Un ingénieur français, de confession musulmane, épousa en France une étudiante française de même confession. Et l'on était venu de loin pour assister à la cérémonie du mariage qui se déroula en grandes pompes. La fiancée avait juré ses grands dieux qu'elle avait gardé intacte sa virginité pour celui qui allait devenir son mari. Oui, mais voilà..., celui-ci devait découvrir la nuit même de ses noces qu'il n'en était rien. Et vers les quatre heures du matin, les invités qui partageaient le dernier thé à la menthe avant de partir, virent arriver le jeune marié livide : son épouse lui avait menti. Elle n'était pas vierge. Enfer et damnation ! Il fallait tout annuler. Le père du marié - ayant sans doute quelques notions de droit de la consommation - ramena *in petto* la jeune mariée chez ses parents croyant peut-être à l'existence de quelque délai de rétractation en la matière. Et l'on pleura longtemps sur celle qui s'était déshonorée, avait déshonoré son mari, mais aussi et surtout déshonoré sa propre famille. « *Car elles sont aussi les filles de mon pays, l'honneur de leur famille les filles de mon pays* » comme dit Enrico Macias.

L'affaire était en fait plus délicate qu'il n'y paraît et ne saurait en réalité se réduire à une seule dissimulation d'une qualité physique. La jeune mariée avait caché la vérité, convaincue de ce que son fiancé ne l'aurait jamais épousée s'il avait connu la réalité. Et préférant prendre le risque de révéler la chose (qui n'était à ses yeux pas si grave que cela : on est en France après tout) en tête à tête, après la cérémonie (1). Or, en fait, le fiancé aurait sans doute épousé sa promise s'il avait su la vérité avant de passer devant le maire. Mais c'est en raison du mensonge perpétré délibérément par sa fiancée (et peut être organisé : la question d'une reconstitution virginale - imparfaitement effectuée par un médecin qui crut pouvoir mettre son art au service de cette cause - avait été évoquée) que le jeune marié lança sa procédure de nullité : comment espérer fonder quelque chose de solide avec une personne en qui l'on n'a plus confiance ? Comme quoi il faut toujours parler. Faut-il prêter aux gens des intentions qu'ils n'ont peut-être pas ? Les non-dits ne constituent-ils pas la pire des choses ?

Devant le tribunal, l'épouse reconnut son mensonge. Et acquiesça à la demande de nullité éludant ainsi la question de la preuve toujours délicate à apporter en ce domaine. Le tribunal n'avait dès lors d'autre solution que de faire droit à la demande et prononça la nullité pour « *erreur sur les qualités essentielles du conjoint* » faisant ainsi une exacte application de la jurisprudence en la matière.

La défloration dissimulée est-elle cause de nullité de mariage ? Jean-Pierre Branlard nous assure qu'elle le fut dans la France médiévale et jusqu'à une période relativement récente dans certains pays de la Méditerranée et dans certaines communautés (2). Le droit civil contemporain nous amène à distinguer deux périodes :

- Avant 1975, le droit de la nullité de mariage restait dominé par le principe posé par le célèbre arrêt *Berthon* (3) : la nullité de mariage ne peut être prononcée que lorsqu'elle porte sur « la personne » au sens strict (j'épouse Jeanne croyant épouser Marie) ou sur son identité. Les causes de nullité relative étaient donc strictement définies par la loi et il paraissait de ce fait impossible de plaider la nullité de mariage en cas d'absence de virginité. Bien mieux, « *l'abandon de la femme le lendemain même de la nuit de nocces* (par le mari déçu de n'être pas le premier) *constitue un départ jugé aussi insolite qu'inadmissible et suffisamment injurieux pour recevoir l'épouse dans sa demande en divorce et lui accorder des indemnités réparatrices du préjudice* » (4). En fait, avant 1975, on ne plaidait pas la défloration dissimulée, même devant les juridictions les plus rebelles à l'arrêt *Berthon* (5).

- La loi du 11 juillet 1975 est venue « contractualiser » le mariage non seulement en instaurant le divorce par consentement mutuel, mais aussi en alignant la définition de l'erreur en matière de mariage sur celle que l'on connaît en droit commun des contrats. Au point que des auteurs parlent aujourd'hui d'un droit commun de la nullité (6). L'article 180 du code civil dispose désormais que « *s'il y a eu erreur dans la personne ou sur les qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité* ». Du coup c'est le contentieux de la nullité relative qui logiquement se développe. Qu'est-ce qu'une « *qualité essentielle* » et comment l'apprécier ? Le juge doit-il faire référence à ce qui serait

communément jugé comme « *essentiel* » en matière conjugale par l'individu moyen ? Doit-il en d'autres termes juger « *in abstracto* » ? Doit-il au contraire faire référence à la qualité considérée comme essentielle par le candidat au mariage et qui a déterminé son consentement (auquel cas ce qui est essentiel pour l'un ne l'est pas nécessairement pour un autre) ? Le juge lillois a choisi la deuxième option, obéissant ainsi à une jurisprudence bien établie.

Et c'est ainsi qu'il a déjà été jugé qu'il peut y avoir erreur sur une qualité essentielle quand un époux a ignoré que son conjoint avait la qualité de divorcé (7) ou de prostituée (8) ou lorsqu'il s'est trompé sur son aptitude à avoir des relations sexuelles normales (9) ou encore sur son état de santé mentale (10). Pourquoi, dans un tel contexte, l'erreur sur la virginité ne pourrait-elle être retenue ? Si l'état virginal peut-être une qualité, pour les uns, accessoire, elle peut être, pour d'autres, élevée au rang de qualité essentielle (11). Dans ce cas, une fois la preuve de l'erreur commise, il reste à établir son caractère déterminant.

On touche du doigt la vraie difficulté qui se situe, en fait, sur le terrain de la preuve. C'est elle qui explique la rareté du contentieux en la matière. Comment prouver d'abord que la femme n'était pas vierge avant de se marier ? S'il est facile pour une femme de prouver que son mari ne l'a pas déflorée et qu'elle est encore vierge (c'est le fameux certificat de virginité que l'on voit réapparaître de plus en plus souvent devant les prétoires au soutien d'une démonstration d'absence de volonté matrimoniale dans le cadre d'une action en nullité), il est en revanche très difficile pour un homme de prouver que son épouse n'était plus vierge au moment du mariage. L'allégation n'est pas une preuve et on ne le croira pas sur parole. Comment prouver ensuite que l'état de virginité a bien été élevé dans l'esprit du mari au rang de qualité essentielle ? Comment prouver enfin que l'erreur a déterminé le consentement ?

En l'espèce, ces questions ne se posaient plus puisque le mari disposait de l'aveu de son épouse qui avait reconnu par conclusions l'exactitude de la situation décrite dans l'assignation : l'épouse savait toute l'importance que son mari attachait à l'état de virginité. Elle n'a pas dit la vérité néanmoins. C'est ce qu'observe le juge : « *il s'en déduit que cette qualité avait bien été perçue par elle comme une qualité essentielle déterminante du consentement du mari au mariage projeté* ».

Ce type de contentieux peut faire sourire au pays qui a vu naître la Déclaration des droits de l'homme et le dictionnaire des droits des femmes, mais qui a vu aussi fleurir le rosier de Madame Husson. Pourtant il pose un délicat problème de société : comment conjuguer le droit qu'a tout Français de pratiquer une religion, de respecter des traditions, avec les valeurs républicaines fondées sur la liberté et l'égalité ? Est-il facile pour une femme d'être musulmane et française ? Comment bâtir une famille musulmane en France ? Ces questions se posent à l'heure où les pouvoirs publics parlent de déjudiciarisation et s'apprêtent à laisser au couple le soin de régler lui-même les litiges familiaux. Est-ce bien le moment ? De tous temps, les questions d'honneur bafoué ont eu naturellement tendance à se laver dans le sang ; il n'est pas rare aujourd'hui d'assister à des violences familiales (et non plus conjugales) entre clans ou à l'intérieur du clan. La présence du juge a le mérite de canaliser et de contenir les réactions individuelles. Que se passera-t-il s'il disparaît ?

(1) De fait, Jean Pierre Branlard observe que la plupart du temps, dans ce genre de situation, le mari pardonne : « *les arrêts révèlent que non seulement aucun orage n'a troublé les premiers temps de la vie conjugale, mais en plus les rapports intimes des époux ont continué pendant un temps assez long pour que les juges y voient une réconciliation ou une fin de non recevoir à l'action en dissolution du lien* » (*Le sexe et l'état des personnes*, thèse Paris 2, 1991, spéc. p. 362).

(2) J.-P. Branlard, *Op. cit.* Ainsi, au Portugal, le défaut de virginité de la future était légalement une cause de nullité de mariage (art. 1636 c. civ.) jusqu'à ce qu'intervienne un décret-loi du 27 nov. 1977.

(3) Cass., ch. réun., 24 avr. 1862, S. 1862. 1. 342 ; GADIP, par Terré et Lequette, Dalloz, 11e éd., 2000, n° 28.

(4) Riom, 24 mai 1934, DH 1934. 455.

(5) J.-P. Branlard, *op. cit.*, p. 363.

(6) X. Labbé, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels ?* PU Lille, 1994.

(7) Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, RTD civ. 1998. 659, obs. J. Hauser ; Dr. fam. 1998, n° 35, note H. Lécuyer ; Defrénois 1998. 1017, obs. Massip.

(8) TGI Paris, 13 févr. 2001, BICC 1^{er} août 2001, n° 844 ; Dr. fam. 2002, n° 1, note H. Lécuyer.

(9) Paris, 26 mars 1982, Gaz. Pal. 1982. 2. 519, note J. M.

(10) TGI Rennes, 9 nov. 1976, D. 1977. 539, note Cosnard.

(11) Sur la signification de la virginité : Docteur Alain Proust et Isabelle Leguillette « Virginité et Hymen », Paris, Colloque 20 févr. 1996, *Actes du colloque « Ethique Religion Loi et Reproduction »*, patronné par C. Sureau et P. Madelenat.

Doc. 2 / Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2007251 / MARIAGE. NULLITE. ERREUR SUR LA PERSONNE / Ch. réun. 24 avril 1862 (DP 62. 1. 153, S. 62. 1. 341, concl. Dupin) Dame Berthon c/ Berthon / par François TERRE Membre de l'Institut ; Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) / par Yves LEQUETTE Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

L'erreur dans la personne, qui, aux termes de l'article 180 du Code civil, annule le mariage, ne doit s'entendre que d'une erreur qui porte sur l'identité de la personne et par le résultat de laquelle l'une des parties a épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir. Cette nullité ne s'étend pas aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies et, spécialement, à l'erreur de l'époux qui a ignoré la condamnation à des peines afflictives ou infamantes antérieurement prononcée contre son conjoint (C. civ., art. 146 et 180).

Faits. - Le sieur B... avait été, à l'âge de dix-sept ans, condamné, comme complice d'assassinat, à quinze ans de travaux forcés. Sa peine avait été, en raison de sa bonne conduite, commuée en celle de la réclusion et deux remises successives sur la durée lui avaient été accordées. A vingt-neuf ans, étant sorti de prison et s'étant créé une situation commerciale, il épousa la demoiselle H... Sa femme, ayant appris d'un tiers la condamnation prononcée contre son mari, intenta une action en nullité de son mariage, qui fut rejetée par la cour de Paris, le 4 février 1860 (DP 60. 2. 87, S. 60. 2. 71). Cette décision fut cassée par un arrêt de la chambre civile du 11 février 1861 (DP 61. 1. 59, S. 61. 1. 241), lequel a décidé que, « s'il résulte de la combinaison des articles 146 et 180 du Code civil que la nullité d'un mariage ne peut être prononcée pour cause d'erreur que lorsqu'il y a *erreur dans la personne*, cette erreur doit s'entendre non seulement de l'erreur dans la personne physique, mais encore de l'erreur dans la personne civile ». La cour d'Orléans, devant qui l'affaire fut renvoyée, statua dans le même sens que la cour de Paris, par un arrêt du 6 juillet 1861 (S. 61. 2. 485). Nouveau pourvoi de la dame B...

Moyen. - Violation des articles 146, 180 et 232 du Code civil, en ce que l'arrêt attaqué a refusé d'annuler, pour erreur dans la personne, le mariage contracté avec un individu frappé d'une condamnation à une peine afflictive et infamante, dont il a laissé ignorer l'existence à son conjoint.

Arrêt (après délib. en la ch. du cons.)

La Cour ; - Attendu que l'erreur dans la personne dont les articles 146 et 180 du Code Napoléon ont fait une cause de nullité de mariage ne s'entend, sous la nouvelle comme sous l'ancienne législation, que d'une erreur portant sur la personne elle-même ; - Attendu que si la nullité ainsi établie ne doit pas être restreinte au cas unique de l'erreur provenant d'une substitution frauduleuse de personne au moment de la célébration ; - Si elle peut également recevoir son application quand l'erreur

procède de ce que l'un des époux s'est fait agréer en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne, et s'est attribué les conditions d'origine et la filiation qui appartiennent à un autre ; - Le texte et l'esprit de l'article 180 écartent virtuellement de sa disposition les erreurs d'une autre nature, et n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la personne, et par le résultat de laquelle l'une des parties a épousé une personne autre que celle à qui elle croyait s'unir ; - Qu'ainsi, la nullité pour erreur dans la personne reste sans extension possible aux simples erreurs sur des conditions ou des qualités de la personne, sur des flétrissures qu'elle aurait subies, et spécialement à l'erreur de l'époux qui a ignoré la condamnation à des peines afflictives ou infamantes antérieurement prononcée contre son conjoint et la privation des droits civils et civiques qui s'en est suivie ; - Que la déchéance établie par l'article 34 du Code pénal ne constitue par elle-même ni un empêchement au mariage, ni une cause de nullité de l'union contractée ; - Qu'elle ne touche non plus en rien à l'identité de la personne ; qu'elle ne peut donc motiver une action en nullité du mariage pour erreur dans la personne ; - Qu'en le jugeant ainsi et en rejetant la demande en nullité de son mariage formée par Zoé H..., et motivée sur l'ignorance où elle avait été, à l'époque du mariage, de la condamnation à quinze ans de travaux forcés qu'avait antérieurement subie B..., son mari, et de la privation des droits civils et civiques qui en avait été la suite, l'arrêt attaqué n'a fait qu'une juste et saine application des articles 146 et 180 du Code Napoléon ; - *Par ces motifs*, rejette...

Observations

1 Célèbre sans doute plus encore par l'espèce qui en était l'occasion que par la solution qu'il pose, cet arrêt des chambres réunies ne présente plus guère aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif. De fait, le législateur ayant réalisé ce que la jurisprudence n'avait pas pu ou cru devoir faire, le droit français retient, depuis la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, une conception élargie de l'erreur sur la personne en matière de mariage. Cette décision n'en mérite pas moins de figurer dans ce recueil. Historiquement, elle a indirectement contribué à la définition des grands équilibres de notre droit de la famille : en donnant de l'erreur sur la personne une définition très étroite et en faisant ainsi du mariage français de l'époque une union plus indissoluble même que celle du droit canonique, elle a, à terme, rendu inéluctable la restauration du divorce. Plus immédiatement, la jurisprudence qui s'est développée à la suite de cet arrêt (I) n'est pas étrangère à la maturation d'une loi dont la compréhension suppose la connaissance du droit antérieur (II).

I. - La jurisprudence

2 Cet arrêt précise quelle est l'erreur dans la personne qui, aux termes de l'article 180, alinéa 2 du Code civil, réd. 1804, entraîne la nullité du mariage. Pothier, dont les rédacteurs du Code civil se sont inspirés en la matière, avait adopté sur ce point une conception excessivement étroite. Pour lui, la seule erreur que l'on pût alléguer en matière de mariage était celle qui portait sur *l'identité physique* de la personne (*Mariage*, n^{os} 308 à 310). Il s'agit là, du moins de nos jours, d'une hypothèse très exceptionnelle, dans la mesure où la formation du mariage requiert normalement la comparution personnelle des époux. En outre, une éventuelle substitution de personne entraîne une absence de consentement (v. l'art. 146 C. civ.) et non pas seulement un vice du consentement.

Par rapport à cette conception, l'arrêt reproduit réalise une certaine extension, puisqu'il ne restreint pas la nullité au cas de l'erreur provenant d'une substitution de personne au moment de la célébration. Il demeure néanmoins singulièrement restrictif puisque, outre l'erreur sur l'identité physique, seule l'erreur sur *l'identité civile* est prise en compte. Tel est le cas lorsque l'un des futurs époux s'est fait agréer, en se présentant comme membre d'une famille qui n'est pas la sienne, et s'est attribué les conditions d'origine et de filiation appartenant à un autre. Ainsi en va-t-il lorsque l'un des conjoints a pris un faux nom, un faux état civil pour faire croire à l'autre qu'il appartenait à une famille à laquelle il était étranger (T. civ. Seine, 7 juill. 1948, D. 1950. 441, note G. H.). Mais, compte tenu du

critère retenu, toute autre erreur portant, par exemple, sur l'intégrité physique, morale ou même judiciaire de l'individu, ou encore sur des composantes plus ou moins directes de l'état des personnes, n'a pas été, en général, considérée comme une erreur sur la personne, au sens de l'article 180 (réd. 1804). Ainsi, la Cour de cassation a décidé qu'une femme qui s'était mariée en ignorant que son futur époux était un moine défroqué ne pouvait obtenir l'annulation du mariage pour cause d'erreur (Civ. 25 juill. 1888, *D.* 1888. 1. 97). La nullité a aussi été exclue alors que l'un des époux ignorait, en se mariant, qu'il épousait un conjoint impuissant (Civ. 16 oct. 1903, *S.* 1904. 1. 273, note Wahl) ou une fille-mère (T. Seine, 18 janv. 1938, *D.* 1938. 2. 119). L'erreur sur l'âge n'a pas été admise (T. Seine, 6 déc. 1949, *D.* 1950. 103). Et il faut en dire autant de l'erreur sur la qualité de la filiation (Bordeaux, 21 mars 1866, *S.* 66. 2. 209) et de l'erreur sur la nationalité (Paris, 20 juill. 1943, *S.* 1943. 2. 56).

La rigueur manifestée par la Cour de cassation en matière de nullité du mariage était, au demeurant, tempérée par la facilité avec laquelle notre jurisprudence découvrait l'existence d'une injure grave justifiant un divorce dans le fait, pour un conjoint, d'avoir dissimulé à l'autre des circonstances (impuissance, casier judiciaire chargé, appartenance à une religion, etc.), qui auraient été de nature à empêcher le mariage (Civ. 7 mai 1951, *D.* 1951. 472 ; 5 juill. 1956, *D.* 1956. 609. V. Guyon, « De l'obligation de sincérité dans le mariage », *RTD civ.* 1964. 473).

3 Ces solutions exagérément restrictives étaient très vivement critiquées par la doctrine (V. not. Marty et Raynaud, 3^e éd., *Les personnes*, par Raynaud, n° 80). Contraires aux règles du droit canonique, elles sont aussi contredites par des législations étrangères tenant compte de l'erreur, dès lors que celle-ci porte sur des qualités matrimoniales essentielles ; sans admettre la nullité pour cause d'erreur aussi facilement qu'en matière de contrat, ces systèmes tiennent compte à la fois de la nécessité de fonder le mariage sur un consentement éclairé des époux et du souci d'assurer la stabilité du mariage en le soustrayant à des fantaisies individuelles (droit allemand : anc. art. 1333 BGB, L. 20 févr. 1946, art. 32 ; droit suisse art. 124 C. civ.).

4 Ces objections semblent avoir encouragé, depuis plus d'un siècle (v. Cornu, *Centenaire*, *D.* 1959. chron. 215), la résistance des juridictions du fond. C'est ainsi que les tribunaux ont retenu comme cause de nullité *l'erreur sur la situation de famille* dans une espèce où une jeune fille avait épousé un divorcé alors qu'elle croyait se marier avec un célibataire (T. civ. Bordeaux, 9 juin 1924, *Gaz. Pal.* 1924. 2. 201 ; v. cep. *contra* Bordeaux, 21 déc. 1954, *D.* 1955. 242, note P. Esmein, mais dans une hypothèse où le demandeur en nullité était lui-même divorcé), la *croyance erronée à la possibilité d'un mariage religieux* (T. civ. Seine, 4 avr. 1951, *JCP* 1953. II. 7408, note J. M. ; comp. T. civ. Bordeaux, 9 juin 1924, préc. ; v. Coulombel, *Le droit privé français devant le fait religieux*, *RTD civ.* 1956. 1 et s., sp. n° 6, p. 13), *l'erreur sur la nationalité* en temps de guerre (T. civ. Seine, 4 févr. 1918 et 2 janv. 1920, *DP* 1920. 2. 78, *S.* 1920. 2. 129, note H. Rousseau), *l'erreur sur l'honorabilité* dans des circonstances qui n'étaient pas sans rappeler l'affaire *Berthon* (dissimulation d'une tentative de meurtre : T. civ. Bressuire, 26 juill. 1944, *D.* 1945. 94, *RTD civ.* 1945. 105, obs. G. Lagarde).

S'il était encore possible de concilier la plupart de ces décisions avec la formule de l'arrêt *Berthon* à condition de considérer une erreur sur *l'état* d'une personne comme une erreur sur son identité civile (Hauser et Huet-Weiller, *La famille, Fondation et vie de la famille*, 2^e éd., n° 256), il n'en allait plus ainsi pour toutes les décisions qui retinrent la nullité pour *erreur sur la santé mentale* du conjoint (TGI Le Mans, 18 mars 1965, *D.* 1967. 203, note Pradel, *RTD civ.* 1965. 796, obs. Nerson ; comp. en ce qui concerne le dol, Paris, 31 janv. 1967, *JCP* 1967. II. 15036, note R. B., *RTD civ.* 1968. 139, obs. Nerson) ou sur son *aptitude sexuelle* (T. civ. Grenoble, 13 mars et 20 nov. 1958, *D.* 1959. 495, note Cornu ; v. aussi TGI Lille, 17 mai 1962, *D.* 1963. Somm. 10 ; Grenoble, 19 juin 1963, *JCP* 1963. II. 13334, concl. Brouillonnet ; TGI Lyon, 5 mai 1971, *Ann. Fac. Droit Lyon* 1972. 185, note Maurice ;

TGI Avranches, 10 juill. 1973, *D.* 1974. 174, note Guiho ; v. Trochu, « L'impuissance », *D.* 1965. chron. 153).

Du fait de cette évolution, il n'existait plus de certitude. Aussi espérait-on qu'un arrêt de la Cour de cassation donnerait le signal d'un éventuel revirement. Mais, saisie à deux reprises, la haute juridiction s'était contentée de rejeter le pourvoi, en se référant au pouvoir souverain des juges du fond qui avaient refusé la nullité faute de preuve suffisante (Civ. 1^{re}, 13 oct. 1970, *Bull. civ.* I, n° 257, p. 211, *RTD civ.* 1971. 827 ; 29 janv. 1975, *D.* 1975. 668 note Hauser). La solution vint du législateur.

II. - La loi du 11 juillet 1975

5 Dans sa rédaction du 11 juillet 1975, l'article 180, alinéa 1 du Code civil dispose : « S'il y a erreur dans la personne, ou sur *les qualités essentielles de la personne*, l'autre époux peut demander la nullité du mariage ». En visant l'erreur sur les qualités essentielles en sus de l'erreur dans la personne, le législateur consacre et amplifie la jurisprudence des juges du fond décrite ci-dessus (ex. : ignorance de la qualité de divorcé : Civ. 2^e, 2 déc. 1997, *Defrénois* 1998. 1017, obs. Massip, *Dr. fam.* 1998, n° 35, obs. Lécuyer, *RTD civ.* 1998. 659, obs. Hauser ; ignorance d'une condamnation pénale : TGI Paris, 23 mars 1982, *Defrénois* 1983. 313, obs. Massip, *RTD civ.* 1983. 323, obs. Nerson et Rubellin-Devichi ; ignorance de la qualité de prostituée : TGI Paris, 23 févr. 2001, *Dr. fam.* 2002, n° 1, obs. Lécuyer ; ignorance de l'existence d'une « vieille maîtresse » avec laquelle le conjoint n'avait nullement l'intention de rompre : TGI Le Mans, 7 déc. 1981, *JCP* 1986. II. 20573, note Lemouland ; *contra*, dans le cas de l'ignorance d'une liaison antérieure, Paris, 20 déc. 2001, *Dr. fam.* 2002, n° 40, obs. Lécuyer, *RTD civ.* 2002. 272, obs. Hauser, maintenu par Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, *Bull. civ.* I, n° 495, *D.* 2006. Pan. 1417, obs. Lemouland et Vigneau, *JCP* 2006.II. 10140, note Ben Hadj Yahia, *RTD civ.* 2006. 283, obs. Hauser ; ignorance de l'existence d'une seconde famille naturelle : Rennes, 11 déc. 2000, *Dr. fam.* 2001, n° 67, obs. Lécuyer, *RTD civ.* 2001.855, obs. Hauser). Par qualité essentielle il faut entendre la qualité déterminante, celle qui, si elle avait été connue, aurait dissuadé les époux de se marier. Encore faut-il que cette qualité soit « sociologiquement déterminante » (Maurie et Fulchiron, *La famille*, n° 182). La dimension sociale particulièrement marquée du mariage oblige en effet à ne prendre en compte que les erreurs déterminantes compatibles avec le système de valeurs de notre société. Ainsi a-t-on pu douter qu'une erreur sur la naissance, la race ou la religion du conjoint puisse entraîner la nullité du mariage (Hauser et Huet-Weiller, *La famille, Fondation et vie de la famille*, 2^e éd. 1993, n°s 260 et s.). Quant à l'erreur sur la situation patrimoniale du conjoint (fortune, profession), sa prise en compte semble se heurter au fait que le texte vise exclusivement les qualités essentielles de la personne (Cornu, *La famille*, n° 174). En revanche, ont été considérées comme des causes de nullité : l'ignorance de l'impuissance du mari (Paris, 26 mars 1982, *Gaz. Pal.* 1982. 2. 519, note J. M., *Defrénois* 1982, art. 32930, n° 4, obs. Massip), de l'aliénation mentale du conjoint (TGI Tarascon, 8 juill. 1981, *Gaz. Pal.* 1982. 1, somm. 91), le critère retenu étant lié au point de savoir si l'état mental met obstacle à une vie conjugale normale (v. au sujet d'une curatelle, TGI Vesoul, 28 nov. 1989, *D.* 1990. 590, note Philippe, nullité ; Paris, 10 févr. 1987, *D.* 1987. IR. 49, absence de nullité). A travers ces circonstances fort variées, on peut aussi relever l'admission de la nullité dans des cas où il est établi que l'un des conjoints n'avait nullement l'intention de respecter les obligations fondamentales du mariage (Montpellier, 14 déc. 1992, *JCP* 1993. IV. 2337, *RTD civ.* 1994. 80, obs. Hauser ; Paris, 7 mai 1996, *JCP* 1997. I. 3996, n° 6, obs. Farge, *Dr. fam.* 1997, comm. 38, obs. Lécuyer, *RTD civ.* 1996. 583, obs. Hauser). C'est dire que l'on passe insensiblement d'une question à une autre : celle des mariages simulés, frauduleux ou de complaisance (v. Civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, *D.* 2004. 21, note Gridel, *Defrénois* 2004.143, obs. Massip, *Dr. fam.* 2004, n° 13).

6 A la différence de l'action en nullité absolue du mariage pour défaut de consentement, prévue par les articles 146 et 184 du Code civil, qui est ouverte à tous ceux qui y ont intérêt, l'action en nullité pour erreur sur les qualités essentielles de la personne est exclusivement attachée à la personne et ne peut être exercée que par l'époux dont le consentement a été vicié (Civ. 1^{re}, 4 juill. 1995, *Bull. civ. I*, n° 291, p. 203, *D.* 1996. 232, note F. Boulanger, *Deffrénois* 1996. 322, obs. Massip).

Aux auteurs cités, *adde* : Raymond, *Le consentement des époux au mariage*, thèse, éd. 1965 ; D. Gutmann, *Le sentiment d'identité, Etude de droit des personnes et de la famille*, thèse Paris II, éd. 2000, n^{os} 1 s., 342 s.